

# **XL AÑOS DE CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA**

*Reflexión sobre sus valores*

# **40 JAHRE SPANISCHE VERFASSUNG**

*Ihre verfassungsrechtliche Werte*



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE JUSTICIA



**XL AÑOS DE CONSTITUCIÓN  
ESPAÑOLA  
REFLEXIÓN SOBRE SUS VALORES**

**40 JAHRE SPANISCHE  
VERFASSUNG  
IHRE VERFASSUNGSRECHTLICHE  
WERTE**



**XL AÑOS DE CONSTITUCIÓN  
ESPAÑOLA  
REFLEXIÓN SOBRE SUS VALORES**

**40 JAHRE SPANISCHE  
VERFASSUNG  
IHRE VERFASSUNGSRECHTLICHE  
WERTE**



GOBIERNO  
DE ESPAÑA

MINISTERIO  
DE JUSTICIA

Madrid, 2020

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado  
<https://cpage.mpr.gob.es>

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por el autor. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.



Edita: Ministerio de Justicia  
Secretaría General Técnica

© de los textos: los autores  
© de la presente edición: Ministerio de Justicia, 2019

Calle San Bernardo, 45  
28015 Madrid

Depósito Legal: M-3751-2020  
NIPO (papel): 051-19-074-2  
NIPO (pdf): 051-19-075-8

Impreso en España - Printed in Spain

En esta publicación se ha utilizado papel reciclado libre de cloro de acuerdo con los criterios medioambientales de la contratación pública.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org)) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

# Índice

INAUGURACIÓN .....	11
Dr. <b>Manuel-Jesús Dolz Lago</b> Secretario de Estado de Justicia	
PALABRAS DE BIENVENIDA .....	19
Prof. Dr. Dr. h.c. <b>Hans-Jochen Schiewer</b> Excmo. y Magfco. Sr. Rector de la Universidad Albert Ludwig de Friburgo	
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. <b>Ulrich Sieber</b> Director del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional	
Dr. <b>Matthias Schmidt</b> Dirigente ministerial, en representación de la ministra alemana de Justicia y Protección de los Consumidores, Dra. <b>Katarina Barley</b>	
MESA REDONDA sobre “las relaciones jurídicas entre España y Alemania” .....	33
Moderación: Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ulrich Sieber	
Prof. Dr. Dr. h.c. <b>Walter Perron</b> Catedrático de Derecho Penal Alemán y Extranjero y de Derecho Procesal Penal en la Universidad Albert Ludwig de Friburgo	
Prof. Dr. <b>Juan Fernando López Aguilar</b> Miembro del Parlamento Europeo Exministro de Justicia del Reino de España Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Granada	
CONFERENCIAS sobre “Los valores constitucionales” .....	59
Prof. Dr. Dr. h.c. <b>Juan-Luis Gómez Colomer</b> Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad Jaume I de Castellón “ <i>El progreso hacia la democracia a través de los principios     constitucionales procesales</i> ”	
Prof. Dr. <b>Ralf Poscher</b> Catedrático de Ciencias Políticas y Filosofía del Derecho en la Universidad Albert Ludwig de Friburgo “ <i>Proporcionalidad y vinculación constitucional</i> ”	
CLAUSURA .....	97
Dr. <b>Manuel-Jesús Dolz Lago</b> Secretario de Estado de Justicia	





# Inhalt

ERÖFFNUNG .....	103
<b>Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago</b> Staatssekretär im Ministerium der Justiz des Königreichs Spanien	
GRUSSWORT .....	111
Prof. Dr. Dr. h.c. <b>Hans-Jochen Schiewer</b> Rektor der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg	
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. <b>Ulrich Sieber</b> Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht	
<b>Dr. Matthias Schmidt</b> Ministerialdirigent im Auftrag der Bundesministerin der Justiz und für Verbraucherschutz, Frau Dr. iur. <b>Katarina Barley</b>	
PODIUMSGESPRÄCH "Juristische Beziehungen zwischen Spanien und Deutschland" .....	125
Prof. Dr. Dr. h.c. <b>Walter Perron</b> Professor für deutsches und ausländisches Strafrecht und Strafprozessrecht an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg	
Prof. Dr. <b>Juan Fernando López Aguilar</b> Mitglied des Europäischen Parlaments Minister der Justiz des Königreich Spaniens a.D. Professor für Verfassungsrecht an der Universität Granada	
FESTVORTRÄGE "Verfassungsrechtliche Werte" .....	153
Prof. Dr. Dr. h.c. <b>Juan-Luis Gómez Colomer</b> Professor für Prozessrecht an der Universität Jaume I de Castellón	
<i>"Der demokratische Fortschritt durch die     verfassungsrechtlichen Verfahrensgrundsätze.</i>	
Prof. Dr. <b>Ralf Poscher</b> Professor für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg	
<i>"Verhältnismäßigkeit und Verfassungsbindung"</i>	
SCHLUSSWORT .....	191
<b>Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago</b> Staatssekretär im Ministerium der Justiz des Königreichs Spanien	



**XL AÑOS  
DE CONSTITUCIÓN  
ESPAÑOLA  
REFLEXIÓN SOBRESUS VALORES**

**40 JAHRE SPANISCHE  
VERFASSUNG  
IHRE VERFASSUNGSRECHTLICHE  
WERTE**



# INAUGURACIÓN



**Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago**  
Secretario de Estado de Justicia

Es un placer y un honor para mí, como secretario de Estado de Justicia del Gobierno de España, darles la bienvenida a esta jornada sobre el cuadragésimo aniversario de la Constitución española.

Permítanme que mis primeras palabras sean de agradecimiento al rector de la Universidad de Friburgo y que le exprese mi admiración por la trayectoria histórica de esta universidad fundada en el año 1457.

Precisamente en este año 2018 celebramos en España el 800 aniversario de la Universidad de Salamanca, una de las universidades más antiguas del mundo.

Muchas gracias también al director del Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, un centro de referencia en el estudio penalista a nivel europeo y mundial.

Que esta jornada se celebre en Alemania tiene un significado especial, pues son muchos los caminos que históricamente han compartido España y Alemania. Y, en la actualidad, son muchos los lazos que unen a alemanes y españoles como ciudadanos europeos.

Ambas tradiciones jurídicas, la alemana y la española, compartimos raíces comunes grecorromanas. Son muchos los autores clásicos que contemplan los estudios modernos.

Permítanme que les recuerde que todo el derecho moderno debe un tributo impagable a los grandes juristas teólogos españoles de los siglos xv y xvi, como Francisco de Vitoria (1492-1546) en Derecho Internacional o Alfonso de Castro (1495-1558) en Derecho Penal, que trató de la humanización de las penas antes que el marqués de Beccaria; Domingo de Soto (1494-1560); Francisco Suárez (1548-1617); Luis Vives (1492-1540); Luis de Molina (1535-1600) y Antonio Gómez (1500-1561), son nombres españoles que no pueden olvidarse. La dogmática alemana más seria como Rudolf von Ihering (1818-1892) reconoce estos antecedentes.

Alemania ha sido un referente constante para España. No en vano, los principales integrantes de un movimiento intelectual, el krausismo, intentaron modernizar España a finales del siglo xix y principios del siglo xx –personalidades tan destacadas como el filósofo José Ortega y Gasset o el profesor de Derecho Político y ministro de Justicia Fernando de los Ríos, entre muchos otros– y vinieron a Alemania para estudiar y trasladar a una

España atrasada, la modernidad y la audacia de planteamientos doctrinales y culturales que desembocaron en la fundación de la Segunda República en 1931.

El krausismo, como corriente filosófica que defendía la tolerancia académica y libertad de cátedra frente al dogmatismo, tuvo como seguidores a Francisco Giner de los Ríos (1839-1915), figura esencial de la Institución Libre de Enseñanza, creada por Julián Sanz del Río.

En el marco de la Institución Libre de Enseñanza se creó en España el Museo Pedagógico Nacional (1882-1941), la Junta de Ampliación de Estudios (1907-1938), la Residencia de Estudiantes (1910-1939) y las Colonias Escolares.

Dada mi condición de penalista de profesión, y dado que compartimos esta jornada con el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, no puedo dejar de mencionar a Luis Jiménez de Asúa, quien también se formó en Alemania. Concretamente en Berlín, con Franz von Liszt, traduciendo al castellano su *Tratado de Derecho Penal*. Jiménez de Asúa presidió la comisión parlamentaria encargada de elaborar la nueva Constitución republicana de 1931 y participó en la redacción del Código Penal de 1932.

Valgan estas pequeñas pinceladas para poner en evidencia cuán tributarios fuimos de la academia alemana en el terreno de la educación, de la política y de la cultura democrática y jurídica durante una época vibrante y fascinante en un intento de europeizar y modernizar España.

Lamentablemente, esos intentos fueron truncados por una cruenta guerra civil y una larga y oscura dictadura totalitaria de casi cuarenta años. Esta etapa, afortunadamente, terminó con la aprobación de una Constitución democrática como la de 1978, que ha posibilitado el periodo de mayor progreso y estabilidad de España en su historia.

En nuestro proceso constituyente, Alemania de nuevo fue un claro referente, tanto político como jurídico. La Constitución española recoge importantes instituciones de la doctrina de Derecho Público alemana y, por supuesto, de la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

Brevemente, permítanme seleccionar tres ejemplos concretos.

En primer lugar, todo el sistema de derechos fundamentales se basa y está inspirado en la protección de la dignidad humana. Es el criterio esencial en cualquier discusión sobre derechos humanos.

En segundo lugar, España adoptó también un diseño territorial políticamente descentralizado, conocido como el Estado de las Autonomías. A pesar de no ser iguales, el modelo federal alemán siempre constituye una referencia en las discusiones políticas y académicas españolas.



En tercer lugar, la Constitución española consagra un sistema institucional muy parecido, fruto de un sistema electoral semejante, y del que destaca la apuesta por una figura central en la consolidación del Estado social y democrático de derecho: el Tribunal Constitucional. Al igual que el Tribunal Constitucional Federal alemán, el Tribunal Constitucional español ha sido el árbitro que ha mediado en las disputas de los entes territoriales, ha ejercido una labor pedagógica sobre el contenido de los derechos fundamentales y ha garantizado que el frágil equilibrio entre los poderes del Estado se mantenga y que las garantías democráticas se respeten escrupulosamente en defensa de los derechos de los ciudadanos, siempre dentro del marco que establece la Constitución española.

En esa labor, el referente de la doctrina alemana ha sido clarísimo, importando categorías concretas como el contenido esencial de los derechos fundamentales o la proporcionalidad, acudiendo frecuentemente a las obras de doctrinarios destacados en el campo del Derecho Público o de la filosofía política como Konrad Hesse, Rudolf Smend, Ernest Böckenförde, Jürgen Habermas o Peter Häberle, o en el campo del Derecho Penal y Procesal como Claus Roxin.

Como texto joven, la Constitución española fue pionera en la consagración constitucional de principios y derechos sociales, dotándolos de eficacia, cuestión muy controvertida hasta el momento en la doctrina alemana. O de la famosa “Drittwirkung” o efecto horizontal de derechos fundamentales. Este diseño novedoso y atrevido, que ha posibilitado remover obstáculos para que los ciudadanos puedan disfrutar de derechos de manera efectiva, ha sido objeto de estudio desde Alemania, en campos como educación, sanidad, medio ambiente, o cuestiones más concretas como la igualdad efectiva entre mujeres y hombres o el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Alemania fue y sigue siendo un actor principal e imprescindible en uno de los mayores logros políticos de la historia reciente de la humanidad que ha dotado de estabilidad a un continente caracterizado históricamente por las contiendas bélicas: la Unión Europea.

Desde la fundación de la Comunidad del Carbón y del Acero el 18 de abril de 1951 hasta la actualidad, el proceso de integración ha tenido un claro acento alemán por medio de tantas personalidades germanas como Konrad Adenauer o Helmut Kohl. Hablar de Unión Europea es hablar de Alemania, a través de un impulso europeísta decidido.

España, desde su ingreso en 1986, se ha sumado a ese espíritu europeísta históricamente tan anhelado por la ciudadanía española. Las institucio-

nes españolas han asumido el acervo comunitario como propio desde el inicio, y lo han promocionado con ilusión a todos los niveles, desde ser uno de los países con más estudiantes erasmus, tanto emisores como receptores, hasta ser protagonista en los procesos que demandan más integración y más Europa, como el Sistema Monetario Europeo o el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia.

En este espacio, España quiere seguir siendo un actor fundamental que contribuya a su desarrollo y a la consolidación del principio de confianza mutua, basada en valores compartidos entre los Estados miembros sobre el respeto por la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de derecho y los derechos humanos. En este sentido, las autoridades judiciales españolas han integrado en su funcionamiento diario la cooperación judicial en materia penal en la Unión, y el Gobierno de España trabaja en el seno del Consejo para seguir promocionando el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales en el que se basa. De la misma manera, España es un firme partidario de la Fiscalía Europea para investigar, procesar y llevar ante la justicia a los autores de delitos contra los intereses financieros de la Unión y trabaja para que sea una realidad en un futuro muy cercano.

España, en definitiva, es un país profundamente europeo y europeísta, comprometido con los valores democráticos que vertebra la Constitución española y los textos fundacionales de la Unión Europea, así como con el respeto del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En el año 2017, el TEDH dictó 1.068 sentencias y solo seis se refirieron a España, frente a las 305 para Rusia, 116 para Turquía, 37 para Grecia, 31 para Italia, 26 para Serbia, 13 para Portugal y 10 para Suiza.

Si tenemos en cuenta la fecha de ratificación de la Convención de Roma (1950) por los Estados signatarios, observamos las siguientes fechas por países:

- 1951, Reino Unido
- 1952, Alemania
- 1954, Países Bajos
- 1955, Bélgica
- 1974, Italia
- 1974, Francia
- 1974, Suiza
- 1979, España

Pues bien, en la media de violaciones del Convenio desde su ratificación, España, tras 38 años, solo se sitúa en 2,46, mientras que otros países,

tras 58 años, como Bélgica se cifra en 2,94; Alemania, en 3,32; Reino Unido, en 5,41; Francia, en 12,55; Italia, en 31,36; Suiza, en 2,46 y Países Bajos, en 1,55.

Todo esto ha sido posible gracias al marco institucional diseñado en una Constitución de la que este año celebramos su cuadragésimo aniversario, de la labor diaria de los poderes públicos que posibilitan su aplicación y eficacia, y de los ciudadanos que la sienten como un valor intrínseco, como un cauce que permite la expresión y el desarrollo en libertad de su pluralidad social y política.

Estoy seguro de que todas estas cuestiones, y muchas más, serán abordadas a lo largo de esta jornada y discutidas en profundidad.

Decía el científico alemán Albert Einstein (1879-1955): “¡ Triste época la nuestra! Es más fácil desintegrar un átomo que un prejuicio”.

Confío en que esta jornada sirva para despejar prejuicios y llegar al entendimiento mutuo.

*Vielen Dank*, muchas gracias por su asistencia y *Herzlich Willkommen*, bienvenidos.



## PALABRAS DE BIENVENIDA



Prof. Dr. Dr. h.c. **Hans-Jochen Schiewer**  
Excmo. y Magfco. Sr. Rector de la Universidad  
Albert Ludwig de Friburgo

Es para mí un gran placer y un honor como coorganizador de esta ceremonia de celebración del 40.º aniversario de la entrada en vigor de la Constitución democrática del Reino de España (exactamente dentro de un mes) darles la bienvenida a Friburgo.

La Albert-Ludwigs-Universität Freiburg es una universidad con gran tradición y de orientación internacional, que cultiva diversas relaciones con universidades y centros de investigación españoles.

En los Programas Marco de Investigación de la UE colaboramos en numerosos proyectos con socios españoles.

En el curso académico 2017/18, aproximadamente ciento cuarenta estudiantes eligieron una universidad española para sus estudios en el extranjero, estando a la cabeza las universidades de Sevilla y Valencia, así como la Complutense de Madrid. Que Friburgo es también un lugar atractivo de estudio para los estudiantes españoles se demuestra por el hecho de que en el curso académico 2017/18 alrededor de sesenta estudiantes pasaran parte de sus estudios en Friburgo, siendo las tres principales universidades de origen la Complutense y la Politécnica de Madrid, así como la Universidad de Sevilla.

Nuestra reconocida Facultad de Derecho también ha estrechado lazos de amistad con la ciencia del derecho española durante mucho tiempo, especialmente en el período posterior al final de la dictadura franquista, y ha ayudado a muchos juristas españoles en la búsqueda del mejor camino hacia un Estado constitucional democrático moderno.

Se eligió Friburgo como sede de esta ceremonia porque nuestra Facultad de Derecho, junto con el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional, ha desempeñado un papel fundamental en la configuración de las relaciones germano-españolas. Aspectos esenciales de la Constitución española de 1978 se orientan de manera visible en la Ley Fundamental de Bonn de 1949.

Esto se evidencia de manera particularmente notable en el catálogo de derechos fundamentales garantizados a toda persona frente al Estado, así como en la creación de un Tribunal Constitucional separado del poder judicial ordinario, al que todo individuo puede recurrir con la pretensión de que sus derechos fundamentales han sido violados.

En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha sido fuente de inspiración y la Facultad de Derecho de Friburgo está especialmente vinculada al más alto tribunal alemán: de los dieciséis jueces que actualmente trabajan en el Tribunal Constitucional Federal alemán, dos, el presidente Andreas Voßkuhle y el juez Johannes Masing, que es el que actualmente lleva más tiempo en el cargo, proceden de Friburgo. En este contexto, cabe mencionar también al nuevo juez constitucional Henning Radtke, que en los últimos años, además de su trabajo en el Tribunal Federal de Justicia, ha dado regularmente clases aquí como profesor invitado. Y también en el pasado, profesores friburgueses tan conocidos como Konrad Hesse y Ernst-Wolfgang Böckenförde, el ex presidente Ernst Benda y nuestro profesor honorario Siegfried Broß también han formado parte de este ilustre círculo de jueces.

Pero especialmente estrechos son los vínculos entre la ciencia del derecho de Friburgo y España en el ámbito del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal. Estos vínculos ya eran importantes en la época franquista: uno de los primeros invitados extranjeros del antiguo Instituto Universitario de Derecho Penal Extranjero e Internacional, dirigido por Hans-Heinrich Jescheck, que más tarde fue incorporado a la Sociedad Max Planck, fue desde principios de los años sesenta Marino Barbero Santos –después del cambio democrático, al final de su gran carrera académica se dedicó a la práctica y se convirtió en juez del Tribunal Supremo español–. A partir de los años setenta, cada vez más académicos españoles se incorporaron al Instituto Max Planck y al Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico, dirigido por Klaus Tiedemann, entre ellos Vicente Gimeno Sendra, becario de la Fundación Alexander von Humboldt, que fue nombrado juez del Tribunal Constitucional español en 1988 y que desempeñó un papel decisivo en la configuración de la jurisprudencia constitucional en materia de Derecho Procesal Penal.

La Fundación Alexander von Humboldt también desempeñó un papel importante en el desarrollo posterior: gracias a sus extraordinarios logros, muchos jóvenes juristas españoles lograron ser admitidos en esta institución de renombre mundial, y un número particularmente elevado de ellos vino a Friburgo. Mención especial merece nuestro estimado colega Juan Luis Gómez Colomer, quien pronunciará una de las dos ponencias principales de este acto conmemorativo. Desde su primera estancia de investigación en 1981 no solo ha estado en Friburgo en innumerables ocasiones, sino que también mantiene sus vínculos con Alemania desde hace algún tiempo como presidente de la Asociación Alexander von Humboldt de Es-



paña, a la que pertenecen casi todos los actuales y antiguos becarios españoles de la Humboldt.

Además del Derecho Penal, el Instituto de Derecho Procesal Civil Alemán y Extranjero de Friburgo mantiene también desde hace muchos años una estrecha relación con España, y nuestras instituciones interdisciplinarias más recientes, el Centro para la Seguridad y la Sociedad y el Instituto de Estudios Avanzados de Friburgo, también han acogido como becarios a varios juristas españoles de renombre internacional.

Por supuesto, estas relaciones científicas no son una calle de un solo sentido. Por el contrario, juristas de Friburgo han sido profesores visitantes en España y han investigado y publicado junto a colegas españoles tanto en España como en otras partes del mundo. Pero dado que las relaciones científicas de nuestros países también serán objeto de la posterior mesa redonda, no deseo anticipar más al respecto.

Hoy estamos aquí porque el desarrollo jurídico de la España moderna y democrática está estrechamente ligado al de Alemania, lo cual se desprende particularmente en la relación existente entre las constituciones de ambos países. Me siento orgulloso de que la Universidad de Friburgo haya desempeñado un cierto papel en este desarrollo y les deseo a todos ustedes un evento exitoso e interesante. ¡Muchas gracias!



Prof. Dr. Dr. h.c. mult. **Ulrich Sieber**  
Director del Instituto Max Planck  
de Derecho Penal Extranjero e Internacional

## **Cuarenta años de la Constitución Española**

El Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo se congratula por el 40 aniversario de la Constitución española. Tanto para España como para Alemania, celebrar sus Constituciones es algo especial, puesto que ambas normas fundamentales representan también la superación de sus antiguos regímenes dictatoriales. Por eso estamos encantados de celebrar el aniversario constitucional español aquí en Friburgo junto con nuestros amigos españoles. Agradecemos al Ministerio de Justicia español que nos haya invitado a organizar conjuntamente el evento de hoy.

Con ocasión de este acto conjunto, uno puede preguntarse qué tiene que ver el Instituto de Derecho Penal Extranjero e Internacional de Friburgo con la Constitución española. Hay dos respuestas principales a esta pregunta: por un lado, el Derecho Constitucional tiene una importancia central para la investigación en Derecho Penal y Derecho de la Seguridad que se lleva a cabo en nuestro instituto; por otro lado, existen vínculos muy intensos y duraderos entre nuestro instituto y la ciencia jurídica española. En lo que sigue, me gustaría exponer esto con más detalle.

### **I. La importancia del Derecho Constitucional para el programa de investigación en materia de Derecho Penal y de la seguridad del Instituto Max Planck de Friburgo**

La importancia del Derecho Constitucional para el Derecho Penal se basa sobre todo en el hecho de que el Derecho Penal permite las injerencias más intensas en los derechos de los ciudadanos, como es conocido en nuestro sistema jurídico. Dada la intensidad de las intervenciones penales y el reproche ético-social asociado a ellas, estas intervenciones deben medirse de manera especial en relación con la Constitución y los derechos humanos en general. Esto se pone de manifiesto cuando al Derecho Penal se le denomina “derecho constitucional aplicado” y “sismógrafo de la Constitución del Estado”.

Sin embargo, una fuerte referencia constitucional unida al planteamiento de cuestiones completamente nuevas la encontramos también en las nuevas formas de control de la delincuencia que han ocupado la atención de nuestro instituto durante algunos años, especialmente en los enfoques alternativos para combatir la delincuencia organizada, el terrorismo y la ciberdelincuencia. Ello quedará ilustrado en un breve repaso a los análisis efectuados en el marco de nuestra actual línea de investigación dedicada a la arquitectura del derecho de la seguridad en la moderna sociedad de riesgo.

El terrorismo, el crimen organizado, el crimen cibernético, el crimen de cuello blanco y otras formas complejas de criminalidad no solo dominan los medios de comunicación y los discursos políticos de hoy. También han conducido a un cambio de paradigma mundial en la lucha contra la delincuencia, que en gran medida ha pasado desapercibida para la opinión pública y no ha sido objeto de reflexión en la política: el clásico derecho penal orientado al castigo de los delitos ya cometidos se enfoca cada vez más hacia tareas preventivas y se complementa con otros regímenes jurídicos también preventivos. Este cambio fundamental no solo se basa en amenazas reales. Aún más influyentes en la política jurídica actual son el creciente temor de la población a la delincuencia y las correspondientes reacciones políticas, que a menudo son desproporcionadas con respecto a las amenazas reales.

Esto ha dado como resultado un cambio drástico en la política jurídica global: hoy en día, sus discursos están menos determinados por las clásicas cuestiones de culpa y castigo que por los conceptos de riesgo y peligro y de prevención y seguridad. El nuevo objetivo de la política criminal es garantizar la seguridad mediante una intervención anticipada. Esto conduce a nuevas posibilidades de control de la delincuencia, pero también al peligro de injerencias cada vez más intensas en la libertad de los ciudadanos, ya que los riesgos son omnipresentes en la sociedad moderna y el pronóstico de peligros futuros deja un amplio margen de actuación. En áreas importantes, esto no solo transforma el derecho penal clásico y represivo en un instrumento fuertemente preventivo, sino que también lo convierte en parte de un derecho general de la seguridad.

En derecho penal, esta evolución se refleja claramente en la penalización de conductas de riesgo. Los “delitos preparatorios”, que en la actualidad se expanden con especial rapidez, están desplazando la punibilidad a la fase previa a la comisión del delito propiamente dicho. Sus descripciones de los hechos típicos sustituyen los daños objetivos por las intenciones subjetivas del autor. Ejemplos de esta técnica legislativa son la penaliza-

ción de la tentativa de “salida del país con fines de entrenamiento terrorista” y “recabar activos para apoyar delitos de terrorismo”, es decir, la penalización de actos preparatorios anticipados (a menudo conductas cotidianas) llevados a cabo con la intención de cometer un delito.

Fuera del derecho penal, la expansión del control preventivo de la delincuencia se manifiesta de forma evidente en distintas formas: derecho administrativo-sancionador, derecho policial, derecho de inteligencia, derecho de extranjería, derecho de los conflictos armados, derecho civil y normas privadas de cumplimiento (*compliance*) adquieren cada vez más relevancia para la política criminal. Otros ejemplos de estos enfoques no penales del control de la delincuencia son el control del blanqueo de capitales, que es en parte similar al de los servicios secretos, la confiscación civil de los beneficios del delito, las megamultas impuestas en virtud del derecho administrativo, los procedimientos de elaboración de listas de Naciones Unidas y de la UE y las medidas privativas de libertad en el derecho de extranjería.

Este cambio de las medidas penales a las no penales –que puede observarse en todo el mundo– amplía considerablemente las posibilidades de acción de las fuerzas del orden en el ámbito de la lucha contra la delincuencia:

- El derecho penal preventivo, con sus delitos anticipados, crea una base para la adopción de medidas de investigación temprana y las privaciones de libertad en la fase previa a un acontecimiento dañino.
- Las leyes policiales facultan la adopción de medidas de intervención puramente preventivas, que ya no requieren la comisión de un delito, sino un pronóstico de futuro.
- Las leyes de inteligencia autorizan medidas de gran alcance para la adquisición de información y el monitoreo mediante nuevos algoritmos y el uso de inteligencia artificial.
- El derecho de los conflictos armados de algunos sistemas jurídicos particulares justifica la adopción de medidas de aplicación transnacional que pueden llegar a incluir causar la muerte intencionada.

Estos nuevos regímenes jurídicos son problemáticos, sobre todo por las inherentes pérdidas de libertad, privacidad y garantías constitucionales:

- El derecho penal preventivo adelanta la responsabilidad penal a un momento muy anticipado y, por lo tanto, afecta al principio de culpabilidad penal.

- El adelantamiento de las medidas de intervención policial al ámbito de los peligros abstractos otorga amplias facultades que están abiertas a la interpretación (por estar sujetas a pronósticos) y para las que es suficiente la mera amenaza de un peligro.
- Las leyes de inteligencia permiten limitaciones del derecho a la libertad y los derechos de la personalidad sin necesidad de sospecha de un delito y sin reserva judicial.
- El derecho de la guerra ha creado dentro de la “war on terror” una “pena de muerte” ordenada por el ejecutivo y apenas sujeta a control, que no es posible en el derecho penal de la mayoría de los Estados.
- El sistema de listados de la ONU impone severas sanciones en procedimientos que se oponen diametralmente a toda una serie de principios constitucionales.

Las nuevas medidas preventivas del derecho de la seguridad, si bien presentan un potencial considerable para mejorar el control de la delincuencia, al mismo tiempo conllevan el riesgo de que, bajo el manto del nuevo régimen de seguridad, se eliminen las garantías penales clásicas, garantías que los ciudadanos han conquistado desde la Ilustración en su continua lucha contra la arbitrariedad del Estado.

Las nuevas opciones de la política criminal preventiva, con su conflicto entre seguridad y libertad, hacen del Derecho de la seguridad un nuevo y sugestivo campo de investigación, que centra por ello nuestro interés. El objetivo de nuestra investigación es aprovechar las oportunidades que ofrece para un control más eficaz de la delincuencia, desarrollando al mismo tiempo las garantías constitucionales adecuadas para proteger a los ciudadanos de ataques arbitrarios. Esas garantías pueden o bien transferirse del derecho penal o bien extraerse de forma autónoma del derecho constitucional y de los derechos humanos en general. Por lo tanto, su importancia para el derecho penal y otras formas de control de la delincuencia no puede ilustrarse mejor que con nuestra actual línea de investigación orientada a la nueva arquitectura del derecho de la seguridad en la sociedad global del riesgo.

## **II. La conexión del Instituto Max Planck de Friburgo con la Ciencia jurídica española**

El Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional apoya este festivo acontecimiento, no solo por esta estrecha relación entre

el Derecho penal y de la seguridad y el Derecho constitucional. La segunda razón de esta celebración conjunta se encuentra en las estrechas relaciones que se han desarrollado a lo largo de décadas entre nuestro instituto y la ciencia jurídica española.

Estas relaciones ya se reflejan en el número de investigadores visitantes. En los últimos tres años, además de los muchos invitados que realizan estancias breves, cerca de 1.500 investigadores visitantes de más de setenta países han realizado estancias largas aprovechando las oportunidades de investigación que ofrece nuestro instituto. En las estadísticas por países, los científicos españoles ocupan el segundo lugar.

También el hecho de que nuestro instituto siempre haya tenido un referente para España desde su fundación por el Prof. Dr. Hans-Heinrich Jescheck demuestra aún más claramente las estrechas relaciones con el sistema jurídico español. El primer referente, bajo la dirección del fundador del Instituto, fue el muy apreciado y estimado Dr. Heinz Mattes. Hoy, el *referat* de España está dirigido por la jurista española Dra. Teresa Manso Porto, a quien quiero agradecer sinceramente su compromiso con la organización de este simposio.

En tercer lugar, desde el inicio de mi cargo en la dirección del Instituto los académicos españoles han estado especialmente representados en el consejo asesor (*Fachbeirat*), nuestro principal órgano consultivo y de evaluación. Los principales miembros españoles de los consejos asesores españoles son el Prof. Dr. José Luis de la Cuesta, antiguo presidente de la AIDP, el Prof. Dr. Luis Arroyo Zapatero, presidente de la Société pour la Défense Sociale, y mi viejo amigo el Prof. Juan-Luis Gómez Colomer, presidente de la Asociación Alexander von Humboldt de España, a quien doy la más cordial bienvenida. Esta presencia de científicos españoles en los órganos de gobierno de las organizaciones internacionales de Derecho Penal y en nuestro consejo asesor no es casual. Es más bien expresión de la alta estima de la que goza hoy en día en todo el mundo la ciencia del Derecho Penal española.

En cuarto lugar, esta importancia del derecho español para nuestro instituto se refleja en nuestros proyectos de investigación de Derecho Comparado: el sistema jurídico español está representado en todos los proyectos de investigación de Derecho Comparado de nuestro instituto, especialmente con los informes nacionales de la Dra. Manso, pero también, por ejemplo, de la profesora Dra. Lorena Bachmaier de Madrid. Por último, pero no por ello menos importante, debe mencionarse aquí la amplia exposición de la parte general del Derecho Penal, que ponemos a dis-

posición en todo el mundo a través de un sistema de información informatizado.

En quinto lugar, la referencia del Instituto al derecho español se refleja también en los dictámenes jurídicos que preparamos para el poder judicial alemán sobre el derecho español. El objetivo principal es aclarar hasta qué punto determinadas conductas son punibles no solo en virtud del derecho alemán, sino también en virtud del derecho español. Estos informes jurídicos cubren un amplio espectro, que va desde supuestos de lesiones corporales comparativamente insignificantes hasta otros mucho más graves, como el caso Puigdemont, que nos ha llegado recientemente, pero que hemos tenido que rechazar, ya que solo elaboramos informes para el poder judicial y no para las partes interesadas.

### **III. Perspectivas**

Todo ello ilustra sobradamente la estrecha relación del Instituto Max Planck de Friburgo, no solo con el Derecho Constitucional, sino también con el Derecho Penal y la ciencia del Derecho Penal española. Con el evento de hoy, queremos seguir haciendo intensiva esta relación, la cual representa además muchos otros vínculos entre el derecho español y el alemán, que se examinarán con más detalle en la segunda parte del programa. ¡Espero con entusiasmo la celebración de este evento!



**Dr. Matthias Schmidt**

Dirigente ministerial, en representación de la ministra alemana de Justicia y Protección de los Consumidores, Dra. Katarina Barley

Estimado Secretario de Estado Manuel-Jesús Dolz Lago,  
estimado Prof. Ulrich Sieber,  
estimado Prof. Hans-Jochen Schiewer,  
señoras y señores:

El 6 de diciembre de 1978 se aprobó la Constitución española por referéndum votado por la mayoría de la población española. Muchos partidarios del viejo sistema habían incitado previamente al boicot y se oponían a la Constitución. Pero fue en vano. No pudieron frenar la voluntad del pueblo. España recibió una Constitución y desde entonces es una monarquía parlamentaria. Desde hace cuarenta años, España está comprometida con los principios de un Estado social y democrático de derecho.

Fueron unas elecciones democráticas, no un levantamiento violento, las que derrocaron la dictadura franquista. Con esta puesta en marcha del proceso democrático, los militares, la Iglesia y la Administración, que habían apoyado al antiguo régimen, perdieron su posición preeminente. A cambio, a todos los ciudadanos se les otorgaron libertades y derechos fundamentales democráticos.

Este aspecto del derrocamiento pacífico es un hecho histórico que une a España y a Alemania. También una parte sustancial de Alemania obtuvo democracia y derechos fundamentales como resultado de una revolución pacífica. Sin la fuerza de las armas y sin muertes, también en nuestro país un régimen se vio privado de poder.

La historia de nuestros dos Estados muestra de diferentes maneras un mismo hecho: la democracia y la libertad tienen un gran poder de atracción. Las personas trabajan por lograr la participación democrática y un orden de libertades. O al menos eso es lo que parecía hasta hace unos años. En 1989 Francis Fukuyama publicó su tesis sobre el “fin de la Historia”: el liberalismo se extendería por todo el mundo. La democracia occidental prevalecería en todas partes como forma de gobierno. Y se habría logrado así la “*final form of human government*”.

Hoy, en cambio, ya no estoy segura de que esta narrativa perviva. Incluso aquí en Europa existen varios movimientos que se oponen a nuestros valores democráticos básicos. Uno de estos valores es la “libertad de pren-

sa”. Según Reporteros sin Fronteras, no hay ninguna otra región en el mundo en la que la situación de la libertad de prensa se haya deteriorado tanto en los últimos años como en Europa. Los ejemplos más flagrantes son Hungría y Polonia, donde los jefes de Estado elegidos democráticamente tratan a los medios críticos abiertamente como enemigos.

Pero no hay que mirar únicamente el ataque a los valores individuales. Cada vez hay más voces que cuestionan la democracia en su conjunto y anhelan un gobierno autocrático.

Frente a estas tendencias, debemos adoptar una postura clara.

Señoras y señores:

Felicito a España por el 40.º aniversario de su Constitución. Es una historia de éxito. La Constitución española y la Ley Fundamental alemana están vinculadas en muchos ámbitos. Garantizan las libertades de los ciudadanos y sientan las bases de nuestra identidad social y estatal. Para nosotros, España es un socio fuerte y fiable en Europa con un claro compromiso y con un marco constitucional democrático basado en el Estado de derecho y una inquebrantable actitud proeuropea. A la vista de lo que he manifestado antes, esto es hoy más importante que nunca.

¡Muchísimas gracias!

MESA REDONDA SOBRE  
“LAS RELACIONES JURÍDICAS  
ENTRE ESPAÑA Y ALEMANIA”



Prof. Dr. Dr. h.c. **Walter Perron**

Catedrático de Derecho Penal Alemán y Extranjero y de Derecho Procesal Penal en la Universidad Albert Ludwig de Friburgo

En los próximos veinte minutos quiero abordar las relaciones hispano-alemanas, especialmente desde la perspectiva de un académico de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal. Y lo voy a hacer en referencia a tres ámbitos: en primer lugar, el ámbito de los contactos personales; en segundo lugar, el ámbito material relativo a la modernización y democratización del Derecho Procesal Penal a través del Derecho Constitucional; y, en tercer lugar, el ámbito de la influencia que ejerce una formación jurista democrática en la configuración fáctica de los procesos penales.

Las estrechas relaciones personales existentes entre la ciencia del derecho penal alemana y la española se remontan al menos a los comienzos del siglo xx. Luis Jiménez de Asúa, que ha sido quizás el penalista español más importante del siglo xx y al mismo tiempo un comprometido político del Partido Socialista Obrero Español, quedó tempranamente fascinado por las teorías de la pena de Franz v. Liszt. Este aplicó especialmente los conocimientos de las entonces aún incipientes ciencias humanas al Derecho Penal y dio preferencia a la prevención y a la resocialización apartándose del estricto derecho penal retributivo de corte kantiano. Jiménez de Asúa visitó el Instituto de Criminalística de Von Liszt en Berlín y se hizo llamar discípulo suyo. Si bien Jiménez de Asúa, tras la victoria del general Franco en la guerra civil española, tuvo que exiliarse a Argentina, donde murió en 1970, su influencia en la ciencia del derecho penal española fue determinante. Sus discípulos, que permanecieron en España y durante la época franquista se convirtieron en penalistas influyentes, continuaron con la tradición de los fuertes vínculos con la ciencia penal alemana y ampliaron e intensificaron los contactos.

Esta tendencia se reforzó a partir de los años sesenta, cuando Alemania se fue recuperando lentamente de los horrores del nacionalsocialismo y de la Segunda Guerra Mundial y ofreció a los científicos españoles la posibilidad de conocer el espíritu de un derecho penal democrático moderno. Especialmente el instituto friburgués para Derecho Penal Extranjero e Internacional, que primero fue fundado por Adolf Schönke y después ampliado de manera sistemática hasta su adopción por la Sociedad Max Planck por Hans-Heinrich Jescheck, se convirtió en el segundo hogar académico para un número creciente de jóvenes penalistas españoles.

Este desarrollo se aceleró intensamente tras la muerte de Franco y la transición española. Si antes se trataba primordialmente de una cuestión de supervivencia intelectual en un entorno más bien hostil a la ciencia, ahora uno se podía beneficiar directamente de la experiencia alemana en cuanto a la transformación de un derecho penal autoritario en uno ajustado al Estado de derecho, democrático y humano. En consecuencia, entre 1975 y 1990 toda una generación de jóvenes penalistas españoles pudo desarrollar una gran parte de su formación en Alemania, preferentemente en Friburgo, en el Instituto Max Planck para Derecho Penal Extranjero e Internacional dirigido entre 1982 y 2003 por Albin Eser, y en el Instituto de Criminología y Derecho Penal Económico de Klaus Tiedemann. En especial las ideas político-criminales de Claus Roxin, que en Alemania participó de manera determinante en el “Proyecto alternativo de reforma del Código Penal” e influyó fuertemente en la reforma del derecho penal alemán, tuvieron fuerte eco en España en aquella época.

En este sentido, las relaciones penales hispano-alemanas fueron en un principio una vía de un solo sentido, puesto que en España por aquel entonces había mucho que recuperar y Alemania llevaba varias décadas de ventaja. Pero los colegas españoles aprendieron muy deprisa y ya desde hace tiempo están al mismo nivel que los alemanes, cosa que mi colega Ulrich Sieber puede confirmar por propia experiencia. Dado que el derecho penal español, debido a la situación política, dependía desde el principio de impulsos externos y no se limitaba como su homólogo alemán a “cocinarse en su propia salsa”, el ansia de conocimiento no se detuvo en las fronteras alemanas. Con la creciente difusión de la lengua inglesa en la Península Ibérica, también se inició una apertura al sistema legal del Common Law, y a nivel europeo los colegas españoles son ahora mucho más activos que los alemanes. Las estrechas relaciones hispano-alemanas no se han visto afectadas por esta mayor internacionalización del derecho penal español, sino que han fortalecido aún más el intercambio abierto.

El segundo ámbito referido a la modernización y democratización del derecho procesal penal, sobre el que mi colega Juan-Luis Gómez Colomer se manifestará después, se ha visto influido de manera determinante por la Constitución alemana de 1949 y la Constitución española de 1978. Para las madres y padres de nuestra Constitución era sobre todo importante extraer lecciones de las experiencias del nacionalsocialismo. Por eso se dio prevalencia a las directrices que van dirigidas a los jueces, tales como la garantía del juez predeterminado por la ley, el derecho de audiencia, la prohibición del *ne bis in idem* o los requisitos procesales para las privacio-

nes de libertad, como especialmente en el caso de la prisión preventiva. En cambio, no recibieron especial atención los derechos del acusado en el proceso penal, tal y como han sido formulados en las enmiendas a la Constitución de Estados Unidos o en el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Por supuesto, con el paso del tiempo, el Tribunal Constitucional Federal corrigió estas lagunas mediante una interpretación creativa de la Ley Fundamental. El Alto Tribunal desarrolló en varias sentencias emblemáticas un nuevo derecho fundamental a un juicio justo acorde al Estado de derecho basado en el derecho a la libertad y el Estado de derecho y, posteriormente, lo armonizó con el artículo 6 de la Convención Europea de Derechos Humanos. De hecho, con el Tribunal Constitucional Federal se creó una institución que, especialmente a través el instrumento del amparo constitucional individual, se ha convertido en un poderoso órgano de supervisión externa no solo para el legislador, sino también para los tribunales penales ordinarios, y ha eliminado muchos de los resquicios del pasado. Desde entonces, en particular los tribunales han tenido que romper con muchos de los hábitos a los que estaban apegados. Algunos ejemplos importantes son las sentencias relativas a la prisión preventiva, la cual no puede prorrogarse por el hecho de que el tribunal solo pueda ocuparse del caso más adelante, por estar pendientes otros procedimientos, o las relativas al acceso a las actuaciones judiciales por parte del defensor, acceso que no puede verse desvirtuado por la existencia de expedientes secretos paralelos, las relativas a la necesidad de crear juzgados de guardia para atender de emergencia, también en horas nocturnas, la emisión de órdenes judiciales de registro o de extracción de sangre, y frenar así que se lleven a cabo invasiones abusivas de derechos fundamentales por parte de la Policía amparándose en el “peligro en la demora”, etc.

En España pudo observarse una evolución muy similar, si bien con un desfase temporal. La Constitución española se inspiró esencialmente en la Ley Fundamental de Bonn, pero en lo que respecta a los derechos de los acusados en los procesos penales va mucho más allá. Así, no solo garantiza derechos fundamentales generales como la inviolabilidad del domicilio o de las telecomunicaciones o el derecho a un juez predeterminando por la ley, sino que, de conformidad con el artículo 6 del CEDH, también prevé expresamente el derecho a un abogado defensor, a la información sobre la acusación, a un juicio sin dilaciones indebidas y con todas las garantías del Estado de derecho, a la presentación de la propia prueba, a la libertad de no tener que autoinculparse y a la presunción de inocencia. La Constitución española ha instaurado también un tribunal constitucional basado en

el modelo alemán que permite a cualquier persona afectada por medidas coercitivas del Estado imponer directamente una demanda de amparo constitucional. También el Tribunal Constitucional español ha transformado en numerosas sentencias la práctica de los procesos penales y ha obligado a los tribunales a cambiar viejas formas de proceder de manera perdurable. Una sentencia innovadora fue, por ejemplo, la que en 1988 prohibió que un juez que había actuado como instructor en la fase preliminar participara posteriormente en el juicio oral. Como consecuencia de esta sentencia, los juzgados de primera instancia de todo el país tuvieron que ser reorganizados. El manual de Vicente Gimeno Sendra, un renombrado profesor de Derecho Procesal penal Español que realizó estancias de investigación en el Instituto Max Planck de Friburgo en 1977 como becario de la Fundación Alexander von Humboldt y que fue juez del Tribunal Constitucional español de 1988 a 1998, está lleno de referencias a sentencias de este tribunal sobre el procedimiento penal español.

A lo largo de los años, he podido observar personalmente las consecuencias que ha tenido el cambio democrático en España para la práctica de los procesos penales. Las conversaciones que inicié con mi padre, que trabajó de 1953 a 1997 como fiscal y juez en diversas funciones en el poder judicial alemán y que había sido testigo de los cambios que se produjeron especialmente en los años sesenta y setenta, me mostraron que en Alemania también tuvimos que pasar, obviamente, por procesos de cambio similares tras la Segunda Guerra Mundial, con lo que también ha habido un claro paralelismo a este respecto. Esto me lleva al tercer ámbito: los efectos de la formación jurídica moderna sobre la configuración de los procesos penales.

Tanto en Alemania como en España, el problema después del final de la dictadura era que el sistema de justicia penal estaba acuñado por jueces que, a pesar de toda su competencia profesional y, a menudo también, humana, habían crecido y habían adquirido su formación jurídica y su práctica profesional en una época que se caracterizaba por una comprensión muy autoritaria del Estado. En consecuencia, la conducción del procedimiento solía realizarse unilateralmente desde arriba, y los derechos del acusado y de su abogado defensor, si bien estaban formalmente protegidos, en el fondo se respetaban poco. Esto lo viví personalmente en España en 1982, cuando terminé mi periodo de prácticas en el Consejo General del Poder Judicial en Madrid. Esta institución fue creada por la Constitución según el modelo francés como un organismo gubernamental de justicia y es el organismo central responsable de la contratación, promoción y super-



visión de todos los jueces en España. Aparte del espíritu de optimismo que por aquel entonces reinaba en este joven órgano constitucional, y que también a mí me fascinó, la gran ventaja de trabajar allí fue que tenía acceso a todos los tribunales y pude asistir a algunos procesos penales y hablar con los jueces.

Recuerdo especialmente un juicio por robo agravado. Ya solo las circunstancias externas eran muy diferentes a lo que yo estaba acostumbrado a ver en mi modesta experiencia como abogado en prácticas en la Fiscalía de Friburgo, que tenía que defender a los acusados una o dos veces por semana ante los pequeños juzgados de primera instancia de Baden y en ocasiones levantaba el acta en juicios más importantes ante el tribunal regional. La sala de audiencias era muy grande y había una distancia de al menos veinte metros entre la zona donde se celebraba la vista y el público asistente. No había transmisión del juicio por medio de micrófonos y altavoces, por lo que en la zona del público se oía muy poco. Después de las formalidades de apertura, debía tener lugar la práctica de la prueba. Fueron citados varios testigos, pero cuando les llamaron, nadie se presentó. Esto parece que no sorprendió ni al tribunal ni al fiscal ni al abogado defensor. A continuación, pasaron a discutir inmediatamente el informe escrito del juez de instrucción, que había llegado a la conclusión de que el acusado era culpable sobre la base de su confesión, y en seguida se dio paso a las conclusiones definitivas.

El abogado defensor pronunció un vehemente discurso en el que calificó de nula la confesión del acusado porque la Policía se la había sacado a golpes y éste solo la había confirmado ante el juez de instrucción para no volver a caer en manos de la Policía. No se presentaron solicitudes para interrumpir el juicio a fin de que pudieran comparecer los testigos desaparecidos. Al contrario, el juicio en seguida se dio por concluido y todos abandonaron la sala del tribunal. Cuando pregunté qué iba a pasar, me dijeron que el juicio había terminado. El tribunal dictaría sentencia y se la entregaría a las partes al cabo de unas pocas semanas, sin que estuviera previsto ningún pronunciamiento público. Todo el juicio duró menos de media hora; el acusado se enfrentaba a más de seis años de prisión en caso de sentencia condenatoria.

En Alemania estaba acostumbrado a que en el caso de un delito tan grave se programara al menos un día entero para el juicio oral y a que, en caso de ausencia de los testigos principales, el juicio se interrumpiera para garantizar su asistencia por la fuerza si fuera necesario. Sobre todo, un tribunal alemán se habría ocupado intensamente de las circunstancias en las que

se produjo la confesión del acusado ante la Policía. Cuando le conté a mi padre esta experiencia, me dijo que antes el juicio oral en Alemania no habría tenido lugar de esa forma. Sin embargo, muchos jueces alemanes, en particular los superiores en el escalafón, hasta los años setenta solían soltar largos monólogos en el juicio oral, tenían a los acusados en pie y apenas dejaban margen para que la defensa tomara sus propias iniciativas. Los abogados defensores no habían conocido antes otra cosa y, por lo tanto, apenas se atrevían a actuar en contra. Esta situación solo cambió cuando se incorporó al cargo una generación de jueces que, como mi padre, habían comenzado sus estudios después de la Segunda Guerra Mundial y desarrollaban la actividad judicial de manera más sobria, con menos patetismo y, en cambio, atribuían más importancia a la comunicación y la transparencia.

Cuando aproximadamente quince años más tarde, ya como profesor designado, celebré un seminario conjunto con colegas y estudiantes de Valencia y Maguncia en ambas ciudades, también fuimos a visitar con todo el grupo un juicio penal que casualmente se estaba celebrando en ese momento. ¡Cuán diferente era ahora la forma de celebrar el juicio oral en España! El juez y el fiscal eran todavía relativamente jóvenes, la sala de audiencias estaba equipada con micrófonos y altavoces que funcionaban, y solo el abogado designado como defensor no parecía muy contento. Los testigos fueron interrogados a fondo, no por el juez, como en Alemania, sino por el fiscal y el defensor. Como el abogado defensor no lograba meter en problemas al principal testigo de cargo a pesar de las evidentes discrepancias en su testimonio, el fiscal intervino y resolvió los puntos débiles. El juicio terminó con una absolución.

Poco después pude asistir a otro juicio oral en Málaga, que tuvo lugar en un auditorio de la Universidad. Mi colega había llegado a un acuerdo con el poder judicial para que una vez al mes se celebraran juicios penales en la Universidad para proporcionar a los estudiantes una impresión directa de la práctica judicial. Allí también se interrogó a todos los testigos en persona, alternando entre la acusación y la defensa. El tribunal solo intervino hacia el final del interrogatorio con algunas preguntas adicionales y todo el procedimiento oral fue claro, transparente y comprensible para el público en todo momento. Esto me demostró que España –al igual que Alemania dos o tres décadas antes– no solo había hecho la transición de la dictadura a la democracia a nivel político, sino que esta transición también había sido implementada en la justicia penal.

Y también en este nivel España ha superado parcialmente a Alemania: el modelo de juicio oral español, en el que los jueces se moderan más y

dejan que sean en primera instancia los representantes de la fiscalía y de la defensa los encargados de obtener pruebas, me parece mucho mejor para la búsqueda de la verdad, porque de este modo el tribunal no tiene que adherirse demasiado pronto a determinadas hipótesis probatorias y puede adoptar una posición más neutral, dejando que la situación de hecho se resuelva primero por parte de otros. Y no soy el único que comparte este parecer: la misma opinión se ha defendido ya en círculos académicos, y el juez alemán de la Corte Penal Internacional, Bertram Schmitt, que durante muchos años fue juez de primera instancia del Tribunal Regional de Darmstadt y posteriormente juez de casación ante el Tribunal Supremo Federal, me ha confirmado personalmente lo ventajoso que considera esta forma de procedimiento, que ahora puede experimentar todos los días como presidente de una de las principales salas de audiencias de La Haya.

En resumen, se puede decir que España se benefició mucho de Alemania durante algún tiempo, pero no solo implementó bien los impulsos recibidos, sino que extrajo de ellos sus propias conclusiones, las cuales también son interesantes e inspiradoras para nosotros los alemanes. Espero sinceramente que este reconocimiento se imponga más ampliamente no solo en la ciencia, sino también en la práctica.



**Juan Fernando López Aguilar**  
Miembro del Parlamento Europeo  
Exministro de Justicia del Reino de España  
Expresidente de la Comisión de Libertades,  
Justicia e Interior del Parlamento Europeo  
Catedrático de Derecho Constitucional en la Universidad de Granada

**Cuarenta años de Constitución democrática en España,  
en el 70 aniversario de la Grundgesetz alemana:  
madurez constitucional e integración europea**

## **I. Constitución española y Constitución alemana**

La Constitución española de 1978 cumple cuarenta años. A todo lo largo del proceso de su gestación y desarrollo, el constitucionalismo español que dimana de esta norma fundamental del Estado (que es la locución empleada para su promulgación por el Jefe del Estado, S. M. el Rey Juan Carlos I, en el acto de su firma) bebe de fuentes comparadas. En la perspectiva del tiempo, la influencia de la Grundgesetz alemana de 1949 (Ley Fundamental de Bonn o Constitución alemana) resplandece aun hoy con fuerza en un extenso conjunto de cuestiones capitales.

El Sozialstaat y su Wohlstand (Estado de bienestar) influyen en nuestra afirmación de que España se constituye en Estado social y democrático de derecho. El imperio de la ley; el principio de legalidad; los derechos fundamentales (Grundrechte) y su contenido esencial (Wesenskern), la garantía institucional; el Kanzlerprinzip (primacía de la presidencia del Gobierno en la conformación y acción del ejecutivo) y la moción de censura constructiva (art. 67 GG, 113 CE); los estados de excepción (“emergencia legislativa”, en la GG); el desarrollo autonómico en sentido federal (cooperación, coordinación, relaciones intergubernamentales, lealtad federal) la Bundesexekution (art. 37 GG, 155 CE), así como la arquitectura de la jurisdicción constitucional (TCF y TC), han devenido, en su conjunto, influencias principales de la literatura jurídica alemana sobre su homóloga española.

Pese a sus diferencias (baste pensar en la llamada “Streitbare Demokratie”, o “democracia militante”; en el modelo de Bundesrat; en la discusión

a propósito de las cláusulas de intangibilidad en la reforma de la Constitución, arts. 20 GG y 10.1 CE; en la financiación autonómica y la compensación interterritorial; o en las reformas constitucionales a propósito de la integración europea), lo cierto es que ambos ordenamientos han ejercido con el tiempo influencias recíprocas y cruzadas, crecientemente entrelazadas, cada vez más interactivas.

Por razones de prestigio y de capacidad anticipatoria ante los grandes retos del pensamiento jurídico y sus respectivos objetos, el influjo de la doctrina alemana fue masivo en los albores del desarrollo doctrinal de la Constitución y el ordenamiento en todas las áreas disciplinares (especialmente en los ámbitos del derecho público, administrativo, procesal y penal). Pero hoy no es menos innegable que la progresiva maduración de la experiencia democrática y constitucional española, con una reflexión propia y emparejada a sus etapas y estadios de desarrollo durante cuatro décadas, ha convertido este diálogo en un aprendizaje mutuo, entre sistemas jurídicos y escuelas de pensamiento que se respetan mutuamente, se siguen de cerca y aprenden de sus evoluciones y perfeccionamientos.

Rindo tributo, pues, tanto a la madurez de la democracia constitucional alemana –que cumple setenta años desde la superación del nazismo y de su atroz dictadura, la devastadora catástrofe de la II Guerra Mundial– como a la maduración sin billete de retorno de la moderna democracia constitucional española, que cumple cuarenta años desde la superación de la dictadura franquista, la transición y el inicio del ciclo constituyente. Ambas se dan ahora la mano en la experiencia abierta y viva de la integración europea, por más que esta se encuentre sumida en los últimos años en una crisis profunda, de una extensión y gravedad desconocida en su historia.

A propósito de ello, esta reflexión quiere centrarse en un aspecto concreto de la interacción de nuestros respectivos ordenamientos en el específico marco de convivencia e integración fundada, conformada y limitada por el derecho europeo. Un derecho, no se olvide, que es plenamente vinculante para nuestros poderes públicos y operadores jurídicos conforme a los principios sólidos de su primacía, su eficacia directa y su aplicación uniforme, jurisdiccionalmente asegurada por el TJUE.

Voy a abordar la erosión –y, en más de un caso, tensiones y retrocesos– que ha venido padeciendo la expresión más ambiciosa del actual estadio de configuración del derecho constitutivo y primario de la UE, condensado en el Tratado de Lisboa (TL), en vigor desde 2009, y particularmente en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) que se articula en el título V del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE).

Y utilizaré para ello el caso de la euroorden y su denegación por un tribunal alemán ante el requerimiento de un tribunal español (el Tribunal Supremo) en el notorio caso de la orden europea de arresto expedida contra el expresidente de la Generalitat de Cataluña, Carles Puigdemont, a finales de 2018.

Para situarlo en contexto, procede una reflexión sobre las coordenadas en que ha tenido lugar la secuencia referida, previa a la presentación de nuestra reflexión razonada.

## **II. La euroorden, cuestionada: no es el TS, es la UE, y la confianza en ella**

Hace ya unos cuantos años que, en mis escritos e intervenciones desde la tribuna que me brinda mi mandato de representación en el Parlamento Europeo, me cuento entre quienes asumimos la ineludible carga de reflexión autocrítica que corresponde a las fuerzas que han ejercido responsabilidades de gobierno en la España democrática que cumple cuarenta años de Constitución española a la hora de explicar el empeoramiento de la cuestión catalana y, por ende, de la crisis constitucional española, expresión con que se alude a un cuestionamiento abrupto de la capacidad del orden constitucional de hacer frente, por un lado, a un desafío a la unidad de la nación española y a la integridad territorial de España, al tiempo que, por otro lado, asegurar la integración de la diversidad constitutiva de España mediante la realización de una descentralización territorial del poder sin parangón con ninguna otra etapa en nuestra historia.

Por errores y omisiones es lícita esa autocrítica. Como también lo es por la sobrecarga en la red del sistema judicial que ha venido imponiéndose como respuesta prevalente a la cuestión catalana, en clamorosa ausencia de estrategias preventivas de su espiralización, y de iniciativa política y de diplomacia pública para defender a España del daño reputacional que el independentismo ha causado a España entera, en el exterior, en la UE, en el mundo, en esa globalización que no conoce marcha atrás.

Créanme que no lo celebro: el deterioro de la imagen de España en la arena internacional nos causa enorme desgarró a cuantos españoles, de muchas generaciones, hemos trabajado muy duro por normalizar el encaje de nuestro Estado constitucional de derecho en la UE y en el orden internacional después de siglos de aislamiento y complejo de inferioridad. Y es imposible ignorar, ni minimizar tampoco, la particular responsabilidad

política dimanante de los años transcurridos bajo gobiernos del PP presididos por Mariano Rajoy. Porque, como ahora resplandece en tanto que triste evidencia, no solo fueron los tiempos en que creció la presión separatista en Cataluña como nunca lo había hecho en la historia democrática reciente, sino que no se hizo, mientras eso ocurría, lo bastante para prevenir el mal que hemos venido padeciendo. Ni para explicar ante los medios y cancillerías exteriores la situación de la democracia española tal cual es, con la conflictividad que es propia a toda democracia avanzada, sin concesiones al influjo ofensivo de un nacionalpopulismo posesionado sin freno en el Govern de Cataluña, tan trufado de *fake news*, mentiras y posverdades como entregado a propalarlas todas con dinero público.

Dicho esto, excuso aclarar –por reiterarlo aquí y de nuevo, una vez más– que no albergo duda alguna de que la responsabilidad primera y directa de los destrozos para la convivencia entre catalanes –y del quebranto doloso, reiterado y sistemático del ordenamiento jurídico y el imperio de la ley en nuestro Estado constitucional– recae sobre los secesionistas. Y recae, preponderantemente, en quienes han impuesto su guion separatista desde el Govern de Cataluña sin reparar en mientes ni en la Constitución a la que están sujetos todos los poderes públicos y todos los ciudadanos (art. 9.1 CE), ni en el Estatut de Cataluña, que es su norma institucional básica (art. 147 CE), ni en la ley penal. Porque no han parado en mientes ni reparado en gastar (ni en malversar) dinero público para abonar sus propósitos incluso con medios ilícitos tipificados penalmente, esto es, delictivos. Lo que determinó la obligada respuesta que primase, ante todo, la defensa del Estado constitucional y de sus reglas de juego; haciendo valer la garantía jurisdiccional del derecho.

Pues bien, análogamente, hace asimismo mucho tiempo que, como jurista que soy, me cuento entre quienes hemos disentido de no pocas decisiones o actos jurisdiccionales en torno al desaguisado causado por las antijurídicas “leyes de transitoriedad” del Parlament de Cataluña, sobre la autoproclamada Declaración Universal de Independencia (DUI), acerca de la imaginaria “República de Cataluña” y los sucesos de octubre de 2017 prolongados hasta hoy por los autodenominados CDR (sedicentes Comités de Defensa de la República). Tengo mi propio criterio jurídico a este respecto (veo desobediencia punible, prevaricación, malversación, y actos de sedición, siendo en cambio discutible el tipo de la rebelión), y lo opongo a sus resoluciones, lo que es frecuente en derecho.

Pero asimismo tengo claro que nada de ello nos excusa de denunciar y criticar el deterioro del ELSJ, con que el TL imprimió un paso de gigante



en la dimensión política y constitucional de una construcción supranacional europea fundada en la Regla del Derecho y el Imperio de la Ley (arts. 2 y 3 TUE):

Recuérdese que, en efecto, el ESLJ consagra –constitucionaliza, en derecho de la UE– las reglas de confianza mutua y reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados miembros (EM) y del deber de cooperación policial y judicial en la persecución de la criminalidad transfronteriza en la UE (arts. 82, 83, y 85 a 88 TFUE). Y ello comporta el deber de evitar la impunidad de quienes se den a la fuga de la Justicia de un EM, escapando al territorio de otro EM (el Reino de Bélgica).

En ese contexto se inscribe la lisbonización (incorporación a las reglas del TL en 2009) de la decisión marco que estableció la llamada “orden europea de arresto” (en vigor desde el 1 de julio de 2004, fecha en la que yo estuve sentado en el Consejo de Ministros de Justicia de la UE, establecida en Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, revisada tras el TL por la Decisión 548/2009 JAI, y articulada en España por la Ley 3/2003, de 14 de marzo).

Puede afirmarse por tanto que el ELSJ es la expresión más señalada de la dimensión política y constitucional de la UE desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (TL). Materias antes reservadas a la soberanía de los EM –derechos fundamentales, legislación penal y procesal, normas de cooperación judicial– han pasado a conformar el ámbito de competencias de la UE. Y, consiguientemente, se sujetan al ahora llamado procedimiento legislativo ordinario (antes “codecisión”) en que, por primera vez en su historia, el Parlamento Europeo (PE) es legislador en pie de igualdad con el Consejo.

Es cierto que, en los últimos años, el bloqueo del Consejo –erigido, desde el arranque de la Gran Recesión (2009) que sumergió a la UE en la peor crisis de su historia, en el eslabón fallido del Decision Making Process– ha tenido, en demasiadas ocasiones, el indeseable efecto de frenar buena parte de la legislación requerida para desarrollar e implementar las previsiones del TL. Pero también es verdad que sin la aprobación del PE (legislador europeo) tampoco puede alcanzar rango legislativo ninguna posición del Consejo. Y que sin el consentimiento del PE ningún acuerdo (político, comercial o de asociación estratégica) ni tratado internacional de la UE puede entrar en vigor. Y que el PE tiene ahora la última palabra en el entero proceso legislativo europeo (mandato de negociación y votación definitiva en primera o segunda lectura).

En lo que nos importa aquí, el ELSJ se estructura sobre principios vinculantes para los EM. La solidaridad y la responsabilidad compartida son

los principios fundantes de la gestión integrada de las fronteras externas y de la gestión común de los flujos migratorios y las demandas de asilo. Paralelamente, la confianza recíproca (*mutual trust*) y el reconocimiento mutuo de decisiones jurídicas (*mutual recognition*) son los principios fundantes de la cooperación judicial (esencialmente en materia penal) entre Estados miembros de la UE.

La denominada euroorden es, en este marco conceptual, derecho Europeo legislado, enteramente vinculante y plenamente en vigor: la Decisión Marco de 2002 (en vigor, insisto, desde 2004, y revisada y reforzada en 2009, siendo yo entonces presidente de la Comisión de Libertades, Justicia e Interior del PE) no solamente previó, sino que ordenó superar entre los EM las procelosas exigencias de las extradiciones para abrir cauce a un mecanismo ágil (y tendencialmente automatizado) de cooperación interjudicial basado en el reconocimiento por los jueces requeridos (dentro de un EM) de los requerimientos emitidos por los jueces requirentes (desde otro EM): su finalidad es no solo evitar toda impunidad, sino promover un espacio de confianzas compartidas y mutualizadas, que disuada a cualesquiera personas investigadas por sus presuntas responsabilidades penales dentro de un EM de la tentación de fugarse al territorio de otro EM dentro de la propia UE.

Pero no es solamente eso. Hay más. El Tribunal de Justicia de la UE (TJUE), que es el supremo garante del respeto al derecho de la UE frente a las legislaciones de los EM, ha sido claro en sus sentencias acerca de la fuerza de obligar de la euroorden: así, en el caso Melloni (2013), el TJUE subrayó expresa y contundentemente (ante una pregunta planteada en cuestión prejudicial por el TC español) la primacía de sus mandatos de cooperación activa, directa y automatizada, entre jueces y sistemas judiciales, cualquiera que sea su nivel o rango jurisdiccional. Lo que es determinante a su vez de su eficacia vinculante y su aplicación uniforme, con preferencia por encima de las heterogeneidades o diferencias existentes entre los distintos sistemas penales y procesales de sus respectivas leyes nacionales.

Y es que la razón de ser de la primacía y “efecto útil” de la euroorden reside precisamente en la consagración de la regla de la confianza mutua y reconocimiento mutuo (art. 82 TFUE), y del respeto debido, dentro del ELSJ, por todos los jueces nacionales a aquellos requerimientos de cooperación judicial provenientes de otros jueces de Estados miembros de la UE. El objetivo, insisto, es doble: a) evitar en todo caso la impunidad de las personas investigadas por delitos mediante el simple recurso a la extrate-

rritorialidad (viajando de un Estado a otro con la intención de sustraerse a la acción de la Justicia); b) superar los límites anteriormente intrínsecos a la complejidad de las extradiciones, con su dilación en el tiempo y a su interferencia política (involucrando a los Gobiernos).

Nada de eso es posible –ni se sostiene, por tanto, el exigible “efecto útil” del instrumento europeo– si los jueces requeridos imponen su propio examen de adecuación, idoneidad o acierto de los requerimientos de los jueces del Estado requirente. Y menos aún si lo hacen desde el prisma de su propia legislación nacional. Porque ese sesgo desvirtúa el compromiso compartido de evitar toda impunidad. Y cuestiona la confianza en que, más pronto que tarde, de un modo u otro, cualquier corrección del enfoque inicial del requirente podrá verse corregido conforme a las garantías de ese otro ordenamiento desde el que se emite la euroorden: ya sea por su fiscalía, por las defensas letradas de los investigados, o, como en el caso de España, por su sistema de recursos y garantías constitucionales (con amparo ante el TC) y supranacionales (con su demanda eventual ante el TEDH de Estrasburgo).

Por ello es tan preocupante el desmoronamiento de la confianza mutua y el reconocimiento mandatado por el TL con rango constitucional (art. 82 TFUE) al que estamos asistiendo en el contexto del auge de desconfianzas cruzadas, egoísmos nacionales, intereses en conflicto, auge del nacionalismo y de la tentación populista (influyendo en la Justicia desde la acción directa de las “movilizaciones en la calle”, “escraches” y “ciberacosos” por medio de las redes sociales...).

Como inaceptable es –y aquí queríamos llegar– que el Tribunal Regional (Oberlandesgericht) de Schleswig-Holstein (Land integrado en la República Federal Alemana, EM de la UE) se haya permitido despachar –en tan solo dos días, con calificaciones sesgadas sobre el fondo del asunto– meses y meses de prolija, concienzuda y exhaustiva investigación conducida desde el TS (Sala II) de España por el instructor juez Llarena.

Lo afirmo con toda claridad: Por más que sean opinables las calificaciones jurídicas del instructor del TS (todas las actuaciones instructoras lo son, por definición, y se someten a la crítica de la doctrina jurídica, además de a los escritos de la fiscalía y las defensas), no se inventó la euroorden, ni se puso en marcha, para que cualesquiera jueces del Estado requerido revisen de forma subrepticia o encubierta la calidad de esa instrucción mediante enjuiciamientos de fondo respecto a los propios hechos que estén siendo investigadas... ¡Como si fuese posible desde el Estado requerido (en este caso Alemania/Land de Schleswig-Holstein) oponer frente a aquella instrucción su propio juicio alternativo, fundado en su propio ordenamien-

to (en este caso, el alemán), sin conocimiento profundo ni del material probatorio, ni tan siquiera indiciario, acopiado hasta el momento, ni de las circunstancias fácticas que resulten constatables solo desde la intermediación del Estado requirente (en este caso, España)!

Y afirmo, consecuentemente, que, en este caso y cualquiera, la euroorden, que es derecho europeo en vigor y vinculante, debería haber prevalecido. En su sentido normativo y con la primacía que el TJUE ha afirmado en su doctrina hasta la fecha; respaldado por lo tanto por la jurisprudencia del Tribunal (casos Melloni, Piotrowski y Grundza), que es garante del respeto a la primacía y eficacia directa del derecho de la UE.

Frente a las incertidumbres generadas por la resolución del TR de Schleswig-Holstein, el TS español pudo encontrar otra vía o cauce procesal, y su momento oportuno, para superar el obstáculo a su requerimiento de procedibilidad. La eventualidad de la técnica de la cuestión prejudicial (art. 267 TFUE: una pregunta al TJUE sobre su interpretación acerca del alcance exacto de la eficacia y límites del instrumento europeo) pudo haber sido calibrada con la correspondiente y precisa delimitación de su objeto, del contenido exacto de la pregunta a elevar en su momento procesal y por su cauce específico. Pero algo debe decirse: no es aquí el pundonor o respetabilidad del Tribunal Supremo de España frente a la calificación de su labor instructora por el Tribunal Regional de un Land (de entre dieciséis) de Alemania (que es un miembro fundador de la construcción europea) lo que ha sido cuestionado: a mi juicio, y lo lamento, es el ELSJ consagrado en el TL, y el propio derecho europeo, lo que ha sido cuestionado y lo que se encuentra aquí en juego.

### **III. La euroorden y el Espacio Europeo de Justicia**

Se entiende así que la euroorden (“mandato europeo de detención” u orden europea de arresto”, “European arrest warrant”, primera versión de 2002 y decisión marco; y su “lisbonización” completada en 2009) solo puede operar y cumplir sus cometidos si de verdad se basa en la confianza y el reconocimiento mutuo entre los EM y sus ordenamientos fundados en valores comunes y principios compartidos.

Su alcance y ámbito objetivo se despliega preferentemente sobre 32 tipos penales y sus respectivos alcances sobre otros tipos colindantes que requieran o aconsejen la superación de la compleja técnica de la extradición entre los EM de un Espacio Europeo de Justicia en que prevalecen los

llamados “criterios de Copenhague” (Estado constitucional de derecho, separación de poderes, democracia representativa, imperio de la ley, derechos y libertades garantizados por un poder judicial independiente; protección de minorías y del pluralismo político), actualmente consagrados en el art. 2 TUE.

Pero nada autoriza a ignorar que la euroorden es derecho europeo actualmente legislado, enteramente vinculante y plenamente en vigor: la Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002 (en vigor, insisto, desde 2004, y revisada y reforzada por la Decisión Marco 2009/299/JAI, de 26 de febrero de 2009, siendo yo presidente de la Comisión de Libertades, Justicia e Interior del PE) no solamente previó, sino que ordenó superar entre los EM aquellas ineficientes y procelosas exigencias de las extradiciones para abrir cauce a un mecanismo más ágil (y tendencialmente automatizado) de cooperación interjudicial. Un mecanismo cimentado en el reconocimiento por los jueces requeridos de los requerimientos emitidos por los jueces requirentes. Con la finalidad no solo de evitar toda impunidad, sino de tejer ese espacio de confianzas compartidas que disuada a cualesquiera personas investigadas a instituirse en prófugos de la Justicia dentro de la propia UE.

Pero el principio operativo –sin el cual pierde sentido y deviene inoperante– es esa confianza mutua: los órganos judiciales del poder judicial (PJ) de cada EM requerido se comprometen a cursar los requerimientos válidos provenientes de los órganos judiciales del PJ del EM requirente, sin examinar sobre el fondo ni prejuzgar el enjuiciamiento final que vaya a merecer el caso. El mecanismo, pues, no incluye entrar a examinar la “calidad democrática” del PJ del EM requirente, sino en confiar en ella desde la presunción (confianza mutua) de que se trate en todo caso de un Estado de derecho en que existen suficientes garantías (derecho a la defensa y a la prueba pertinente; contradicción e igualdad de armas) y recursos jurisdiccionales (apelación, casación, recurso ante el TEDH y el TJUE). En modo que cualquier discrepancia en torno a la calificación penal adelantada por el órgano judicial del EM requirente podrá ser sustanciada (y en su caso subsanada, reparada o corregida) de acuerdo a su propio ordenamiento.

He descrito muchas veces en mis ensayos y escritos el progresivo deterioro del ELSJ durante estos últimos años. Un daño que, según mi análisis, ha estado estrechamente vinculado a la crisis de voluntad política de Europa que se desató al rebufo de la prolongada y profunda crisis tras la gran recesión que arrancó en 2008. Entre otras consecuencias nocivas, se han multiplicado los casos de desinformación mutua e insolidaridad entre Es-

tados miembros de la UE (esto es, justo lo contrario de lo que propugna y mandata el TL), que han resultado ser singularmente dañinos en cuanto a la operatividad del ELSJ y sus reglas de configuración y funcionamiento (decisiones marco transpuestas a reglamentos y directivas de acuerdo a las reglas del TL).

El desmoronamiento del crédito de la euroorden es uno de los referidos daños colaterales de este rebato de desconfianza, de ausencia de voluntad política y de liderazgo en la UE. Y, así, la casuística crece. Pero también ha crecido en la jurisprudencia (vinculante) del TJUE, en la que brilla el ya citado caso Melloni, de 26 de febrero de 2013, relevante para España.

En ese preciso contexto, el *iter* de este deterioro de la Euroorden ha sido noticia y objeto de abundantes comentarios doctrinales y periodísticos alrededor del concreto procedimiento penal incoado en el TS (por razón del alcance nacional o extraterritorial del supuesto de hecho de que trae causa) contra los responsables de los “sucesos de octubre” de 2017 conexos con el *Proceso* secesionista catalán. Y, como se adivina y se entiende fácilmente, la espoleta activadora de esta cascada de artículos y reflexiones doctrinales reside en la denegación de cooperación judicial desde otras jurisdicciones de otros EM de la UE (sean en Escocia/Reino Unido; sean en Schleswig-Holstein/Alemania; sean en Bruselas/Bélgica...).

Como ya hemos subrayado, el TJUE es el supremo garante del respeto al derecho de la UE frente a las legislaciones de los EM. Y es terminante en sus sentencias acerca de la fuerza de obligar de la euroorden. En el caso Melloni, el TJUE subrayó expresa y contundentemente (ante una pregunta planteada en cuestión prejudicial por el TC español) la primacía de sus mandatos de cooperación activa, directa y automatizada, entre jueces y sistemas judiciales, cualquiera que sea su nivel o rango jurisdiccional. Lo cual es determinante a su vez de su eficacia vinculante y su aplicación uniforme pese a las diferencias existentes entre los distintos sistemas penales y procesales de sus respectivas leyes nacionales.

Entre las reacciones frente a tal denegación, algunas voces exaltadas han sugerido que España debería optar por “sacar los pies del tiesto” y echarlos por alto “denunciando” la euroorden o “retirarse” de la misma. Sería esa, a mi entender, una respuesta estrambótica, que debe ser desechada: la euroorden no es un tratado internacional que uno pueda “denunciar” (art. 94 CE) de conformidad a las reglas del derecho internacional general (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969). Es, como se ha advertido, Derecho europeo en vigor, que debe ser acatado y aplicado como tal por los EM (y sus poderes internos, cualquiera que sea

la organización territorial de que se dote). Y debe ser invocado y exigido por sus órganos jurídicos y sus operadores (jueces, fiscales, abogados, y en última instancia, por los propios justiciables). Y es cierto también que, en el caso que venimos comentando, el magistrado instructor del Tribunal Supremo (juez Llarena) acabaría reformulando, ante la denegación de la euroorden incoada, su propia actividad investigadora. Lo hizo, en efecto, renunciando a mantener en el tiempo la euroorden (retirando el requerimiento concreto sobre el expresidente Puidgemont). Pero esa incidencia procesal ni equivale ni autoriza a cuestionar el instrumento jurídico de la euroorden.

Por todo lo anterior procede aquí un recordatorio obligado: cansa tener que repetir, ante un público ilustrado de juristas y de expertos de un relevante EM de la UE, como es sin duda Alemania, que los prófugos del Proceso no han sido nunca en ningún caso y no son “exiliados”; como que en ningún caso sus (presuntos) delitos son “delitos políticos”; ni quienes se han visto sujetos a prisión provisional (prevista en el art. 17.4 CE y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española) pueden ser calificados como “presos políticos”. Somos muchos los juristas y los expertos en derecho internacional humanitario, como son sin duda aún más los ciudadanos que todavía exigen respeto a la verdad y al rigor, a los que “nos duele la boca” de tanto repetir lo evidente: no hay, en la España constitucional democrática que cumple cuarenta años desde su Constitución, ni “presos políticos” ni “exiliados”, como sí que, tristemente, los hubo a todo lo largo de la dictadura franquista, precisamente porque esta negaba radicalmente derechos y libertades que desde la Constitución se encuentran garantizados. Bástenos aquí el testimonio de las verdaderas víctimas de la brutal represión de dictaduras y regímenes sin garantías ni respeto de la ley ni del derecho. Bástenos el testimonio –y el de su justa indignación– de quienes de verdad han sido –o son, en otras latitudes– auténticos presos políticos, perseguidos y exiliados.

#### **IV. Reflexiones conclusivas**

Frente al deterioro descrito en los principios fundantes y ambiciones del ELSJ del TL procede su relanzamiento. Y el de la confianza mutua y reconocimiento de resoluciones judiciales entre sistemas y órganos judiciales de los EM de la UE, y visto el daño causado a los principios y objetivos consagrados en el TL, habrá que enfatizar lo obvio: “guardianes de los

tratados” los somos todos, es verdad. Pero los son, primordialmente: a) la Comisión Europea (mediante la incoación de un expediente de infracción por violación de las reglas del ordenamiento europeo: España podría incoarlo contra Bélgica por incumplimiento flagrante de los principios y objetivos establecidos por el derecho europeo al adoptar la euroorden); y b) el TJUE, que es garantía jurisdiccional de primacía y eficacia directa del derecho europeo, y que debería cuanto antes delimitar de manera inequívoca el perímetro y alcance de su carácter normativo y su efecto vinculante sobre los EM sujetos al ELSJ y al TL, esto es, al derecho vigente.

Lo primordial, aquí y ahora, es revertir ese proceso de deterioro del ELSJ, Espacio Europeo de Justicia con que el TL, que entró en vigor en 2009, imprimió un paso de gigante en la dimensión política y constitucional de una construcción supranacional europea fundada en la Regla del derecho y el imperio de la ley (arts. 2 y 3 TUE). La UE es una unión fundada en el “respeto del derecho”: *rule of law*, imperio de la ley, *Rechtsstaat*, son locuciones que aluden a la primacía del derecho que ha hecho posible la construcción supranacional que distingue a la UE como una experiencia única, en la Historia y en el mundo.

Y duele tener que recordar tantos asertos que asumíamos como obvios, pero así están hoy las cosas. Desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa (TL, 2009), la UE experimentó su mayor paso adelante, hasta esa fecha, hacia esa dimensión política y constitucional que hemos venido subrayando. La UE expandió sus competencias sobre una enormidad de dominios que habían sido, hasta entonces, materias y competencias reservadas a los EM, y, solo posteriormente, a la cooperación intergubernamental de los EM. Tan relevantes vestigios de “soberanía estatal” pasaban a ser, tras el TL, objetos políticos y legislativos de competencia europea. Sometidos, además, al procedimiento legislativo ordinario (llamado entonces “co-decisión), en el que el Parlamento Europeo ha pasado a legislar en pleno pie de igualdad con el Consejo (siendo así “colegisladores” de un genuino poder legislativo europeo bicameral en el que ambas instituciones deben asegurar su voluntad y su impulso). Además, junto con el TL entró en vigor, por fin, la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE, European “Bill of Rights”, cuyos arts. 47, 48 y 53 ordenan su aplicación vinculante por los jueces de los EM), una carta revestida con “el mismo valor jurídico que los Tratados” (6.2 TUE).

Singularmente, el ELSJ (título V TFUE, arts. 67 a 89) pasaba a dotar a la UE de un vector de formidable fuerza expansiva: por un lado, el TL ordenaba la “lisbonización” del acervo (*acquis*) del anterior III Pilar (Justi-



cia e Interior) que había sido inaugurado en el Tratado de Maastricht de 1992; por otro, abría cauce a la aprobación y puesta en marcha de una amplia legislación europea en materia penal, y procesal penal, así como en cooperación judicial civil y cooperación policial y judicial en materia penal.

Pues bien, es obvio que una ambición de tanto calado solo se puede sostener sobre la base de dos premisas, por eso mismo consagradas por el TFUE: a) una, la de la confianza mutua entre los Estados constitucionales de derecho integrados en la UE (puesto que los llamados “Criterios de Copenhague”, arts. 2 y 3 TUE, exigen para la adhesión el cumplimiento compartido de los principios y reglas del Estado de derecho: separación de poderes, democracia representativa, derechos fundamentales, protección de minorías y de pluralismo político y tutela judicial por un poder judicial independiente); b) y otra, el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales dictadas por el poder judicial de un EM, toda vez que la premisa establecida es la de que los mecanismos de cooperación judicial tienen lugar entre países, todos ellos revestidos de jueces independientes, sujetos exclusivamente al imperio de la ley democráticamente legitimada y sujeta a la Constitución. Tal es, desde luego, el caso de la Justicia española (art. 117.1 CE).

Por eso la euroorden representa por sí misma un verdadero salto cualitativo en la expresión de voluntad de los EM de dispensarse unos a otros mutuo respeto a sus resoluciones judiciales respectivas. Y de prestarse a su vez cooperación activa en su compromiso común de prevenir y evitar la impunidad de cualesquiera investigados y/o presuntos delincuentes mediante el sencillo expediente de sustraerse a la acción de la Justicia de un EM, poniéndose fuera de su alcance, extraterritorialmente, en algún otro EM. La idea de la euroorden –luego seguida en la adopción de la Orden Europea de Pruebas (adoptada en 2014)– es la de superar los límites y obsolescencias de la antigua extradición (esto es, un requerimiento de cooperación entre Gobiernos) por medio de un procedimiento nuevo, sencillo y breve (en general, 60 días), pero sobre todo de carácter estricta y directamente jurisdiccional, por vía de la interacción y diálogo interjudicial y cooperación, entre jueces, sin interferencia política.

Vengo insistiendo hace años en que el pésimo balance político de la crisis de la UE (innecesariamente prolongada, hasta cronificarse a lo largo de una década de desfallecimiento del proyecto europeo) y del contraproducente manejo de la gran recesión que arrancó en 2008, ha causado un deterioro de la voluntad de Europa que resultaba esperable tras la entrada en vigor del TL y de la CDFUE. Y que, consiguientemente, esa terrible ges-

tión –contaminada por la insolidaridad y por la rebatiña de egoísmos nacionales desatada por la crisis– ha impactado negativamente sobre la confianza mutua entre los EM. Que era la condición sobre la cual era posible el reconocimiento recíproco de resoluciones judiciales.

Como indeseable colorario, han sido cada vez más frecuentes los casos en que la misma Agencia Europea de Cooperación Judicial, Eurojust (sede en La Haya), ha venido fracasando a la hora de dar cauce a un correcto entendimiento y resolución de las numerosas “*technicalities*” (heterogeneidades penales o complejidades procesales) que a menudo se interponen frente al “efecto útil” de la orden europea de arresto, perjudicando así la primacía vinculante y la eficacia directa del derecho europeo sobre el de los EM.

Recuérdese, una vez más, que la garantía última de los principios que aseguran la primacía del derecho de la UE (su eficacia directa e interpretación uniforme) corresponde al Tribunal de Justicia de la UE, con sede en Luxemburgo (TJUE). Así, en 2014, la histórica sentencia del TJ (caso Melloni, 2014) obligó nada menos que al TC español –en la primera ocasión en que este, en 2013, había interpuesto y elevado una “cuestión prejudicial” (esto es, una pregunta efectuada ante el TJ sobre la interpretación y alcance del derecho de la UE, con respuesta vinculante)– a corregir su anterior doctrina sobre el art. 24 CE (tutela judicial efectiva y derecho a un juicio justo con todas las garantías). En consecuencia, el TC se vio constreñido a denegar el amparo a un ciudadano italiano (Melloni) que había buscado en España blindarse frente al juicio penal que había sido seguido en su ausencia contra él (*in absentia*, en contumacia, en el léxico italiano) en su propio país, Italia.

El caso Melloni ilustra dos cosas importantes para entender la potencia práctica de la Euroorden: a) el TJUE ha asegurado, cuando se le ha preguntado al respecto, la primacía de la euroorden frente a resoluciones judiciales nacionales (incluidas las sentencias del propio TC español) en todo lo que contradigan la eficacia (“efecto útil”) de la normativa europea; b) si se incumple lo anterior, adquiere carácter decisivo la interposición de una eventual cuestión prejudicial (art. 267 TFUE) en el momento en que resulte procedimentalmente adecuado, con todas las garantías para su viabilidad (cumpliendo las “condiciones de procedibilidad”).

Visto todo lo anterior, y en el concreto contexto de una reflexión compartida acerca de la interacción entre los ordenamientos español y alemán integrados en la UE, en el cuarenta aniversario de la Constitución española de 1978 y el setenta aniversario de la GG alemana de 1949, dos puntualiza-

ciones adicionales son obligadas aquí (aunque, lamentablemente, no puedan ser definitivas, a la vista de la enorme y procelosa secuencia de interacciones judiciales todavía pendientes de resolución en las causas que se siguen contra los responsables del masivo quebranto del ordenamiento jurídico español que subsiguió a las disparatadas “leyes de transitoriedad” del Parlament de Cataluña de 2017):

1) No es para nada verdad (ni posverdad: es mentira) que la resolución dictada por el Oberlandesgericht (Tribunal Regional) de Schleswig-Holstein suponga ninguna exoneración del expresident Puigdemont (la resolución alemana se limita a constatar que la imputación formulada desde el TS español (por el magistrado Llarena) no se incardina en la lista de los 32 delitos de aplicación de la euroorden, debiendo examinarse por tanto desde la perspectiva de la “doble incriminación” (un test que el instructor deberá en su día superar).

2) No es para nada verdad (ni posverdad: es mentira) que esa resolución judicial del tribunal alemán haya avalado su falsaria y victimista retórica de la impostura presentándose ante “el mundo” (la UE y la comunidad de opinión pública global) como autoproclamado y supuesto “exiliado” que resiste su paso a “preso político”; ni que esa resolución jurisdiccional alemana haya respaldado tampoco, mucho menos aún, la sañuda y contumaz campaña secesionista contra la imagen de España.

Pero, dicho todo esto... el problema es real, y grave. Y pesa no solamente sobre la reputación de España, sino sobre la viabilidad de la cooperación judicial para la que se creó y entró en vigor la euroorden.



CONFERENCIAS SOBRE  
“LOS VALORES CONSTITUCIONALES”



Prof. Dr. Dr. h.c. **Juan-Luis Gómez Colomer**  
Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad Jaume I de Castellón  
Presidente de la Sección 5.<sup>a</sup> (Derecho Procesal)  
de la Comisión General de Codificación

## **El progreso hacia la democracia a través de los principios constitucionales procesales (Una reflexión sobre el proceso penal constitucionalizado en España y en Alemania)**

### **I. Introducción**

Es para mí un alto honor poder dirigirme hoy a ustedes en esta bella ciudad, en la que he pasado investigando más de diez años de mi vida, tan apegada a mí que la siento como mi segunda ciudad realmente, y poder hacerlo en este marco incomparable de la Lonja (*Kaufhaus*), probablemente el edificio más bello de Friburgo después de la catedral, tan cercana también a nosotros.

Agradezco a los organizadores españoles del evento que hayan pensado en mí para poder expresar unas reflexiones que en estos momentos pueden tener un significado especial.

Hace más de veinte años, concretamente en septiembre de 1999, tuve ocasión de pronunciar una conferencia en el edificio I (*Kollegiumgebäude I*) de mi querida Universidad de Freiburg, invitado por el Prof. Klaus Tiedemann, lamentablemente desaparecido hace poco, aunque afortunadamente se encuentra entre nosotros su esposa, la muy querida Sra. Inge Tiedemann, a quien saludo especialmente. Tuvo lugar ante la Sociedad Alemana de Derecho Comparado (*Gesellschaft für Rechtsvergleichung*), con ocasión de su Jornada núm. 27, sobre la instrucción del proceso penal en España, en el camino para regular una fase de investigación del crimen europea (*Auf dem Weg zu einem europäischen Ermittlungsverfahren: Die Einleitung des Strafprozesses in Spanien*).

En esa conferencia, que se publicó más tarde en forma de artículo en la ZStW del año 2000, con el título “Das Ermittlungsverfahren in Spanien”, dije, lamentándolo, que el proceso español era muy desconocido en Europa, ignorándose instituciones que, con las de otros países mu-

cho más conocidos, singularmente de Alemania y de Italia, podrían ayudar a la conformación de un proceso penal europeo más uniforme y aceptable.

Allí puse como ejemplos valiosos españoles, contraponiendo el derecho adversarial anglosajón y el derecho europeo continental, en unos momentos en los que la influencia de Estados Unidos era más que notable ya, el instituto de la conformidad del acusado con la pena solicitada por el fiscal, sujeta a criterios rigurosos y solo posible en caso de delitos menos graves y leves, y la condición como parte acusadora en el proceso penal de la víctima del delito si lo deseaba, al mismo nivel que la acusación pública ostentada por el Ministerio Fiscal.

Ahora contemplo la situación en forma más preocupante, porque lo que es desconocido de mi país en Europa, y por tanto en Alemania también, no es solo una ley, por muy importante que sea la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sino también y nada menos que nuestra Constitución democrática de 1978, a la altura de cualquiera de las constituciones democráticas europeas posteriores a la II Guerra Mundial y, en aspectos muy concretos, como la protección de los acusados en el proceso penal, de las mejores del mundo.

## **II. Constitución y proceso: Lo que nos une**

La Constitución española, toda la doctrina científica española lo destaca como hecho cierto, se basa en la Grundgesetz de Bonn de 1949 y en la Costituzione italiana de 1947. En algunos casos el precepto español es incluso traducción literal de normas de esas constituciones.

Dispone que España se construya como Estado social y democrático de derecho sobre cuatro grandes pilares, los valores superiores de su ordenamiento jurídico (la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, art. 1.1), y que se organice con base en una distribución equilibrada de los poderes del Estado entre este y diecisiete regiones autónomas, que prácticamente funcionan como si España fuera un Estado federal, ante el alto nivel de competencias de las mismas. Solo está excluido el poder judicial, que es único para todo el Estado.

Lo más importante, sin embargo, desde mi punto de vista, no es su estructura política, sin desmerecer la inteligencia de la construcción legal, sino lo que significa la Constitución para el ser humano. Después de cuarenta años de dictadura, la Constitución española de 1978 representa el



más alto hito legal en la protección del ser humano frente a la poderosísima Administración que jamás haya existido nunca en España.

Uno de los aspectos clave es la protección procesal del ciudadano o ciudadana, es decir, los derechos y garantías de la persona investigada o acusada frente a una imputación o acusación penal.

Esto significa básicamente, en lo que ahora interesa, que España como democracia es un Estado regido por una ley suprema que consagra determinados derechos mínimos, inherentes a la persona, pero de carácter fundamental, que limitan el extraordinario poder de intervención y el enorme avance expansionista propio de todo Estado, y de todo Gobierno, y que garantiza también esa ley suprema un eficaz sistema de control ante los tribunales de Justicia, e incluso ante un Tribunal Constitucional, cuando se produzca una violación, ataque o menoscabo de esos derechos fundamentales.

La constitucionalización del proceso no es algo nuevo en España, pues ya desde 1812, fecha del primer texto básico español, conocido como Constitución de Cádiz, y por influencias indudablemente norteamericanas y francesas, el legislador constitucional ha creído siempre necesario establecer preceptos procesales penales en nuestras normas supremas.

La Constitución de 1978 es el último fruto histórico en España de esa tendencia, ciertamente vacilante en algunos momentos, y en otras etapas más recientes, por fortuna ya pasadas, claramente en contra. Su normativa procesal penal permite realizar la distinción siguiente:

- 1.º Por un lado, se regulan derechos fundamentales de carácter procesal penal, proclamados por el legislador para lograr, en definitiva, tras el desarrollo de un proceso equitativo, una sentencia penal justa. Por ejemplo, el derecho al abogado defensor.
- 2.º De otro, en ella se han constitucionalizado normas procesales de la máxima importancia, generalmente reguladoras de principios básicos del proceso penal, como por ejemplo el de oralidad, o se ha establecido el conjunto de normas que, al regular un proceso constitucional, permiten la tutela por el Tribunal Constitucional de los derechos constitucionales previamente consagrados, como ocurre en España a través del recurso (en realidad es un proceso) de amparo (art. 161.1, b CE).

A ello hay que añadir que muchos de esos principios, establecidos hoy por la mayor parte de las constituciones democráticas, encuentran un fundamento y un reconocimiento más amplios con motivo de su incorpora-

ción a numerosos textos internacionales que regulan los derechos humanos, de manera que se puede decir que los principios procesales más importantes están hoy internacionalizados. Así ocurre, en mayor o menor medida, con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (que es ley paraconstitucional en España según el art. 10.2 CE), con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y con la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de 1969.

Esos derechos y principios, de carácter procesal penal, son fácilmente enumerables, pero difícilmente clasificables, porque condicionan el proceso desde todas las ópticas posibles.

Así, se reconoce en el poder judicial la construcción dogmática de la jurisdicción y sus principios (objetivamente: unidad, exclusividad, juez legal, así como, subjetivamente, profesionalidad –juez técnico o de carrera–, independencia, inamovilidad e irresponsabilidad de todos los jueces españoles, también los penales, por tanto), el derecho de acción o de acceso a la justicia penal, gratuita para quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar, que conlleva el derecho a que no se produzcan dilaciones indebidas por la tramitación del proceso.

La diferencia con Alemania solo es obvia al no ser España un Estado federal, por lo que la organización de la jurisdicción es distinta. Pero los demás principios son todos enmarcables en la Grundgesetz. Destaco por su importancia el derecho de acceso a la Justicia, contemplado, en parte, en el derecho de audiencia judicial del art. 101, ap. 1, que consagra también el principio de contradicción (*audiatur et altera pars*), y la protección judicial establecida frente a vulneraciones de los poderes públicos del art. 19, ap. 4.

La estructura procesal representa en nuestra Constitución una clara apuesta por la democratización del proceso penal a la altura del mejor país que quepa imaginar, porque se reconocen —en una elaboración dogmática bien sistematizada, hecha por la doctrina alemana, que voy a seguir— los siguientes derechos fundamentales y principios importantes:

- a) El proceso penal está sometido al principio de igualdad, reconocido con carácter general en el art. 14 CE. Exactamente igual que en Alemania (art. 3 Grundgesetz). No puedo dejar de criticar que en la realidad práctica de mi país se producen muchas vulneraciones, pues la experiencia demuestra que el proceso no ha podido evitar todavía que se reflejen en él las grandes desigualdades sociales que

- existen en la realidad, lo que es patente cuando el acusado es una persona muy rica o con mucho poder.
- b) No está mencionado expresamente en el texto constitucional español el principio de contradicción, a diferencia de lo que ocurre con otros textos constitucionales extranjeros (por ejemplo, en el alemán, como ya dije reconocido en parte en el “Anspruch auf rechtliches Gehör”), pero su existencia puede apoyarse perfectamente en los arts. 24.1 y 24.2 CE (en concreto, en la prohibición de la indefensión, en el derecho a la defensa y en el derecho a un proceso con todas las garantías).
  - c) Sí se reconoce, en cambio, en España el principio de observancia de las garantías procesales debidas (art. 24.2 CE), que significa, además de una concreción constitucional en nuestro país del más amplio principio del *Due Process of Law* (principio general del derecho procesal tomado de la jurisprudencia de Inglaterra primero, y después de los Estados Unidos de América, que lo ha incorporado en las enmiendas quinta y decimocuarta de su Constitución), la máxima que pueda cubrir omisiones constitucionales respecto a otros principios procesales igualmente fundamentales. Es el derecho al proceso justo o equitativo del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que fundamenta la existencia del principio en Alemania.
  - d) Un principio procesal clave, no formulado con anterioridad, pero sí aplicado por los tribunales españoles hasta la CE bajo la expresión *in dubio pro reo*, aunque no deben confundirse, es el de la presunción de inocencia, consagrado en el art. 24.2 CE, que es al mismo tiempo una garantía procesal y un derecho fundamental del acusado. El Tribunal Constitucional español exige para su aplicación que no haya existido en el proceso una mínima actividad probatoria que fundamente la posible condena. Alemania lo reconoce fuera de su Constitución y de su Ley Procesal Penal, en el art. 6, ap. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.
  - e) Hay que tener en cuenta el principio de prohibición de la duplicidad de sanciones. Al igual que en Alemania (art. 103, ap. 3 Grundgesetz), aunque sin reconocimiento constitucional expreso en España, no se puede volver a enjuiciar un hecho punible, si ya se está juzgando en esos momentos, o si ya ha sido juzgado, en virtud de la llamada litispendencia, en el primer caso, y de la cosa juzgada en el segundo. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha reconocido desde sus inicios y sin dificultad alguna la vigencia de este principio

en nuestro ordenamiento jurídico, deducido algo forzosamente del principio de legalidad penal reconocido en el art. 25.1 CE.

- f) Relativo al procedimiento o actividad externa del proceso, consagra la CE de 1978 el principio de oralidad, refiriéndose expresamente a él en el art. 120.2: “El procedimiento será predominantemente oral sobre todo en materia criminal”. En Alemania no se reconoce como principio constitucional, pero sí está regulado en todas las leyes procesales, incluida la StPO, para la vista principal o juicio (por ejemplo, §§ 33, 261 y 264). La oralidad es un ideal al que se aspira, pues lo cierto es que la mayor parte de las actuaciones que conforma el proceso penal español son escritas. Solo es oral la denominada vista, que es una subfase de la fase de juicio oral o plenario, aunque es suficiente con ello, porque en la misma se aportan los materiales fácticos y probatorios en los que se basará la sentencia del juez oralmente, que es lo decisivo para la vigencia del principio. De este principio se deriva, con reconocimiento constitucional expreso, el principio de publicidad (arts. 24.2 y 120.1), que es de una gran importancia por su carácter político, ya que sirve al sistema democrático, pues el público (los terceros) pueden así controlar la labor de los jueces.

Pero el proceso penal español vigente no es descendiente directo de esta Constitución, es algo que nos falta todavía y que muchas veces la doctrina científica española lamenta verdaderamente. No, nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal es de 1882, y es hija del nuevo sistema acusatorio formal o proceso penal reformado nacido de la Ilustración y puesto en marcha tras la Revolución francesa. Fue, por tanto, fruto del conocimiento y de la razón. Aunque solamente fue posible aprobarla cuando en mi país existió verdadera libertad, a saber, gracias a la Constitución de 1879. Tampoco fue el primer código procesal penal español, pero lleva demasiado tiempo siendo el texto vigente en la materia.

Ciertamente, la Constitución española democrática de 1978 revolucionó el sistema, en teoría y en la práctica. En teoría porque, como hemos dicho, estableció un catálogo muy amplio de derechos fundamentales procesales; y en la práctica porque se cuestionaron de inmediato, mucho antes de que el Tribunal Constitucional se pronunciara al respecto, varias prácticas inadmisibles desarrolladas durante el franquismo, como la falta de garantías durante la declaración del imputado ante la Policía o la consideración de que las diligencias sumariales tenían valor probatorio sin excepción, a la par que surgió la necesidad de europeizar nuestro proceso penal hacia un siste-

ma de enjuiciamiento plenamente garantista. Poco a poco se han ido cumpliendo estos deseos, de forma tal que desde 1978 se han producido más de sesenta reformas, más o menos extensas, de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, las últimas –de gran importancia alguna de ellas– en 2015.

Alemania ha tenido una evolución parecida, si nos fijamos en el proceso penal tras la Ilustración, pues el modelo revolucionario francés fue recibido hacia 1800, aunque la Strafprozessordnung es de 1877, estando vigente la Constitución Imperial de 1871. La ley alemana es fruto también del llamado procesalismo científico, más interesado en la construcción de un sistema que en el relato de un procedimiento, a diferencia de la española, fiel al procedimentalismo francés.

Qué duda cabe de que lo sucedido en Alemania entre 1933 y 1945 tuvo una influencia decisiva cuando se recuperó la libertad jurídicamente con la Ley Fundamental de Bonn. Al ser fruto de un pacto entre vencedores de una guerra, hubo mucha más incidencia en las cuestiones políticas y poca preocupación por el detalle en los principios procesales, estando los fundamentales sin duda reconocidos en ella.

Pero a partir de la democratización de ambos países, puedo decir con claridad y rotundidad que Alemania y España no han seguido caminos distintos, más bien que caminan juntas hacia un proceso penal más garantista, más eficaz y más eficiente. Y digo esto no solo porque España se ha fijado en muchas reformas en la teoría y la praxis legal alemana. La última vez, por ejemplo, con ocasión de la introducción de las nuevas tecnologías en la investigación del crimen por una ley de 2015, recogiendo básicamente lo dispuesto en los §§ 94 y ss. StPO; sino también porque ambos países tenemos las bases para un proceso penal prácticamente idéntico al amparo de la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nuestro órgano judicial superior común, que ha desarrollado, casi setenta años después de su creación, una doctrina uniforme en materia de protección de los derechos fundamentales en el proceso penal, basada en los arts. 2 a 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, que nos iguala y nos hace estar en el mismo bando a favor de la libertad y la justicia, luchando juntos por el progreso jurídico y el bienestar de la ciudadanía.

### **III. Lo que nos diferencia**

Pero a pesar de estos lugares comunes, hay diferencias todavía importantes. Me referiré al propio modelo de enjuiciamiento criminal, a las fun-

ciones de los poderes públicos encargados de la persecución del crimen, y a la posición jurídica de la víctima.

1.º El sistema de enjuiciamiento no es el mismo. Alemania hizo en 1975 algo ejemplar. Desde una posición propia evolucionó hacia un sistema más respetuoso con el principio acusatorio, sin copiar a nadie ni incorporar cuerpos extraños a la propia tradición. Parece el sistema adversarial, pero no lo es, es; sencillamente, el sistema alemán.

En España se quiere hacer lo mismo desde 2001. Pero está resultando muy difícil aprobar un código procesal penal moderno y al servicio del exigente derecho penal de nuestro tiempo. No es solo un problema político que no se haya logrado aprobar todavía (a la vista está la composición del Parlamento español actual para demostrarlo, prácticamente ingobernable), pero tampoco fue posible cuando hubo mayorías absolutas. Ello porque es también un problema científico, sobre todo en algunos puntos en los que la división doctrinal es prácticamente irreconciliable.

La cuestión más candente en España en estos momentos es, probablemente, si el Ministerio Fiscal debe ser la autoridad competente para investigar los delitos o no. Una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal deberá abordar este tema indefectiblemente.

En mi país instruye un juez instructor todas las causas penales, salvo que el fiscal, en procesos penales en los que el delito esté castigado con pena privativa de libertad no superior a nueve años (llamados “procesos abreviados”), tenga conocimiento de un hecho aparentemente delictivo, bien directamente, bien por serle presentada una denuncia o atestado, en cuyo caso puede instruir él mismo, función que termina cuando se haya incoado un procedimiento judicial por los mismos hechos o cuando haya concluido las necesarias investigaciones para solicitar del juez de instrucción la incoación del procedimiento judicial correspondiente. Un caso particular de instrucción a cargo del Ministerio Fiscal lo constituye el proceso penal especial de menores, de correcto funcionamiento en la práctica, pero poco significativo al nivel en que estamos considerando esta cuestión.

Este tema, que en Alemania no se discute, motiva apasionadas discusiones en España hoy en día. La propuesta de cambio de la competencia para instruir a favor del Ministerio Fiscal se basa en un nuevo entendimiento del principio acusatorio, al hilo del cada vez mayor conocimiento que se tiene sobre el funcionamiento del sistema anglosajón, y en concreto del proceso penal federal de los Estados Unidos de América: así, se dice que la

instrucción por parte del juez es incompatible con el modelo de proceso acusatorio. También en razones de eficacia de la Justicia, pues, según se continúa diciendo, la instrucción atribuida al fiscal aparece como una de las alternativas que tan ansiosamente se buscan para reducir la carga de trabajo excesiva de los órganos jurisdiccionales, principal causa del mal funcionamiento de la Justicia, y para acelerar el proceso penal, dada la reiteración de actuaciones, por un lado, las practicadas por el fiscal y la Policía, y por otro, las mismas generalmente, las del juez. A ello habría que añadir que no puede ser la misma persona la que considere necesario un acto de instrucción y la que valore su legalidad, de ahí que se entienda que el Ministerio Fiscal debe asumir la instrucción, atribuyéndole el poder de investigar el delito, mientras que el juez debe quedar como controlador de la legalidad de los actos procesales que ha realizado el fiscal, generalmente a través de la resolución de peticiones y de los recursos.

Si atendemos a la práctica, el cambio es perentorio, porque no funciona correctamente. La investigación criminal en España, si admitimos como ciertos los estudios sociológicos y estadísticos oficiales últimamente publicados, no puede ser nunca un éxito. Ello porque, con datos de 2017, solamente existen 494 jueces de instrucción, es decir, un juez por cada 78.000 habitantes, que en el año 2017 han tenido que investigar 3.527.968 delitos que han dado lugar a la apertura de un proceso penal; por tanto, cada juez instructor ha iniciado 1.118 actuaciones procesales penales en el año 2017.

A eso añadamos que en España existen 2.470 fiscales en activo, es decir, un fiscal por cada 19.000 habitantes aproximadamente, pero llevan también asuntos civiles. Cada fiscal llevó el año pasado, pues, 2.141 asuntos.

Esto conlleva que procesos sencillos, relativamente fáciles de instruir (robos, hurtos, acosos sexuales, lesiones, etc.), estén tardando en muchos juzgados de España más de tres años en ser instruidos. Con lo que la decisión firme, tras la celebración del juicio y apelación en su caso, puede tener lugar cinco años después de cometido el delito leve o menos grave, incluso más tarde. Esto es algo inadmisibile.

No es de extrañar por ello que la opinión de los ciudadanos españoles sobre el funcionamiento de la Justicia sea la peor de las posibles. La consideran ininteligible e ineficaz. En 1987 un 28% opinaba que la Justicia funcionaba mal o muy mal, en 2015 ese porcentaje aumentó al 53%, según el barómetro elaborado por encargo del Consejo General de la Abogacía Española. Solo el 50% de los españoles cree que la Justicia española es independiente, aunque el 69% cree que los jueces no son los culpables de tal desconfianza.

Pues bien, a pesar de estas urgencias, seguimos anclados en las bases sentadas a finales del siglo XIX. Y cuando se piensa en reformar, no se piensa en llegar a una evolución propia, sino más bien solo en copiar.

2.º La posición de los poderes públicos en la fase de investigación del crimen depende del modelo seguido y, en consecuencia, es distinta en España con relación a Alemania. Me fijaré básicamente en la fiscalía.

La fiscalía tiene como principal obligación procesal penal la de acusar en los delitos públicos y semipúblicos, sin excepción, siempre que concurran méritos para ello. Es en España parte formal en el proceso penal. Materialmente, representa el interés público e imparcial en la realización de la Justicia, el cual tanto puede contraponerse como coincidir con el de la defensa.

El Ministerio Fiscal no es poder judicial, sino que está integrado en él con autonomía orgánica y funcional (art. 124 CE). Es único en toda España, organizándose bajo los principios de unidad y dependencia, según sus normas orgánicas propias, de manera tal que el fiscal general del Estado, nombrado por el Gobierno, imparte órdenes e instrucciones convenientes al servicio y al orden interno de la institución, que sus subordinados, con ciertos filtros, deben cumplir en principio. La ley exige a los fiscales objetividad en el desarrollo de sus funciones procesales penales.

La función pública de acusar hace que el Ministerio Fiscal sea la pieza fundamental del sistema acusatorio formal. La fiscalía tiene mando directo sobre la Policía, y puede ordenarle la práctica de las diligencias que considere convenientes para la averiguación de los hechos y la determinación de la autoría, actuando bien por la presentación de denuncias de los particulares ante ellos, bien a iniciativa propia. He de decirles que la Policía es en España un órgano auxiliar del poder judicial y del Ministerio Fiscal, de quienes depende según la Constitución. El mando es, pues, bicéfalo, estando sujeta, además, orgánicamente a las autoridades administrativas (Ministerio del Interior).

Pero las relaciones no son siempre idílicas. Ese juez o ese fiscal necesitan a la Policía ineludiblemente para poder cumplir con esa dirección. Gráficamente, decía el gran jurista alemán Kern que la fiscalía sin la Policía es como una cabeza sin manos, no puede actuar sin ella. Pero esto implica un riesgo permanente de colisión o, lo que es peor, que una parte, la profesional (el auxiliar), se acabe imponiendo en realidad a la otra, la técnica (el jefe). El peligro no solo de una investigación ineficaz, sino también de otros



males mayores, como el de impunidad o de corrupción policial, está en el fondo de esta cuestión, puesto que ni el sistema legal considerado en la abstracción de la ley ni su práctica deben tolerar que la investigación real descansa en manos de la Policía. La experiencia demuestra que la Policía que investiga el crimen corre siempre el riesgo de convertirse en un verdadero poder procesal autónomo e incontrolable.

3.º La posición jurídica de la víctima. La tercera diferencia es probablemente la más impactante. En el proceso penal español vigente, al lado del Ministerio Fiscal, pueden existir otras partes acusadoras, las ofendidas por el delito, que según su legitimación son llamadas, legal y doctrinalmente, acusadores, popular, particular y privado. El derecho procesal penal español permite igualmente que las pretensiones civiles derivadas del daño o ilícito que significa el delito se puedan interponer conjuntamente por la parte, ahora perjudicada por el delito, con la pretensión propiamente penal.

España ha incorporado en 2015 la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen Normas Mínimas sobre los Derechos, el Apoyo y la Protección de las Víctimas de Delitos, y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/220/AI del Consejo, consagrando el llamo Estatuto Jurídico de la Víctima del Delito. La ley tiene más de 35 artículos, cuando no hacían falta ni siquiera cinco, porque la regulación española era ya mucho más completa y mejor que la europea. Solo ha servido para reconocer ciertos derechos a las víctimas de delitos que no quieran ejercer la acción penal.

Alemania lo ha hecho en 2015 también, mediante la Ley para el Fortalecimiento de los Derechos de la Víctima en el Proceso Penal, 3.ª Ley de reforma de los Derechos de la Víctima – abreviada 3; ORRG (Gesetz zur Stärkung der Opferrechte im Strafverfahren (3. Opferrechtsreformgesetz - 3. ORRG), de 21 de diciembre de 2015. Esta ley reforma muy sucintamente las siguientes leyes alemanas: la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley Orgánica del Poder Judicial, la Ley de Costas Judiciales y la Ley de Acompañamiento Psicosocial en un Proceso Penal. Pero no cambia la estructura procesal, sino que refuerza los derechos de las víctimas.

Nada que ver, por tanto, la víctima española con las instituciones alemanas de la Privatklage, la Nebenklage, ni siquiera con el Adhäsionsverfahren, aunque con todas ellas podamos establecer alguna clase de coincidencia. En España la víctima es parte con plenos poderes, equivalente a los del Ministerio Fiscal.

#### **IV. Un aspecto particular: El derecho cuasiabsoluto a la defensa letrada**

Pero hay aspectos procesales que han sido desarrollados mejor, o, dicho de otra manera más humilde, en los que creo, honradamente, que España ha sido capaz de superar a Alemania.

Me fijaré, si bien alguno ha sido ya mencionado, como la posición de la víctima en el proceso penal español, en el derecho a la defensa letrada o defensa técnica, como se dice también en España.

Nuestro derecho a la defensa letrada tiene rango constitucional. La Constitución, para marcar claramente una diferencia respecto a la situación con la dictadura, lo regula en dos preceptos. En el art. 17.3 se le garantiza la asistencia letrada ante la detención policial, y en el art. 24.2 se le garantiza la asistencia letrada durante el proceso penal posterior.

El derecho de defensa es probablemente el derecho más importante y más desarrollado para el imputado o acusado de todos los derechos fundamentales procesales de que goza. En mi país no existe distinción entre la defensa necesaria y no necesaria, como en Alemania, siendo necesaria siempre, desde el principio (detención o comparecencia judicial), hasta el fin de la ejecución de la pena en caso de condena a pena privativa de libertad.

Además del propio asesoramiento jurídico por abogado defensor, bien de elección, bien designado de oficio, el derecho de defensa comporta una serie de derechos clave. Algunos, en un país tan cosmopolita como España, pueden llegar a ser muy importantes, como el derecho del extranjero al intérprete o a acudir a su consulado.

Destaco la protección frente al forzamiento de una inculpación, a través del derecho a guardar silencio y del derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (*nemo tenetur se ipsum accusare*), ambos con protección constitucional específica en el art. 24.2 de la Constitución, lo que es especialmente importante en la detención policial, pues antes del interrogatorio el detenido puede entrevistarse con su abogado.

España, como Alemania, excluye al abogado defensor de confianza en caso de peligro de connivencia en la lucha contra la criminalidad organizada (la exclusión del defensor, art. 527, a LECRIM y § 138a StPO).

## V. Conclusiones

Pero naturalmente existen aspectos que no funcionan bien. Me refiero a temas como la pérdida de sentido de muchos fines del proceso, el desvalor de principios clave del proceso penal, el alejamiento del derecho procesal penal respecto al derecho penal sustantivo, o el perceptible aumento del intervencionismo público en el proceso penal.

No voy a hablar de estas cuestiones porque, debido al tiempo concedido, debo ir poniendo fin a mis palabras. Quizás podamos hablar de ellas en el coloquio.

Por eso me permito concluir con la siguiente pregunta: a la vista de la comparación expuesta entre las instituciones jurídico-procesales penales alemanas y españolas, ¿puede existir algún ciudadano, o incluso más allá, algún país europeo que dude hoy, en el siglo XXI, que nuestro proceso penal sea plenamente garantista con los derechos del ciudadano y plenamente respetuoso con el respeto a la ley, la única sujeción de los jueces españoles, plenamente independientes, en la realización de su labor?

Lógicamente, hablo solo desde una perspectiva jurídica, para la que estoy plenamente legitimado: quien es sospechoso de cometer un delito conoce de antemano hasta dónde puede llegar el Estado en su investigación; sabe que, en España, como en Alemania, no es posible investigar la verdad a cualquier precio.

Los poderosos tienen una mayor responsabilidad, porque está más a su alcance conocer la ley y les es más exigible respetarla. Por ello, en caso de que, por el canal que sea en función de su posición en la sociedad, hayan sido advertidos que de realizar determinadas conductas podrían ser enjuiciados como autores de uno o varios delitos, no pueden luego acusar al Estado de extralimitarse en su función o de sufrir una persecución penal ilegal, injusta o incluso “política”. No, ellos saben que, aunque no les convenga reconocerlo, la Justicia es igual para todos, saben que España es una democracia y saben que el proceso penal español es el propio de un Estado de derecho. Mentir, falsear, calumniar, despreciar, atacar personalmente a los jueces, pedir al Gobierno español que intervenga en la Justicia dando órdenes al fiscal, ni siquiera es admisible como estrategia defensiva; es solo enredar, distraer la atención, porque saben quienes así actúan que nada de ello es cierto ni posible; en definitiva, es pedir acogerse a un trato desigual beneficioso para conseguir una inmerecida impunidad.

Europa debe saber que, en todos los procesos penales, el principio de legalidad actuará en España y el proceso se desarrollará conforme a las

previsiones legales, dictándose la sentencia que los hechos probados y no probados aconsejen adoptar. Se habrá tratado de procesos justos, no tengan ninguna duda. Todo ello gracias a unas normas constitucionales y ordinarias que creo que ustedes han comprendido ya perfectamente, pues estoy completamente seguro de que, en Alemania, ante la misma situación, se procedería de la misma manera.

Prof. Dr. **Ralf Poscher**  
Catedrático de Ciencias Políticas y Filosofía del Derecho  
en la Universidad Albert Ludwig de Friburgo

## **Proporcionalidad y vinculación constitucional**

El principio de proporcionalidad se ha convertido en el principal baremo del derecho constitucional. Esto tiene especial validez en las garantías de los derechos fundamentales –en las que se centrará la conferencia–, pero hay que mencionar que, en cualquier caso, también se ha incorporado al derecho de la organización estatal en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal.

### **I. El problema hermenéutico de la vinculación constitucional**

Por lo que afecta al derecho constitucional, la consagración del principio de proporcionalidad se remonta a un problema que los juristas que se han formado con el principio de proporcionalidad ya no reconocen como tal –ello da cuenta de la forma tan eficaz con la que ha sido resuelto al principio de proporcionalidad–. Sin embargo, el problema afecta a algo fundamental: se refiere nada menos que a la vinculación constitucional, especialmente la del legislador.

Según el art. 1, párrafo 3 de la Ley Fundamental (Grundgesetz: GG): “Los siguientes derechos fundamentales... vinculan al legislador, al poder ejecutivo y a la jurisprudencia como derecho directamente aplicable”. De este modo, la Constitución reaccionaba especialmente frente a las doctrinas de los derechos fundamentales imperantes en el constitucionalismo tardío o también bajo la Constitución de Weimar (Weimarer Reichsverfassung; WRV), en las que los derechos fundamentales se entendían como un mero programa político o conducían simplemente a una vinculación legal. En cambio, los padres y madres de la Constitución querían vincular precisamente al legislador en el respeto a los derechos fundamentales. Pero esto es más fácil decirlo en el artículo 1, apartado 3 GG que fundamentarlo dogmáticamente.

Ello se debe a que la mayoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental contienen una reserva legal que permite al legislador restringir los derechos fundamentales que le son vinculantes. La primera frase del

párrafo 1 del artículo 14 GG dispone lo siguiente: “Se garantizarán la propiedad y el derecho de sucesión”. Sin embargo, la segunda frase del párrafo 1 del artículo 14 GG establece lo siguiente: “El contenido y los límites estarán determinados por las leyes”. Pero ¿cómo puede un legislador con poder para establecer los “contenidos y límites” de la propiedad estar obligado por el artículo 14.1, frase 1 de la WRV, tal y como exige el artículo 1.3 GG? Del mismo modo, mientras que el artículo 5.1 GG protege la libertad de expresión, el artículo 5.2 GG permite su restricción mediante leyes generales. ¿Cómo podría quedar obligado el legislador a respetar la libertad de expresión si puede restringirla pura y llanamente de manera general?

Ya en Weimar se había lidiado con este problema sin que ninguna de las propuestas lograra imponerse, razón por la cual en Weimar era opinión extendida que los derechos fundamentales no vinculaban en absoluto al legislador. El Tribunal Constitucional Federal consideró acertadamente que la Ley Fundamental no quería derechos fundamentales vacíos de contenido, ni siquiera frente al legislador. Y también en la antigua doctrina constitucional bajo la Ley Fundamental seguía estando representada esta postura. Y ello de forma tan clara que el Tribunal Constitucional Federal en una de sus primeras sentencias sobre derechos fundamentales se opuso a este punto de vista: “En la literatura, a menudo se plantea la objeción de que el derecho fundamental ‘se queda vacío’ porque se coloca bajo la reserva general de ley. Sin embargo, esto pasa por alto el hecho de que el poder legislativo está sujeto a mayores restricciones en virtud de la Ley Fundamental de lo que estaba bajo la vigencia de la Constitución del Reich de 1919. En aquel momento... numerosos derechos fundamentales devenían ‘vacíos’ debido a la reserva general de ley que correspondía cada una de las leyes promulgadas constitucionalmente... Frente a ello, la Ley Fundamental ha establecido un orden de valores que limita al poder público”<sup>1</sup>. Y el apartado 3 del artículo 1 GG expresa precisamente esta voluntad de vínculo.

Pero ¿cómo debería ponerse en práctica dicha voluntad a la vista de las reservas de ley formuladas en Weimar? La Ley Fundamental recogió una de las propuestas de Weimar para hacer efectiva la vinculación del legislador a los derechos fundamentales. El artículo 19.2 GG establece: “En ningún caso podrá violarse en lo esencial un derecho fundamental”. Pero en el funcionamiento normal de un Estado de derecho esta barrera no supone límites para el legislador. Se dirige contra la abolición de los derechos fun-

---

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional Federal (Bundesverfassungsgericht; BverfG), 6, 32 (pág. 40).

damentales en la práctica, y –afortunadamente– esto no se ha transgredido ni una sola vez en los setenta años de historia de la Ley Fundamental. Más allá de la garantía del contenido esencial, la interpretación de la Ley Fundamental se enfrentaba al problema hermenéutico de cómo enriquecer la voluntad de vinculación constitucional regulada en el artículo 1.3 GG y subrayada por el Tribunal Constitucional Federal frente al legislador dotado por la reserva de ley para limitar derechos fundamentales de modo que se pudiera poner en práctica una verdadera vinculación para el legislador.

## **II. La solución de la sentencia de la farmacia**

En 1958 el Tribunal Constitucional Federal tuvo que resolver el recurso de amparo de un farmacéutico al que se le negó la autorización para abrir una segunda farmacia en una población de seis mil habitantes llamada Traunreut, con base en la Ley de Farmacia de Baviera, que preveía un sistema de concesión orientado en razones de necesidad. El Gobierno de la Alta Baviera consideraba que una sola farmacia era suficiente para Traunreut. El Tribunal Constitucional Federal no vio el problema en la decisión del Gobierno, sino en la propia ley. Tuvo, por tanto, que analizar la Ley de Farmacia de Baviera desde el punto de vista del derecho a la libre elección de profesión, con lo que se situó exactamente ante el problema que acabo de describir, ya que interpretaba el artículo 12 GG en el sentido de que la frase segunda del apartado primero de dicho precepto preveía una reserva de ley para la libertad de elegir la profesión.

En esta sentencia, el Tribunal Constitucional Federal adoptó la decisión de más trascendencia de toda su historia: introdujo el principio de proporcionalidad en el derecho constitucional y vinculó también al legislador a este principio<sup>2</sup>. Con este fallo, el Tribunal Constitucional Federal ha adquirido un poder de control frente al legislador que ha configurado como ningún otro el papel del Tribunal y de la Constitución en la historia política de la República Federal. El hecho de que el Tribunal fuera consciente de su trascendencia se deriva entre otras cosas del hecho de que nunca más volviese a discutir el fundamento de este poder de control. En especial, el hecho de que una sentencia judicial pretendiera decidir sobre la necesidad de

---

<sup>2</sup> Véanse, sin embargo, poco antes, las escuetas explicaciones de la misma sala en BverfGE 7, 320 (p. 323 y ss.), con las que deslegitima una ley por no considerarla el “medio necesario y adecuado”.

una ley fue criticado por parte de la doctrina<sup>3</sup>. “En contra del control en el sentido mencionado anteriormente se ha sostenido que sobrepasa la competencia de un tribunal: un tribunal no debería decidir si una determinada medida legal es necesaria, porque no puede saber si existen medios igualmente eficaces y si son factibles para el poder legislativo. Esto solo podría obviarse si se conocen todas las condiciones de vida que deben regularse y también las posibilidades políticas de legislación. Esta postura, que básicamente quiere limitar el poder de control del Tribunal Constitucional Federal apoyándose en razones de tipo práctico, suele basarse en el argumento teórico de que, haciendo uso de un poder de revisión tan amplio, se adentraría en el ámbito del poder legislativo y, por lo tanto, cometería una violación del principio de separación de poderes. El Tribunal Constitucional Federal no puede estar de acuerdo con esta opinión”<sup>4</sup>. Frente a estas objeciones, el Tribunal invoca la función de protección de los derechos fundamentales que le confiere la Ley Fundamental, que de otro modo no podría ejercer eficazmente ante el poder legislativo<sup>5</sup>. Con ello quiere cumplir la promesa de que la Ley Fundamental ya no contempla los derechos fundamentales como algo “vacío de contenido”, como sucedía en el pasado<sup>6</sup>.

En cuanto a la ubicación dogmática del principio de proporcionalidad, al menos en lo que afecta a los derechos fundamentales, debe buscarse en el apartado 3 del artículo 1 GG lo que en parte se expresa afirmando que el principio de proporcionalidad se deriva de los derechos fundamentales<sup>7</sup>. Posteriores anclajes en el principio del Estado de derecho<sup>8</sup> permitirán su aplicación más allá de los derechos fundamentales<sup>9</sup>.

---

<sup>3</sup> En esta línea, la sentencia se recibió en parte críticamente; cfr. únicamente *Ehmke*, en: *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* (ed.), *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, 1963, 92 y ss.

<sup>4</sup> BVerfGE 7, 377 (409 y ss.).

<sup>5</sup> BVerfGE 7, 377 (410 y ss.).

<sup>6</sup> BVerfGE 7, 377 (404 y ss.); cfr. ya BVerfGE 6, 32 (40 s.), en la que se menciona más explícitamente el problema de Weimar.

<sup>7</sup> BVerfGE 19, 342 (348 s.); 61, 126 (134); 76, 1 (50 s.); 80, 109 (120); 90, 145 (173); otras referencias sobre el estado de la discusión en *Reimer*, en: *Jestaedt/Lepsius* (eds.), *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, 2016, 61.

<sup>8</sup> BVerfGE 23, 127 (133); 35, 382 (400); 38, 348 (368); 49, 24 (58); 61, 126 (134); 69, 1 (35); 76, 256 (359); 80, 109 (120); 86, 288 (347); 90, 145 (173).

<sup>9</sup> En lo que afecta al derecho de la organización del Estado, véase Heusch, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht*, 2003.



Ya en la sentencia de la farmacia, el principio de proporcionalidad aparece estructurado en un análisis de idoneidad y en el controvertido criterio de necesidad. El control de la adecuación lo encontramos en forma de una “teoría de las etapas” que el Tribunal Constitucional Federal desarrolla para interferir en el derecho a la libre elección de una profesión<sup>10</sup>. Más allá de la idoneidad y la necesidad, se ponen en relación intervenciones de diversa intensidad con finalidades normativas de diversa importancia. Con la sentencia de la farmacia, el Tribunal Constitucional Federal instauró el principio de proporcionalidad como baremo de control, también para el legislador. Después, nunca ha vuelto a mirar atrás. Ya en 1959 deja de identificar el principio sobre la base de derechos fundamentales individuales y habla del “principio general de proporcionalidad”<sup>11</sup>.

### III. La evolución del principio de proporcionalidad

La Ley Fundamental no es la única garantía de los derechos fundamentales que lucha con el problema estructural de cómo lograr derechos fundamentales constitucionalmente vinculantes y la necesaria intervención del legislador en las posiciones de los derechos fundamentales. Al igual que la Ley Fundamental, muchas otras constituciones, así como las garantías internacionales y europeas en materia de derechos humanos, reconocen la necesidad de restringir los derechos fundamentales. No es de extrañar, por tanto, que el principio de proporcionalidad haya iniciado una carrera internacional y sea probablemente uno de los desarrollos del derecho constitucional alemán que más amplia recepción han experimentado. Aharon Barak, quien ha trazado en detalle la migración internacional del principio de proporcionalidad<sup>12</sup>, lo resume en el siguiente diagrama, en el que tam-

---

<sup>10</sup> Cfr. BVerfGE 13, 97 (104): la teoría de las etapas, del caso de la farmacia, como “resultado de una aplicación estricta del principio de proporcionalidad”.

<sup>11</sup> BVerfGE 10, 141 (173); cfr. asimismo BVerfGE 10, 221 (225); en la doctrina también se suele generalizar el principio; destaca en este sentido *Lerche*, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961; bajo el concepto de “concordancia práctica”, que sirve especialmente a la proporcionalidad en sentido estricto; asimismo *Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1967, 28 s., 126 s.; sobre la evolución, *Lepsius*, en: Jestaedt/Lepsius (eds.), *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, 2016, 5 ss.; s.

<sup>12</sup> Barak, *Proportionality*, 2012, 178 y ss.; sobre los aspectos comparados, asimismo *Lepsius*, en: Jestaedt/Lepsius (Eds.), *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, 2016, 25 ss.

bien se perfila claramente el papel del Tribunal Constitucional Federal en este proceso de recepción<sup>13</sup>:

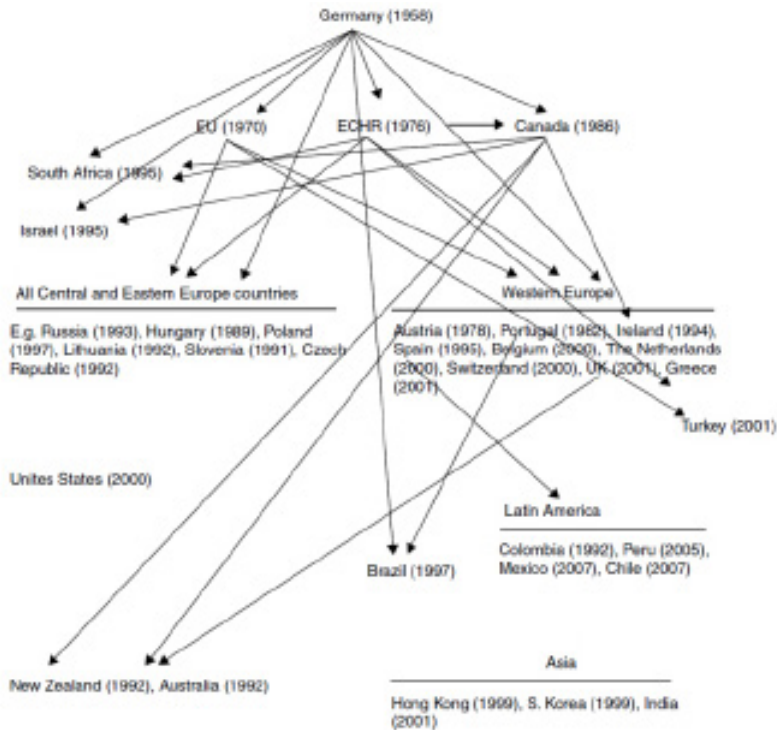


Figure 1 The migration of proportionality

La gran influencia del Tribunal Constitucional Federal se explica, entre otras cosas, por la atención que recibe su jurisprudencia, por un lado, en los países vecinos de habla alemana y, por otro, en los países del este y del sur de Europa, pero también en Asia y América del Sur. También allí condujo a una recepción del principio de proporcionalidad. Particularmente influyente en la comunidad jurídica anglosajona fue asimismo la decisión de la Corte Suprema canadiense en el caso *R vs. Oakes* de 1986<sup>14</sup>. El denominado “examen de Oakes” (*Oakes Test*) para determinar la conformidad constitucional de las intervenciones estatales en materia de derechos fun-

<sup>13</sup> Barak, *Proportionality*, 2012, 182.

<sup>14</sup> *R vs. Oakes* [1986] 1 SCR 103.

damentales se corresponde en lo esencial con los requisitos del principio de proporcionalidad y ha sido ampliamente acogido en los países de la Commonwealth. Ya desde los años setenta, el principio de proporcionalidad ha sido utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para concretar las intervenciones “necesarias en una sociedad democrática”<sup>15</sup>, lo que también ha dado lugar a una recepción secundaria en muchos Estados del Consejo de Europa. En la UE, ya es incluso derecho positivado en el art. 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea para la protección de los derechos fundamentales<sup>16</sup>: “Respetando el principio de proporcionalidad, las restricciones solo pueden imponerse si realmente son necesarias y corresponden a los objetivos reconocidos por la Unión de servir al bien común o a las exigencias de protección de los derechos y libertades de otros”.

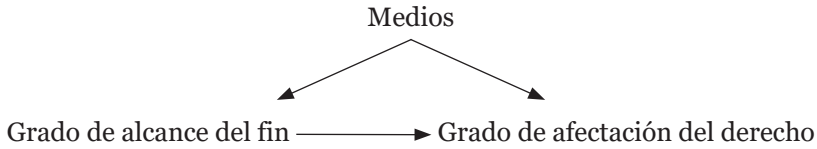
#### IV. La estructura de la proporcionalidad

El principio de proporcionalidad tiene una estructura relacional triádica. Por un lado, establece un medio en relación con un fin. A este respecto, se cuestiona si los medios son adecuados para promover el fin y en qué medida. El tercer elemento que entra en juego son las posiciones jurídicas que se ven afectadas por los medios. Del mismo modo que la proporcionalidad se pregunta si y en qué medida el fin se logra por los medios, se pregunta si y en qué medida las posiciones jurídicas se ven afectadas por los medios. Para el principal supuesto de aplicación del principio de proporcionalidad, se trata de la cuestión de la intensidad de la violación de los derechos fundamentales. Por último, se ponen también en relación no solo los medios y el fin y los medios y la posición jurídica afectada, sino también el grado en que se alcanza el fin y el grado en que se afecta el derecho.

---

<sup>15</sup> A fondo, TEDH n.º 1474/62, disputa lingüística en Bélgica; n.º 5493/72 teléfono móvil/Reino Unido, núm. marg. 49, ss.; n.º 2575/76 Dudgeon/Reino Unido núm. marg. 53 y ss.; cfr. *Saurer Der Staat* 43 (2012), 3, 9 y ss.; Christoffersen, *Fair balance*, 2009, 31 y ss.; Baade, *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Diskurswächter*, 2017, 111 ss.

<sup>16</sup> Sobre la importancia del principio de proporcionalidad en el derecho de la UE ya antes de la entrada en vigor de la Carta Magna de los Derechos Fundamentales, Koch, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, 2003.



Los criterios que se aplican a la relación entre los medios y el fin, por una parte, y el grado de realización del fin y el grado de menoscabo de los derechos, por otra, son los de idoneidad, necesidad y adecuación (ponderación). El criterio de idoneidad se refiere únicamente a la relación entre los medios y el fin, mientras que el criterio de los medios menos gravosos considera tanto la relación entre los medios y los fines alternativos como su relación con los derechos en cuestión. Por último, el criterio de ponderación se refiere únicamente a la relación entre el grado de consecución del fin y el menoscabo de los derechos.

Como criterio normativo, el principio de proporcionalidad presupone también la legitimidad de los medios y del fin. Los medios ilegítimos pueden ser idóneos y necesarios para fines ilegítimos, pero debido a su ilegitimidad no pueden cumplir el criterio normativo de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad exige, por tanto, que se persigan fines legítimos por medios legítimos que sean idóneos, necesarios y, en relación a la restricción de derechos que conllevan, proporcionados en sentido estricto al fin perseguido. Los criterios de necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto son analíticamente independientes entre sí. En un sentido normativo, la afectación asociada a los medios puede ser todavía proporcional al grado en que se ha logrado el fin aun cuando exista otro medio menos gravoso que satisfaga aún mejor el criterio de ponderación.

## V. Justificación teórico-constitucional

Un control del legislador tan estructurado, pero a la vez intenso, requiere una explicación, pero sobre todo una justificación. Pues por muy extendido que esté el principio, lo cierto es que nunca ha estado exento de críticas. Afecta a cuestiones relativas a la división de poderes que se plantean en la relación entre el legislador y el Tribunal Constitucional Federal. Se objeta que el principio de proporcionalidad permitiría, en última instancia, que el Tribunal Constitucional Federal impusiera sus propias valoraciones a las del poder legislativo, que democráticamente está mucho mejor legiti-

mado. Pero si la crítica mencionada en la sentencia de la farmacia ya va dirigida a la productividad y a las implicaciones del examen de necesidad por parte del Tribunal Constitucional Federal para la división de poderes, sucede que el foco de atención se desplaza hacia el elemento verdaderamente de ponderación, que es la proporcionalidad en sentido estricto<sup>17</sup>.

Hoy en día, algunas sentencias constitucionales se limitan esencialmente a una prueba de adecuación. En la sentencia sobre la Ley de la Policía Criminal Federal (*Bundeskriminalamtgesetz*; BKAG), por ejemplo, los derechos fundamentales afectados por dicha ley se mencionan brevemente en forma resumida al comienzo del examen sobre la fundamentación, y luego se establece que la constitucionalidad de las facultades de la Policía depende de su proporcionalidad. La idoneidad y la necesidad de la BKAG se abordan brevemente en sentido afirmativo, para luego afirmar: “Las limitaciones se determinan de acuerdo con el requisito de proporcionalidad en sentido estricto. En consecuencia, las facultades de vigilancia e investigación deben estar adecuadamente configuradas tomando en consideración la intensidad de la intervención<sup>18</sup>. Del total de 265 apartados que la sentencia dedica al examen de los derechos fundamentales en relación con las facultades individuales, 257 se ocupan al examen de ponderación.

Sin embargo, a la vista de esta crítica, quedaría por explicar por qué la proporcionalidad –pese a las diferencias de detalle– ha tenido acogida en tantas jurisdicciones constitucionales y de derechos humanos.

Una explicación jurídicamente realista podría residir simplemente en el atractivo del control de la proporcionalidad para los tribunales que lo reclaman. Los tribunales constitucionales y los tribunales que sustantivamente ejercen una jurisdicción constitucional utilizan el control de la proporcionalidad para tener acceso, en particular, a las decisiones del poder legislativo. Pero aunque la tentación del poder político forme parte de la explicación, sería extraño que los tribunales pudieran aferrarse a ella sin perder aceptación a largo plazo, si no hubiera también razones de moral política más profundas en las que se pueda apoyar esta praxis. Difícilmente podría tratarse, en cambio, de razones teórico-democráticas, porque, como la crítica nunca deja de enfatizar, cuando se trata de sopesar conflictos de intereses, los tribunales están mucho menos legitimados democráticamente que los Parlamentos. Por lo tanto, tienen que ser otros los funda-

---

<sup>17</sup> Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971, 137 y ss.; Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, 1976, 134 ss.

<sup>18</sup> BVerfGE 141, 220 (267).

mentos normativos del Estado constitucional liberal a los que los tribunales pueden acogerse para explicar el control de proporcionalidad que ejercen sobre un legislador democráticamente mucho más fuertemente legitimado.

Una razón más profunda se ve con razón en el hecho de que en un Estado constitucional liberal el legislador democrático también debe justificarse ante el individuo por la injerencia en sus derechos, y que existe también un derecho a la justificación frente al proceso democrático<sup>19</sup>. Dicha justificación puede estar basada en la ética del reconocimiento<sup>20</sup>, que considera que el derecho a la justificación implica el reconocimiento fundamental del otro como sujeto racional<sup>21</sup>. La democracia no se legitima como una lucha o conflicto de intereses, en la que la mayoría puede prevalecer sobre los intereses de la minoría, sino como la búsqueda de un consenso razonable sobre el bien común, que debido a la existencia de diferencias de opinión irreconciliables debe decidirse con base en el criterio de la mayoría. No empero, se mantiene que las decisiones democráticas deben justificarse como razonables.

Debido a una serie de potenciales patologías del proceso democrático –tales como inercias irreflexivas, influencias de ideologías o intereses especiales no orientados hacia el bien común–, esto no se garantiza solo por la discusión y decisión parlamentarias. El requisito constitucional de proporcionalidad exige esta justificación. Como tal, no requiere del esfuerzo hermenéutico que en los demás órdenes caracteriza a lo legal. No exige justificación con referencia a un texto autorizado<sup>22</sup>, sino una justificación jurídica instrumental y normativa de medidas estatales sobre la base de estándares puramente racionales. A través de la jurisdicción constitucional, el derecho a la justificación de medidas legislativas es tenido en cuenta seriamente en términos de derecho de organización y –al igual que sucede con el principio democrático en los Parlamentos– se institucionaliza. El

---

<sup>19</sup> Kumm, LEHR 4 (2010), 141-175, 157 y ss.; cfr. asimismo Petersen, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, 2015, 32 y ss.; Arnould, en: Jestaedt/Lepsius (eds.), *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, 2016, 289.

<sup>20</sup> Honneth, *Kampf um Anerkennung*, 2003.

<sup>21</sup> Forst, *Das Recht auf Rechtfertigung*, 2007, 9 y ss., 68 y ss., 291 y ss.

<sup>22</sup> Sobre la referencia intencional a un texto como característica de la justificación hermenéutica y de la producción jurídica, Poscher, en: Glanert/Girard (eds.), *Law's hermeneutics: Other investigations*, 2017, 207 y ss.

principio de proporcionalidad exige que los representantes de la mayoría justifiquen sus decisiones de forma racionalmente comprensible; la jurisdicción constitucional obliga a la mayoría a presentar esta justificación a una institución que gracias a la independencia judicial se presenta como especialmente adecuada para ello desde el punto de vista funcional.

El principio de proporcionalidad confiere a los tribunales un papel reactivo. No deben imponer su idea de equilibrio proporcional a las instituciones más democráticamente legitimadas, pero pueden obligarles a identificar sus decisiones como racionalmente justificables sobre la base del principio de proporcionalidad. La medida en que el principio de proporcionalidad satisfaga este perfil reactivo dependerá, entre otras cosas, de la forma particular en que estén estructurados sus elementos y de su eficacia racional.

## VI. La proporcionalidad en sentido estricto

La eficacia de la prueba de idoneidad y necesidad generalmente no se discute, pero también es muy limitada. Se puede decir sin quedarse corto que simplemente excluye las decisiones irracionales del legislador, es decir, evita que persiga un resultado con medios inadecuados o utilice medios que lo consiguen pero que en absoluto son necesarios para ese resultado.

Un filtro más fuerte lo constituye, por el contrario, el criterio ponderativo, que también domina en la jurisprudencia desde los años ochenta. La tendencia a controlar que la actuación del legislador sea proporcional está ciertamente relacionada con la creciente consolidación de la posición institucional del Tribunal Constitucional Federal, que en la época de Adenauer todavía tenía que pelear por su lugar en el sistema político<sup>23</sup>. Además, la creciente actividad legislativa, que cobró impulso con el programa de reforma de la coalición social-liberal, también puede ser otra razón, simplemente por el hecho de que se dio con más frecuencia la oportunidad de revisar las leyes<sup>24</sup>.

Aunque las críticas al principio de proporcionalidad tanto en la doctrina alemana como en la internacional se centran en la proporcionalidad en sentido estricto, la tendencia fundada a finales de los años setenta si-

---

<sup>23</sup> Petersen, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, 2015, 145 y s.

<sup>24</sup> Lepsius, en: Jestaedt/Lepsius (eds.), *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, 2016, 14.

que consolidándose en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal.

1) *La inconmensurabilidad como problema de la proporcionalidad en sentido estricto*

La crítica se centra principalmente en la imposibilidad de racionalizar la ponderación de bienes debido a la inconmensurabilidad del grado de cumplimiento del fin alcanzado que deba ponderarse, por un lado, y el grado de menoscabo de los derechos, por otro. Para evaluar los bienes en su valor relativo, parece que es necesario aplicarles un baremo uniforme. Si, por ejemplo, queremos evaluar la solidez financiera relativa de dos estados federales, se pueden comparar sus ingresos fiscales, activos y pasivos utilizando un cálculo monetario basado en el euro. En el derecho constitucional no existe una norma uniforme para evaluar los intereses de la seguridad y la libertad, que tan a menudo se han sopesado entre sí en la jurisprudencia reciente.

Aunque ha habido repetidos intentos de desarrollar baremos uniformes similares, lo cierto es que, o no resultan convincentes o no son practicables ni siquiera dejando de lado todas las dificultades metodológicas que implican. Aharon Barak, por ejemplo, propuso utilizar el “significado social” como base para fijar un criterio de evaluación uniforme<sup>25</sup>. Sin embargo, si bien es cierto que podríamos comparar diferentes posiciones jurídicas cuando las hayamos convertido a la moneda de la significación social, no lo es menos la advertencia de Timmothy Endicott, quien nos recuerda que para efectuar esa conversión debemos haber resuelto primero las inconmensurabilidades, cuya eliminación nos proporcionaría un baremo uniforme de significación social<sup>26</sup>.

Una solución econométrica consistiría en superar empíricamente la inconmensurabilidad consultando a los titulares de derechos fundamentales sobre su voluntad de pagar por los bienes que se van a sopesar entre sí. Sin embargo, las dificultades metodológicas que implicaría el correspondiente diseño de la investigación serían difícilmente superables<sup>27</sup>; además, ese

---

<sup>25</sup> Barak, *Proportionality*, 2012, 348 y ss.

<sup>26</sup> Endicott, en: Huscroft/Miller/Webber (eds.), “Proportionality and the Rule of Law: Rights”, JuEndicott, en: Huscroft/Miller/Webber (Hrsg.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, 2016, 318.

<sup>27</sup> Petersen, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, 2015, 58 y ss.



tipo de investigación no sería practicable para el derecho constitucional. Desde este punto de vista parece que la inconmensurabilidad de las posiciones a ponderar es el problema central e inabarcable del principio de proporcionalidad.

2) *Proporcionalidad como solución al problema de la inconmensurabilidad*

Desde otra perspectiva, la situación es exactamente la inversa. La inconmensurabilidad no es el problema del principio de proporcionalidad, sino que la proporcionalidad es la solución al problema de la inconmensurabilidad<sup>28</sup>. Precisamente porque no estamos en condiciones de comparar las dos posiciones jurídicas sobre la base de un criterio común, solo podemos comparar el grado de cumplimiento proporcional de los baremos pertinentes para cada una de las respectivas posiciones jurídicas. La comparación de los grados de realización nos permite entonces sopesar lo inconmensurable<sup>29</sup>.

Bruce Chapman explica esto utilizando el ejemplo de una exhibición canina<sup>30</sup>. Los caniches y los perros pastores no se pueden comparar entre sí. Pero tanto para el caniche como para el pastor, los jueces juzgan hasta dónde se acercan al ejemplar ideal de su raza. Con la puntuación así establecida sí se puede determinar qué perro merece el premio al mejor perro. Y ello incluso suponiendo que para evaluar a los caniches solo contase la apariencia externa y para el perro pastor también su funcionalidad como perro guardián.

Del mismo modo, es posible comparar el peso relativo del menoscabo de los derechos fundamentales y del interés público. ¿Hasta qué punto se ve afectado el derecho fundamental en relación con su realización ideal? ¿Hasta qué punto se promueve el interés público en relación con su realización ideal? Poniendo las restricciones proporcionales y la promoción proporcional en uno y otro lado de la balanza, respectivamente, se puede realizar entonces un juicio de equilibrio.

Frente a expectativas demasiado ambiciosas que se puedan asociar con esta inversión de la perspectiva, se afirma acertadamente que también la comparación proporcional de grados de realización se enfrenta a imponde-

---

<sup>28</sup> Chapman y *University of Pennsylvania Law Review* 146 (1998), 1487, 1492.

<sup>29</sup> Una confección formalizada en Veel LEHR 4 (2010), 177, 195 ff.; al respecto, Petersen, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, 2015, 65 ss.

<sup>30</sup> Chapman, *University of Pennsylvania Law Review* 146 (1998), 1487, 1492.

rables y a asunciones normativas considerables<sup>31</sup>. La asignación de grados de realización se asocia a valoraciones de cierta embergadura, que intersubjetivamente en el mejor de los casos solo pueden aspirar a un reconocimiento a partir de una evaluación muy general. Lo más probable es que sea difícil alcanzar un acuerdo sobre el grado en que una medida de vigilancia ponga en peligro el desarrollo de la personalidad y el grado en que promueve la seguridad nacional. Por tanto, el modelo de realización presupone una equivalencia de los bienes jurídicos a comparar, lo que no es evidente, aunque no se asuma una jerarquía de los derechos fundamentales individuales y se intente desglosar los intereses públicos en intereses individuales de derechos fundamentales.

Sin embargo, la idea probablemente abarca estructuralmente una parte de aquello que juega un papel en nuestras decisiones de ponderación en casos de inconmensurabilidad, a los que no solo nos enfrentamos de forma ubicua, sino que también tomamos de forma ubicua<sup>32</sup>. En casos de clara desproporción, la comparación proporcional de los grados de realización también puede contar con un alto acuerdo intersubjetivo. Si se ordena una prueba de líquido cefalorraquídeo muy molesta y que pone en peligro la integridad física del paciente con el fin de aclarar la culpabilidad en un delito menor, eso lo consideramos desproporcionado, porque el grado de menoscabo sufrido por la persona objeto de la medida es claramente superior al grado en que se promueve el interés en su procesamiento<sup>33</sup>.

Del mismo modo, en el caso de la Ley de Conservación de Datos, se podría argumentar que debería hacerse un completo seguimiento del comportamiento en Internet de toda la población. Esto puede que siga siendo proporcional en cuanto a la protección contra el terrorismo y la delincuencia organizada violenta, pero no sería asumible para perseguir las infracciones de los derechos de autor. En el sentido del control de la racionalidad por parte del legislador, parece obvio que la desproporción es una expresión del hecho de que en el proceso legislativo han prevalecido intereses especiales mejor organizados frente a la protección de los derechos fundamentales de la abrumadora mayoría de los titulares de los mismos.

---

<sup>31</sup> Petersen, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, 2015, 66 y s.

<sup>32</sup> Lo mismo señala también Waldron, *Hastings L.J.* 45 (1993), 813, 817 y ss., quien por ello distingue entre inconmensurabilidad blanda y dura, si bien reserva la dura para las llamadas decisiones trágicas.

<sup>33</sup> BVerfGE 16, 194 (202).

Los imponderables normativos asociados con las respectivas comparaciones se oponen, por un lado, a formalizar los juicios correspondientes. Contrariamente a lo que sugiere la fórmula de ponderación de Robert Alexy<sup>34</sup>, difícilmente cabe asignar propiedades numéricas a aspectos individuales de tal manera que luego puedan ser calculados también numéricamente. La ventaja de las consideraciones que llevaron a esta fórmula no radica en la formalización, sino en el análisis de aspectos individuales de nuestras consideraciones teóricas cotidianas, las cuales se utilizan para la formalización. Particularmente notable es el aspecto epistémico, que también influye en nuestras ponderaciones intuitivas.

Por otro lado, los imponderables intersubjetivos hablan en contra de sobrecargar la capacidad del proceso de ponderación. Hay casos, como el de la prueba de líquido cefalorraquídeo, en los que se puede llegar a un acuerdo relativamente amplio sobre los grados relativos de realización y la relación básica de las posiciones jurídicas en cuestión.

Aunque el ámbito de estos supuestos no pueda definirse claramente, ya que la concordancia intersubjetiva en los juicios intuitivos sobre los grados de realización y las valoraciones de partida es un fenómeno gradual por su parte, parece poco discutible que el Tribunal en ocasiones sobrepase este ámbito. En estos casos también se plantea cuál es la función que el Tribunal debe seguir asumiendo en relación con el derecho a la justificación. También desde la perspectiva del derecho a la justificación habla mucho en favor de una limitación del control de la desproporcionalidad a los casos relativamente obvios.

### 3) *El re-entry de la hermenéutica*

Pero precisamente también frente al legislador el Tribunal Constitucional Federal va más allá. Esto podría entenderse en el sentido de que el

---

<sup>34</sup> La ponderación de los principios en conflicto  $i$  y  $j$  en el caso concreto se denomina

$$I_{ij} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

donde  $I$  es la intensidad de la injerencia en el principio respectivo;  $W$ , su peso abstracto; y  $R$ , la fiabilidad de la suposición de su no implementación. Cfr. Alexy, en: Jackson/Tushnet (eds.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, 2017, 16 y ss.

Tribunal directamente se excede en la legitimación que podría venirle otorgada por el derecho a una justificación, y ciertamente también hay sentencias que difícilmente se pueden explicar de otra manera. Sin embargo, también podría ocurrir que detrás de al menos algunas de las sentencias se escondan otros fenómenos y que, en definitiva, en el marco de la ponderación se opere de manera distinta a lo que sería un mero control de la desproporcionalidad.

Para reconocerlo, es útil recordar cómo se introdujo el principio de proporcionalidad en el derecho constitucional. Se trataba de resolver un problema hermenéutico: ¿Qué tendría que significar el efecto vinculante directo de los derechos fundamentales, especialmente para el legislador? Una respuesta a esto era el vínculo con el principio de proporcionalidad, que requiere racionalidad instrumental y normativa, para lo cual es verdaderamente acertada la apreciación de Matthias Kumm de que esta forma de control de la racionalidad no es en sí misma una operación hermenéutica<sup>35</sup>. Pero ya desde un primer momento el Tribunal utilizó el control de ponderación para avanzar en la tarea hermenéutica de seguir desarrollando el cometido de la vinculación directa de los derechos fundamentales que le confiere el apartado 3 del artículo 1 GG.

En la sentencia de la farmacia, desarrolló su teoría de las etapas para el artículo 12 GG a partir de la distinción que establecía el texto de la norma entre la elección de la profesión y el ejercicio de la profesión, que trata de dar forma a lo que significa la vinculación directa del legislador a los derechos fundamentales en virtud del artículo 12 GG. En términos funcionales, las etapas se asemejan a las diferentes pruebas que se desarrollaron, por ejemplo, en la interpretación estadounidense de la libertad de expresión para sus distintas formas de restricción. Así, ya desde el inicio, en la jurisprudencia sobre proporcionalidad se produce un *re-entry* de la hermenéutica en el control de la racionalidad. La vinculación del legislador a la proporcionalidad se desarrolla hermenéuticamente a partir del artículo 1.3 GG, y dentro del principio de proporcionalidad, que a su vez no exige ningún esfuerzo hermenéutico, sino un control instrumental y normativo de la racionalidad, la tarea hermenéutica se retoma en el marco de la ponderación. El examen de ponderación se convierte así también en el lugar donde se desarrollan criterios para el respectivo derecho fundamental a través de la creación hermenéutica del derecho en cuanto a lo que significa

---

<sup>35</sup> Kumm, LEHR 4 (2010), 141, 142 y ss.

la vinculación directa a los derechos fundamentales para ese derecho fundamental.

Otro ejemplo que sigue claramente esta pauta es el desarrollo de la determinación del contenido sujeta a compensación<sup>36</sup> en el marco del artículo 14 GG. También ésta se desarrolla en el ámbito de la ponderación, pero no como resultado de un control de la racionalidad, sino hermenéuticamente a partir de los requisitos de la garantía del derecho a la propiedad para la relación entre la garantía de la sustancia y la garantía del valor de la propiedad. El criterio de la ponderación se limita a proporcionar el marco para la continuación de la tarea hermenéutica que el artículo 1.3 GG le asigna al Tribunal y a la dogmática del derecho constitucional. Con el desarrollo de la determinación del contenido sujeta a compensación, esta tarea se vuelve a especificar en el artículo 14 GG por medio del principio de proporcionalidad.

Lo mismo se aplica a muchos de los requisitos procesales que el Tribunal ha exigido en el marco de la ponderación y que habían atraído una gran atención en las décadas de 1980 y 1990 bajo la rúbrica de la protección de los derechos fundamentales a través de la organización y el procedimiento<sup>37</sup>. También estos requisitos pueden ser explicados mejor hermenéuticamente que como expresión de un control de la racionalidad. La propia Ley Fundamental prevé garantías procesales para las injerencias especialmente graves de los derechos fundamentales que eran frecuentes en el momento de su creación, como la privación de libertad o el registro domiciliario, especialmente en forma de reserva judicial, aunque no es la única garantía. Esta idea se retoma ahora para otras invasiones particularmente intensas de los derechos fundamentales y se exige en el marco de la ponderación. Al igual que para la libertad general de acción, la Ley Fundamental también prevé para el derecho fundamental a la vida y a la integridad física una simple reserva de ley. Pero ¿es eso motivo suficiente para que en el caso de las más graves injerencias en los derechos fundamentales, tales como los tratamientos médicos obligatorios, no se establezcan más barreras de protección de los derechos fundamentales que las que se aplican a las restricciones a la libertad de cabalgar por el bosque? Se trata de una respuesta al problema hermenéutico de la vinculación directa de los derechos funda-

---

<sup>36</sup> BVerfGE 58, 137 (149 y ss.); 100, 226 (244 y ss.); 143, 246 (338 y ss.).

<sup>37</sup> Goerlich, *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, 1981; Held, *Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens*, 1984; Trute, *Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung*, 1994, 280 y ss.

mentales para el legislador, que permite al Tribunal Constitucional Federal insistir en las garantías procesales en los casos en los que se trate de graves injerencias en la integridad física<sup>38</sup>. Lo mismo se aplica a los registros en línea o al control de las telecomunicaciones de origen<sup>39</sup>.

No se trata de controlar la racionalidad, sino de especificar la vinculación del legislador a los derechos fundamentales, que también sirve al principio de proporcionalidad, pero dentro del cual se desarrolla más dogmáticamente. Esto se aplica no solo al efecto vinculante de los derechos humanos para el legislador, sino que también, en el marco de la vinculación directa que tienen los derechos fundamentales para los tribunales específicos de cada disciplina, el Tribunal Constitucional Federal continuó desarrollando dogmáticamente los contenidos individuales de los derechos fundamentales en el ámbito de la ponderación. Un ejemplo lo constituyen las sentencias sobre la libertad de expresión, que exigen a los tribunales que en la interpretación de las manifestaciones de opinión apliquen principios de interpretación respetuosos con los derechos fundamentales. No sería irracional, ni desde criterios de oportunidad ni en el sentido de proporcionalidad normativa, centrarse simplemente en el horizonte del receptor. Pero el criterio de ponderación, por otra parte, también sirve de cara a los tribunales especializados para especificar la conexión directa de los tribunales con el artículo 5.1 GG a través de un elemento dogmático. De igual forma que mediante la interpretación del requisito de la generalidad del artículo 5.2 GG el efecto vinculante de los derechos fundamentales aplicable a la libertad de expresión se enriquece con el principio de neutralidad de las opiniones, el efecto se amplía en el marco del juicio de ponderación a través del principio de una interpretación favorable a los derechos fundamentales.

Los ejemplos de *re-entry* de la hermenéutica en la proporcionalidad no son exhaustivos<sup>40</sup>. Sin embargo, dejan claro que esta perspectiva referida al juicio de ponderación puede ser fructífera. Apuntan a un programa de investigación que también podría resultar productivo incorporando análisis de derecho comparado, ya que la proporcionalidad también puede asumir una función similar en otros ordenamientos jurídicos constitucionales. La vinculación constitucional y la proporcionalidad están asociadas la una a la otra de forma recursiva. El principio de proporcionalidad responde al pro-

---

<sup>38</sup> BVerfGE 128, 282 (315 y ss.).

<sup>39</sup> BVerfGE 120, 274 (331 y ss.).

<sup>40</sup> Otros ejemplos en Bumke, *Der Grundrechtsvorbehalt*, 1998, 101, 231 y ss.

blema hermenéutico de cómo se puede garantizar la vinculación directa de los poderes a los derechos fundamentales a la vista de las reservas legales. En el marco del principio de proporcionalidad, la respuesta a esta pregunta se vuelve a especificar hermenéuticamente dentro del juicio de ponderación para cada uno de los derechos fundamentales. En el marco de la ponderación –como ha dicho mi colega Christian Bumke<sup>41</sup>– se desarrollan directrices específicas que concretan la vinculación constitucional de cada derecho fundamental e específico.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, “Proportionality and Rationality”, y en: Jackson, Vicki C. y Tushnet, Mark (Hrsg.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Cambridge, 2017, 13 y ss.
- Arnauld, Andreas von, “Zur Rhetorik der Verhältnismäßigkeit”, en: Jestaedt, Matthias y Lepsius, Oliver (eds.), *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*. Tubinga, 2016, 276 y ss.
- Baade, Björnstjern, *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Diskurswächter*, Berlín, Heidelberg, 2017.
- Badura, Peter (ed.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*, Múnich, 1993.
- Barak, Aharon, *Proportionality*, Cambridge, 2012.
- Bumke, Christian, *Der Grundrechtsvorbehalt*, Baden-Baden, 1998.
- Chapman, Bruce, “Law, Incommensurability, and Conceptually Sequenced Argument”, *University of Pennsylvania Law Review* 146 (1998), 1487 y ss.
- Christoffersen, Jonas, *Fair Balance*, Leiden y Boston, 2009.
- Ehmke, Horst, “Prinzipien der Verfassungsinterpretation: Mitbericht von Professor Dr. Horst Ehmke, Friburgo”, en: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (ed.), *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Berlín, 1963, 53 y ss.
- Endicott, Timothy, “Proportionality and Incommensurability”, en: Huscroft, Grant y Miller, Bradley W. y Webber, Grégoire (eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge 2016, 311 y ss.

---

<sup>41</sup> Bumke, *Der Grundrechtsvorbehalt*, 1998, 100 y ss.

- Forst, Rainer, *Das Recht auf Rechtfertigung*, Fráncfort del Meno, 2007.
- Forsthoﬀ, Ernst, *Der Staat der Industriegesellschaft*, Múnich, 1971.
- Glanert, Simone y Girard, Fabien (eds.), *Law's Hermeneutics*, Nueva York, 2017.
- Goerlich, Helmut, *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, 1981.
- Held, Juergen, *Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens*, Berlín 1984.
- Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Karlsruhe, 1967.
- Heusch, Andreas, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht*, Berlín, 2003.
- Honneth, Axel, *Kampf um Anerkennung*, Fráncfort del Meno, 2003.
- Huscroft, Grant y Miller, Bradley y W. y Webber, Grégoire (Hrsg.), *Proportionality and the Rule of Law*, Cambridge, 2016.
- Jackson, Vicki C. y Tushnet, Mark (Hrsg.), *Proportionality*, Cambridge, 2017.
- Jestaedt, Matthias y Lepsius, Oliver (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit*, Tubinga, 2016.
- Koch, Oliver, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, 2003.
- Kumm, Mattias, The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification, *LEHR* 4 (2010), 141-175.
- Lepsius, Oliver, "Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit", en: Jestaedt, Matthias y Lepsius, Oliver (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*. Tubinga, 2016, 1 y ss.
- Lerche, Peter, *Übermaß und Verfassungsrecht*, Colonia, Berlín, Múnich y Bonn, 1961.
- Petersen, Niels, "Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle", Tubinga, 2015.
- Poscher, Ralf, "The Hermeneutic Character of Legal Construction", en: Glanert, Simone y Girard, Fabien (Hrsg.), *Law's Hermeneutics: Other Investigations*. Nueva York, 2017, 207 y ss.
- Reimer, Philipp, "Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept", en: Jestaedt, Matthias y Lepsius, Oliver (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*. Tübingen 2016, 60 ss.
- Saurer, Johannes, "Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes", *Der Staat* 43 (2012), 3 y ss.



- Schlink, Bernhard, “*Abwägung im Verfassungsrecht*”, Berlín, 1976.
- Stern, Klaus, “Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbotes”, en: Badura, Peter (Hrsg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens: Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*. München, 1993, 165 y ss.
- Trute, Hans-Heinrich, *Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung*, 1994.
- Veel, Paul-Erik N., “Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making”, *LEHR* 4 (2010), 177 ss.
- Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlín, 1963.
- Waldron, Jeremy, “Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer”, *Hastings L.J.* 45 (1993), 813.



CLAUSURA



Dr. **Manuel-Jesús Dolz Lago**  
Secretario de Estado de Justicia

Me gustaría clausurar esta jornada felicitándonos por el espacio de encuentro y debate que acabamos de compartir sobre temas capitales actuales como los derechos fundamentales, garantías procesales constitucionales y procesos de integración que trascienden nuestras fronteras.

Ha quedado patente en la mesa redonda de discusión con las aportaciones de los profesores Walter Perron y Juan Fernando López Aguilar las intensas relaciones jurídicas que han existido y siguen existiendo entre España y Alemania.

Entrando en el terreno de categorías concretas, el profesor Colomer ha expuesto magistralmente la positiva influencia que aportan los principios procesales constitucionales en el progreso democrático.

Por su parte, el profesor Ralf Poscher nos ha ilustrado de manera sobresaliente sobre una de las principales categorías de la doctrina jurídica como es la proporcionalidad.

Todos estos temas y categorías son fruto de una teorización que hunde sus raíces en siglos de estudio y formulaciones a partir de los cuales se ha ido conformando un acervo jurídico europeo común.

Permítanme hacer mención a una serie de grandes juristas españoles que abordaron estos temas a lo largo del siglo xvi, cuyas aportaciones sentaron una base imprescindible para el derecho moderno.

Francisco de Vitoria, por ejemplo, teorizó sobre la base de una especie de dignidad humana al reconocer la libertad y el derecho a la propiedad de sus tierras de los indígenas del Nuevo Mundo, siendo de los primeros en sentar las bases del *ius gentium* y del derecho internacional junto con Hugo Grocio. Alfonso de Castro también contribuyó a este derecho de gentes y teorizó además sobre la naturaleza y el fin de la pena y su relación con el delito, antes que el marqués de Beccaria

Francisco Suárez defendió la idea de la soberanía del pueblo, en un sentido similar a Luis de Molina. Postularon que los hombres nacen libres por su propia naturaleza y no siervos de otro hombre, pudiendo desobedecer e incluso deponer a un gobernante injusto.

Y, por último, Luis Vives, con su obra *Tratado del socorro de los pobres* llevó a la práctica un servicio organizado de asistencia social, siendo un precursor de la organización futura de los servicios sociales en Europa.

Todos ellos, y muchos más a los que injustamente por falta de tiempo no puedo mencionar, desarrollaron su labor intelectual en diferentes países y sentaron las bases teóricas para posteriores desarrollos en pos del progreso y del bienestar social europeo y mundial, telón de fondo de todo sobre lo que hoy hemos estado trabajando.

Como dijo Robert Schuman, “Europa no se hará de una vez ni en una obra de conjunto: se hará gracias a realizaciones concretas, que creen en primer lugar una solidaridad de hecho”.

Esas realizaciones concretas pasan por realizarlas mediante el derecho. Ihering nos recordaba en su obra *La lucha por el derecho* que esta lucha está justificada mientras sea contra la injusticia. Y Europa tiene que ser una Europa justa.

A nosotros nos corresponde en este momento de cambio y de incertidumbre, que es un paso más en nuestra historia común, seguir construyendo Europa, desde el Estado social y democrático de derecho, la política, la democracia, el respeto y la promoción de los derechos fundamentales.

Muchas gracias.

**40 JAHRE SPANISCHE  
VERFASSUNG  
IHRE VERFASSUNGSRECHTLICHE  
WERTE**

**XL AÑOS  
DE CONSTITUCIÓN  
ESPAÑOLA  
REFLEXIÓN SOBRESUS VALORES**





# ERÖFFNUNGSANSPRACHE



**Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago**

Staatssekretär im Ministerium der Justiz des Königreichs Spanien

Es ist mir als Staatssekretär für Justiz der spanischen Regierung eine Freude und Ehre, Sie heute, am vierzigsten Jahrestag der spanischen Verfassung, begrüßen zu dürfen.

Lassen Sie mich zunächst dem Rektor der Universität Freiburg danken und meine Bewunderung für die historische Entwicklung dieser 1457 gegründeten Universität zum Ausdruck bringen.

Gerade im Jahre 2018 haben wir in Spanien das 800-jährige Bestehen der Universität von Salamanca gefeiert, einer der ältesten Universitäten der Welt.

Vielen Dank auch dem Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, einem Referenzzentrum für das Studium des Strafrechts auf europäischer Ebene und weltweit.

Die Tatsache, dass diese Konferenz in Deutschland stattfindet, hat eine besondere Bedeutung, da Spanien und Deutschland in der Vergangenheit viele Wege gemeinsam gegangen sind. Und derzeit gibt es viele Verbindungen zwischen Deutschen und Spaniern als europäische Bürger.

Sowohl deutsche als auch spanische Rechtstraditionen haben gemeinsame griechisch-römische Wurzeln. Viele klassische Autoren haben bereits über moderne Probleme nachgedacht.

Lassen Sie mich daran erinnern, dass das gesamte moderne Recht den großen spanischen Theologen des 15. und 16. Jahrhunderts – wie Francisco de Vitoria (1492-1546) im Völkerrecht oder Alfonso de Castro (1495-1558) im Strafrecht, die sich mit der Humanisierung der Strafen vor dem Marquis de Beccaria befasst haben – eine unschätzbare Anerkennung schuldet; Domingo de Soto (1494-1560); Francisco Suárez (1548-1617); Luis Vives (1492-1540); Luis de Molina (1535-1600) und Antonio Gómez (1500-1561) sind spanische Namen, die man nicht vergessen sollte. Die bedeutendsten deutsche Dogmatiker wie Rudolf von Ihering (1818-1892) haben diese Vorläufer anerkannt.

Deutschland war für Spanien eine ständige Referenz. Nicht umsonst haben die Hauptanhänger der intellektuellen Bewegung des Krausismus versucht, Spanien am Ende des 19. und am Anfang des 20. Jahrhunderts zu modernisieren – unter vielen anderen sind so herausragende Persönlichkeiten wie der Philosoph José Ortega y Gasset oder der Professor für

politisches Recht und Justizminister Fernando de los Ríos, nach Deutschland gekommen, um zu studieren sowie die Modernität und Kühnheit der Lehren und kulturellen Ansätze auf ein rückständiges Spanien zu übertragen, was 1931 zur Gründung der Zweiten Republik geführt hat,.

Der Krausismus als philosophische Strömung, die akademische Toleranz und Freiheit gegen Dogmatismus verteidigte, hatte in Francisco Giner de los Ríos (1839–1915), einen Anhänger und eine wichtige Figur der *Institución Libre de Enseñanza*, die von Julián Sanz del Río gegründet worden ist.

Im Rahmen der *Institución Libre de Enseñanza* sind in Spanien das *Nationale Pädagogische Museum* (1882-1941), die *Junta de Ampliación de Estudios* (1907-1938), die *Residencia de Estudiantes* (1910-1939) und die *Colonias Escolares* entstanden.

In meiner Eigenschaft als Strafrechtler von Beruf und angesichts der Tatsache, dass wir diesen Tag gemeinsam mit dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht begehen, muss ich Luis Jiménez de Asúa erwähnen, der ebenfalls in Deutschland ausgebildet worden ist, konkret in Berlin, zusammen mit Franz von Liszt, dessen „Lehrbuch des deutschen Strafrechts“ er ins Spanische übersetzt hat. Jiménez de Asúa hat den Vorsitz in der Parlamentarischen Kommission geführt, die für die Ausarbeitung der neuen republikanischen Verfassung von 1931 zuständig war, und sich an der Redaktion des Strafgesetzbuches von 1932 beteiligt.

Schon diese kleinen Skizzen genügen, um zu zeigen, wie sehr wir in einer lebendigen und faszinierenden Zeit bei dem Versuch, Spanien zu europäisieren und zu modernisieren, der deutschen akademischen Lehre und Ausbildung auf den Gebieten der Bildung, Politik, Demokratie und Rechtskultur zu Dank verpflichtet sind.

Leider wurden diese Versuche durch einen blutigen Bürgerkrieg und eine lange, dunkle totalitäre Diktatur von fast vierzig Jahren unterbrochen. Diese Phase endete glücklicherweise mit der Annahme einer demokratischen Verfassung von 1978, welche die Zeit des größten Fortschritts und der größten Stabilität in der spanischen Geschichte ermöglicht hat.

In unserem Verfassungsgebungsprozess war Deutschland wieder einmal ein deutlicher politischer und juristischer Bezugspunkt. Die spanische Verfassung enthält wichtige Institutionen aus der Lehre des deutschen öffentlichen Rechts und natürlich aus dem Bonner Grundgesetz von 1949.

Lassen Sie mich kurz drei konkrete Beispiele benennen.

Erstens: Das gesamte System der Grundrechte basiert auf dem Schutz der Menschenwürde und ist von dieser inspiriert. Sie ist das wesentliche Kriterium in jeder Diskussion über die Menschenrechte.

Zweitens hat Spanien auch ein politisch dezentrales territoriales Konzept angenommen, das als Staat der autonomen Regionen bekannt ist. Trotz der Unterschiede zum deutschen Bundesstaatsmodell bildet dieses stets eine wichtige Vergleichsgröße in der politischen und wissenschaftlichen Diskussion in Spanien.

Drittens legt die spanische Verfassung ein sehr ähnliches institutionelles System fest, welches das Ergebnis eines ähnlichen Wahlsystems ist, von dem insbesondere das Setzen auf eine ganz zentrale Figur bei der Konsolidierung des sozialen und demokratischen Rechtsstaats hervorzuheben ist: das Verfassungsgericht. Wie das Bundesverfassungsgericht war auch das spanische Verfassungsgericht Vermittler bei Streitigkeiten zwischen territorialen Körperschaften, hat pädagogische Arbeit hinsichtlich des Inhalts der Grundrechte geleistet und dafür gesorgt, dass das fragile Gleichgewicht zwischen den Staatsgewalten gewahrt bleibt und die demokratischen Garantien bei der Verteidigung der Bürgerrechte, stets im Rahmen der spanischen Verfassung, strikt eingehalten werden.

In Ausübung dieser Rolle ist der Verweis auf die deutsche Lehre sehr deutlich, indem spezifische Kategorien wie den wesentlichen Inhalt der Grundrechte oder der Verhältnismäßigkeit importiert worden sind und häufig auf die Werke herausragender Lehrer im Bereich des öffentlichen Rechts oder der politischen Philosophie wie Konrad Hesse, Rudolf Smend, Ernst-Wolfgang Böckenförde, Jürgen Habermas oder Peter Häberle oder im Bereich des Straf- und Verfahrensrechts wie Claus Roxin zurückgegriffen worden ist.

Als junger Text war die spanische Verfassung ein Vorreiter bei der verfassungsmäßigen Verankerung sozialer Prinzipien und Rechte und stattete sie mit Effektivität aus, ein bisher in der deutschen Lehre sehr umstrittenes Thema. Oder die berühmte „Drittwirkung“ bzw. horizontale Wirkung der Grundrechte. Dieses innovative und gewagte Element, das es ermöglicht hat, Hindernisse zu beseitigen, damit die Bürgerinnen und Bürger ihre Rechte effektiv genießen können, wurde von Deutschland aus in Bereichen wie Bildung, Gesundheit, Umwelt oder spezifischeren Fragen wie der tatsächlichen Gleichstellung von Frauen und Männern oder der Ehe zwischen Menschen gleichen Geschlechts untersucht.

Deutschland war und ist ein wichtiger und unverzichtbarer Akteur in einer der größten politischen Errungenschaften der jüngsten Menschheits-

geschichte, die es ermöglicht hat, Stabilität auf einem historisch von bewaffneten Konflikten geprägten Kontinent zu schaffen: in der Europäischen Union.

Seit der Gründung der Gemeinschaft für Kohle und Stahl am 18. April 1951 hat der Integrationsprozess durch so viele deutsche Persönlichkeiten wie Konrad Adenauer oder Helmut Kohl einen klaren deutschen Akzent erhalten. Von der Europäischen Union zu sprechen bedeutet, von Deutschland zu sprechen, durch dessen entschlossenen proeuropäischen Impuls.

Spanien, seit es 1986 beigetreten ist, hat sich dem europäischen Geist angeschlossen, nach dem sich die spanischen Bürger historisch so gesehnt hatten. Die spanischen Institutionen haben den gemeinschaftlichen Besitzstand von Anfang an übernommen und mit Begeisterung auf allen Ebenen vorangetrieben: Spanien ist eines der Länder mit den meisten Erasmus-Studenten – sowohl als Entsende- als auch als Empfängerland – und übernimmt eine entscheidende Rolle in den Prozessen, die mehr Integration und mehr Europa erfordern, wie im Europäische Währungssystem oder im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts.

In diesem Raum will Spanien weiterhin ein grundlegender Akteur sein, der zu seiner Entwicklung und zur Festigung des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens beiträgt, der auf gemeinsamen Werten der Mitgliedsstaaten in Bezug auf die Achtung der Menschenwürde, der Freiheit, der Demokratie, der Gleichheit, der Rechtsstaatlichkeit und der Menschenrechte beruht. In diesem Sinne haben die spanischen Justizbehörden die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen in der Union in ihre tägliche Arbeit integriert, und die spanische Regierung arbeitet im Rat daran, den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung von Gerichtsurteilen und -entscheidungen, auf denen sie beruht, weiter zu fördern. Ebenso unterstützt Spanien nachdrücklich die *Europäische Staatsanwaltschaft* bei der Ermittlung und Verfolgung der Täter von Straftaten gegen die finanziellen Interessen der Union und arbeitet daran, sie in naher Zukunft zu verwirklichen.

Spanien ist also ein zutiefst europäisches und proeuropäisches Land, das sich den demokratischen Werten, die der spanischen Verfassung und den Gründungstexten der Europäischen Union zugrunde liegen, sowie der Achtung der Europäischen Menschenrechtskonvention verpflichtet fühlt.

Im Jahr 2017 verhängte der EGMR 1.068 Urteile, von denen nur sechs auf Spanien verweisen – im Vergleich zu 305 gegen Russland, 116 gegen die Türkei, 37 gegen Griechenland, 31 gegen Italien, 26 gegen Serbien, 13 gegen Portugal und zehn gegen die Schweiz.

Ein Blick auf das Datum der Ratifizierung des Übereinkommens von Rom (1950) durch die Unterzeichnerstaaten zeigt folgende Daten für die einzelnen Länder:

- 1951 - Vereinigtes Königreich
- 1952 - Deutschland
- 1954 - Niederlande
- 1955 - Belgien
- 1974 - Italien
- 1974 - Frankreich
- 1974 - Schweiz
- 1979 - Spanien

In der durchschnittlichen Zahl der Verstöße gegen das Übereinkommen seit seiner Ratifizierung liegt Spanien nach 38 Jahren bei nur 2,46, andere Länder dagegen nach 58 Jahren wie Belgien bei 2,94, Deutschland bei 3,32, das Vereinigte Königreich bei 5,41, Frankreich bei 12,55, Italien bei 31,36, die Schweiz bei 2,46 und die Niederlande bei 1,55.

All dies ist dank des institutionellen Rahmens möglich geworden, der in einer Verfassung festgelegt worden ist, die wir in diesem Jahr zum vierzigsten Mal feiern, dank der täglichen Arbeit der öffentlichen Staatsgewalten, die ihre Anwendung und Wirksamkeit ermöglichen, und dank der Bürgerinnen und Bürgern, die sie als Eigenwert und als Weg empfinden, der die Meinungsäußerung und die Verwirklichung der gesellschaftlichen und politischen Vielfalt in Freiheit ermöglicht.

Ich bin mir sicher, dass all diese und viele weitere Fragen den ganzen Tag über behandelt und ausführlich diskutiert werden.

Der deutsche Wissenschaftler Albert Einstein (1879–1955) hat gesagt: „Unsere Zeit ist traurig! Es ist einfacher, ein Atom zu zerlegen als ein Vorurteil.“

Ich vertraue darauf, dass dieser Weg dazu dienen wird, Vorurteile abzubauen und zu gegenseitigem Verständnis zu gelangen.

Vielen Dank für Ihr Erscheinen und herzlich willkommen!





# GRUSSWORT



Prof. Dr. Dr. h.c. **Hans-Jochen Schiewer**  
Rektor der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

Es ist mir eine große Freude und Ehre, Sie als Mitveranstalter dieses Festaktes zur Feier des 40jährigen Inkrafttretens der demokratischen Verfassung des Königreichs Spanien in Freiburg (heute genau in einem Monat) begrüßen zu dürfen.

Die Albert-Ludwigs-Universität Freiburg ist eine traditionsreiche Volluniversität mit internationaler Ausrichtung, die vielfältige Beziehungen zu spanischen Universitäten und Forschungseinrichtungen pflegt.

In den EU-Forschungsrahmenprogrammen arbeiten wir in zahlreichen Projekten mit spanischen Partnern zusammen.

Auch im Studierendenaustausch ist Spanien für unsere Studentinnen und Studenten ein wichtiges Ziel: 2017/18 wählten ca. 140 Studierende eine spanische Universität für ein Auslandsstudium, an der Spitze liegen dabei die Universitäten in Sevilla und Valencia sowie die Complutense in Madrid. Dass Freiburg auch für spanische Studierende ein attraktiver Studienort ist zeigt sich daran, dass 2017/18 ca. 60 Studierende einen Teil ihrer Studienzeit in Freiburg verbrachten, TOP drei der Heimatuniversitäten sind die Complutense und die Politecnica in Madrid sowie die Universität Sevilla.

Auch unsere hochrenommierte Rechtswissenschaftliche Fakultät ist der spanischen Rechtswissenschaft seit langer Zeit freundschaftlich verbunden und hat vor allem in der Zeit nach dem Ende der Franco-Diktatur vielen spanischen Juristen bei ihrer Suche nach dem besten Weg zu einem modernen demokratischen Rechtsstaat Hilfe geleistet.

Als Veranstaltungsort für diesen Festakt wurde Freiburg ausgewählt, weil unsere Rechtswissenschaftliche Fakultät zusammen mit dem Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht die deutsch-spanischen Beziehungen in erheblichem Maße mitgeprägt hat. Die spanische Verfassung von 1978 orientiert sich in wesentlichen Teilen deutlich sichtbar an dem Bonner Grundgesetz von 1949.

Zu bemerken ist dies vor allem beim Katalog der Grundrechte, die jeder Person gegenüber der Staatsgewalt gewährleistet werden, sowie an der Schaffung eines von der ordentlichen Justiz getrennten Verfassungsgerichts, an das sich jeder Einzelne mit der Behauptung wenden kann, er sei in seinen Grundrechten verletzt worden.

Hier hat das deutsche Bundesverfassungsgericht Pate gestanden, und die Freiburger Rechtswissenschaftliche Fakultät ist diesem höchsten deutschen Gericht in ganz besonderer Weise verbunden: Von den gegenwärtig tätigen 16 Richterinnen und Richtern des deutschen Bundesverfassungsgerichts stammen aus Freiburg der Präsident Andreas Voßkuhle und der derzeit dienstälteste Richter Johannes Masing. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang auch der neue Verfassungsrichter Henning Radtke, der in den letzten Jahren neben seiner Tätigkeit beim Bundesgerichtshof hier als Lehrbeauftragter regelmäßig Vorlesungen gehalten hat. Und auch früher haben in diesem illustren Richterkreis so bekannte Freiburger Rechtsprofessoren wie Konrad Hesse und Ernst-Wolfgang Böckenförde, der frühere Präsident Ernst Benda sowie unser Honorarprofessor Siegfried Broß gewirkt.

Besonders eng sind die Verbindungen der Freiburger Rechtswissenschaft mit Spanien aber im Bereich des Strafrechts und Strafprozessrechts. Diese Verbindungen waren schon in der Franco-Zeit wichtig: Einer der ersten ausländischen Gäste des von Hans-Heinrich Jescheck geleiteten damaligen Universitätsinstituts für ausländisches und internationales Strafrecht, das später von der Max-Planck-Gesellschaft übernommen wurde, war seit den frühen 1960er Jahren Marino Barbero Santos – nach der demokratischen Wende wechselte er am Ende seiner großen wissenschaftlichen Karriere in die Praxis und wurde Richter des Obersten spanischen Gerichtshofs. Vor allem ab den 1970er Jahren kamen immer mehr spanische Wissenschaftler an das Max-Planck-Institut sowie an das von Klaus Tiedemann geleitete Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht, darunter etwa 1977 als Stipendiat der Alexander von Humboldt-Stiftung Vicente Gimeno Sendra, der 1988 zum Richter des spanischen Verfassungsgerichts ernannt wurde und der die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung zum Strafprozessrecht maßgeblich geprägt hat.

Die Alexander von Humboldt-Stiftung hatte auch einen wesentlichen Anteil an der weiteren Entwicklung: Aufgrund ihrer hervorragenden Leistungen gelang es vielen jungen spanischen Juristen, in diese weltweit renommierte Förderinstitution aufgenommen zu werden, und ganz besonders viele von ihnen kamen nach Freiburg. Hervorzuheben ist hierbei unser geschätzter Kollege Juan-Luis Gómez Colomer, der im Anschluss einen der beiden Festvorträge halten wird. Seit seinem ersten Forschungsaufenthalt 1981 ist er nicht nur unzählige Male in Freiburg gewesen, sondern er hält die Verbindung zu Deutschland seit geraumer Zeit auch als Präsident der spanischen Alexander von Humboldt-Vereinigung aufrecht,

einer Alumni-Organisation, der fast alle gegenwärtigen und ehemaligen spanischen Humboldt-Stipendiaten angehören.

Neben dem Strafrecht unterhält auch das Freiburger Institut für deutsches und ausländisches Zivilprozessrecht seit vielen Jahren enge Verbindungen nach Spanien, und unsere jüngsten interdisziplinären Einrichtungen, das Center for Security and Society sowie das Freiburg Institute for Advanced Studies, haben ebenfalls bereits mehrfach international renommierte spanische Juristen als Fellows zu Gast gehabt.

Selbstverständlich sind diese wissenschaftlichen Beziehungen keine Einbahnstraße. Freiburger Rechtswissenschaftler haben umgekehrt viele Gastprofessuren in Spanien ausgeübt und mit spanischen Kollegen in Spanien und anderswo auf der Welt gemeinsam geforscht und publiziert. Da die wissenschaftlichen Beziehungen unserer Länder jedoch auch Gegenstand der späteren Podiumsdiskussion sein werden, möchte ich insoweit nichts vorwegnehmen.

Wir sind heute hier, weil die Rechtsentwicklung des modernen, demokratischen Spaniens eng mit derjenigen von Deutschland verbunden ist, was man insbesondere an der Verwandtschaft der Verfassungen beider Länder ablesen kann. Ich bin stolz, dass die Universität Freiburg an dieser Entwicklung einen gewissen Anteil hat, und wünsche Ihnen allen eine erfolgreiche und interessante Veranstaltung. Vielen Dank!



Prof. Dr. Dr. h.c. mult. **Ulrich Sieber**  
Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches  
und internationales Strafrecht

## **40 Jahre spanische Verfassung**

Das Freiburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht gratuliert herzlich zum 40. Geburtstag der spanischen Verfassung! Sowohl für Spanien als auch für Deutschland ist eine Feier ihrer Verfassungen etwas Besonderes, weil diese Verfassungen auch für die Überwindung ihrer alten diktatorischen Regime stehen. Wir freuen uns deswegen sehr, das spanische Verfassungsjubiläum hier in Freiburg gemeinsam mit unseren spanischen Freunden zu begehen. Für die Einladung des spanischen Justizministeriums zur gemeinsamen Organisation der heutigen Veranstaltung sagen wir herzlichen Dank!

Bei dieser gemeinsamen Veranstaltung kann man sich natürlich fragen, was das Freiburger Institut für ausländisches und internationales Strafrecht mit der spanischen Verfassung zu tun hat. Auf diese Frage gibt es vor allem zwei Antworten: Zum einen ist das Verfassungsrecht für das an unserem Institut erforschte Straf- und Sicherheitsrecht von zentraler Bedeutung, zum andern bestehen zwischen unserem Institut und der spanischen Rechtswissenschaft sehr intensive und langjährige Verbindungen. Dies möchte ich im Folgenden näher erläutern.

### **I. Die Bedeutung des Verfassungsrechts für das straf- und sicherheitsrechtliche Forschungsprogramm des Freiburger Max-Planck-Instituts**

Die Bedeutung des Verfassungsrechts für das Strafrecht beruht vor allem darauf, dass Strafrecht die intensivsten Eingriffe in die Rechte der Bürger erlaubt, die unser Rechtssystem kennt. Wegen der Intensität der strafrechtlichen Eingriffe und des mit ihnen verbundenen sozialemischen Vorwurfs müssen sich diese Eingriffe in besonderer Weise an der Verfassung und den allgemeinen Menschenrechten messen lassen. Dies kommt zum Ausdruck, wenn das Strafrecht als „angewandtes Verfassungsrecht“ und als „Seismograf der Staatsverfassung“ bezeichnet wird.

Ein enger Verfassungsbezug mit völlig neuen Fragestellungen gilt aber auch für die neuen Formen der Kriminalitätskontrolle, mit denen sich unser Institut seit einigen Jahren beschäftigt, vor allem für die alternativen Ansätze zur Bekämpfung von organisierter Kriminalität, Terrorismus und Cybercrime. Ein Exkurs über die einschlägigen Analysen in unserem aktuellen Forschungsschwerpunkt zur Architektur des Sicherheitsrechts in der modernen Risikogesellschaft soll dies veranschaulichen.

Terrorismus, organisierte Kriminalität, Cybercrime, Wirtschaftskriminalität und andere komplexe Kriminalitätsformen dominieren heute nicht nur Medien und politische Diskurse. Weitgehend unbemerkt von der Öffentlichkeit und unreflektiert von der Politik haben sie auch zu einem weltweiten Paradigmenwechsel im Bereich der Kriminalitätskontrolle geführt: Denn das klassische, auf die Ahndung vergangener Taten gerichtete Strafrecht wird heute immer stärker auf präventive Aufgaben ausgerichtet und durch andere präventive Rechtsregime ergänzt. Dieser fundamentale Wandel beruht nicht nur auf tatsächlichen Bedrohungen. Noch einflussreicher auf die aktuelle Rechtspolitik sind die zunehmende Verbrechensfurcht der Bevölkerung und die entsprechenden Reaktionen der Politik, die oft in keinem Verhältnis zu den tatsächlichen Bedrohungen stehen.

Die weltweite Rechtspolitik hat sich dadurch stark verändert: Ihre Diskurse werden heute weniger von den klassischen Fragen von Schuld und Strafe bestimmt, sondern stärker durch die Begriffe des Risikos und der Gefahr sowie der Prävention und der Sicherheit: Das neue Ziel der Kriminalpolitik ist die Gewährleistung von Sicherheit durch eine frühzeitige Intervention. Dies führt zu neuen Möglichkeiten der Kriminalitätskontrolle, aber auch zur Gefahr von immer intensiveren Eingriffen in die Freiheit der Bürger, da Risiken in der modernen Gesellschaft allgegenwärtig sind und die Prognose zukünftiger Gefahren weite Spielräume lässt. In wichtigen Bereichen wandelt sich das klassische, repressive Strafrecht dadurch nicht nur selbst zu einem stark präventiv ausgerichteten Instrument, sondern wird Teil eines allgemeinen Sicherheitsrechts.

Im Strafrecht zeigt sich diese Entwicklung deutlich in der Kriminalisierung von Risikohandlungen. Die derzeit besonders expandierenden „Vorbereitungsdelikte“ verschieben die Strafbarkeit weit ins Vorfeld der eigentlichen Tat. Ihre Tatbestandsumschreibungen ersetzen dabei objektive Schädigungen durch subjektive Absichten des Täters. Beispiele für diese Gesetzgebungstechnik sind die Kriminalisierung der versuchten „Ausreise zum Zweck der terroristischen Ausbildung“ sowie das „Sammeln von Vermögenswerten zur Unterstützung von terroristischen Straftaten“ – d.h. die



Kriminalisierung von zeitlich frühen (oft alltäglichen) Vorbereitungshandlungen, die in deliktischer Absicht ausgeführt werden.

Außerhalb des Strafrechts wird der Ausbau der präventiven Kriminalitätskontrolle in vielerlei Formen deutlich: Verwaltungsstrafrecht, Polizeirecht, Geheimdienstrecht, Ausländerrecht, Recht der bewaffneten Konflikte, Zivilrecht und private Compliance-Regelungen gewinnen für die Kriminalpolitik zunehmende Bedeutung. Weitere Beispiele dieser nicht-strafrechtlichen Ansätze zur Kriminalitätskontrolle sind die teilweise geheimdienstähnliche Geldwäschekontrolle, die zivilrechtliche Einziehung von Straftatgewinnen, die Mega-Geldbußen des Ordnungswidrigkeitenrechts, die Listungsverfahren der UN und der EU sowie die freiheitsentziehenden Maßnahmen des Ausländerrechts.

Diese – weltweit festzustellenden – Verschiebungen von strafrechtlichen zu nicht-strafrechtlichen Maßnahmen erweitern die Handlungsoptionen der Sicherheitsbehörden im Bereich der Kriminalitätskontrolle beträchtlich:

- Das präventive Strafrecht schafft mit seinen Vorfelddelikten eine Grundlage für frühe Ermittlungsmaßnahmen und einen Freiheitsentzug schon im Vorfeld eines Schadensereignisses.
- Das Polizeirecht ermöglicht rein präventive Eingriffsbefugnisse, die keine begangene Straftat mehr verlangen, sondern eine zukunftsorientierte Prognoseentscheidung.
- Das Geheimdienstrecht erlaubt weitgehende Maßnahmen der Informationsgewinnung und Überwachung mit neuen Algorithmen und dem Einsatz von künstlicher Intelligenz.
- Das Recht der bewaffneten Konflikte rechtfertigt in einzelnen Rechtsordnungen transnational durchsetzbare Maßnahmen bis hin zu gezielten Tötungen.

Diese neuen Rechtsregime sind vor allem wegen der damit einhergehenden Einbußen an Freiheit, Privatsphäre und rechtsstaatlichen Garantien problematisch:

- Das Präventivstrafrecht verlagert die strafrechtliche Verantwortlichkeit weit ins Vorfeld und tangiert dadurch das strafrechtliche Schuldprinzip.
- Die Vorverlagerung der polizeirechtlichen Eingriffsmaßnahmen in den Bereich der abstrakten Gefahren führt zu weiten und interpreta-

tionsoffenen (weil prognosebedingten) Befugnissen, für die das bloße Drohen einer Gefahr ausreicht.

- Das Geheimdienstrecht erlaubt Eingriffe in Freiheits- und Persönlichkeitsrechte ohne Straftatverdacht und ohne Richtervorbehalt.
- Das Kriegerrecht schafft im „war on terror“ eine von der Exekutive angeordnete und kaum kontrollierte „Todesstrafe“, die im Strafrecht der meisten Staaten nicht möglich ist.
- Das UN-Listungsverfahren verhängt gravierende Sanktionen in Verfahren, die einer ganzen Reihe von rechtsstaatlichen Grundsätzen diametral entgegenstehen.

Die neuen präventiven Maßnahmen des Sicherheitsrechts bieten damit zwar ein erhebliches Potential zur Verbesserung der Kriminalitätskontrolle, sie führen aber gleichzeitig zu der Gefahr, dass unter dem Deckmantel der neuen Sicherheitsregime klassische strafrechtliche Garantien ausgeschaltet werden – Garantien, die sich die Bürger in einem seit der Aufklärung währendem Kampf gegen staatliche Willkür erstritten haben.

Die neuen Optionen der präventiven Kriminalpolitik mit ihrem Konflikt zwischen Sicherheit und Freiheit machen das im Mittelpunkt unseres Interesses stehende Sicherheitsrecht damit zu einem hochinteressanten neuen Forschungsfeld. Unser Forschungsziel ist, die damit verbundenen Chancen einer wirksameren Kriminalitätskontrolle zu nutzen, aber zugleich angemessene rechtsstaatliche Garantien zu entwickeln, die die Bürger vor willkürlichen Übergriffen schützen. Solche Garantien können entweder aus dem Strafrecht übertragen oder aber eigenständig aus dem Verfassungsrecht und den allgemeinen Menschenrechten hergeleitet werden. Deren Bedeutung für das Strafrecht und andere Formen der Kriminalitätskontrolle kann mithin kaum besser als durch unser aktuelles Forschungskonzept zur neuen Architektur des Sicherheitsrechts in der globalen Risikogesellschaft verdeutlicht werden.

## **II. Die Verbindung des Freiburger Max-Planck-Instituts mit der spanischen Rechtswissenschaft**

Das Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht unterstützt die heutige Veranstaltung aber nicht nur wegen dieser engen Verbindung des Straf- und Sicherheitsrechts mit dem Verfassungsrecht. Der zweite Grund für unsere gemeinsame Festveranstaltung sind die

engen Beziehungen, die sich seit Jahrzehnten zwischen unserem Institut und der spanischen Rechtswissenschaft entwickelt haben.

Diese Beziehungen zeigen sich bereits in der Zahl unserer Gastwissenschaftler. In den letzten drei Jahren nutzten neben vielen Kurzzeitgästen auch ca. 1.500 Langzeitgäste aus über 70 Staaten die Forschungsmöglichkeiten, die unser Institut bietet. Die spanischen Wissenschaftler liegen dabei auf Platz 2 unserer Länderstatistik.

Noch deutlicher werden die engen Beziehungen zur spanischen Rechtsordnung durch die Tatsache belegt, dass unser Institut seit seiner Gründung durch Prof. Dr. Hans-Heinrich Jescheck stets einen Referenten für Spanien hatte. Den Beginn machte unter dem Institutsgründer der in Spanien beliebte und hochgeehrte Landesreferent Dr. Heinz Mattes. Heute wird das Spanienreferat von der spanischen Juristin Frau Dr. Teresa Manso Porto betreut, der ich für ihr Engagement für die Organisation der heutigen Tagung herzlich danke.

Drittens sind spanische Wissenschaftler seit Beginn meiner Institutsleitung besonders stark in unserem Fachbeirat vertreten, der unser wichtigstes Beratungs- und Evaluationsgremium. Für diese Präsenz der spanischen Fachbeiräte stehen vor allem Prof. Dr. José Luis de la Cuesta, der damalige Präsident der AIDP, Prof. Dr. Luis Arroyo Zapatero, der Präsident der Société pour la Défense Sociale sowie mein langjähriger Freund Prof. Juan-Luis Gómez Colomer, der Präsident der spanischen Humboldt-Alumnivereinigung, den ich hier herzlich begrüßen kann. Diese Präsenz spanischer Wissenschaftler in den Führungsgremien der internationalen Strafrechtsorganisationen und in unserem Fachbeirat ist kein Zufall. Sie ist vielmehr Ausdruck der hohen Wertschätzung, welche die spanische Strafrechtswissenschaft heute weltweit genießt.

Viertens spiegelt sich diese Bedeutung des spanischen Rechts für unser Institut in unseren rechtsvergleichenden Forschungsprojekten wider: Die spanische Rechtsordnung ist – vor allem mit Landesberichten von Frau Dr. Manso, aber auch z.B. von Frau Professor Dr. Lorena Bachmaier aus Madrid – in allen rechtsvergleichenden Forschungsprojekten unseres Hauses vertreten. Nicht zuletzt ist hier die umfassende Gesamtdarstellung des Allgemeinen Teils des Strafrechts zu nennen, die wir in einem computerbasierten Informationssystem weltweit zur Verfügung stellen.

Fünftens manifestiert sich der Bezug des Instituts zum spanischen Recht auch in den Rechtsgutachten, die wir für die deutsche Justiz über das spanische Recht erstellen. Dabei geht es vor allem um die Klärung der Frage, inwieweit bestimmte Verhaltensweisen nicht nur nach deutschem,

sondern auch nach spanischem Recht strafbar sind. Diese Rechtsgutachten betreffen ein weites Spektrum, das mit vergleichsweise harmlosen Fällen von Körperverletzung beginnt. Am anderen Ende der Schwere skala stehen sehr viel ernstere Fälle, wie z.B. die kürzlich an uns herangetragene Anfrage im Fall Puigdemont, die wir allerdings abgelehnt haben, da wir unsere Gutachten nur für die Justiz und nicht für Interessenvertreter erstellen.

### **III. Ausblick**

All dies verdeutlicht die enge Verbindung des Freiburger Max-Planck-Instituts nicht nur mit dem Verfassungsrecht, sondern auch mit dem spanischen Strafrecht und der spanischen Strafrechtswissenschaft. Mit der heutigen Veranstaltung wollen wir diese Beziehung fortentwickeln. Sie steht stellvertretend für zahlreiche weitere Verbindungen zwischen dem spanischen und dem deutschen Recht, die der folgende zweite Teil des Programms näher beleuchten soll. Ich freue mich auf unsere Veranstaltung!

**Dr. Matthias Schmidt**

Ministerialdirigent im Auftrag der Bundesministerin der Justiz und für  
Verbraucherschutz, Frau Dr. iur. Katarina Barley

Sehr geehrter Herr Staatssekretär Manuel-Jesús Dolz Lago,  
sehr geehrter Herr Prof. Ulrich Sieber,  
sehr geehrter Herr Prof. Hans-Jochen Schiewer,  
meine sehr verehrten Damen und Herren,

am 6. Dezember 1978 wurde die spanische Verfassung durch ein Referendum von der Mehrheit der spanischen Bevölkerung abgesegnet. Viele Anhängerinnen und Anhänger des alten Systems hatten vorher zum Boykott aufgerufen und sich gegen die Verfassung gestellt. Doch vergeblich. Sie konnten den Willen der Menschen nicht aufhalten. Spanien bekam eine Verfassung und ist seitdem eine parlamentarische Erbmonarchie. Seit 40 Jahren bekennt sich Spanien zu den Grundsätzen eines demokratischen und sozialen Rechtsstaates.

Es war eine demokratische Wahl, nicht ein gewaltsamer Umsturz, durch den die Franco-Diktatur entmachtete wurde. Mit ihr verloren Militär, Kirche und Verwaltung, die alle das alte Regime unterstützt hatten, ihre Vormachtstellung. Dafür bekamen alle Bürgerinnen und Bürger demokratische Grundrechte und Grundfreiheiten.

Dieser Aspekt des friedlichen Umsturzes ist eine Geschichtliche Tatsache, die Spanien und Deutschland eint. Auch ein wesentlicher Teil Deutschlands erhielt durch eine friedliche Revolution Demokratie und Grundrechte. Ohne Waffengewalt und ohne Tote konnte auch bei uns ein Regime entmachtete werden.

Die Geschichten unserer beiden Staaten zeigen auf verschiedene Art und Weise die gleiche Tatsache: Demokratie und Freiheit haben eine große Anziehungskraft. Menschen streben hin zu demokratischer Partizipation und freiheitlicher Grundordnung. Oder zumindest schien es bis vor wenigen Jahren so. 1989 veröffentlichte Francis Fukuyama seine These vom „Ende der Geschichte“: Der Liberalismus würde sich weltweit ausbreiten. Die westliche Demokratie würde sich als Regierungsform überall durchsetzen. Damit sei die „final form of human government“ erreicht.

Ich bin mir heute nicht mehr sicher, ob dieses Narrativ Bestand hat. Selbst hier in Europa gibt es mehrere Bewegungen, die sich gegen unsere demokratischen Grundwerte stellen. „Pressefreiheit“ ist einer dieser Wer-

te. Laut „Reporter ohne Grenzen“ gibt es keine andere Weltregion, in der sich die Lage der Pressefreiheit in den vergangenen Jahren so sehr verschlechtert hat, wie in Europa. Die krassesten Beispiele sind Ungarn und Polen, wo demokratisch gewählte Staatschefs kritische Medien offen als Feinde behandeln.

Aber man muss nicht unbedingt auf den Angriff auf einzelne Werte schauen. Es gibt zunehmend Stimmen, die die Demokratie als Ganzes in Frage stellen und sich nach autokratischer Herrschaft sehnen.

Gegen diese Tendenzen müssen wir uns klar positionieren!

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich beglückwünsche Spanien zum 40-jährigen Bestehen seiner Verfassung. Es ist eine Geschichte des Erfolges. Die Spanische Verfassung und das deutsche Grundgesetz sind in vielen Bereichen miteinander verbunden. Sie garantieren die Freiheitsrechte der Bürgerinnen und Bürger und legen die Basis für unsere gesellschaftliche und staatliche Identität. Spanien ist für uns ein starker und verlässlicher Partner in Europa mit einem klaren Bekenntnis zu einem demokratischen und rechtsstaatlichen Verfassungsrahmen und einer unverbrüchlich pro-europäischen Haltung. In Anbetracht dessen, was ich soeben gesagt habe, ist dies heute wichtiger denn je.

Vielen Dank!

PODIUMSGESPRÄCH “JURISTISCHE  
BEZIEHUNGEN ZWISCHEN SPANIEN UND  
DEUTSCHLAND”





Prof. Dr. Dr. h.c. **Walter Perron**  
Professor für deutsches und ausländisches Strafrecht  
und Strafprozessrecht an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg

In den folgenden 20 Minuten möchte ich die deutsch-spanischen Beziehungen aus dem besonderen Blickwinkel eines Strafrechts- und Strafprozessrechtswissenschaftlers betrachten. Dies soll auf drei Ebenen erfolgen: erstens der Ebene der persönlichen Kontakte, zweitens der sachlichen Ebene der Modernisierung und Demokratisierung des Strafprozessrechts durch das Verfassungsrecht und drittens der Ebene der Auswirkungen einer demokratischen Juristenausbildung auf die tatsächliche Gestalt der Strafprozesse.

Die engen persönlichen Beziehungen zwischen der deutschen und der spanischen Strafrechtswissenschaft reichen mindestens bis in die Frühzeit des 20. Jahrhunderts zurück. Luis Jiménez de Asúa, der vielleicht bedeutendste spanische Strafrechtswissenschaftler des 20. Jahrhunderts und gleichzeitig engagierter Politiker der Sozialistischen Arbeiterpartei Spaniens, begeisterte sich früh für die Straftheorien Franz v. Liszts. Dieser wendete insbesondere die Erkenntnisse der damals noch sehr jungen Humanwissenschaften auf das Strafrecht an und stellte in Abkehr von einem strengen Vergeltungsstrafrecht Kant'scher Prägung die Prävention und Resozialisierung von Straftätern in den Vordergrund. Jiménez de Asúa besuchte v. Liszts Berliner Kriminalistisches Institut und bezeichnete sich als dessen Schüler. Auch wenn Jiménez de Asúa nach dem Sieg des Generals Franco im spanischen Bürgerkrieg nach Argentinien auswandern musste, wo er 1970 verstarb, blieb sein Einfluss auf die spanische Strafrechtswissenschaft prägend. Seine Schüler, die in Spanien verblieben und auch unter Franco einflussreiche Strafrechtler wurden, setzten nämlich die Tradition der engen Verbindung zur deutschen Strafrechtswissenschaft fort und verbreiterten und vertieften die Kontakte.

Dies zeigte sich verstärkt ab den 1960er Jahren, als Deutschland sich langsam von dem Schrecken des Nationalsozialismus und des zweiten Weltkriegs erholte und spanischen Wissenschaftlern die Möglichkeit bot, den Geist eines modernen demokratischen Strafrechts kennenzulernen. Insbesondere das von Adolf Schönke gegründete und von Hans-Heinrich Jescheck systematisch bis zur Aufnahme in die Max-Planck-Gesellschaft ausgebauten Freiburger Institut für ausländisches und internationales

Strafrecht wurde immer mehr jungen spanischen Strafrechtlern zu einer zweiten wissenschaftlichen Heimat.

Die Entwicklung beschleunigte sich nachhaltig mit dem Tode Francos und dem Übergang Spaniens zur Demokratie. Ging es zuvor in erster Linie um das intellektuelle Überleben in einer eher wissenschaftsfeindlichen Umgebung, konnte man jetzt unmittelbar von den deutschen Erfahrungen mit der Umgestaltung eines autoritären zu einem rechtsstaatlichen, demokratischen und humanen Strafrecht profitieren. Zwischen 1975 und 1990 hat dementsprechend eine ganze Generation junger spanischer Strafrechts- und Strafprozessrechtswissenschaftler einen großen Teil ihrer wissenschaftlichen Ausbildung in Deutschland genossen, und dies vorrangig in Freiburg am 1982-2003 von Albin Eser geleiteten Max-Planck-Institut für Strafrecht und an Klaus Tiedemanns Institut für Kriminologie und Wirtschaftsstrafrecht. Insbesondere die neuen kriminalpolitischen Ideen Claus Roxins, der in Deutschland maßgeblich am „Alternativentwurf eines Strafgesetzbuchs“ beteiligt war und die deutsche Strafrechtsreform nachhaltig beeinflusst hat, haben in Spanien damals große Resonanz gefunden.

Die deutsch-spanischen Strafrechtsbeziehungen waren vor diesem Hintergrund zunächst eine Einbahnstraße, weil in Spanien ein großer Nachholbedarf bestand und Deutschland insoweit einige Jahrzehnte Vorsprung hatte. Die spanischen Kolleginnen und Kollegen lernten jedoch sehr rasch und begegnen uns Deutschen inzwischen seit geraumer Zeit auf Augenhöhe, was Herr Sieber aus eigener Anschauung bestätigen kann. Da die spanische Strafrechtswissenschaft aufgrund der politischen Situation von Anfang an auf äußere Impulse angewiesen war und nicht wie ihr deutsches Pendant ausschließlich im eigenen Saft schmorte, machte der Wissensdrang auch nicht an den deutschen Grenzen halt. Mit der zunehmenden Verbreitung der englischen Sprache auf der iberischen Halbinsel erschloss man sich auch den Rechtskreis des Common Law, und auf der europäischen Ebene sind die spanischen Kolleginnen und Kollegen inzwischen deutlich aktiver als wir Deutschen. Die engen deutsch-spanischen Beziehungen haben unter dieser stärkeren Internationalisierung der spanischen Strafrechtswissenschaft freilich nicht gelitten, sondern den offenen Austausch noch weiter verstärkt.

Die zweite Ebene der Modernisierung und Demokratisierung des Strafprozessrechts, zu der mein Kollege Juan-Luis Gómez Colomé im Anschluss noch Stellung nehmen wird, wird ganz wesentlich von dem deutschen Grundgesetz von 1949 und der spanischen Verfassung von 1978

bestimmt. Den Müttern und Vätern unseres Grundgesetzes war vor allem wichtig, aus den Erfahrungen mit dem Nationalsozialismus die richtigen Lehren zu ziehen. Deshalb standen spezifische Vorgaben an die Gerichte wie etwa die Garantie des gesetzlichen Richters, das Recht auf rechtliches Gehör, das Verbot des *ne bis in idem* oder die verfahrensmäßigen Anforderungen an Freiheitsentziehungen, insbesondere bei Untersuchungshaft, im Vordergrund. Keine Beachtung fanden dagegen die besonderen Rechte des Beschuldigten im Strafverfahren, wie sie etwa in den Zusatzartikeln der us-amerikanischen Bundesverfassung von 1791 oder in Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention formuliert worden sind. Freilich wurden diese Lücken im Laufe der Zeit vom Bundesverfassungsgericht durch eine kreative Auslegung des Grundgesetzes geschlossen. Dieses entwickelte in mehreren Leitentscheidungen aus dem Freiheitsrecht und dem Rechtsstaatsgebot ein neues Grundrecht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren und harmonisierte es im weiteren Verlauf mit Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention. Überhaupt war mit dem Bundesverfassungsgericht eine Institution geschaffen worden, die insbesondere über das Instrument der individuellen Verfassungsbeschwerde sich zur mächtigen externen Kontrollinstanz nicht nur für den Gesetzgeber, sondern auch für die ordentliche Strafrichterbarkeit aufschwang und viele alte Zöpfe abschnitt. Gerade die Gerichte mussten seither mit vielen lieb gewonnenen Gewohnheiten brechen. Wichtige Beispiele sind etwa Entscheidungen zur Untersuchungshaft, die nicht mit der Begründung verlängert werden darf, das Gericht könne sich wegen anderer Verfahren erst später mit dem Fall befassen, zur Akteneinsicht des Verteidigers, die nicht durch geheime parallele Akten entwertet werden darf, zur Notwendigkeit der Einrichtung richterlicher Notdienste, um auch nachts kurzfristige richterliche Anordnungen für Durchsuchungen oder Blutentnahmen zu ermöglichen und die eigenmächtige Durchführung solcher Grundrechtseingriffe durch die Polizei wegen „Gefahr im Verzug“ einzudämmen, usw.

In Spanien konnte man zeitversetzt eine ganz ähnliche Entwicklung beobachten. Die spanische Verfassung wurde wesentlich vom Bonner Grundgesetz inspiriert, geht aber im Hinblick auf die Beschuldigtenrechte im Strafverfahren weit über dieses hinaus. Sie garantiert daher nicht nur allgemeine Grundrechte wie das auf Unverletzlichkeit der Wohnung oder der Telekommunikation oder das Recht auf einen gesetzlichen Richter, sondern gewährt in Anlehnung an Art. 6 EMRK auch ausdrücklich ein Recht auf einen Verteidiger, auf Information über die Beschuldigung, auf ein Verfahren ohne unnötige Verzögerung und mit allen rechtsstaatlichen Ga-

rantien, auf Vorbringen eigener Beweismittel, auf Freiheit vor Selbstbelastungszwang sowie auf Geltung der Unschuldsvermutung. Die spanische Verfassung etabliert nach deutschem Vorbild ein Verfassungsgericht, an das sich wie in Deutschland jeder von staatlichen Zwangsmaßnahmen Betroffene mit einer Verfassungsbeschwerde unmittelbar wenden kann. Auch das spanische Verfassungsgericht hat in zahlreichen Urteilen die Praxis des Strafverfahrens nachhaltig umgestaltet und die Gerichte gezwungen, alteingefahrene Vorgehensweisen zu ändern. Bahnbrechend war beispielsweise eine Entscheidung aus dem Jahr 1988, die es untersagte, dass ein Richter, der im Vorverfahren als Untersuchungsrichter tätig war, später auch in der Hauptverhandlung mitwirkt. Als Folge dieser Entscheidung mussten die unteren Gerichte (juzgados) im ganzen Land neu organisiert werden. Das Lehrbuch von Vicente Gimeno Sendra, einem berühmten spanischen Strafprozessrechtslehrer, der 1977 als Stipendiat der Alexander von Humboldt-Stiftung am Freiburger Max-Planck-Institut forschte und von 1988 bis 1998 Richter des spanischen Verfassungsgerichts war, ist voll von Nachweisen zu Entscheidungen dieses Gerichts zum spanischen Strafprozess.

Welche Folgen der demokratische Wandel in Spanien für die praktische Gestalt der Strafprozesse hatte, konnte ich im Laufe der Jahre selbst persönlich beobachten. Dadurch initiierte Gespräche mit meinem Vater, der von 1953 bis 1997 als Staatsanwalt und Richter in verschiedenen Funktionen in der deutschen Justiz tätig war und die Veränderungen insbesondere der 1960er und 70er Jahre intensiv miterlebt hatte, zeigten mir sodann, dass wir in Deutschland nach dem zweiten Weltkrieg offensichtlich ganz ähnliche Prozesse durchlaufen mussten und auch insoweit eine deutliche Parallelität zu konstatieren ist. Damit bin ich bei der dritten Ebene angekommen: Die Auswirkungen einer modernen Juristenausbildung auf die Gestalt der Strafprozesse.

In Deutschland wie in Spanien bestand nach dem Ende der Diktatur das Problem, dass die Strafjustiz von Richterpersönlichkeiten geprägt war, die neben aller fachlichen und häufig auch menschlichen Kompetenz doch in einer Zeit aufgewachsen waren und ihre juristische Ausbildung und Berufspraxis erlangt hatten, die von einem sehr autoritären Staatsverständnis geprägt war. Dementsprechend erfolgte die Verhandlungsführung zumeist einseitig von oben herab, und die Rechte des Angeklagten und seines Verteidigers wurden zwar formal gewahrt, in der Sache aber wenig beachtet. Persönlich habe ich dies in Spanien 1982 erlebt, als ich meine Referendar-Wahlstation beim Consejo General del Poder Judicial in Madrid ab-

solvierte. Diese Institution – auf Deutsch: Allgemeiner Rat der Richterlichen Gewalt – wurde von der Verfassung nach französischem Vorbild als Regierungsorgan der Justiz eingerichtet und ist die zentral zuständige Stelle für die Einstellung, Beförderung und Aufsicht über alle Richter in Spanien. Abgesehen von der Aufbruchsstimmung, die in diesem damals ganz jungen Verfassungsorgan überall herrschte und auch mich begeisterte, bestand der große Vorteil meiner dortigen Tätigkeit darin, dass ich Zugang zu allen Gerichten hatte und mir einige Strafprozesse anschauen und mit den Richtern sprechen konnte.

Besonders in Erinnerung geblieben ist mir ein Verfahren wegen schweren Raubes. Schon die äußeren Umstände waren ganz anders, als ich sie aus meiner bescheidenen praktischen Erfahrung als Referendar bei der Freiburger Staatsanwaltschaft gewohnt war, der jede Woche ein- bis zweimal die Anklagevertretung vor den kleinen badischen Amtsgerichten übernehmen musste und darüber hinaus gelegentlich bei größeren Verhandlungen vor dem Landgericht das Protokoll führte. Der Gerichtssaal war sehr groß, und zwischen dem Bereich, in dem das Gericht verhandelte, und dem Publikum war ein Abstand von mindestens 20 Metern. Eine Übertragung der Verhandlung mit Mikrofonen und Lautsprechern fand nicht statt, so dass man im Publikumsbereich nur wenig verstehen konnte. Nach den Eröffnungsformalien sollte die Beweisaufnahme stattfinden. Geladen waren mehrere Zeugen, doch als sie aufgerufen wurden, meldete sich niemand. Dies überraschte offensichtlich weder das Gericht noch den Anklagevertreter und den Verteidiger. Man diskutierte daher sofort über den schriftlichen Bericht des Untersuchungsrichters, der aufgrund eines Geständnisses des Angeklagten zum Ergebnis gelangt war, dass dieser schuldig sei, und ging unmittelbar zu den Schlussplädoyers über. Der Verteidiger hielt eine flammende Rede, in der er das Geständnis als unwirksam bezeichnete, weil es von der Polizei aus dem Angeklagten herausgeprügelt worden sei und dieser es vor dem Untersuchungsrichter nur deshalb bestätigt habe, um nicht wieder in den Fängen der Polizei zu landen. Anträge auf Unterbrechung der Verhandlung, um die fehlenden Zeugen beizuschaffen, wurden nicht gestellt. Die Verhandlung wurde vielmehr alsbald geschlossen und alle verließen den Sitzungssaal. Auf meine Frage, was jetzt weiter passiere, antwortete man mir, die Verhandlung sei zu Ende. Das Gericht würde jetzt das Urteil fällen und den Parteien in einigen Wochen zustellen lassen; eine öffentliche Verkündung war nicht vorgesehen. Die ganze Verhandlung dauerte weniger als eine halbe Stunde; der Angeklagte hatte im Falle der Verurteilung eine Freiheitsstrafe von weit über 6 Jahren zu erwarten.

Von Deutschland war ich gewohnt, dass bei einer so schweren Tat für die Hauptverhandlung mindestens ein ganzer Tag anberaumt und bei Nichterscheinen der wichtigsten Zeugen die Verhandlung unterbrochen würde, um deren Anwesenheit notfalls mit Gewalt sicherzustellen. Insbesondere hätte sich ein deutsches Gericht intensiv mit den Umständen befasst, unter denen das Geständnis des Angeklagten bei der Polizei zustande gekommen war. Als ich meinem Vater von dieser Erfahrung berichtete, sagte er mir, so wäre die Hauptverhandlung in Deutschland zwar auch früher nicht verlaufen. Allerdings hätten viele deutsche Richter, insbesondere in höheren Positionen, bis in die 70er Jahre hinein zu ausufernden Monologen in der Verhandlung geneigt, die Angeklagten „stramm stehen lassen“ und der Verteidigung wenig Raum für eigene Initiativen gelassen. Die Verteidiger hätten es nicht anders gekannt und deshalb auch kaum zu widersprechen gewagt. Geändert habe sich diese Situation erst, als eine Richter- generation in diese Positionen gelangte, die, wie er selbst, ihr Studium erst nach dem zweiten Weltkrieg begonnen hatte und die richterliche Tätigkeit nüchterner, mit weniger Pathos ausübte und statt dessen mehr Wert auf Kommunikation und Transparenz legte.

Als ich etwa 15 Jahre später, jetzt als bestallter Professor, ein gemeinsames Seminar mit Kolleginnen und Kollegen sowie Studierenden aus Valencia und Mainz an beiden Orten durchführte, besuchten wir auch jeweils mit der ganzen Gruppe einen Strafprozess, der zufällig gerade stattfand. Wie anders stellte sich jetzt die Gestalt der Hauptverhandlung in Spanien dar! Die Richterin und der Staatsanwalt waren noch relativ jung, der Verhandlungssaal war mit funktionierenden Mikrofonen und Lautsprechern ausgestattet und allein der zum Verteidiger bestellte Rechtsanwalt machte keine sehr glückliche Figur. Die Zeugen wurden ausführlich vernommen, und zwar nicht wie in Deutschland von der Richterin, sondern vom Ankläger und dem Verteidiger. Da der Verteidiger es nicht schaffte, den Hauptbelastungszeugen trotz offensichtlicher Unstimmigkeiten in seiner Aussage in Schwierigkeiten zu bringen, schaltete sich der Staatsanwalt ein und arbeitete die Schwachstellen heraus. Das Verfahren endete schließlich mit einem Freispruch!

Etwas später konnte ich in Málaga eine weitere Hauptverhandlung beobachten, die in einem Hörsaal in der Universität stattfand. Mein dortiger Kollege hatte eine Vereinbarung mit der Justiz getroffen, dass einmal im Monat Hauptverhandlungen in Strafsachen in der Universität durchgeführt wurden, um den Studierenden einen unmittelbaren Eindruck von der Praxis zu verschaffen. Auch dort wurden alle Zeugen persönlich im

Wechselverhör von Anklage und Verteidigung vernommen. Das Gericht schaltete sich jeweils erst gegen Ende der Vernehmung mit einzelnen Zusatzfragen ein, die gesamte Verhandlung war klar und transparent und für die Zuschauer jederzeit nachvollziehbar. Damit war mir klar: Spanien hatte – wie Deutschland 2-3 Jahrzehnte zuvor – den Wechsel von der Diktatur zur Demokratie nicht nur auf der politischen Ebene vollzogen, sondern dieser Wechsel wurde auch in der Strafjustiz umgesetzt.

Und auch auf dieser Ebene hat Spanien Deutschland zumindest teilweise überholt: Die spanische Art der Hauptverhandlung, bei der sich die Richter stärker zurücknehmen und die Beweiserhebungen zunächst den Vertretern von Anklage und Verteidigung überlassen, erscheint mir deutlich besser zur Wahrheitsfindung geeignet, weil das Gericht sich dadurch nicht zu früh auf bestimmte Beweishypothesen festlegen muss und die Sachlage aus einer neutraleren Position heraus zuerst von Anderen herausarbeiten lassen kann. Mit dieser Meinung bin ich auch nicht ganz allein: In der Wissenschaft wurde sie schon früher vertreten, und der deutsche Richter am Internationalen Strafgerichtshof Bertram Schmitt, der zuvor lange Jahre engagierter Richter am Landgericht Darmstadt und danach Revisionsrichter am Bundesgerichtshof war, hat mir persönlich bestätigt, für wie vorteilhaft er eine solche Verhandlungsform halte, die er als Vorsitzender einer Hauptverhandlungskammer in Den Haag inzwischen jeden Tag erlebt.

Zusammenfassend lässt sich somit sagen, dass Spanien einige Zeit von Deutschland sehr profitiert, dann aber die erlangten Impulse nicht nur gut umgesetzt, sondern daraus eigene Schlussfolgerungen gezogen hat, die auch für uns Deutsche interessant und weiterführend sind. Ich hoffe sehr, dass sich diese Erkenntnis nicht nur in der Wissenschaft, sondern auch in der Praxis stärker durchsetzt.





Prof. Dr. **Juan Fernando López Aguilar**  
Mitglied des Europäischen Parlaments  
Minister der Justiz des Königreich Spaniens a.D.  
Ehemaliger Vorsitzender des Ausschusses für bürgerliche Freiheiten,  
Justiz und Inneres des Europäischen Parlaments  
Professor für Verfassungsrecht an der Universität Granada  
Prof. Dr. Juan Fernando López Aguilar  
Mitglied des Europäischen Parlaments  
Minister der Justiz des Königreich Spaniens a.D.  
Ehem. Professor für Verfassungsrecht an der Universität Granada

**40 Jahre demokratische Verfassung in Spanien, 70.  
Jahre deutsches Grundgesetz: Verfassungsreife  
und europäische Integration.**

## **I. Die spanische und die deutsche Verfassung**

Die spanische Verfassung von 1978 ist 40 Jahre alt. Während des gesamten Prozesses seiner Entstehung und Entwicklung trinkt der spanische Konstitutionalismus, der von dieser grundlegenden Staatsregel ausgeht (dies ist die Formulierung, die vom Staatsoberhaupt, S.M. König Juan Carlos I., beim Akt seiner Unterschrift für die Verkündung verwendet worden ist), aus rechtsvergleichenden Quellen. Aus historischer Sicht zeigt sich der Einfluss des Bonner Grundgesetzes von 1949 noch heute deutlich bei einer Vielzahl von Hauptfragen.

Der Sozialstaat und sein Wohlstand beeinflussen die Stärkung Spaniens als sozialem und demokratischem Rechtsstaat. Der Rechtsstaat; das Legalitätsprinzip; die Grundrechte und ihr Wesenskern, die institutionelle Garantie; das Kanzlerprinzip (Vorrang des Bundeskanzlers auf Grund seiner Richtlinienkompetenz und starken Position in der Exekutive) und das konstruktive Misstrauensvotum (Art. 67 Grundgesetz [GG], 113 Constitución española [CE]; Spanische Verfassung), Ausnahmezustände („Gesetzgebungsnotstand“ im GG); autonome Entwicklung im föderalen Sinne (Zusammenarbeit, Koordinierung, Regierungsbeziehungen, Bundesloyalität); die Bundesexekution (Art. 37 GG, 155 CE) sowie die Architektur der Verfassungsgerichtsbarkeit (GG und TC) zeigen wesentliche Einflüssen der deutschen Rechtsliteratur auf ihr spanisches Pendant.

Trotz ihrer Unterschiede (man denke nur an die so genannte „Streitbare Demokratie“, das Bundesratsmodell, die Diskussion über die Ewigkeitsklausel bei einer Verfassungsreform (Art. 20 GG und 10.1 CE), die autonome Finanzierung und den interterritorialen Finanzausgleich oder die Verfassungsreformen über die europäische Integration) ist es doch wahr, dass beide Systeme im Laufe der Zeit wechselseitige und überkreuzende Einflüsse aufeinander ausgeübt haben, die immer stärker miteinander verflochten sind, immer interaktiver und interaktiver werden.

Aus Prestige Gründen und solchen der zeitlichen Vorwegnahme war angesichts der großen Herausforderungen des Rechtsdenkens und seiner Ziele der Einfluss der deutschen Lehre zu Beginn der rechtstheoretischen Entwicklung der Verfassung und der Rechtsordnung in allen Disziplinen (insbesondere im Bereich des öffentlichen, Verwaltungs-, Verfahrens- und Strafrechts) enorm. Aber heute ist es nicht minder unbestreitbar, dass die fortschreitende Reifung der demokratischen und verfassungsmäßigen Erfahrung Spaniens, mit eigener Reflexion und abgestimmt auf ihre Entwicklungsstufen während vier Jahrzehnten, diesen Dialog in ein gegenseitiges Lernen verwandelt hat, zwischen Rechtssystemen und Denkschulen, die sich gegenseitig respektieren, einander genau verfolgen und aus ihren Entwicklungen und Verbesserungen lernen.

Deshalb möchte ich sowohl der Reife der deutschen Verfassungsdemokratie – die 70 Jahre nach der Überwindung des Nationalsozialismus und seiner grausamen Diktatur sowie der verheerenden Katastrophe des Zweiten Weltkriegs – als auch der irreversiblen Entwicklung der modernen spanischen Verfassungsdemokratie, die nach der Überwindung der Franco-Diktatur, dem politischen Übergang und dem Beginn des Verfassungszyklus nun ihr vierzigjähriges Bestehen feiert, meine Anerkennung aussprechen. Beide verbinden sich nun in der offenen und lebendigen Erfahrung der europäischen Integration, auch wenn diese in den letzten Jahren in eine tiefe Krise geraten ist, deren Ausmaß und Schwere für ihre Geschichte noch nicht abschätzbar ist.

In diesem Sinne soll sich diese Reflexion auf einen spezifischen Aspekt der Interaktion unserer jeweiligen Systeme im Rahmen des durch das europäische Recht begründeten, gestalteten und begrenzten Zusammenlebens und der Integration konzentrieren. Wir dürfen nicht vergessen, dass dieses Recht für unsere Institutionen und juristischen Akteure nach festen Grundsätzen seines Vorrangs, seiner direkten Wirksamkeit und seiner einheitlichen Anwendung, die vom Europäischen Gerichtshof garantiert wird, uneingeschränkt verbindlich ist.

Ich werde mich mit der Erosion – und in mehr als einem Fall mit Spannungen und Rückschlägen – befassen, unter welchen der ehrgeizigste Ausdruck der gegenwärtigen Phase der Konfiguration des Grundgesetzes und des Primärrechts der EU gelitten hat, der im 2009 in Kraft getretenen Vertrag von Lissabon (VL) insbesondere im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (RFSR) zusammengefasst ist, der in Titel V des Vertrags über die Arbeitsweise der EU (AEUV) formuliert ist.

Und ich werde zu diesem Zweck den Fall des Europäischen Haftbefehls (EuHB) und die Ablehnung eines Antrags des spanischen Obersten Gerichtshofs im berüchtigten Fall des Europäischen Haftbefehls gegen den ehemaligen Präsidenten der katalanischen Regierung, Carles Puigdemont, durch ein deutsches Gericht Ende 2018 verwenden.

Um die Sache in den richtigen Kontext zu stellen, ist es notwendig, über die Koordinaten nachzudenken, zwischen denen der angedeutete Vorgang stattgefunden hat, bevor wir unsere begründete Reflexion vorstellen.

## **II. Infragestellung des europäischen Haftbefehls: es ist nicht der oberste gerichtshof, es ist die EU und das Vertrauen in sie**

seit einigen Jahren gehöre ich in meinen Schriften und Reden von dem Podium aus, das mir durch mein Mandat als Vertreter des Europäischen Parlaments gegeben worden ist, zu denen, die die unausweichliche Aufgabe einer selbstkritischen Reflexion übernehmen, die den Kräften zusteht, die Verantwortung in der Regierung Spaniens, das 40 Jahre demokratischer Verfassung feiert, ausgeübt haben, wenn es darum geht, die Verschärfung der katalanischen Frage zu erklären, und sich damit der spanischen Verfassungskrise – ein Ausdruck, der auf eine abrupte Infragestellung der Fähigkeit der verfassungsmäßigen Ordnung anspielt – einerseits einer Herausforderung an die Einheit der spanischen Nation und an die territoriale Integrität Spaniens zu stellen, andererseits aber die Integration der verfassungsmäßigen Vielfalt Spaniens durch die Verwirklichung einer territorialen Dezentralisierung der Macht zu gewährleisten, die in keiner anderen Phase unserer Geschichte je zu finden ist.

Aufgrund von Fehlern und Unterlassungen ist diese Selbstkritik erlaubt. Ebenso wie die Überlastung des Justizsystems, die sich als vorherrschende Antwort auf die katalanische Frage aufgedrängt hat und einem auffallenden Ausbleiben von präventiven Strategien zur Verhinderung sei-

ner Eskalation sowie von politischer Initiative und öffentlicher Diplomatie, um Spanien vor den Reputationsschäden zu bewahren, welche die Unabhängigkeitsbewegung für ganz Spanien im Ausland, in der EU, in der Globalisierung der Welt, die keinen Weg zurück kennt, verursacht hat.

Glauben Sie mir, ich feiere es nicht: Die Verschlechterung des Ansehens Spaniens auf der internationalen Bühne verursacht enorme Trauer für uns Spanier, die seit vielen Generationen sehr hart daran gearbeitet haben, die Anpassung unserer verfassungsmäßigen Rechtsstaatlichkeit an die EU und die internationale Ordnung nach Jahrhunderten der Isolation und Unterlegenheit zu normalisieren. Und es ist unmöglich, die besondere politische Verantwortung, die sich aus den Jahren unter den Regierungen der Volkspartei unter dem Vorsitz von Mariano Rajoy ergibt, zu ignorieren oder zu minimieren. Denn, wie es jetzt als trauriger Beweis aufleuchtet, waren es nicht nur die Zeiten, in denen der separatistische Druck in Katalonien so stark zugenommen hat wie nie zuvor in der jüngeren demokratischen Geschichte, sondern es wurde auch nicht genug getan, um das Übel zu verhindern, unter dem wir gelitten haben und immer noch leiden. Es ist notwendig, den ausländischen Medien und Vertretungen die Situation der spanischen Demokratie in ihrer jetzigen Form zu erklären, mit dem Konflikt, der für jede fortschrittliche Demokratie charakteristisch ist, ohne Zugeständnisse an den offensiven Einfluss eines nationalen Populismus, von dem die Regierung Kataloniens ohne Zurückhaltung erfasst ist, der so sehr von gefälschten Nachrichten, Lügen und Unwahrheiten getrübt wird, und den sie auch bereit ist, mit öffentlichen Geldern zu propagieren.

Ich mache mich davon frei klarzustellen – da ich es an dieser Stelle nochmal wiederhole –, dass ich keinen Zweifel daran habe, dass die primäre und direkte Verantwortung für den Schaden für das Zusammenleben der Katalanen – und für den bewussten, wiederholten und systematischen Zusammenbruch des Rechtssystems und der Rechtsstaatlichkeit in unserem Rechtsstaat – bei den Sezessionisten liegt. Und es fällt vor allem denjenigen zu, die ihr separatistisches Skript der katalanischen Regierung aufgezwungen haben, ohne Scheu vor Lügen und unter Mißachtung der Verfassung, denen alle öffentlichen Gewalten und alle Bürger unterliegen (Art. 9.1 CE), des Statuts von Katalonien, das seine institutionelle Grundnorm ist (Art. 147 CE) und des Strafrechts. Weil sie nicht aufgehört haben zu lügen und sich nicht gescheut haben, öffentliche Gelder ausgegeben (und zu veruntreuen), um ihre Zwecke auch sogar mit illegalen und strafrechtlich vertypen, d.h. kriminellen Mitteln zu verfolgen. Das bestimmt als zwingende und vordergründige Antwort die Verteidigung des Rechts-

staates und seiner Spielregeln, die Garantie der gerichtlichen Durchsetzung des materiellen Rechts.

Nun, es ist auch lange her, dass ich mich als Jurist unter denjenigen befand, die nicht wenigen Entscheidungen oder Rechtsakten um das Durcheinander widersprochen haben, das durch die illegalen „Übergangsgesetze“ des Parlaments von Katalonien, die selbsternannte Allgemeine Unabhängigkeitserklärung (*Declaración Universal de Independencia; DUI*), die imaginäre „Republik Katalonien“ und die Ereignisse vom Oktober 2017, die von den selbsternannten „CDR“ (*Comités de Defensa de la República*; aufrührerische Komitees zur Verteidigung der Republik) bis heute fortgesetzt werden, verursacht worden ist. Ich habe in dieser Hinsicht meine eigene Rechtsauffassung (ich sehe strafbaren Ungehorsam, Amtsmissbrauch, Amtsveruntreuung und Aufruhr, wobei Rebellion hingegen fragwürdig ist), und ich mache diese Rechtsauffassung als Einwand gegen Dienstentscheidungen der katalanischen Regierung geltend, was im Recht häufig vorkommt.

Aber es ist mir auch klar, dass all dies uns nicht daran hindern soll, die Verschlechterung des RFSR anzuprangern und zu kritisieren, mit dem der Vertrag von Lissabon (VL) einen großen Schritt nach vorne in der politischen und konstitutionellen Dimension eines europäischen supranationalen Aufbaus gegangen ist, der auf der Rechtsstaatlichkeit beruht (Art. 2 und 3 EUV).

Es sei daran erinnert, dass das RFSR die Regeln des gegenseitigen Vertrauens und der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen zwischen den Mitgliedstaaten sowie die Verpflichtung zur polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit bei der Verfolgung von grenzüberschreitender Kriminalität in der EU (Art. 82, 83 und 85 bis 88 AEUV) tatsächlich verfassungsrechtlich verankert hat. Und das bedeutet die Pflicht, Strafflosigkeit für diejenigen zu vermeiden, die der Strafjustiz eines EU-Mitgliedstaates entkommen und in das Gebiet eines anderen Mitgliedsstaats (Königreich Belgien) geflohen sind.

In diesem Zusammenhang ist die Umsetzung (Aufnahme in die LV-Regeln im Jahr 2009) des Rahmenbeschlusses zur Einführung des so genannten Europäischen Haftbefehls (EuHB) gemäß den Vorgaben des Vertrages von Lissabon hervorzuheben (in Kraft seit dem 1. Juli 2004, an einem Tag, an dem ich im Rat der Justizminister der EU saß, festgelegt im Rahmenbeschluss 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002, nach dem VL durch den Beschluss 548/2009 JI geändert, und in Spanien durch das Gesetz 3/2003 vom 14. März umgesetzt).

Man kann also sagen, dass der RFSR der wichtigste Ausdruck der politischen und konstitutionellen Dimension der EU seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon (VL) ist. Die bisher der Souveränität der Mitgliedstaaten vorbehaltenen Angelegenheiten – Grundrechte, Straf- und Verfahrensrecht, Regeln der justiziellen Zusammenarbeit – haben sich zum Kompetenzbereich der EU entwickelt. Und damit unterliegen sie dem nun als ordentliches Gesetzgebungsverfahren (ehemals „Mitentscheidung“) bezeichneten Verfahren, bei dem das Europäische Parlament (EP) zum ersten Mal in seiner Geschichte ein gleichberechtigter Gesetzgeber ist.

Es stimmt, dass die Blockade des Rates – der sich seit Beginn der Großen Rezession (2009), welche die EU in die schwerste Krise ihrer Geschichte gestürzt hat, als gescheitertes Glied der Entscheidungsprozesse erwiesen hat – in den letzten Jahren zu oft die unerwünschte Wirkung hatte, einen Großteil der Rechtsreformen zu bremsen, die zur Entwicklung und Umsetzung der Bestimmungen des VL erforderlich gewesen wären. Es ist aber auch zuzugeben, dass ohne die Zustimmung des Europäischen Parlaments keine Position des Rates einen legislativen Rang erreichen kann; und dass ohne die Zustimmung des Europäischen Parlaments kein (politischer, handelspolitischer oder strategisch-partnerschaftlicher) Beschluss und kein internationaler Vertrag der EU in Kraft treten kann. Und das Europäische Parlament hat nun das letzte Wort im gesamten europäischen Gesetzgebungsprozess (Verhandlungsmandat und Schlussabstimmung in erster oder zweiter Lesung).

Wichtig für uns ist, dass der RFSR für die Mitgliedstaaten nach verbindlichen Grundsätzen aufgebaut ist. Solidarität und gemeinsame Verantwortung sind die Grundprinzipien des integrierten Schutzes der Außengrenzen und der gemeinsamen Steuerung der Migrationsströme und Asylansprüche. Gleichzeitig sind gegenseitiges Vertrauen und gegenseitige Anerkennung von Gerichtsentscheidungen die Grundprinzipien der justiziellen Zusammenarbeit (im Wesentlichen in Strafsachen) zwischen den EU-Mitgliedstaaten.

Der so genannte „Euro-Haftbefehl“ (EuHB) ist in diesem konzeptionellen Rahmen absolut verbindlich und in vollem Umfang in Kraft getreten: Der Rahmenbeschluss von 2002 (in Kraft, und ich möchte es an dieser Stelle betonen, seit 2004, und 2009, als ich damals Vorsitzender des Ausschusses für Bürgerliche Freiheiten, Justiz und innere Angelegenheiten des Europäischen Parlaments war, überarbeitet und verstärkt) hat nicht nur vorgesehen, dass die vordringlichen Bedingungen für eine Auslieferung zwischen den Mitgliedstaaten überwunden werden, sondern auch an-

geordnet, den Weg für einen beweglichen (und tendenziell automatisierten) Mechanismus der interjustiziellen Zusammenarbeit zu öffnen auf Grundlage der Anerkennung des Ersuchens der ausstellenden Justizbehörde eines Mitgliedsstaates durch die Justizbehörde eines anderen Mitgliedsstaates: Ihr Zweck ist es nicht nur, jede Strafflosigkeit zu vermeiden, sondern auch einen Raum des gemeinsamen und gegenseitigen Vertrauens zu fördern, der alle Personen von der Versuchung abhält, in das Gebiet eines anderen Mitgliedsstaates innerhalb der EU selbst zu fliehen, wenn gegen sie wegen ihrer mutmaßlichen strafrechtlichen Verantwortlichkeiten innerhalb eines Mitgliedsstaates ermittelt wird.

Aber es ist nicht nur das. Es gibt noch mehr. Der EuGH, der oberste Garant für die Einhaltung des EU-Rechts gegenüber den Gesetzgebungen der Mitgliedsstaaten, hat in seinen Urteilen über die Verbindlichkeit des EuHB klare Position bezogen: Etwa im Melloni-Fall (2013) hat der EuGH ausdrücklich und nachdrücklich (anlässlich einer Vorabentscheidung des spanischen Verfassungsgerichts) den Vorrang seiner Mandate für eine aktive, direkte und automatisierte Zusammenarbeit zwischen Richtern und Justizsystemen betont, unabhängig von ihrem Niveau und ihrem Rang. Das wiederum bestimmt seine verbindliche Wirksamkeit und seine einheitliche Anwendung über die Heterogenitäten oder Unterschiede zwischen den verschiedenen Straf- und Verfahrenssystemen der jeweiligen nationalen Gesetze hinweg.

Die Begründung für den Vorrang und die „praktische Wirksamkeit“ des EuHB liegt gerade in der Verankerung der Regeln des gegenseitigen Vertrauens und der gegenseitigen Anerkennung (Art. 82 AEUV) und der gebührenden Achtung vor dem Ersuchen eines nationalen Richters in der EU an einen nationalen Richter um justizielle Zusammenarbeit innerhalb des RFSR. Das Ziel, so betone ich, ist ein zweifaches: a) Auf jeden Fall die Straffreiheit von Personen zu vermeiden, die wegen Verbrechen gesucht werden und von einem Staat in einen anderen reisen, mit dem Ziel, dem Handeln der Strafjustiz zu entgehen); b) die Einschränkungen zu überwinden, die der Komplexität der Auslieferung innewohnen (Verzögerungen und politische Beeinflussung durch die Beteiligung von Regierungen).

Nichts davon ist möglich – und damit auch nicht die erforderliche „praktische Wirksamkeit“ dieses europäischen Instruments –, wenn der ersuchte Richter die eigene Prüfung der Angemessenheit, Eignung oder Richtigkeit der Anforderungen des Richters des ersuchenden Staates vorzieht. Und noch weniger, wenn er dies aus dem Blickwinkel seiner eigenen nationalen Gesetzgebung tut. Denn diese Verzerrung schmälert die ge-

meinsame Verpflichtung, Strafflosigkeit zu vermeiden. Und sie stellt das Vertrauen in Frage, dass eher früher als später, auf die eine oder andere Weise, jede notwendige Korrektur des ursprünglichen Ansatzes des Ersuchenden gemäß den Garantien des anderen Systems, aus dem der EuHB stammt, im ersuchenden Staat durchgeführt werden kann: entweder durch seine Staatsanwaltschaft, durch die anwaltliche Vertretung der Personen, gegen die ermittelt wird, oder, wie im Falle Spaniens, durch seine verfassungsrechtlichen (Verfassungsbeschwerde) und supranationalen (Klage vor dem EGMR in Straßburg) Rechtsmittelsysteme und Garantien.

Sehr beunruhigend ist deshalb der Zusammenbruch des vom VL mit verfassungsmäßigem Rang geforderten gegenseitigen Vertrauens und der gegenseitigen Anerkennung (Art. 82 AEUV), den wir im gegenwärtigen Kontext des Aufkommens von gegenseitigem Misstrauen, nationalem Egoismus, widersprüchlichen Interessen, Nationalismus und populistischer Versuchung (Beeinflussung der Justiz durch direkten Aktionismus mittels „Mobilisierungen der Straße“, „Escraches“ und „Cybermobbing“ durch soziale Netzwerke...), erleben.

Es ist inakzeptabel – und hierzu wollten wir kommen –, dass das Oberlandesgericht Schleswig-Holstein (ein Bundesland der Bundesrepublik Deutschland, eines Mitgliedstaates der EU) innerhalb von nur zwei Tagen, mit inhaltlich verzerrten Bewertungen, Monate und Monate gründlicher, gewissenhafter und umfassender Ermittlungen der zweiten Kammer des spanischen Obersten Gerichtshofs durch den referierenden Richter Llerena abfertigen durfte.

Ich sage das deutlich: Auch wenn die rechtliche Bewertung des spanischen Richters fragwürdig sein mag (alle Ermittlungen sind es definitionsgemäß und unterliegen der Kritik der Rechtslehre sowie den Stellungnahmen der Staatsanwaltschaft und der Verteidigung), hat der Richter den EuHB weder erfunden noch dafür erlassen, dass ein beliebiger Richter des ersuchten Staates heimlich die Qualität des Untersuchungsverfahrens durch materielle Bewertungen im Hinblick auf die zu ermittelnden Tatsachen überprüfen kann... Als ob es dem ersuchten Staat (in diesem Fall Deutschland / Bundesland Schleswig-Holstein) gestattet wäre, diesen Ermittlungen mit dem eigenen alternativen, auf der eigenen (in diesem Fall deutschen) Rechtsordnung basierenden Urteil, ohne tiefe Kenntnis der bis dahin gesammelten Beweismittel, nicht einmal der Indizienbeweise und der tatsächlichen Umstände, die nur aus der Unmittelbarkeit des ersuchenden Staates (in diesem Fall Spanien) nachprüfbar sind, zu widersprechen!



Und deshalb bekräftige ich, dass in diesem und jedem anderen Fall der EuHB als geltendes und verbindliches europäisches Recht hätte durchgesetzt werden müssen, und zwar in seinem normativen Sinne und mit dem Vorrang, den ihm der EuGH in seiner bisherigen Rechtsprechung gewährt hat, d.h. mit Unterstützung der Rechtsprechung dieses Gerichtshofs (Meloni-, Piotrowski- und Grundza-Fall), die Vorrang und direkte Wirksamkeit des EU-Rechts gewährleistet.

Angesichts der Unsicherheiten, die durch die Entscheidung des OLG Schleswig-Holstein entstanden sind, konnte der spanische Oberste Gerichtshof einen anderen Lösungs- oder Verfahrensweg sowie den richtigen Zeitpunkt finden, um das Hindernis für seine Verfahrensanforderung zu überwinden. Die Möglichkeit des Rückgriffs auf die Vorabentscheidung (Art. 267 AEUV: eine Bitte an den EuGH um Auslegung des genauen Umfangs der Wirksamkeit und der Grenzen des europäischen Instruments) hätte zwar mit der entsprechenden und präzisen Abgrenzung seines Gegenstands, des genauen Inhalts der zum gegebenen Verfahrenszeitpunkt und durch den spezifischen Kanal zu stellenden Frage kalibriert werden können. Doch eines muss gesagt werden: Nicht die Begründetheit oder Anständigkeit des Obersten Gerichtshofs Spaniens gegenüber der Einschränkung seiner Ermittlungsarbeit durch das Oberlandesgericht eines der 16 Bundesländer Deutschlands (eines Gründungsmitglieds des europäischen Aufbauwerks) ist hier in Frage gestellt worden: Meiner Meinung nach, und ich bedaure es, ist der im VL und im Europarecht selbst verankerte RFSR das, was in Frage gestellt wurde und was hier auf dem Spiel steht.

### **III. Der „Euro-haftbefehl“ Und der europäische raum des Rechts**

Es versteht sich daher, dass der EuHB („Euroorden“, „Orden Europea de Arresto“, „European Arrest Warrant“, erste Fassung von 2002 und Rahmenbeschluss; Umsetzung gem. dem VL 2009 abgeschlossen) nur dann funktionieren und seine Aufgaben erfüllen kann, wenn er wirklich auf Vertrauen und gegenseitiger Anerkennung zwischen den Mitgliedsstaaten und ihren Rechtssystemen auf der Grundlage gemeinsamer Werte und Prinzipien beruht.

Ihr objektiver Anwendungsbereich erstreckt sich vorzugsweise auf 32 Straftatbestandsarten und ihre jeweiligen umfassten Straftatbestände, die eine Überwindung des komplexen Modells der Auslieferung zwischen den

Mitgliedsstaaten eines Europäischen Rechtsraums erfordern oder empfehlen, also die derzeit in Art. 2 EUV verankerten so genannten „Kopenhagener Kriterien“ (Rechtsstaatlichkeit, Gewaltenteilung, repräsentative Demokratie, Rechte und Freiheiten, die durch eine unabhängige Justiz garantiert werden; Schutz von Minderheiten und politischem Pluralismus).

Es darf allerdings nicht ignoriert werden, dass der EuHB europäisches Recht ist, das derzeit gesetzlich absolut verbindlich und in Kraft ist: der Rahmenbeschluss 2002/584/JI vom 13. Juni 2002 (in Kraft, ich betone es, seit 2004, überarbeitet und verstärkt durch den Rahmenbeschluss 2009/299/JI vom 26. Februar 2009 – in meiner Zeit als Vorsitzender des Ausschusses für Freiheit, Justiz und Inneres des Europäischen Parlaments), sah nicht nur vor, sondern forderte, jene ineffizienten und schwierigen Voraussetzungen für Auslieferungen zwischen den Mitgliedstaaten zu überwinden und den Weg zu einem effektiveren (und tendenziell automatisierten) Mechanismus der interjustiziellen Zusammenarbeit zu öffnen. Dieser Mechanismus beruht auf der Anerkennung der von den ersuchenden Richtern gestellten Anträge durch die ersuchten Richter und verfolgt das Ziel, nicht nur jede Straflosigkeit zu vermeiden, sondern auch einen Raum des gemeinsamen Vertrauens zu weben, der jede untersuchte Person davon abhält, vor der Justiz innerhalb der EU selbst zu flüchten.

Das Grundprinzip – ohne das es an Bedeutung verliert und unwirksam wird – ist zweifelslos das gegenseitige Vertrauen: Die Justizorgane der Judikative jedes ersuchten Mitgliedsstaats verpflichten sich, die gültigen Anforderungen der Justizorgane des ersuchenden Mitgliedsstaats zu erfüllen und zwar ohne die Begründetheit zu prüfen und ohne der endgültigen richterlichen Entscheidung, die der Fall verdient wird, vorzugreifen. Der Mechanismus umfasst daher nicht die Prüfung der „demokratischen Qualität“ des anfragenden Justizorgans eines Mitgliedsstaats, sondern das gegenseitige Vertrauen in sie in der Annahme, dass es sich ohnehin um einen Rechtsstaat handelt, in dem hinreichende Garantien (Recht auf Verteidigung und einschlägige Beweise, Widerspruch und Waffengleichheit) und Rechtsmittel (Berufung, Revision, Klage beim EGMR und beim EuGH) gelten. Auf diese Weise wird jede Diskrepanz bezüglich der strafrechtlichen Bewertung, die vom Justizorgan des ersuchenden Mitgliedsstaats vorgebracht wird, nach seiner eigenen Rechtsordnung in begründeter Form nachgewiesen (und gegebenenfalls behoben, korrigiert oder repariert) werden.

In den letzten Jahren habe ich in meinen Essays und Schriften die fortschreitende Verschlechterung des RFSR vielfach beschrieben. Ein Scha-

den, der nach meiner Analyse eng mit der Krise des politischen Willens in Europa verbunden war, die durch die anhaltende und tiefe Krise nach der großen Wirtschaftsrezession, die 2008 begann, ausgelöst worden ist. Unter anderen schädlichen Folgen haben sich Fälle von gegenseitiger Desinformation und mangelnder Solidarität zwischen den EU-Mitgliedsstaaten vervielfacht (d.h. genau das Gegenteil von dem, was der VL befürwortet und beauftragt). Solche Fälle haben sich für die Funktionsweise des RFSR und seine Konfigurations- und Funktionsregeln als besonders schädlich erwiesen (Rahmenbeschlüsse, die in Verordnungen und Richtlinien nach den Regeln des VL umgesetzt werden).

Der Zusammenbruch des Ansehens des EuHB ist einer der oben genannten Kollateralschäden dieser Wiederbelebung des Misstrauens, des Fehlens von politischem Willen und Führung in der EU. Und so vermehren sich die Fälle. Aber sie vermehren auch die (verbindliche) Rechtsprechung des EuGH, in der der bereits erwähnte, für Spanien relevante Fall Melloni vom 26. Februar 2013 erscheint.

In diesem Zusammenhang war die fortdauernde Degradierung des EuHB Gegenstand zahlreicher Presseberichte und wissenschaftlicher Kommentare rund um das konkrete Strafverfahren am Obersten Gerichtshof gegen die Verantwortlichen für die „Oktoberereignisse“ von 2017 im Zusammenhang mit dem katalanischen sezessionistischen Prozess (bedingt durch die nationale und transnationale Relevanz der Tatsachen, die es ausgelöst haben). Und wie man leicht erraten und verstehen kann, waren Auslöser dieser Kaskade von Berichten und Meinungsäußerungen in der Literatur Überlegungen einer Verweigerung weiterer Jurisdiktionen anderer EU-Mitgliedsstaaten hinsichtlich einer justiziellen Zusammenarbeit (ob in Schottland/Vereinigtes Königreich oder in Schleswig-Holstein/Deutschland; oder in Brüssel/Belgien...).

Wie wir bereits betont haben, ist der EuGH der oberste Garant für die Einhaltung des EU-Rechts gegenüber dem nationalen Recht der Mitgliedsstaaten. Und der ist in seinen Entscheidungen in Bezug auf die Rechtsverbindlichkeit des EuHB radikal. In der Rechtssache Melloni hat der EuGH ausdrücklich und nachdrücklich (angesichts einer vom spanischen Verfassungsgericht zur Vorabentscheidung vorgelegten Frage) den vorrangigen Charakter des Gebots einer aktiven, direkten und automatisierten Zusammenarbeit zwischen Richtern und Justizsystemen hervorgehoben, unabhängig von ihrer hierarchischen Stellung und ihrem Zuständigkeitsbereich. Das wiederum verstärkt die verbindliche Wirksamkeit dieses Gebots und die Notwendigkeit einer einheitlichen Durchsetzung trotz der Unter-

schiede zwischen den verschiedenen Strafrechts- und Verfahrenssystemen der jeweiligen nationalen Rechtsordnungen.

Unter den Reaktionen auf eine solche Ablehnung haben einige übereifrige Stimmen vorgeschlagen, dass Spanien sich dafür entscheiden solle, „den Deckel vom Topf zu nehmen“ und sie zu ignorieren, indem es den EuHB „anzeigt“ oder sich von ihm „zurückzieht“. Das wäre meiner Meinung nach eine bizarre Antwort, die verworfen werden sollte: Der EuHB ist kein internationaler Vertrag, den man nach den Regeln des allgemeinen Völkerrechts (Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge von 1969) „anzeigen“ kann (Art. 94 EG). Es handelt sich, wie bereits erwähnt, um geltendes europäisches Recht, das von den Mitgliedsstaaten (und ihren nationalen Behörden, unabhängig von ihrer territorialen Organisation) eingehalten und als solches angewendet werden muss. Und dieses Recht muss von der Justiz und ihren Organen und Akteuren (Richtern, Staatsanwälten, Anwälten und letztlich vom Verfolgten selbst) geltend gemacht und durchgesetzt werden. Und es ist auch richtig, dass in dem von uns kommentierten Fall der Untersuchungsrichter des Obersten Gerichtshofs (Richter Llarena) angesichts der Ablehnung des eingeleiteten „Euro-Haftbefehls“ seine eigene Ermittlungsarbeit neu formuliert hat. Er tat dies, indem er auf die dauerhafte Aufrechterhaltung des EuHB verzichtete (indem er das Ersuchen bezüglich des ehemaligen Präsidenten Puidgemont zurücknahm). Diese prozessuale Vorgehensweise bedeutet und erlaubt keine Infragestellung des Rechtsinstruments des EuHB als juristisches Instrument.

Aus den bisherigen Ausführungen ergibt sich die Notwendigkeit, sich Folgendes zu vergegenwärtigen: Es ist ermüdend, vor einem aufgeklärten Publikum von Juristen und Experten aus einem bedeutsamen EU-Mitgliedstaat wie Deutschland wiederholen zu müssen, dass die Geflüchteten aus den katalanischen „*Procés*“ weder je „Exilanten“ gewesen sind noch derzeit sind; noch sind ihre (angeblichen) Verbrechen „politische Straftaten“; noch können diejenigen, die vorläufig inhaftiert worden sind (gemäß Artikel 17 Absatz 4 EG und nach spanischen Strafprozessrecht), als „politische Gefangene“ bezeichnet werden. Ich zähle zu den vielen Juristen und Experten des humanitären Völkerrechts, und zweifellos sind es noch mehr die Bürger, die Respekt vor der Wahrheit und der Rigorosität verlangen, und „unser Mund schmerzt“ vom ständigen Wiederholen des Offensichtlichen: Im demokratischen Spanien, das 40 Jahre Verfassung feiert, gibt es weder „politische Gefangene“ noch „Exilanten“; die gab es leider während der gesamten Franco-Diktatur, gerade weil diese die Rechte und Freihei-

ten radikal verweigert hat, die nun in der Verfassung garantiert sind. Hier ist das Zeugnis der wahren Opfer einer brutalen Unterdrückung von Diktaturen und Regimen ohne Garantien oder Respekt vor dem Recht. Es genüge uns das Zeugnis – und die gerechtfertigte Empörung – der eigentlichen Opfer von brutalen Repressionen in diktatorischen Regimen ohne Garantien oder Achtung vor rechtsstaatlichen Regeln. Es genüge uns das Zeugnis – und die gerechtfertigte Empörung – von den wirklichen politischen Gefangenen, Verfolgten und Vertriebenen in anderen Situationen.

#### **IV. Abschließende Reflexionen**

Angesichts der beschriebenen Verschlechterung bei den Grundprinzipien und Ambitionen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts muss seine Wiederbelebung UND die des gegenseitigen Vertrauens und der Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen zwischen den Systemen und Justizorganen der EU-Mitgliedsstaaten in Angriff genommen werden, und in Anbetracht des den im Lissabon-Vertrag verankerten Prinzipien und Zielen zugefügten Schadens wird es notwendig sein, das Offensichtliche hervorzuheben: „Hüter der Verträge“ sind wir alle. Das ist wahr. Aber dies sind in erster Linie: a) die Europäische Kommission (durch die Einleitung von Vertragsverletzungsverfahren wegen Verstoßes gegen die Vorschriften des Gemeinschaftsrechts: Spanien könnte ein solches Verfahren gegen Belgien wegen flagranter Verletzung der gemeinschaftsrechtlich durch den Europäischen Haftbefehl angenommenen Grundsätze und Ziele einleiten). Und b) der EuGH, der eine gerichtliche Garantie des Vorrangs und der unmittelbaren Wirksamkeit des europäischen Rechts darstellt, und so schnell wie möglich den Umfang und die Reichweite seines normativen Charakters und seiner Bindungswirkung auf die Mitgliedsstaaten eindeutig abgrenzen sollte, die dem RFSR und dem Lissabon-Vertrag – d.h. dem geltenden Recht – unterworfen sind.

Hier und jetzt geht es vor allem darum, den Prozess der Verschlechterung des RFSR umzukehren, des Europäischen Rechtsraums, mit dem der Lissabon-Vertrag 2009 in Kraft getreten ist und einen großen Schritt in der politischen und verfassungsrechtlichen Dimension eines europäischen supranationalen Konstrukts auf der Grundlage der Rechtsstaatlichkeit gemacht hat (Art. 2 und 3 EUV). Die EU ist eine Union, die auf „Achtung vor dem Gesetz“ beruht: Rule of Law, Imperio de la Ley, Rechtsstaat, sind Wendungen, die auf die Rechtsstaatlichkeit anspielen, die den einzigarti-

ge, supranationalen Aufbau der EU ermöglicht hat und die EU als einzigartige Erfahrung in der Geschichte und in der Welt auszeichnet.

Und es tut weh, sich an so viele Behauptungen erinnern zu müssen, die wir als selbstverständlich angenommen hatten, aber die Lage ist heute nun mal so. Seit dem Inkrafttreten des Lissabon-Vertrags hat die EU ihren bisher größten Schritt in Richtung dieser politischen und verfassungsrechtlichen Dimension gemacht, die wir hervorgehoben haben. Die EU hat ihre Kompetenzen auf eine Vielzahl von Bereichen erweitert, die bisher den Mitgliedsstaaten und erst später der zwischenstaatlichen Zusammenarbeit der Mitgliedsstaaten vorbehalten waren. Solche relevanten Überreste der „Staatsouveränität“ wurden nach dem Lissabon-Vertrag zu politischen und legislativen Gegenständen europäischer Zuständigkeit. Darüber hinaus unterlagen sie dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren (damals noch „Mitentscheidungsverfahren“ genannt), in dem das Europäische Parlament gleichberechtigt mit dem Rat Gesetze erlassen kann (womit beide Institutionen „Mitgesetzgeber“ in einer echten, aus zwei Kammern bestehenden europäischen Legislative geworden sind und ihren Willen sowie ihre Stärke sicherstellen müssen). Darüber hinaus ist zusammen mit dem Lissabon-Vertrag die EU-Grundrechtecharta (GRCh, European „Bill of Rights“, deren Artikel 47, 48 und 53 ihre verbindliche Anwendung durch die Richter der Mitgliedstaaten anordnen) in Kraft getreten, eine Charta mit „dem gleichen Rechtswert wie die Verträge“ (6.2 TUE).

Der RFSR (Titel V AEUV, Art. 67 bis 89) hat die EU mit einem Vektor von gewaltiger Expansionskraft ausgestattet: Einerseits ordnete der Lissabon-Vertrag die „Lissabonisierung“ des *acquis* der bisherigen III. Säule (Justiz und Inneres) an, die 1992 im Vertrag von Maastricht eingeführt worden war, andererseits öffnete er den Weg für den Erlass und die Umsetzung umfangreicher europäischer Rechtsvorschriften in Strafsachen und Strafverfahren sowie in der zivilrechtlichen Zusammenarbeit und der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen.

Es liegt auf der Hand, dass ein so ehrgeiziges Projekt nur auf der Grundlage zweier Prämissen aufrechterhalten werden kann, die daher im AEUV verankert sind: a) Erstens das gegenseitige Vertrauen zwischen den in die EU integrierten Rechtsstaaten (da die so genannten „Kopenhagener Kriterien“, Art. 2 und 3 EUV, die gemeinsame Einhaltung rechtsstaatlicher Prinzipien und Regeln für den Beitritt: Gewaltenteilung, repräsentative Demokratie, Grundrechte, Schutz von Minderheiten und politischer Pluralismus und Rechtsschutz durch eine unabhängige Justiz). b) Zweitens die gegenseitige Anerkennung von Gerichtsentscheidungen der Judikative ei-

nes Mitgliedstaats, da die Prämisse darin besteht, dass die Mechanismen der justiziellen Zusammenarbeit zwischen Ländern stattfinden, deren Gerichte mit unabhängigen Richtern bekleidet sind, die ausschließlich demokratisch legitimierten und verfassungsrechtlich verankerten Gesetzen unterliegen. Dies ist natürlich bei der spanischen Justiz der Fall (Art. 117.1 CE).

Aus diesem Grund bedeutet der Europäische Haftbefehl selbst einen echten qualitativen Sprung in der Bereitschaft der Mitgliedsstaaten, gegenseitigen Respekt vor ihren jeweiligen Gerichtsentscheidungen zu gewähren. Er zeigt gleichzeitig den Willen der Staaten zum aktiven Zusammenwirken bei ihrer gemeinsamen Verpflichtung, die Straflosigkeit aller untersuchten und/oder mutmaßlichen Straftäter vorzubeugen und zu verhindern, dass sie sich der Justiz eines Mitgliedstaats einfach entziehen und in einen anderen Mitgliedstaat außer Reichweite absetzen. Die Idee des Europäischen Haftbefehls – gefolgt von der Europäischen Beweisverordnung (2014) – besteht darin, die Einschränkungen und Obsoleszenzen der alten Auslieferung (d.h. eines Antrags auf Zusammenarbeit zwischen den Regierungen) durch ein neues, einfaches und kurzes (in der Regel 60 Tage dauerndes) Verfahren zu überwinden, das vor allem durch einen strikt intergerichtlichen Charakter und durch Interaktion und Dialog bei der Zusammenarbeit zwischen Richtern, ohne politische Einmischung, gekennzeichnet ist.

Seit Jahren betone ich, dass die erschreckende politische Bilanz der EU-Krise (unnötig über ein Jahrzehnt der europäischen Projektmüdigkeit verlängert, bis sie chronisch wurde) und der kontraproduktive Umgang mit der Großen Rezession, der 2008 begann, zu einer Verschlechterung des europäischen Willens geführt hat, der nach dem Inkrafttreten des Lisbon-Vertrags und der GRCh zu erwarten gewesen wäre. Dieses schlechte Management – durch mangelnde Solidarität und durch den nationalen Egoismus infolge der Krise – hat sich folglich negativ auf das gegenseitige Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten und der EU ausgewirkt. Und das war die Bedingung, welche die gegenseitige Anerkennung von Gerichtsentscheidungen ermöglicht hatte.

Als unerwünschte Folge hat es immer häufiger Fälle gegeben, in denen selbst die Europäische Agentur für justizielle Zusammenarbeit, Eurojust (mit Sitz in Den Haag), es versäumt hat, die zahlreichen „technicalities“ (strafrechtliche Heterogenitäten oder Verfahrenskomplexitäten), die der „praktischen Wirksamkeit“ des Europäischen Haftbefehls oft im Wege stehen, richtig zu begreifen und zu lösen, damit sie den verbindlichen Vor-

rang und die unmittelbare Wirksamkeit des europäischen Rechts gegenüber dem Recht der europäischen Mitgliedstaaten nicht untergraben.

Es sei noch einmal daran erinnert, dass der Schutz der Prinzipien, die den Vorrang des EU-Rechts gewährleisten (seine unmittelbare Wirksamkeit und einheitliche Auslegung), in letzter Instanz beim EuGH mit Sitz in Luxemburg liegt. So verpflichtete das historische Urteil des EuGH (Fall Melloni, 2014) im Jahr 2014 den spanischen Obersten Gerichtshof – bei dem dieser im Jahr 2013 erstmals eine „Vorabentscheidung“ gestellt hatte –, seine frühere Doktrin zu Artikel 24 EG (wirksamer Rechtsschutz und das Recht auf ein faires Verfahren mit allen Garantien) zu korrigieren. Folglich musste das spanische Verfassungsgericht einem italienischen Staatsbürger (Melloni) den Schutz verweigern, der in Spanien versucht hatte, sich dem Strafverfahren zu entziehen, das in seiner Abwesenheit gegen ihn („in absentia“, italienisch: „in contumacia“) in seinem eigenen Land, Italien, geführt worden war.

Der Fall Melloni veranschaulicht zwei Dinge, die für das Verständnis der praktischen Kraft des EuHB wichtig sind: a) der EuGH hat bei der Gelegenheit den Vorrang des „Euro-Haftbefehls“ vor nationalen Gerichtsentscheidungen (einschließlich der Entscheidungen des spanischen Verfassungsgerichts selbst) in allem sichergestellt, was der praktischen Wirksamkeit des Europarechts widerspricht; b) Wird gegen das Vorstehende verstoßen, dann ist die Einreichung einer eventuellen Vorabentscheidung (Art. 267 AEUV) zu dem Zeitpunkt, zu dem sie verfahrenstechnisch angemessen ist, mit allen Garantien für ihre Durchführbarkeit (unter Einhaltung der „Verfahrensvoraussetzungen“) das entscheidende Instrument.

In Anbetracht dessen und im Kontext einer gemeinsamen Reflexion über die Wechselwirkung zwischen dem in die EU integrierten spanischen und dem deutschen Rechtssystem, zum 40. Jahrestag der spanischen Verfassung von 1978 und zum 70. Jahrestag des deutschen Grundgesetzes von 1949, sind an dieser Stelle zwei zusätzliche Bemerkungen obligatorisch (wenn auch nicht endgültig angesichts der enormen und langwierigen Abfolge von gerichtlichen Interaktionen in Zusammenhang mit Fällen gegen die Verantwortlichen für den massiven Verstoß gegen das spanische Rechtssystem, das den unsinnigen „Übergangsgesetzen“ des Parlaments von Katalonien im Jahr 2017 folgte, die noch nicht abgeschlossen sind):

- 1) Es ist absolut nicht wahr (und es ist auch keine „postfaktische Wahrheit“, sondern eine Lüge), dass die Entscheidung des OLG Schles-



wig-Holstein eine Entlastung des ehemaligen Präsidenten Puigdemont impliziert (die deutsche Entscheidung beschränkt sich auf die Feststellung, dass der vom spanischen Oberster Gerichtshof [Richter Llarena] formulierte Vorwurf nicht in die Liste der 32 Verbrechen zur Anwendung der Euro-Verordnung aufgenommen wurde und daher unter dem Gesichtspunkt der „doppelten Strafbarkeit“ zu prüfen ist – eine Prüfung, die der Ermittlungsrichter zum gegebenen Zeitpunkt durchführen muss.

- 2) Es ist keineswegs wahr (und es ist auch keine „postfaktische Wahrheit“, sondern eine Lüge), dass diese Entscheidung des deutschen Gerichts diese falsche und viktimisierende Rhetorik der Verleumdung bestätigt hat, mit der sich Puigdemont vor „der Welt“ (der EU und der Weltöffentlichkeit) als selbsternannter und vermeintlicher „Exilant“ präsentiert hat, der sich seinem Übergang zu einem „politischen Gefangenen“ „widersetzt; und noch weniger, dass dieser deutsche Gerichtsbeschluss die erbitterte und hartnäckige secessionistische Kampagne gegen das Ansehen Spaniens unterstützt hat.

Aber nachdem ich das alles gesagt habe, ist das Problem real und ernst. Und es belastet nicht nur den Ruf Spaniens, sondern auch die Lebensfähigkeit der justiziellen Zusammenarbeit, für die der EuHB geschaffen wurde und in Kraft getreten ist.



FESTVORTRÄGE  
“VERFASSUNGSRECHTLICHE WERTE”



Prof. Dr. Dr. h.c. **Juan-Luis Gómez Colomer**  
Professor für Prozessrecht an der Universität Jaume I de Castellón

*“Der demokratische Fortschritt durch die verfassungsrechtlichen  
Verfahrensgrundsätze. Eine Reflexion über den konstitutionalisierten  
Strafprozess in Spanien und in Deutschland“*

## **I. Einführung**

Es ist mir eine große Ehre, mich heute an Sie in dieser schönen Stadt wenden zu können, in der ich zehn Jahre meines Lebens geforscht habe und die mir so ans Herz gewachsen ist, dass ich sie als meine zweite Heimat empfinde; und mehr noch in der unvergleichlichen Umgebung des Historischen Kaufhauses, wohl das schönste Gebäude der Stadt nach dem Dom, der uns ebenfalls sehr nahesteht.

Mein Dank gilt insbesondere den spanischen Organisatoren der Veranstaltung, die an mich gedacht haben um einige Überlegungen zum Ausdruck zu bringen, die gerade heute von besonderer Bedeutung sind.

Vor fast 20 Jahren, im September 1999 um genau zu sein, hatte ich die Gelegenheit, einen Vortrag im Kollegiumsgebäude I meiner geliebten Universität Freiburg zu halten. Eingeladen hatte mich Herr Prof. Klaus Tiedemann, der uns leider vor Kurzem verlassen hat, obwohl sich glücklicherweise unter uns seine Ehefrau befindet, Frau Inge Tiedemann, die ich besonders begrüßen möchte. Den Vortrag hielt ich auf einem Symposium der Deutschen Gesellschaft für Rechtsvergleichung, anlässlich ihrer 27. Tagung, und ich befasste mich mit der Ermittlung im spanischen Strafprozess, in Bezug auf eine Regelung der Ermittlungsphase auf europäischer Ebene (*Auf dem Weg zu einem europäischen Ermittlungsverfahren: Die Einleitung des Strafprozesses in Spanien*).

In diesem Vortrag, den ich später als Artikel in der ZStW im Jahr 2000 unter dem Titel *„Das Ermittlungsverfahren in Spanien“* veröffentlicht habe, wies ich unter Bedauern darauf hin, dass das spanische Strafverfahren in Europa gänzlich unbekannt war und dass bestimmte Einrichtungen nicht beachtet wurden, die zusammen mit denen aus anderen, besser bekannten Staaten, insbesondere Deutschland und Italien, dazu beitragen

könnten, einen einheitlicheren und angemesseneren europäischen Strafprozess zu gestalten.

Als nützliche Beispiele aus der spanischen Praxis wies ich dort, unter Gegenüberstellung des angelsächsischen adversatorischen Modells und des kontinentaleuropäischen Rechts in einer Zeit, in der der Einfluss der Vereinigten Staaten bereits mehr als bemerkenswert war, auf zwei Aspekte hin: das Einverständnis des Angeklagten mit der vom Staatsanwalt geforderten Strafe, das strengen Voraussetzungen unterworfen und nur bei minderschweren Straftaten oder Vergehen zulässig ist; und die Möglichkeit, dass das Opfer als Ankläger im Prozess auf derselben Ebene wie die durch die Staatsanwaltschaft vertretene öffentliche Anklage auftritt, wenn es dies denn wünscht.

Heute betrachte ich die Lage aus einer weit besorgniserregenderen Perspektive heraus, denn was von meinem Land in Europa, und daher auch in Deutschland, unbekannt ist, ist nicht nur ein Gesetz —wenn auch ein derart wichtiges wie die Strafprozessordnung—, sondern auch unsere demokratische Verfassung aus dem Jahr 1978 selbst, die mit anderen demokratischen Verfassungen in Europa aus der Zeit nach dem Zweiten Weltkrieg durchaus vergleichbar ist und die in ganz bestimmten Aspekten, wie zum Beispiel dem Schutz der Angeklagten im Strafverfahren, zu den Fortschrittlichsten der Welt zählt.

## II. Verfassung und Prozess: was uns eint

Die spanische Verfassung basiert, wie dies von der spanischen Rechtslehre als unbestrittene Tatsache hervorgehoben wird, auf dem Bonner Grundgesetz aus dem Jahr 1949 und auf der italienischen *Costituzione* von 1947. In einigen Fällen ist die spanische Norm sogar eine wörtliche Übersetzung dieser Verfassungen.

Darin heißt es, dass sich Spanien als sozialer und demokratischer Rechtsstaat auf vier große Grundpfeiler stützt —die übergeordneten Werte seiner Rechtsordnung (Freiheit, Gerechtigkeit, Gleichheit und politischer Pluralismus, Art. 1 Abs. 1)— und dass die Staatsgewalt ausgewogen zwischen dem Staat selbst und den siebzehn autonomen Regionen aufgeteilt ist, die angesichts ihrer weitreichenden Zuständigkeiten beinahe so agieren, als ob Spanien ein Bundesstaat wäre. Hiervon ausgenommen ist nur die Judikative, die für das ganze Land einheitlich ist.

Ohne die Angemessenheit der rechtlichen Konstruktion in Frage zu

stellen ist das Wichtigste aus meiner Sicht jedoch nicht die politische Struktur, sondern vielmehr das, was die Verfassung für den Menschen bedeutet. Nach vierzig Jahren Diktatur stellt die spanische Verfassung von 1978 den größten rechtlichen Meilenstein im Schutz des Menschen gegenüber der mächtigsten Verwaltung, die es in Spanien je gegeben hat, dar.

Einer der wichtigsten Aspekte ist der verfahrensrechtliche Schutz der Bürgerinnen und Bürger, das heißt, die Rechte und Garantien des Beschuldigten oder des Angeklagten gegenüber einer strafrechtlichen Ermittlung oder Anklage.

Was das Thema meines Vortrages angeht bedeutet dies, dass Spanien als Demokratie einem obersten Gesetz unterworfen ist, das bestimmte, dem Menschen eigene Mindestrechte festlegt, die grundlegender Natur sind und die die außerordentlichen Eingriffsbefugnisse und Ausdehnungsbedürfnisse eines jeden Staates —und einer jeden Regierung— einschränken; eine Grundnorm, die auch ein wirksames System zur gerichtlichen Kontrolle bis hin zum Verfassungsgericht vorsieht, wann immer diese Grundrechte verletzt, angegriffen oder beeinträchtigt werden.

Die Konstitutionalisierung des Verfahrens ist nichts Neues in Spanien, denn bereits seit dem Jahr 1812, in dem das erste spanische Grundgesetz, auch als „Verfassung von Cádiz“ bekannt, verabschiedet wurde, hat der Verfassungsgeber, zweifelsohne unter dem Einfluss der Vereinigten Staaten und Frankreichs, es stets für notwendig erachtet, strafprozessrechtliche Vorschriften in unseren Grundnormen festzulegen.

In der Geschichte Spaniens ist die Verfassung von 1978 das letzte Beispiel dieser Tendenz, die in gewissen Momenten nur zaghaft sich durchzusetzen vermochte und die in zeitlich näheren Epochen, die glücklicherweise ihr Ende gefunden haben, gänzlich vernachlässigt wurde. Die verfassungsrechtlichen Vorschriften über den Strafprozess erlauben es, die folgende Unterscheidung aufzustellen:

- a) Einerseits finden sich Grundrechte, die mit dem Strafprozess in Zusammenhang stehen und die vom Gesetzgeber in Kraft gesetzt worden sind, damit nach Durchführung eines fairen Verfahrens ein gerechtes Strafurteil erlassen werden kann, zum Beispiel das Recht auf einen Anwalt.
- b) Andererseits sind sehr bedeutsame verfahrensrechtliche Regeln konstitutionalisiert worden, die sich meist auf Grundprinzipien des Strafprozesses wie zum Beispiel die Mündlichkeit beziehen; oder es ist ein Regelwerk erarbeitet worden, das einen Prozess für Verlet-

zungen der Verfassung vorschreibt und somit den verfassungsgerichtlichen Schutz der zuvor eingeräumten Grundrechte erlaubt, wie dies in Spanien auf dem Weg der Verfassungsbeschwerde möglich ist, die ein wahrhaftes Verfahren darstellt (Art. 161 Abs. 1 *lit.* b) der Verfassung).

Hinzuzufügen ist, dass viele dieser Grundsätze, die gegenwärtig in den meisten demokratischen Verfassungen niedergelegt sind, ein weiteres Fundament und eine erhöhte Anerkennung dadurch erfahren haben, dass sie in zahlreichen internationalen Normen über Menschenrechte verankert worden sind, so dass man zweifelsohne sagen kann, dass die wichtigsten Verfahrensgrundsätze heute auf internationaler Ebene verallgemeinert worden sind. Dies trifft, wenn auch in unterschiedlichem Maße, auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte von 1948, die Europäische Menschenrechtskonvention aus dem Jahr 1950 (die gemäß Art. 10 Abs. 2 der Spanischen Verfassung ein verfassungsähnliches Gesetz darstellt), den Internationalen Pakt über Bürgerliche und Politische Rechte von 1966 und die Amerikanische Menschenrechtskonvention oder San José-Pakt aus dem Jahr 1969 zu.

Diese Rechte und Prinzipien strafprozessrechtlicher Art sind zwar leicht aufzuzählen, aber eine Klassifizierung gestaltet sich schwierig, da sie das Verfahren aus allen möglichen Perspektiven heraus beeinflussen.

So sind für die Justiz die dogmatischen Konstrukte der Gerichtsbarkeit und ihre Grundsätze anerkannt (Einheit, Ausschließlichkeit, gesetzlicher Richter, sowie das Berufsrichterprinzip, die Unabhängigkeit, die Unabsetzbarkeit oder die Immunität der spanischen Richter, einschließlich der Strafrichter also); das Klagerecht oder auf Zugang zur Strafjustiz, die für diejenigen, die über ungenügende Mittel zur Prozessführung verfügen, kostenlos ist, was das Recht darauf einschließt, dass keine unzumutbaren Verzögerungen in der Strafrechtspflege auftreten.

Die Unterschiede zum deutschen System werden nur deswegen deutlich, weil Spanien kein Bundesstaat ist, weswegen die Organisation der Justiz verschieden ist. Die anderen Prinzipien sind jedoch alle im Bonner Grundgesetz enthalten. Hervorheben möchte ich wegen ihrer Relevanz nur das Recht auf Zugang zur Justiz, das zum Teil im Rahmen des Anspruchs auf rechtliches Gehör des Artikels 103 Abs. 1 anerkannt wird, in dem auch der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens (*audiatur et altera pars*) verankert ist, sowie den gerichtlichen Schutz gegen Rechtsverletzungen durch die öffentliche Gewalt des Artikels 19 Abs. 4.



Die Verfahrensstruktur stellt in unserer Verfassung ein klares Bekenntnis zur Demokratisierung des Strafverfahrens auf dem Niveau der besten Rechtsordnung, die man sich vorstellen kann, dar, denn die folgenden wichtigen Grundrechte und -prinzipien werden in einer von der deutschen Rechtslehre erarbeiteten, angemessen systematisierten dogmatischen Ausgestaltung, der ich hier folgen möchte, anerkannt:

- a) Das Strafverfahren unterliegt dem Gleichheitsgrundsatz, der allgemein in Art. 14 der Verfassung anerkannt wird, wie dies auch in Deutschland der Fall ist (Art. 3 des Grundgesetzes). Es kann jedoch nicht darüber hinweggesehen werden, dass gegen diesen Grundsatz in der Praxis viel zu häufig verstoßen wird, denn die Erfahrung zeigt, dass der Prozess es nicht hat vermeiden können, dass sich in ihm die großen sozialen Unterschiede widerspiegeln, die in der Realität existieren, was sich insbesondere dann zeigt, wenn der Angeklagte eine sehr reiche oder mächtige Person ist.
- b) Der Grundsatz des kontradiktorischen Verfahrens ist nicht ausdrücklich in unserer Verfassung erwähnt, wohl aber in anderen ausländischen Verfassungstexten (wie zum Beispiel im deutschen Grundgesetz, wo er zum Teil im Anspruch auf rechtliches Gehör anerkannt wird), aber seine Geltung kann zweifelsohne auf Art. 24 Abs. 1 und 24 Abs. 2 der Verfassung gestützt werden (das heißt, auf das Verbot der Wehrlosigkeit, das Recht auf Verteidigung und das Recht auf einen Prozess mit allen Garantien).
- c) Wohl ist aber in Spanien der Grundsatz der Beachtung der gebotenen Verfahrensgarantien anerkannt (Art. 24 Abs. 2 der Verfassung), der zudem eine verfassungsrechtliche Konkretisierung in unserem Land des weiter gefassten Prinzips des *Due Process of Law* darstellt (ein allgemeiner Verfahrensgrundsatz, der zunächst der Rechtsprechung in England und dann der der Vereinigten Staaten entnommen wurde, wo er später auch im Fünften und Vierzehnten Amendments der Verfassung niedergelegt worden ist); eine Maxime, die auch Versäumnisse des Verfassungsgebers in Bezug auf andere, ebenso grundlegende Verfahrensgrundsätze abzudecken vermag. Es ist das Recht auf ein faires Verfahren des Artikels 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention, der die Geltung dieses Prinzips auch in Deutschland begründet.
- d) Ein wesentlicher Verfahrensgrundsatz, der zuvor nicht ausformuliert war, wohl aber von den spanischen Gerichten bereits vor Verabschiedung der Verfassung unter dem Stichwort *in dubio pro reo*

angewendet wurde, ist das Prinzip der Unschuldsvermutung, das in Artikel 24 Abs. 2 der Verfassung niedergelegt ist und zugleich eine Verfahrensgarantie und ein Grundrecht des Angeklagten darstellt. Um zur Anwendung zu gelangen, verlangt das spanische Verfassungsgericht, dass im Verfahren keine noch so geringe Beweisaufnahme stattgefunden hat, die eine mögliche Verurteilung stützen könnte. In Deutschland ist dieser Grundsatz außerhalb des Grundgesetzes und der Strafprozessordnung anerkannt, in Art. 6 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention.

- e) Zu beachten ist auch der Grundsatz des Verbots der Doppelbestrafung: Ebenso wie in Deutschland (Art. 103 Abs. 3 des Grundgesetzes) kann auch in Spanien, obwohl es hier an einer ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Anerkennung fehlt, eine Straftat nicht noch einmal verfolgt werden, wenn sie rechtshängig oder bereits rechtskräftig entschieden worden ist. Unser Verfassungsgericht hat in seiner Rechtsprechung von Beginn an und problemlos auch in unserer Rechtsordnung die Geltung dieses Prinzips anerkannt, das es aus dem Grundsatz der strafrechtlichen Gesetzmäßigkeit des Artikels 25 Abs. 1 der Verfassung ableitet, wenn auch diese Schlussfolgerung nicht ganz offensichtlich ist.
- f) In Bezug auf das Verfahren oder die äußerliche Prozesstätigkeit legt die Verfassung von 1978 den Grundsatz der Mündlichkeit nieder, auf den sie sich ausdrücklich in Art. 120 Abs. 2 bezieht: „Das Gerichtsverfahren wird vorwiegend mündlich geführt, vor allem in Strafsachen“. In Deutschland ist dieses Prinzip nicht im Grundgesetz verankert, wohl aber in allen Prozessordnungen, einschließlich der StPO, für die Hauptverhandlung (zum Beispiel §§ 33, 261 und 264). Die Mündlichkeit ist jedoch nur ein Ideal, nach dem man strebt, denn der größte Teil der Verfahrenshandlungen, die den spanischen Strafprozess ausmachen, sind schriftlicher Natur. Mündlich ist nur die sogenannte „vista“ oder Anhörung, die einen Teil der Hauptverhandlung darstellt. Das reicht aber auch aus, denn in ihr wird das Tatsachen- und Beweismaterial eingebracht, auf das der Richter sein Urteil stützen wird, was für die Geltung des Prinzips wesentlich ist. Aus diesem Grundsatz leitet sich —mit ausdrücklicher verfassungsrechtlicher Anerkennung— das Öffentlichkeitsprinzip ab, das ob seines politischen Charakters eine große Bedeutung hat, weil es dem demokratischen System dient, insoweit es dem Publikum (Dritten also) eine Kontrolle der Arbeit der Richter ermöglicht.

Aber der heutige spanische Strafprozess ist kein direkter Nachfahre dieser Verfassung. Diese Aufgabe steht noch aus, was von der Rechtslehre häufig bedauert wird. Nein, unsere Strafprozessordnung stammt aus dem Jahr 1882 und ist Abkömmling des neuen formalen Anklagesystems oder des reformierten Strafprozesses, der aus der Aufklärung hervorgegangen ist und nach der Französischen Revolution ins Leben gerufen wurde. Sie war also eine Frucht des Wissens und der Vernunft. Sie konnte aber erst in einer Zeit wahrhafter Freiheit in meinem Land verabschiedet werden, nämlich dank der Verfassung von 1879. Sie war auch nicht die erste spanische Strafprozessordnung, aber sie ist schon seit viel zu langer Zeit die auf diese Fragestellungen anwendbare Norm.

Die spanische demokratische Verfassung aus dem Jahr 1978 hat das System zweifelsohne revolutioniert, sowohl aus theoretischer als auch aus praktischer Hinsicht. In der Theorie, weil sie, wie bereits angedeutet, einen sehr weit gefassten Grundrechtekatalog im Bereich des Verfahrensrechts vorsieht; und aus praktischer Sicht, weil sie dazu führte, dass unmittelbar, schon bevor das Verfassungsgericht sich hierzu äußerte, verschiedene unzulässige Verfahrensweisen, die unter dem Franco-Regime entwickelt worden waren, in Frage gestellt wurden. So zum Beispiel das Fehlen von Garantien während der polizeilichen Vernehmung der Person, gegen die ermittelt wurde, oder die Tatsache, dass die Ermittlungshandlungen ausnahmslos als Beweise gewertet wurden. Auch war es nötig, unseren Strafprozess zu europäisieren und so einen Strafprozess mit allen Garantien zu schaffen. Nach und nach sind diese Wünsche erfüllt worden, und seit 1978 sind mehr als sechzig mehr oder weniger umfangreiche Reformen in unserer Strafprozessordnung vorgenommen worden, die zuletzt in 2015 geändert worden ist, zum Teil in sehr wichtigen Aspekten.

In Bezug auf den Strafprozess nach der Aufklärung hat in Deutschland eine ähnliche Entwicklung stattgefunden, denn das französische Revolutionsmodell wurde gegen 1800 eingeführt, obwohl die Strafprozessordnung, die unter der kaiserlichen Verfassung von 1871 verabschiedet wurde, aus dem Jahr 1877 stammt. Auch ist die deutsche Ordnung Frucht des sogenannten wissenschaftlichen Prozessualismus, der mehr an der Konstruktion eines Systems als an der Beschreibung eines Verfahrens interessiert war, im Gegensatz zur spanischen Gesetzgebung, die treu dem französischen Verfahrensrecht folgt.

Zweifellos hatten die Geschehnisse in Deutschland zwischen den Jahren 1933 und 1945 einen entscheidenden Einfluss, als die Freiheit rechtlich mit dem Bonner Grundgesetz wiedererlangt wurde. Da es das Ergebnis

eines Pakts zwischen den Siegermächten eines Krieges darstellte, waren politische Fragestellungen viel wichtiger als die Besorgnis um Detailfragen im Bereich der Verfahrensprinzipien, auch wenn die wichtigsten im Grundgesetz zweifelsohne verankert sind.

Aber seit der Demokratisierung beider Staaten kann ich klar und nachdrücklich feststellen, dass Deutschland und Spanien keine sehr unterschiedlichen Wege beschritten haben, sondern dass sie vielmehr gemeinsam auf einen wirksameren und effizienteren Strafprozess mit allen Garantien hinarbeiten. Und ich sage dies nicht nur, weil sich Spanien sehr für viele der Reformen in der deutschen Rechtslehre und -praxis interessiert hat, zuletzt beispielsweise anlässlich der Einführung neuer Technologien in der Ermittlung von Straftaten durch ein Gesetz aus dem Jahr 2015, das im Wesentlichen den Bestimmungen der §§ 94 ff. StPO folgt; sondern auch, weil wir über eine praktisch identische Grundlage für den Strafprozess verfügen, die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, unser oberstes gemeinsames Justizorgan, das fast siebenzig Jahre nach seiner Schaffung eine einheitliche Lehre in Bezug auf den Schutz der Grundrechte im Strafprozess erarbeitet hat. Gestützt auf Art. 2 bis 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention, stellt sie uns auf eine selbe Ebene und vereint uns im Kampf um Freiheit und Gerechtigkeit, sowie für den Rechtsfortschritt und das Gemeinwohl.

### **III. Was uns unterscheidet**

Aber trotz dieser Gemeinsamkeiten gibt es immer noch wichtige Unterschiede. Ich möchte mich hier zunächst auf das Modell des Strafprozesses, sodann auf die Funktionen der für die Strafverfolgung zuständigen öffentlichen Behörden und schließlich auf die rechtliche Stellung des Opfers beziehen.

1. Das Strafverfahrenssystem ist unterschiedlich. Deutschland hat 1975 etwas Vorbildliches getan: aus einer eigenen Position heraus entwickelte es ein System, das dem Anklageprinzip mehr Beachtung schenkt, ohne fremde Modelle zu kopieren oder Fremdkörper einzufügen, die von der eigenen Tradition weit entfernt sind. Es scheint ein kontradiktorisches System zu sein, ist es aber nicht; es ist ganz einfach das deutsche System.

In Spanien ist seit 2001 versucht worden, dasselbe zu erreichen. Es erweist sich jedoch als sehr schwierig, ein modernes Strafverfahrenssystem

im Dienst des anspruchsvollen Strafrechts unserer Zeit auszuarbeiten. Es ist nicht nur ein politisches Problem, dass ein derartiges Gesetzbuch noch nicht hat verabschiedet werden können (wie dies die gegenwärtige Zusammensetzung des spanischen Parlaments unter Beweis stellt, das praktisch unregierbar ist), aber in Zeiten einer absoluten Mehrheit war es auch nicht möglich. Und das, weil es auch ein wissenschaftliches Problem ist, vor allem in einigen Punkten, in denen die Gegensätze in der Lehre so gut wie unvereinbar sind.

Das aktuellste Problem in Spanien ist derzeit wohl die Frage, ob die Staatsanwaltschaft mit der Ermittlung von Straftaten befasst werden soll oder nicht. Eine neue Strafprozessordnung muss dieses Problem unweigerlich angehen.

In meinem Land fällt die Ermittlung von allen Strafsachen in die Zuständigkeit von Ermittlungsrichtern, es sei denn die Staatsanwaltschaft erlangt, in Strafverfahren bei denen die Tat mit Freiheitsstrafe von nicht mehr als neun Jahren bewehrt ist (die sogenannten „abgekürzten Verfahren“), Kenntnis von einer scheinbar strafbaren Handlung, entweder direkt oder weil bei ihr ein polizeilicher Bericht oder eine Anzeige eingegangen ist. In diesen Fällen kann der Staatsanwalt selbst ermitteln, eine Tätigkeit die dann endet, wenn ein gerichtliches Verfahren über dieselbe Sache eingeleitet wird oder wenn die notwendigen Ermittlungen abgeschlossen sind, um beim Ermittlungsrichter die Einleitung des entsprechenden Gerichtsverfahrens zu beantragen. Einen Sonderfall der Ermittlung durch die Staatsanwaltschaft stellen die speziellen Strafverfahren für Jugendliche dar, die zwar in der Praxis angemessen funktionieren, für die hier erläuterte Fragestellung aber wenig bedeutsam sind.

Dieses Thema, das in Deutschland überhaupt nicht diskutiert wird, bietet heute Anlass für leidenschaftliche Debatten in Spanien. Die vorgeschlagene Änderung der Zuständigkeit für die Ermittlung zu Gunsten der Staatsanwaltschaft hat ihren Ursprung in einem immer besseren Verständnis der Funktionsweise des angelsächsischen Modells, insbesondere des Strafverfahrens auf Bundesebene in den Vereinigten Staaten: So heißt es einerseits, dass die Ermittlung durch den Richter mit dem Anklagemodell unvereinbar ist. Andererseits spielen aber auch Wirksamkeitsüberlegungen in Bezug auf die Justiz eine wichtige Rolle, denn, wie es dann weiter heißt, die Ermittlung durch die Staatsanwaltschaft stellt eine der dringend notwendigen Lösungen für die übermäßige Arbeitsbelastung der Justizbehörden dar, eine der Hauptursachen für das schlechte Funktionieren der Justiz; auch könnte damit der Strafprozess beschleunigt werden,

denn gegenwärtig kommt es zu Wiederholungen bestimmter Handlungen, zunächst durch die Staatsanwaltschaft und die Polizei, und später seitens des Ermittlungsrichters. Dem sollte hinzugefügt werden, dass eine selbe Person nicht über die Durchführung von Ermittlungshandlungen und sodann über ihre Rechtmäßigkeit entscheiden kann. Daher wird vertreten, dass die Staatsanwaltschaft unter Übertragung der Untersuchungsbefugnisse die Ermittlung übernehmen sollte, während dem Richter die Kontrolle der Rechtmäßigkeit der durch den Staatsanwalt vorgenommenen Ermittlungshandlungen vorbehalten bleiben sollte, üblicherweise auf dem Weg der Entscheidung über Anträge und Rechtsbehelfe.

Schauen wir nun in die Praxis, so ist eine Reform unerlässlich, denn die Justiz funktioniert nicht angemessen. Möchten wir den neuesten soziologischen und statistischen Untersuchungen Glauben schenken, so kann die strafrechtliche Ermittlung in Spanien niemals ein Erfolg werden. Dies liegt daran, dass es gemäß den Angaben für 2017 nur 494 Ermittlungsrichter gibt, das heißt, ein Richter je 93.000 Einwohner, die die Ermittlung von 3.527.968 Straftaten geführt haben, die jedoch nicht immer die Eröffnung eines Strafverfahrens zur Folge gehabt haben. Jeder Ermittlungsrichter hat 2017 somit 7.142 Strafverfahrenshandlungen eingeleitet.

Hinzuzufügen ist, dass sich in Spanien 2.470 Staatsanwälte im Dienst befinden, das heißt, ungefähr ein Staatsanwalt je 19.000 Einwohner, die jedoch auch zivile Angelegenheiten betreuen. Jeder Staatsanwalt hat also im letzten Jahr 1.428 Straffälle bearbeitet, die aber nicht alle zu Ende geführt worden sind.

Dies führt dazu, dass sich die Ermittlung in einfachen Verfahren, die recht leicht zu ermitteln sind (Raub und Diebstähle, sexuelle Belästigung, Körperverletzungen, usw.), in vielen spanischen Gerichten über drei oder mehr Jahre hinzieht. Damit ergeht ein rechtskräftiges Urteil, nach Abschluss der Verhandlung und gegebenenfalls der Berufung, häufig erst fünf Jahre nach einem Vergehen oder einer minderschweren Straftat, oder sogar noch später. Das ist unzumutbar.

Daher überrascht es nicht, dass die Meinung der spanischen Bürger über das Funktionieren der Justiz sehr schlecht ist. Man hält sie für unverständlich und unwirksam. 1987 glaubten 28% der Bürger, dass die Justiz schlecht oder sehr schlecht funktioniert; 2015 ist der Anteil laut dem im Auftrag des Generalrats der Spanischen Anwaltschaft erstellten Barometer auf 53% gestiegen. Nur 50% der Spanier glauben, dass die spanische Justiz unabhängig ist, obwohl 69% davon überzeugt sind, dass die Richter keine Schuld an diesem Misstrauen trifft.

Trotz der Dringlichkeit einer Reform wird nach wie vor an den Ende des XIX. Jahrhunderts erarbeiteten Grundsätzen festgehalten. Und wenn über eine Änderung nachgedacht wird, so wird nicht über eine eigene Lösung diskutiert, sondern es werden vielmehr nur Kopien ausländischer Rechtsordnungen in Betracht gezogen.

2. Die Position der Behörden in der Ermittlungsphase der Straftat hängt vom gewählten Modell ab und ist deshalb in Spanien und in Deutschland verschieden. Ich werde mich im Wesentlichen auf die Staatsanwaltschaft beziehen.

Die Hauptpflicht der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren besteht darin, die Anklage in ausnahmslos allen öffentlichen und halböffentlichen Straftaten zu erheben, solange ein Grund hierfür besteht. Aus formeller Sicht ist sie in Spanien eine Partei des Strafprozesses. Aus materieller Sicht vertritt sie das öffentliche und unparteiische Interesse an der Verwirklichung der Gerechtigkeit, die dem der Verteidigung entgegenstehen, mit ihm aber auch übereinstimmen kann.

Die Staatsanwaltschaft gehört zwar zum Justizwesen, sie ist aber keine rechtsprechende Gewalt und sowohl organisch als auch funktionell eigenständig (Art. 124 der Verfassung). Es gibt nur eine Staatsanwaltschaft für ganz Spanien, die gemäß den Grundsätzen der Handlungseinheit und der hierarchischen Abhängigkeit organisiert und ihren eigenen Rechtsnormen unterworfen ist. So erteilt der von der Regierung ernannte Generalstaatsanwalt Anweisungen und Anordnungen, denen von seinen Untergebenen trotz gewisser Filter im Prinzip Folge zu leisten ist. Das Gesetz verlangt von den Staatsanwälten Unparteilichkeit bei der Ausübung ihrer Aufgaben im Strafprozess.

Die öffentliche Aufgabe, Anklage zu erheben macht die Staatsanwaltschaft zu einem Grundbestandteil des formalen Anklagesystems. Sie hat direkte Kontrolle über die Polizei und kann die Durchführung derjenigen Ermittlungshandlungen anordnen, die sie zur Untersuchung des Sachverhalts und zur Feststellung der Täterschaft für angemessen erachtet. Dabei reagiert sie entweder auf von Privatpersonen bei ihr erstattete Anzeigen oder ermittelt auf eigene Initiative. Ich möchte sie darauf hinweisen, dass die Polizei in Spanien ein Hilfsorgan der Gerichte und der Staatsanwaltschaft ist, von denen sie der Verfassung zu Folge abhängig ist. Die Weisungsbefugnis ist somit zweigeteilt, und die Polizei unterliegt zudem aus organischer Sicht der Verwaltung (Innenministerium).

Aber die Beziehungen sind nicht immer idyllisch. Der Richter und der Staatsanwalt benötigen zwangsläufig die Polizei, um ihren Aufgaben nach-

kommen zu können. Wie der große deutsche Jurist KERN es bildlich ausdrückte, ist die Staatsanwaltschaft ohne die Polizei wie ein Kopf ohne Hände, denn ohne sie kann sie nicht agieren. Aber dies birgt das Risiko einer ständigen Auseinandersetzung oder, was noch schlimmer ist, dass sich die eine –professionelle– Partei (die Hilfsperson) sich am Ende über die andere –technische– Partei (den Vorgesetzten) hinwegsetzt. Die Gefahr, nicht nur einer unwirksamen Ermittlung, sondern auch größerer Übel, wie die Straflosigkeit oder die Korruption der Polizei, liegt dieser Fragestellung zugrunde, da weder das in der Abstraktion des Gesetzes niedergelegte Rechtssystem noch seine praktische Anwendung es erlauben dürfen, dass die eigentliche Ermittlung in den Händen der Polizei verbleibt. Die Erfahrung zeigt, dass die Polizei, die das Verbrechen untersucht, stets Gefahr läuft, zu einem echten, autonomen und unkontrollierbaren Prozessakteur zu werden.

3. Die Rechtsstellung des Opfers. Der dritte Unterschied ist wahrscheinlich der auffälligste. Im gegenwärtigen spanischen Strafprozess besteht die Möglichkeit, dass neben der Staatsanwaltschaft noch andere Ankläger am Verfahren teilnehmen: die durch das Verbrechen Geschädigten, die in Bezug auf ihre Aktivlegitimation sowohl im Gesetz als auch in der Rechtslehre als Popular-, Einzel- und Privatankläger bezeichnet werden. Das spanische Strafprozessrecht sieht auch vor, dass die geschädigte Partei zivilrechtliche Ansprüche wegen Schäden, die ihren Ursprung in der Straftat haben, gemeinsam mit dem Strafantrag geltend machen kann.

Im Jahr 2015 hat Spanien die Richtlinie 2012/29/UE des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über Mindeststandards für die Rechte, die Unterstützung und den Schutz von Opfern von Straftaten sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2001/220/JI umgesetzt, die die Rechtsstellung des Opfers einer Straftat festlegt. Das Gesetz hat mehr als 35 Artikel, obwohl nicht einmal fünf nötig gewesen wären, denn die spanische Regelung war schon vorher viel umfangreicher und besser als die europäische. Es hat nur dazu gedient, den Opfern von Straftaten, die keinen strafrechtlichen Anspruch geltend machen möchten, bestimmte Rechte einzuräumen.

Auch Deutschland hat die Richtlinie im Jahr 2015 umgesetzt, und zwar mit dem Gesetz zur Stärkung der Opferrechte im Strafverfahren (3. Opferrechtsreformgesetz – 3. ORRG), vom 21. Dezember 2015. Dieses Gesetz sah eine wenig umfangreiche Reform der folgenden deutschen Gesetze vor: die Strafprozessordnung, das Gerichtsverfassungsgesetz, das Gerichtskostengesetz und das Gesetz über die psychosoziale Prozessbegleitung im Strafverfahren. Es änderte jedoch nicht die Verfahrensstruktur, sondern stärkte vielmehr die Rechte der Opfer.



Es wird somit deutlich, dass das spanische Opfer wenig gemein hat mit den deutschen Einrichtungen der Privatklage oder der Nebenklage, und nicht einmal mit dem Adhäsionsverfahren, obwohl bei ihnen allen eine gewisse Übereinstimmung festzustellen ist. In Spanien ist das Opfer eine Partei mit allen Befugnissen, ähnlich wie die der Staatsanwaltschaft.

#### **IV. Ein besonderer Aspekt: das fast absolute Recht auf rechtlichen Beistand**

Es gibt jedoch verfahrenstechnische Aspekte, die besser ausgearbeitet worden sind; oder, bescheidener ausgedrückt, hinsichtlich derer ich ehrlich davon überzeugt bin, dass Spanien es geschafft hat, Deutschland zu übertreffen.

Obwohl einige dieser Aspekte, wie die Rechtsstellung des Opfers im spanischen Strafprozess, bereits angesprochen worden sind, möchte ich mich hier auf das Recht auf rechtlichen Beistand oder, wie man in Spanien auch sagt, auf technische Verteidigung beziehen.

Unser Anspruch auf rechtlichen Beistand hat Verfassungsrang. In der Absicht, eine klare Unterscheidung zur Lage unter der Diktatur zu setzen, nennt die Verfassung dieses Recht in zwei Vorschriften. Art. 17 Abs. 3 sieht den rechtlichen Beistand während des polizeilichen Gewahrsams vor, und Art. 24 Abs. 2 garantiert die technische Verteidigung während des anschließenden Strafverfahrens.

Das Recht auf Verteidigung ist von allen Verfahrensgrundrechten wahrscheinlich das wichtigste und das am weitesten entwickelte Recht von Verdächtigen und Angeklagten. Im Gegensatz zu Deutschland wird in meinem Land nicht zwischen notwendiger und nicht notwendiger Verteidigung unterschieden. Sie ist stets notwendig, und zwar von Anfang an (Festnahme oder Erscheinen vor Gericht) bis zum Ende der Strafvollstreckung, wenn die Strafe auf Freiheitsentzug lautet.

Neben der Rechtsberatung durch den Strafverteidiger, der entweder vom Betroffenen gewählt oder von Amts wegen bestellt wird, beinhaltet das Recht auf Verteidigung einige sehr wichtige Rechte. Einige davon können in einem derart weltoffenen Land wie Spanien durchaus sehr relevant werden, wie zum Beispiel das Recht des Ausländers auf einen Dolmetscher oder darauf, sein Konsulat anzurufen.

Hervorheben möchte ich zudem den Schutz vor erzwungenen Geständnissen, der Teil des Schweigerechts ist, und das Recht, nicht gegen sich selbst auszusagen und sich nicht für schuldig zu erklären (*nemo tenetur se*

*ipsum accusare*). Beide sind ausdrücklich in Art. 24 Abs. 2 der Verfassung vorgesehen, was insbesondere bei der polizeilichen Festnahme wichtig ist, denn vor der Vernehmung kann der Verdächtige Rücksprache mit seinem Anwalt nehmen.

Wie auch Deutschland nimmt Spanien den Vertrauensanwalt hiervon aus, wenn im Kampf gegen die organisierte Kriminalität die Gefahr von Absprachen besteht (Art. 527, a) Span. StPO und § 138a StPO).

## V. Ergebnisse

Aber es gibt natürlich immer Aspekte, die nicht richtig funktionieren. Zu nennen wären beispielsweise der Bedeutungsverlust vieler Verfahrensziele, die Abwertung wesentlicher Grundsätze des Strafprozesses, die Entfremdung von Strafverfahrensrecht und materiellem Strafrecht oder die spürbare Zunahme des staatlichen Interventionismus im Strafprozess.

Auf diese Themen kann ich hier jedoch nicht weiter eingehen, denn aus Zeitgründen sollte ich zum Ende meines Beitrages kommen. Vielleicht können wir ja noch im Kolloquium darüber sprechen.

Lassen Sie mich daher mit folgender Frage abschließen: Kann angesichts des vorigen Vergleichs zwischen den deutschen und spanischen strafprozessualen Institutionen noch irgendein Bürger oder gar ein anderer europäischer Staat heute, im XXI. Jahrhundert, daran zweifeln, dass unser Strafprozess die Rechte der Bürger in vollem Umfang gewährleistet und dem Gesetz unbeschränkt unterworfen ist? Und dies gilt natürlich ebenso für die –vollständig unabhängigen– spanischen Richter, die bei der Erledigung ihrer Aufgaben nur dem Gesetz unterworfen sind.

Selbstverständlich kann ich nur aus rechtlicher Sicht sprechen, wofür ich vollkommen qualifiziert bin: Wer einer Straftat verdächtigt wird, weiß im Voraus bis wohin der Staat mit seiner Untersuchung gelangen kann; er weiß, dass es in Spanien wie in Deutschland nicht möglich ist, die Wahrheit um jeden Preis zu ermitteln.

Wer Macht ausübt hat eine größere Verantwortung, weil es ihm leichter fällt, das Gesetz zu kennen, dessen Befolgung von ihm auch eher zu verlangen ist. Wird er daher, auf welche Weise auch immer und je nach seiner Stellung in der Gesellschaft, darüber in Kenntnis gesetzt, dass ein Verfahren wegen einer oder mehrerer Straftaten gegen ihn eingeleitet werden wird, sollte er bestimmte Handlungen durchführen, so kann er später nicht den Staat einer Überschreitung seiner Aufgaben bezichtigen oder anfüh-

ren, dass er gesetzwidrig, zu Unrecht oder gar „politisch“ vom Strafrecht verfolgt wird. Nein, auch wenn er es zuzugeben nicht bereit ist, weiß er, dass die Gerechtigkeit für alle gleich ist, er weiß, dass Spanien eine Demokratie ist, und er weiß, dass der spanische Strafprozess eines Rechtsstaates würdig ist. Lügen, Verzerrung der Wahrheit, Verleumdung, persönliche Angriffe auf die Richter, Anträge an die Regierung, auf die Justiz mittels Anweisungen an die Staatsanwaltschaft einzuwirken, all das ist nicht einmal als Verteidigungsstrategie zulässig. Es geht nur darum, zu verwirren und abzulenken, denn wer so handelt weiß, dass nichts davon wahr oder möglich ist. Kurz gesagt, es geht darum, eine für die eigenen Interessen zuträgliche Ungleichbehandlung einzufordern, um eine unverdiente Straflosigkeit zu erlangen.

Europa muss wissen, dass das Legalitätsprinzip in allen Strafverfahren in Spanien gilt, dass das Verfahren gemäß den gesetzlichen Bestimmungen durchgeführt wird und dass ein Urteil auf der Basis der erwiesenen und der nicht erwiesenen Tatsachen ergehen wird. Der Prozess wird fair gewesen sein, da können Sie sicher sein. All dies dank der verfassungsrechtlichen und der einfachgesetzlichen Regeln, die Ihnen nicht fremd sein werden, denn ich bin gänzlich davon überzeugt, dass man in Deutschland in einer ähnlichen Lage auf genau die gleiche Weise verfahren würde.



Prof. Dr. **Ralf Poscher**  
Professor für Staatswissenschaft und Rechtsphilosophie  
an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg  
*“Verhältnismäßigkeit und Verfassungsbindung”*

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat sich zu dem zentralen Maßstab des Verfassungsrechts entwickelt. Dies gilt besonders für die Grundrechtsgarantien – auf die sich der Vortrag konzentrieren wird –, aber es sei erwähnt, dass er jedenfalls in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auch Eingang in das Staatsorganisationsrecht gefunden hat.

## **I. Das hermeneutische Problem der Verfassungsbindung**

Verfassungsrechtlich verdankt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit seine Karriere einem Problem, das Juristen, die mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit aufgewachsen sind, gar nicht mehr als solches erkennen – so effektiv ist es durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gelöst worden. Dabei ist das Problem ein ganz grundsätzliches; es betrifft nichts Geringeres als die Verfassungsbindung – besonders des Gesetzgebers.

Nach Art. 1 Abs. 3 GG binden: „Die nachfolgenden Grundrechte ... Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.“ Damit reagierte das Grundgesetz besonders auch auf die Grundrechtslehren im Spätkonstitutionalismus oder auch noch unter der Weimarer Reichsverfassung, in denen die Grundrechte entweder als bloße politische Programmsätze verstanden wurden oder lediglich auf eine Gesetzesbindung hinausliefen. Demgegenüber wollten die Mütter und Väter des Grundgesetzes gerade auch den Gesetzgeber an die Grundrechte binden. Doch das ist einfacher in Art. 1 Abs. 3 GG gesagt als verfassungsdogmatisch getan.

Das liegt daran, dass die meisten Grundrechte des Grundgesetzes einen Gesetzesvorbehalt enthalten, der es dem Gesetzgeber erlaubt, die Grundrechte, die ihn binden sollen, einzuschränken. So sieht Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG zwar vor: „Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet.“ Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG regelt dann aber: „Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.“ Wie sollte aber ein Gesetzgeber, der über „Inhalt und ... Schranken“ des Eigentums verfügen kann, an Art. 14 Abs. 1 S. 1 WRV gebunden sein, wie es Art. 1 Abs. 3 GG aber verlangt? Ähnlich schützt Art. 5

Abs. 1 GG einerseits zwar die Meinungsfreiheit, andererseits erlaubt Art. 5 Abs. 2 GG ihre Einschränkung durch allgemeine Gesetze. Wie soll der Gesetzgeber an die Meinungsfreiheit gebunden sein, wenn er sie doch einfach allgemein beschränken darf?

Bereits in Weimar hatte man mit dem Problem gerungen, ohne dass sich einer der Vorschläge durchgesetzt hatte, weshalb in Weimar die Ansicht weit vertreten war, dass die Grundrechte den Gesetzgeber überhaupt nicht binden. Das Bundesverfassungsgericht ging richtigerweise davon aus, dass das Grundgesetz auch gegenüber dem Gesetzgeber keine leerlaufenden Grundrechte wollte. Und auch in der frühen staatsrechtlichen Literatur unter dem Grundgesetz wurde die Position weiterhin vertreten. Und zwar so deutlich, dass das Bundesverfassungsgericht dieser Ansicht gleich in einer seiner ersten Entscheidungen zu den Grundrechten entgegentrat: „In der Literatur wird häufig der Einwand erhoben, das Grundrecht <werde> ‚leerlaufen‘, da es unter den allgemeinen Gesetzesvorbehalt gestellt werde. Dabei wird jedoch übersehen, daß die Gesetzgebungsgewalt nach dem Grundgesetz stärkeren Beschränkungen unterliegt als unter der Geltung der Reichsverfassung von 1919. Damals waren ... zahlreiche Grundrechte durch den allgemeinen Gesetzesvorbehalt, dem jedes verfassungsmäßig erlassene Gesetz entsprach, tatsächlich ‚leerlaufend‘ ... Demgegenüber hat das Grundgesetz eine wertgebundene Ordnung aufgerichtet, die die öffentliche Gewalt begrenzt.“<sup>1</sup> Und Art. 1 Abs. 3 GG bringt ja gerade diesen Bindungswillen zum Ausdruck.

Doch wie sollte er angesichts der wie in Weimar ausgestalteten Gesetzesvorbehalte umgesetzt werden? Das Grundgesetz griff einen der Weimarer Vorschläge auf, um die der Grundrechtsbindung des Gesetzgebers Effektivität zu verleihen. Art. 19 Abs. 2 GG sieht vor: „In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.“ Doch im rechtsstaatlichen Normalbetrieb bietet diese Schranke keine Grenze für den Gesetzgeber. Sie richtet sich gegen die praktische Aufhebung von Grundrechten und ist – zum Glück – in der 70-jährigen Geschichte des Grundgesetzes noch nicht ein einziges Mal in Anschlag gebracht worden. Jenseits der Wesensgehaltsgarantie stand die Auslegung des Grundgesetzes vor dem hermeneutischen Problem, wie der in Art. 1 Abs. 3 GG positivierete und vom Bundesverfassungsgericht zu Recht betonte Wille der Verfassungsbindung gegenüber dem mit Gesetzesvorbehalten zur Grundrechtsbeschränkungen

---

<sup>1</sup> BVerfGE 6, 32 (40).

ermächtigte Gesetzgeber mit dogmatischen Inhalten so angereichert werden konnte, dass eine veritable Bindung des Gesetzgebers umgesetzt werden konnte.

## II. Die Lösung des Apothekenurteils

1958 hatte das Bundesverfassungsgericht über eine Verfassungsbeschwerde eines Apothekers zu entscheiden, dem die Eröffnung einer zweiten Apotheke in dem 6.000 Einwohner zählenden Ort Traunreut aufgrund des bayerische Apothekengesetz verwehrt wurde, das ein bedarfsorientiertes Konzessionssystem für Apotheken vorsah. Die Regierung in Oberbayern erachtete eine Apotheke für Traunreut für ausreichend. Das Bundesverfassungsgericht sah das Problem nicht in der Entscheidung der Regierung, sondern bereits in dem Gesetz. Es musste also das bayerische Apothekengesetz an dem Grundrecht der Berufsfreiheit überprüfen und stand damit genau vor dem Problem, dass ich gerade beschrieben habe, da es Art. 12 GG so interpretierte, dass Art. 12 GG in Abs. 1 S. 2 GG einen Gesetzesvorbehalt auch für die Berufswahl vorsah.

Im Apotheken-Urteil traf das Bundesverfassungsgericht dann die wohl folgenreichste Entscheidung seiner gesamten Geschichte: Es führte den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in das Verfassungsrecht ein und band auch den Gesetzgeber an diesen Grundsatz.<sup>2</sup> Mit dieser Entscheidung hat sich das Bundesverfassungsgericht eine Kontrollbefugnis gegenüber dem Gesetzgeber verschafft, die wie keine andere die Rolle des Gerichts und der Verfassung in der politischen Geschichte der Bundesrepublik geprägt hat. Dass sich das Gericht dieser Bedeutung durchaus bewusst war, zeigt sich nicht zuletzt darin, dass es die einzige Entscheidung ist, in der das Gericht diesen Anspruch grundsätzlich problematisiert. Besonders die Anmaßung eines gerichtlichen Urteils zur Erforderlichkeit eines Gesetzes wurde in Teilen der Literatur abgelehnt:<sup>3</sup> „Gegen die Prüfung in der zuletzt genannten Richtung ist eingewandt worden, daß sie über die Kompe-

---

<sup>2</sup> S. allerdings kurz zuvor bereits die knappen Ausführungen desselben Senats in BVerfGE 7, 320 (323 f.), mit denen er ein Gesetz verwirft, weil er es nicht als das „gebotene und adäquate Mittel“ erachtet.

<sup>3</sup> Auf dieser Linie wurde das Urteil auch z.T. kritisch aufgenommen vgl. nur *Ehmke*, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, 1963, 92 ff.

tenz eines Gerichts hinausgehe: ein Gericht könne nicht beurteilen, ob eine bestimmte gesetzgeberische Maßnahme geboten sei, weil es nicht wissen könne, ob es andere gleich wirksame Mittel gebe und ob sie für den Gesetzgeber realisierbar seien; das lasse sich nur übersehen, wenn man die gesamten zu ordnenden Lebensverhältnisse, aber auch die politischen Möglichkeiten der Gesetzgebung kenne. Diese Auffassung, die vor allem aus praktischen Erwägungen der Prüfungsbefugnis des Bundesverfassungsgerichts enge Grenzen ziehen möchte, wird gelegentlich theoretisch mit dem Hinweis unterbaut, daß das Gericht durch Inanspruchnahme einer so weitgehenden Prüfungsbefugnis in die Sphäre des Gesetzgebers übergreifen und damit einen Verstoß gegen das Prinzip der Gewaltenteilung begehen würde. Das Bundesverfassungsgericht kann dieser Ansicht nicht zustimmen.<sup>4</sup> Gegenüber diesen Einwänden beruft sich das Gericht auf seine ihm durch das Grundgesetz übertragene Funktion des Grundrechtsschutzes, die es andernfalls gegenüber dem Gesetzgeber nicht wirksam ausführen könne.<sup>5</sup> Es will damit nicht zuletzt das Versprechen einlösen, dass das Grundgesetz `leerlaufende` Grundrechte im früheren Sinne nicht mehr kennt.<sup>6</sup>

Im Hinblick auf die dogmatische Verortung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist sie danach jedenfalls für die Grundrechte in Art. 1 Abs. 3 GG zu suchen, was zum Teil so ausgedrückt wird, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus den Grundrechten folge.<sup>7</sup> Spätere Verankerungen im Rechtsstaatsprinzip<sup>8</sup> erlauben dann seine über die Grundrechte hinausgehende Anwendung.<sup>9</sup>

Bereits im Apotheken-Urteil ist der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in eine Geeignetheits- und die umstrittene Notwendigkeitsprüfung strukturiert. Die Angemessenheitskontrolle findet sich in Form der Stu-

---

<sup>4</sup> BVerfGE 7, 377 (409 f.).

<sup>5</sup> BVerfGE 7, 377 (410 f.).

<sup>6</sup> BVerfGE 7, 377 (404 f.); vgl. bereits BVerfGE 6, 32 (40 f.), wo das Weimarer Problem noch expliziter benannt wird.

<sup>7</sup> BVerfGE 19, 342 (348 f.); 61, 126 (134); 76, 1 (50 f.); 80, 109 (120); 90, 145 (173); weitere Nachweise zum Diskussionsstand bei *Reimer*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, 2016, 61.

<sup>8</sup> BVerfGE 23, 127 (133); 35, 382 (400); 38, 348 (368); 49, 24 (58); 61, 126 (134); 69, 1 (35); 76, 256 (359); 80, 109 (120); 86, 288 (347); 90, 145 (173).

<sup>9</sup> Für das Staatsorganisationsrecht s. *Heusch*, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht*, 2003.



fentheorie, die das Bundesverfassungsgericht für Eingriffe in die Berufsfreiheit entwickelt.<sup>10</sup> Jenseits der Geeignet- und Erforderlichkeit werden unterschiedlich intensive Eingriffe noch einmal in ein Verhältnis zu unterschiedlich bedeutenden Regelungszielen gesetzt. Mit dem Apotheken-Urteil hatte das Bundesverfassungsgericht den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Kontrollmaßstab strukturiert und auch für den Gesetzgeber etabliert. Es hat dahinter nie mehr zurückgeschaut. Bereits 1959 weist es den Grundsatz dann nicht mehr anhand einzelner Grundrechte aus, sondern spricht vom „allgemeinen Prinzip der Verhältnismäßigkeit“<sup>11</sup>.

### III. Der Karrierezug des Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Das Grundgesetz ist nicht die einzige Grundrechtsgewährleistung, die mit dem strukturellen Problem kämpft, wie sich Grundrechtsbindung und notwendiger Zugriff des Gesetzgebers auf Grundrechtspositionen erreichen lassen. Wie das Grundgesetz erkennen sowohl viele andere Verfassungen als auch internationale und europäische Menschenrechtsgarantien die Notwendigkeit zur Beschränkung von Grundrechten an. Es wundert daher nicht, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine internationale Karriere angetreten hat und wohl zu den am weitesten rezipierten Entwicklungen des deutschen Verfassungsrechts zählt. Aharon Barak, der die internationale Migration des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im Einzelnen nachgezeichnet hat,<sup>12</sup> fasst sie im folgenden Schaubild zusammen,

---

<sup>10</sup> Vgl. BVerfGE 13, 97 (104): Stufentheorie des Apotheken-Urteils als „das Ergebnis strikter Anwendung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit“.

<sup>11</sup> BVerfGE 10, 141 (173); vgl. auch BVerfGE 10, 221 (225); auch in der Literatur wird der Grundsatz umgehend verallgemeinert; herausragend insoweit *Lerche*, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961; unter dem Begriff der „praktischen Konkordanz“, die besonders der Verhältnismäßigkeit i.e.S. galt, auch *Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 1967, 28 f., 126 f.; zur Entwicklung *Lepsius*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, 2016, 5 ff.; *Stern*, in: Badura (Hrsg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens: Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, 1993, 171 f.

<sup>12</sup> *Barak*, *Proportionality*, 2012, 178 ff.; zu den rechtsvergleichenden Aspekten auch *Lepsius*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*, 2016, 25 ff.

das auch die Rolle des Bundesverfassungsgerichts für diesen Rezeptionsprozess scharf profiliert:<sup>13</sup>

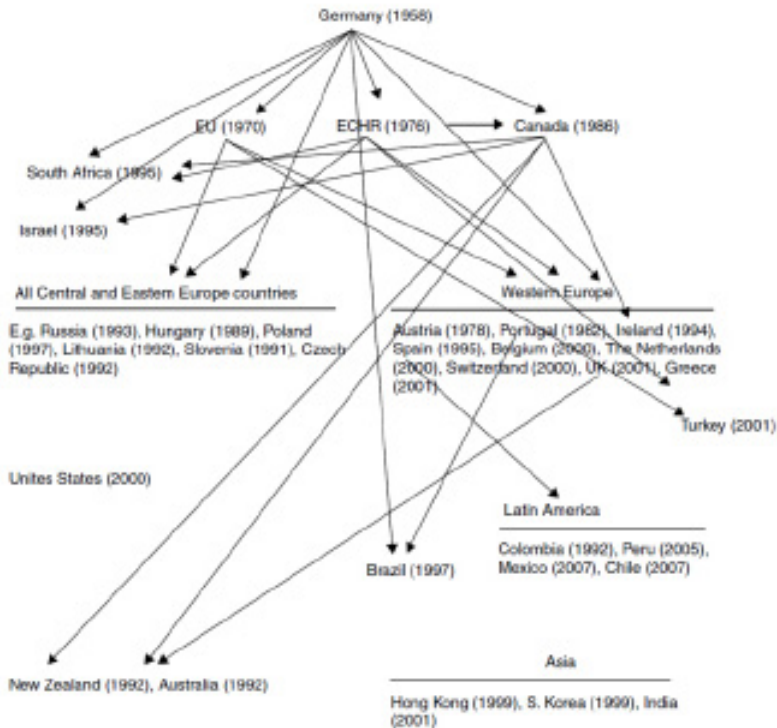


Figure 1 The migration of proportionality

Der große Einfluss des Bundesverfassungsgerichts erklärt sich nicht zuletzt aus der Aufmerksamkeit, die seine Rechtsprechung zum einen in den deutschsprachigen Nachbarstaaten und zum anderen in den Ländern Ost- und Südeuropas, aber auch Asiens und Südamerikas erfährt. Sie führte dort auch zu einer Rezeption des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Für den angelsächsischen Rechtskreis war besonders auch die Entscheidung des Kanadischen Supreme Court in der Rechtssache *R v Oakes* von 1986 einflussreich.<sup>14</sup> Der sog. Oakes-Test für die Verfassungskonformität staat-

<sup>13</sup> Barak, *Proportionality*, 2012, 182.

<sup>14</sup> *R v Oakes* [1986] 1 SCR 103.

licher Grundrechtseingriffe entspricht im Wesentlichen den Anforderungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und wurde in den Ländern des Common-Wealth vielfach rezipiert. Bereits seit den 70er Jahren wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz durch den EGMR zur Konkretisierung der Eingriffe, die „in einer demokratischen Gesellschaft notwendig“ sind, herangezogen,<sup>15</sup> was in vielen Staaten des Europarats auch zu einer Sekundärrezeption geführt hat. Für die EU ist er in Art. 52 EU-GRCh nunmehr für den Grundrechtsschutz sogar positiviert:<sup>16</sup> „Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dürfen Einschränkungen nur vorgenommen werden, wenn sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.“

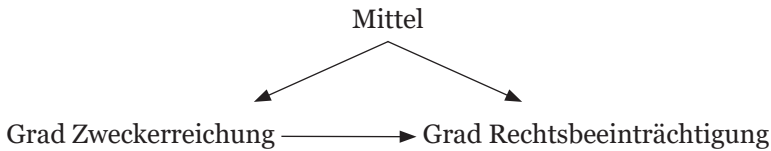
#### IV. Die Struktur der Verhältnismäßigkeit

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit hat eine triadische, relationale Struktur. Sie setzt zum einen ein Mittel in ein Verhältnis zu einem Zweck. Sie fragt insoweit danach, ob und inwieweit das Mittel geeignet ist, den Zweck zu fördern. Das dritte Element, das ins Spiel kommt, sind die Rechtspositionen, die durch das Mittel beeinträchtigt werden. So wie die Verhältnismäßigkeit danach fragt, ob und inwieweit der Zweck durch das Mittel erreicht wird, fragt sie danach, ob und inwieweit Rechtspositionen durch das Mittel beeinträchtigt werden. Für den Hauptanwendungsfall des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist dies die Frage nach der Intensität des Grundrechtseingriffs. Schließlich werden nicht nur Mittel und Zweck und Mittel und beeinträchtigte Rechtsposition, sondern auch noch der Grad der Zweckerreichung und der Grad der Rechtsbeeinträchtigung in ein Verhältnis gesetzt.

---

<sup>15</sup> Grundlegend EGMR Nr. 1474/62 Belgischer Sprachenstreit; Nr. 5493/72 Handyside/Großbritannien Rn 49 ff.; Nr. 2575/76 Dudgeon/Großbritannien Rn. 53 ff.; vgl. *Saurer* Der Staat 43 (2012), 3, 9 ff.; *Christoffersen*, Fair balance, 2009, 31 ff.; *Baade*, Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Diskurswächter, 2017, 111 ff.

<sup>16</sup> Zur Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im EU-Recht bereits vor Inkrafttreten der Grundrechtscharta *Koch*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 2003.



Die Kriterien, die für das Verhältnis von Mittel und Zweck auf der einen und den Grad der Zweckerreichung und den Grad der Rechtsbeeinträchtigung auf der anderen Seite angelegt werden, sind die der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit. Dabei betrifft das Kriterium der Geeignetheit allein das Verhältnis von Mittel und Zweck, während das Kriterium des mildesten Mittels sowohl das Verhältnis von Alternativmitteln und Zweck als auch deren Verhältnis zu den betroffenen Rechten komparativ ins Auge fasst. Das Angemessenheitskriterium schließlich betrifft lediglich das Verhältnis der Grade der Zweckerreichung und der Rechtsbeeinträchtigung.

Als normativer Maßstab setzt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ferner die Legitimität des Mittels und des Zweckes voraus. Illegitime Mittel können zu illegitimen Zwecken zwar geeignet und erforderlich sein, aber aufgrund ihrer Illegitimität können sie nicht dem normativen Maßstab der Verhältnismäßigkeit genügen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt mithin, dass legitime Zwecke mit legitimen Mitteln verfolgt werden, die für den Zweck geeignet, erforderlich und im Hinblick auf die mit ihnen verbundenen Rechtsbeeinträchtigungen angemessen oder verhältnismäßig i.e.S. sind. Dabei sind Erforderlichkeits- und Angemessenheitskriterium analytisch unabhängig voneinander. Die mit einem Mittel verbundene Beeinträchtigung kann in einem normativen Sinn auch noch dann proportional zu dem Grad der Zweckerreichung sein, wenn es noch ein weiteres, weniger belastendes Mittel gibt, das dem Angemessenheitskriterium noch besser genügt.

## V. Verfassungstheoretische Rechtfertigung

Eine so zwar strukturierte, aber doch intensive Kontrolle des Gesetzgebers bedarf der Erklärung, vor allem aber auch der Rechtfertigung. Denn so verbreitet der Grundsatz auch ist, so ist er nie ohne Kritik geblieben. Sie zielt auf Gewaltenteilungsfragen, die sich im Verhältnis von Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht stellen. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erlaube dem Bundesverfassungsgericht letztlich seine eigenen Wertungen an die Stelle derjenigen des demokratisch ungleich besser legitimierten Ge-

setzgebers zu setzen. Richtet sich die in dem Apotheken-Urteil erwähnte Kritik allerdings bereits auf die Leistbarkeit und gewaltenteilige Implikationen einer Erforderlichkeitsprüfung durch das Bundesverfassungsgericht, verlagert sich der Schwerpunkt in der Folge auf das eigentliche Abwägungselement der Angemessenheit.<sup>17</sup>

Heute erschöpfen sich einige verfassungsrechtliche Urteile wesentlich in einer Angemessenheitsprüfung. So werden in der Entscheidung zum Bundeskriminalamtgesetz eingangs der Begründetheitsprüfung die durch das Gesetz betroffenen Grundrechte kurz summarisch erwähnt, dann festgestellt, dass die Verfassungsmäßigkeit der Befugnisse von ihrer Verhältnismäßigkeit abhängt. Die Geeignetheit und Erforderlichkeit des BKAG werden kurz bejaht, um dann festzuhalten: „Begrenzungen ergeben sich maßgeblich aus den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne. Danach müssen die Überwachungs- und Ermittlungsbefugnisse mit Blick auf das Eingriffsgewicht angemessen ausgestaltet sein.“<sup>18</sup> Von den insgesamt 265 Randnummern, die das Urteil der Grundrechtsprüfung der einzelnen Befugnisse widmet, gelten 257 der Angemessenheitsprüfung.

Angesichts dieser Kritik bleibt allerdings erklärungsbedürftig, warum die Verhältnismäßigkeit – bei allen unterschiedlichen Akzenten im Einzelnen –, dennoch in so vielen Verfassungs- und Menschenrechtsjurisdiktionen Einzug erhalten hat.

Eine rechtsrealistische Erklärung könnte schlicht auf die Attraktivität der Verhältnismäßigkeitskontrolle für die Gerichte, die sie Anspruch nehmen, verweisen. Über die Verhältnismäßigkeitskontrolle verschaffen sich Verfassungsgerichte und Gerichte, die materiell Verfassungsgerichtsbarkeit ausüben, einen Zugriff besonders auch auf Entscheidungen des Gesetzgebers. Doch auch wenn die machtpolitische Versuchung Teil der Erklärung ist, wäre es merkwürdig, wenn sich Gerichte damit durchsetzen könnten, ohne nachhaltig an Akzeptanz zu verlieren, wenn es nicht auch tieferliegende Gründe unserer politischen Moral gäbe, an die sich die Praxis anlehnen kann. Demokratietheoretische Gründe können dies hingegen kaum sein, denn wie die Kritik nicht müde wird zu betonen, sind die Gerichte zur Abwägung von Interessenskonflikten demokratisch ungleich schwächer legitimiert als Parlamente. Es müssten also andere normative Grundlagen des liberalen Verfassungsstaates sein, an die die Gerichte mit

---

<sup>17</sup> Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft*, 1971, 137 ff.; Schlink, *Abwägung im Verfassungsrecht*, 1976, 134 ff.

<sup>18</sup> BVerfGE 141, 220 (267).

ihrer Verhältnismäßigkeitskontrolle des demokratisch ungleich stärker legitimierten Gesetzgebers anknüpfen können.

Ein tieferliegender Grund wird zu Recht darin gesehen, dass sich im liberalen Verfassungsstaat auch der demokratische Gesetzgeber gegenüber dem Einzelnen für Eingriffe in seine Rechte rechtfertigen muss, dass es auch dem demokratischen Prozess gegenüber ein Recht auf Rechtfertigung gibt.<sup>19</sup> Eine solche Rechtfertigung kann sich an Anerkennungsethiken anlehnen,<sup>20</sup> für die in dem Recht auf Rechtfertigung die grundlegende Anerkennung des anderen als rationales Subjekt liegt.<sup>21</sup> Demokratie legitimiert sich *nicht* als Machtkampf der Interessen, bei dem die Mehrheit die Interessen der Minderheit übergehen kann, sondern als Suche nach vernünftigen Konsensen über das Gemeinwohl, die aufgrund unauflösbarer Meinungsverschiedenheiten anhand des Mehrheitskriteriums entschieden werden müssen. Es bleibt aber dabei, dass die demokratischen Entscheidungen als vernünftige gerechtfertigt werden können müssen.

Aufgrund einer Reihe von potentiellen Pathologien des demokratischen Verfahrens – etwa unreflektierte Pfadabhängigkeiten, Einflüsse von Ideologien oder nicht gemeinwohlorientierter Spezialinteressen –, ist dies allein durch die parlamentarische Diskussion und Entscheidung nicht garantiert. Die verfassungsrechtliche Anforderung der Verhältnismäßigkeit fordert diese Rechtfertigung ein. Sie verlangt als solche keine das Juristische sonst kennzeichnende hermeneutischen Anstrengungen. Sie verlangt nicht nach einer Rechtfertigung unter Bezug auf einen autoritativen Text,<sup>22</sup> sondern eine instrumentelle und normative Rechtfertigung hoheitlicher Maßnahmen anhand rein rationaler Standards. Mit der Verfassungsgerichtsbarkeit wird das Recht auf Rechtfertigung auch organisationsrechtlich ernst genommen und – wie das demokratische Prinzip in den Parlamenten – institutionalisiert. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt von den Vertretern der Mehrheit eine rational nachvollziehbare Begründung für ihre Entscheidungen; die Verfassungsgerichtsbarkeit zwingt die

---

<sup>19</sup> Kumm LEHR 4 (2010), 141-175, 157 ff.; vgl. auch Petersen, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015, 32 ff.; Arnould, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, 2016, 289.

<sup>20</sup> Honneth, Kampf um Anerkennung, 2003.

<sup>21</sup> Forst, Das Recht auf Rechtfertigung, 2007, 9 ff., 68 ff., 291 ff.

<sup>22</sup> Zum intentionalen Textbezug als Kennzeichen auch der hermeneutischen Rechtfertigung auch der Rechtsfortbildung Poscher, in: Glanert/Girard (Hrsg.), Law's hermeneutics: Other investigations, 2017, 207 ff.

Mehrheit dazu, diese Begründung vor einer aufgrund richterlicher Unabhängigkeit funktional besonders geeigneten Institution zu präsentieren.

Die Gerichte bringt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in eine reaktive Rolle. Sie sollen nicht ihre Vorstellung eines verhältnismäßigen Ausgleichs an die Stelle der demokratisch stärker legitimierten Institutionen setzen, können diese aber zwingen, ihre Entscheidungen anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als rational begründbare auszuweisen. Wieweit der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz diesem reaktiven Profil genügt, hängt nicht zuletzt davon ab, wie seine Elemente im Einzelnen ausgestaltet sind und als wie rational leistungsfähig er sich erweist.

## VI. Die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn

Dabei ist die Leistungsfähigkeit der Geeignet- und Erforderlichkeitsprüfung grundsätzlich nicht streitig, aber auch sehr begrenzt. Ohne allzu große Verkürzung kann man sagen, dass sie lediglich instrumentell irrationale Entscheidungen des Gesetzgebers ausschließt, nämlich dass er entweder versucht einen Erfolg mit untauglichen Mitteln zu verfolgen oder Mittel einsetzt, die die Erfolge zwar zeitigen, doch für den Erfolg gar nicht erforderlich sind.

Ein sehr viel stärkerer Filter liegt demgegenüber in dem Angemessenheitskriterium, das jedenfalls auch in der Rechtsprechung seit den 80er Jahren dominiert. Der Trend zur Angemessenheitskontrolle des Gesetzgebers steht sicherlich in Zusammenhang mit der zunehmenden Festigung der institutionellen Stellung des Bundesverfassungsgerichts, das in der Adenauer-Ära noch um seinen Platz im politischen System kämpfen musste.<sup>23</sup> Ferner mag auch die zunehmende gesetzgeberische Aktivität, die mit dem Reformprogramm der sozial-liberalen Koalition an Fahrt aufnahm, ein weiterer Grund sein, da sich schlicht häufiger die Gelegenheit zur Überprüfung von Gesetzen bot.<sup>24</sup>

Obwohl sich die Kritik des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sowohl in der deutschen als auch in der internationalen Literatur auf dessen Angemessenheitselement konzentriert, hält der Ende der 70er Jahre begründete Trend in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts an.

---

<sup>23</sup> *Petersen*, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015, 145 f.

<sup>24</sup> *Lepsius*, in: Jestaedt/Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, 2016, 14.

1) *Inkommensurabilität als Problem der Verhältnismäßigkeit i.e.S.*

Die Kritik entzündet sich in erster Linie an fehlenden Rationalisierbarkeit der Güterabwägung aufgrund der Inkommensurabilität des abzuwägenden Grades der Zweckerreichung auf der einen und des Grades der Rechtsbeeinträchtigung auf der anderen Seite der Waagschale. Um Güter in ihrer relativen Wertigkeit zu beurteilen, scheinen wir einen einheitlichen Wertmaßstab zu brauchen, auf dem sie sich abtragen lassen. Wollen wir etwa die verhältnismäßige Finanzkraft zweier Bundesländer beurteilen, lassen sich ihre Steuereinnahmen, Vermögensbestände und Verbindlichkeiten anhand einer währungsmäßigen Berechnung in Euro vergleichen. Im Verfassungsrecht findet sich kein einheitlicher Bewertungsmaßstab, auf dem sich Sicherheits- und Freiheitsinteressen abtragen lassen, die in der neueren Rechtsprechung so häufig gegeneinander abgewogen wurden.

Zwar hat es immer wieder Versuche gegeben, entsprechende einheitliche Maßstäbe zu entwickeln, doch können sie entweder nicht überzeugen oder sind selbst dann nicht praktikabel, wenn alle methodischen Bedenken zurückgestellt werden. So hat Aron Barak etwa vorgeschlagen die „soziale Bedeutung“ als einheitliche Bewertungsgröße zugrunde zu legen.<sup>25</sup> Doch so richtig es ist, dass wir verschiedene Rechtspositionen vergleichen können, wenn wir sie einmal in die Währung der sozialen Bedeutung umgerechnet haben, so trifft doch ebenso Timothy Endicotts Hinweis zu, dass wir für diese Umrechnung eben die Inkommensurabilitäten gelöst haben müssten, deren Beseitigung der einheitliche Maßstab der sozialen Bedeutung dienen soll.<sup>26</sup>

Eine ökonometrische Lösung bestünde darin, die Inkommensurabilität empirisch dadurch zu überwinden, dass die Grundrechtsträger nach ihrer Zahlungsbereitschaft für die jeweils miteinander abzuwägenden Güter befragt würden. Doch wären die methodischen Schwierigkeiten, die sich mit dem entsprechenden Untersuchungsdesign verbinden würden, wohl kaum überwindbar<sup>27</sup>; zudem sind entsprechende Untersuchungen für das Verfassungsrecht nicht praktikabel. Die Inkommensurabilität der Abwägungspositionen scheint in dieser Perspektive also als das zentrale und uneinholbare Problem des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

---

<sup>25</sup> Barak, Proportionality, 2012, 348 ff.

<sup>26</sup> Endicott, in: Huscroft/Miller/Webber (Hrsg.), Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning, 2016, 318.

<sup>27</sup> Zu diesen Petersen, Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle, 2015, 58 ff.



2) *Verhältnismäßigkeit als Lösung des Inkommensurabilitätsproblems*

In einer anderen Perspektive ist das Bild genau umgekehrt. Die Inkommensurabilität ist nicht das Problem des Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, sondern die Verhältnismäßigkeit ist die Lösung des Inkommensurabilitätsproblems.<sup>28</sup> Gerade weil wir nicht in der Lage sind, die beiden Rechtspositionen anhand eines gemeinsamen Maßstabs miteinander zu vergleichen, bleibt uns nur, die Grade der proportionalen Erfüllung der für die jeweiligen Rechtspositionen relevanten Maßstäbe zu vergleichen. Der Vergleich der Realisierungsgrade erlaubt dann die Abwägung von Inkommensurablem.<sup>29</sup>

Bruce Chapman erläutert dies anhand des Beispiels einer Hundeschau.<sup>30</sup> Pudel und Schäferhunde lassen sich nicht miteinander vergleichen. Aber sowohl für den Pudel als auch für den Schäferhund beurteilen die Preisrichter, inwieweit sie dem idealen Vertreter ihrer Rasse nahekommen. Über die so ermittelten Punktwerte lässt sich dann auch sagen, welcher Hund den Preis des besten Hundes verdient. Dies selbst dann, wenn für Pudel lediglich das äußere Erscheinungsbild und für den Schäferhund auch seine Funktionalität als Wachhund in die Wertung eingeht.

Ebenso lassen sich danach auch die relativen Gewichte von Grundrechtsbeeinträchtigungen und öffentlichen Interessen vergleichen. Wie stark wird das Grundrecht im Verhältnis zu seiner idealen Erfüllung beeinträchtigt, wie stark wird das öffentliche Interesse im Verhältnis zu dessen idealer Erfüllung gefördert? Der Vergleich der proportionalen Einschränkungen auf der einen und der proportionalen Förderung auf der anderen Seite der Waagschale erlaubt dann das Abwägungsurteil.

Gegenüber zu weitgehenden Erwartungen, die sich mit dieser Umkehrung der Perspektive verbinden, wird zu Recht geltend gemacht, dass auch der proportionale Vergleich von Realisierungsgraden mit erheblichen Unwägbarkeiten und normativen Vorannahmen belastet ist.<sup>31</sup> Die Zuordnung von Realisierungsgraden ist mit erheblichen Wertungen verbunden, die allenfalls in einem sehr groben Raster intersubjektiv auf Anerkennung hoffen können. Zu welchem Grad eine Überwachungsmaßnahme die Persönlichkeitsentfaltung gefährdet und zu welchem Grad sie die nationale

---

<sup>28</sup> *Chapman* University of Pennsylvania Law Review 146 (1998), 1487

<sup>29</sup> Eine formalisierte Aufbereitung bei *Veel* LEHR 4 (2010), 177, 195 ff.; dazu *Petersen*, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, 2015, 65 ff.

<sup>30</sup> *Chapman* University of Pennsylvania Law Review 146 (1998), 1487, 1492.

<sup>31</sup> *Petersen*, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, 2015, 66 f.

Sicherheit fördert, darüber wird sich wohl nur schwer Einigkeit erzielen lassen. Auch setzt das Realisierungsmodell eine Gleichwertigkeit der zu vergleichenden Rechtsgüter voraus, die sich auch dann nicht von selbst versteht, wenn man nicht von einem Rangverhältnis einzelner Grundrechte ausgeht und öffentliche Interessen auf individuelle Grundrechtsinteressen herunterzubrechen versucht.

Dennoch erfasst der Gedanke wohl strukturell etwas von dem, was in unseren Abwägungsentscheidungen in Fällen der Inkommensurabilität eine Rolle spielt, mit denen wir nicht nur ubiquitär konfrontiert sind, sondern die wir auch ubiquitär fällen.<sup>32</sup> In Fällen deutlicher Disproportionalität kann der proportionale Vergleich der Realisierungsgrade dabei auch auf hohe intersubjektive Übereinstimmung rechnen. Wenn eine die körperliche Unversehrtheit stark belastende und gefährdende Liquoruntersuchung zur Klärung der Schuldfähigkeit wegen eines geringfügigen Delikts angeordnet wird, erachten wir sie als disproportional, weil der Grad der Beeinträchtigung des Betroffenen, den Grad, in dem das Strafverfolgungsinteresse gefördert wird, deutlich überwiegt.<sup>33</sup>

Ebenso ließe sich bei dem Gesetz zur Vorratsdatenspeicherung hinsichtlich der vollständigen Überwachung des Internetverhaltens der gesamten Bevölkerung argumentieren. Dies mag zum Schutz vor Terrorismus und organisierter Gewaltkriminalität noch proportional sein, aber zur Ahndung von Urheberrechtsverstößen leuchtet dies kaum noch ein. Im Sinn der Rationalitätskontrolle des Gesetzgebers scheint naheliegend, dass die Disproportionalität Ausdruck der Tatsache ist, dass sich im Gesetzgebungsprozess besser organisierte Sonderinteressen gegen den Grundrechtsschutz überwiegender Zahl der Grundrechtsträger durchgesetzt haben.

Die normativen Unwägbarkeiten, die sich mit entsprechenden Vergleichen verbinden, sprechen allerdings zum einen dagegen, entsprechende Urteile zu formalisieren. Anders als dies die Gewichtformel von Robert Alexy suggeriert,<sup>34</sup> lassen sich den einzelnen Aspekten kaum sinnvoll numerische Eigenschaften zuordnen, die sich dann numerisch verrechnen lassen. Der Gewinn der Überlegungen, die zu der Formel geführt haben,

---

<sup>32</sup> Darauf weist auch *Waldron Hastings L.J.* 45 (1993), 813, 817 ff., hin, der deshalb zwischen weicher und harter Inkommensurabilität unterscheidet, wobei er die harte sog. tragische Entscheidungen reserviert.

<sup>33</sup> BVerfGE 16, 194 (202).

<sup>34</sup> Das Gewicht der kollidierenden Prinzipien *i* und *j* im konkreten Fall wird dabei als

liegt nicht in der Formalisierung, sondern in der Analyse der einzelnen Aspekte unserer alltagstheoretischen Abwägungen, die für die Formalisierung herangezogen werden. Besonders hervorzuheben ist etwa der epistemische Aspekt, der unsere intuitiven Abwägungsurteile ebenfalls beeinflusst.

Zum anderen sprechen die intersubjektiven Unwägbarkeiten dagegen, die Tragfähigkeit des Abwägungsvorgangs überzustrapazieren. Es gibt Fälle, wie den der Liquorentnahme, in denen sich über die relativen Realisierungsgrade und das Grundverhältnis der betroffenen Rechtspositionen relativ große Einigkeit erzielen lässt.

Auch wenn sich der Bereich dieser Fälle seinerseits nicht scharf abgrenzen lässt, da die intersubjektive Übereinstimmung in intuitiven Urteilen über Realisierungsgrade und Ausgangswertigkeiten ihrerseits ein graduelles Phänomen ist, dürfte kaum umstritten sein, dass das Gericht zum Teil über diesen Bereich hinausgeht. Für diese Fälle ist dann auch fraglich, welche Funktion im Blick auf das Recht auf Rechtfertigung das Gericht noch übernehmen soll. Auch aus der Perspektive des Rechts auf Rechtfertigung spricht vieles dafür, die Disproportionalitätskontrolle auf relativ evidente Fälle zu beschränken.

### 3) *Das Re-entry der Hermeneutik*

Gerade aber auch gegenüber dem Gesetzgeber geht das Bundesverfassungsgericht darüber hinaus. Dies könnte so verstanden werden, dass das Gericht schlicht seine Legitimation überschreitet, die es aus dem Recht auf Rechtfertigung beziehen könnte – und sicherlich gibt es auch Entscheidungen, die sich kaum anders erklären lassen. Ebenso könnte es aber auch sein, dass sich hinter jedenfalls einem Teil der Entscheidungen noch andere Phänomene verbergen, dass im Rahmen der Angemessenheit noch anderes verhandelt wird, als eine bloße Disproportionalitätskontrolle.

Um dies zu erkennen, ist es hilfreich, sich daran zu erinnern, wie der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in das Verfassungsrecht gelangte. Es ging um die Lösung eines hermeneutischen Problems: Was sollte die unmittel-

---

$$I_{ij} = \frac{I_i \cdot W_i \cdot R_i}{I_j \cdot W_j \cdot R_j}$$

wobei  $I$  die Intensität des Eingriffs in das jeweilige Prinzip,  $W$  dessen abstraktes Gewicht und  $R$  die Zuverlässigkeit der Annahmen über seine Nichtrealisierung be-

bare Grundrechtsbindung besonders des Gesetzgebers bedeuten? Eine Antwort darauf war die Bindung an den instrumentelle und normative Rationalität gebietenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, für die der Hinweis von Matthias Kumm sicherlich zutreffend ist, dass diese Form der Rationalitätskontrolle selbst keine hermeneutische Operation ist.<sup>35</sup> Doch bereits im Ausgang hat das Gericht die Angemessenheitskontrolle dazu genutzt, die hermeneutische Aufgabe der Fortentwicklung der ihm durch Art. 1 Abs. 3 GG aufgegebenen unmittelbaren Grundrechtsbindung weiter zu entfalten.

Im Apotheken-Urteil entwickelte es für Art. 12 GG aus der im Text der Norm angelegten Unterscheidung von Berufswahl- und Berufsausübung seine Stufentheorie, die dem versucht Gestalt zu geben, was die unmittelbare Grundrechtsbindung des Gesetzgebers für Art. 12 GG bedeuten soll. Funktional gleichen die Stufen den unterschiedlichen Tests, die etwa in der US-amerikanischen Interpretation der Meinungsfreiheit für verschiedene Formen ihrer Beschränkung entwickelt wurden. Es kommt also bereits im Ausgang der Verhältnismäßigkeitsrechtsprechung zu einem Re-entry der Hermeneutik in die Rationalitätskontrolle. Die Bindung des Gesetzgebers an die Verhältnismäßigkeit wird hermeneutisch aus Art. 1 Abs. 3 GG entwickelt und innerhalb des selbst keine hermeneutische Anstrengung, sondern instrumentelle und normative Rationalitätskontrolle fordernden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wird die hermeneutische Aufgabe im Rahmen der Angemessenheit wieder aufgegriffen. Die Angemessenheitsprüfung wird damit auch der Ort, an dem im Wege hermeneutischer Rechtsfortbildung für das jeweilige Grundrecht Maßstäbe dafür entwickelt werden, was unmittelbare Grundrechtsbindung für dieses Grundrecht bedeutet.

Ein weiteres Beispiel, das deutlich diesem Muster folgt, ist die Entwicklung der ausgleichspflichtigen Inhaltsbestimmung<sup>36</sup> im Rahmen von Art. 14 GG. Auch sie wird im Rahmen der Angemessenheit entwickelt, doch nicht als Ergebnis einer Rationalitätskontrolle, sondern hermeneutisch aus den Vorgaben der Eigentumsgarantie für das Verhältnis von Substanz- und Wertgarantie des Eigentums. Das Angemessenheitskriterium bietet lediglich den Rahmen für die Fortführung der hermeneutischen Aufgabe, die dem Gericht und der Verfassungsrechtsdogmatik mit Art. 1 Abs. 3 GG ge-

---

zeichnet, vgl. *Alexy*, in: Jackson/Tushnet (Hrsg.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*, 2017, 16 ff.

<sup>35</sup> *Kumm* LEHR 4 (2010), 141, 142 f.

<sup>36</sup> BVerfGE 58, 137 (149 f.); 100, 226 (244 ff.); 143, 246 (338 ff.).

stellt ist. Mit der Entwicklung der ausgleichspflichtigen Inhaltsbestimmung wird diese Aufgabe für Art. 14 GG über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz respezifiziert.

Gleiches gilt für viele der verfahrensrechtlichen Anforderungen, die das Gericht im Rahmen der Angemessenheit eingefordert hat und die unter dem Titel des Grundrechtsschutzes durch Organisation und Verfahren in den 80er und 90er Jahren große Beachtung gefunden hatten.<sup>37</sup> Auch sie lassen sich wohl besser hermeneutisch erklären, denn als Ausdruck einer Rationalitätskontrolle. Das Grundgesetz selbst sieht für zum Zeitpunkt seiner Entstehung typische, besonders schwere Grundrechtseingriffe wie die Freiheitsentziehung oder die Wohnungsdurchsuchung verfahrensrechtliche Sicherungen besonders, aber nicht nur, in Form eines Richtervorbehalts vor. Dieser Gedanke wird nun auch bei anderen besonders intensiven Grundrechtseingriffen aufgegriffen und im Rahmen der Angemessenheit eingefordert. Wie für die allgemeine Handlungsfreiheit sieht das Grundgesetz auch das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit lediglich einen einfachen Gesetzesvorbehalt vor. Sollten deshalb für intensivste Grundrechtseingriffe wie die medizinische Zwangsbehandlung keine weitergehenden grundrechtlichen Schranken gelten wie für Einschränkungen der Freiheit des Reitens im Walde? Es ist eine Antwort auf das hermeneutische Problem der unmittelbaren Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, die das Bundesverfassungsgericht bei schwerwiegenden Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit auf verfahrensrechtliche Sicherungen bestehen lassen.<sup>38</sup> Ähnliches gilt für die Online-Durchsuchung oder die Quellentelekkommunikationsüberwachung.<sup>39</sup>

Es geht nicht um Rationalitätskontrolle, sondern um die Spezifizierung der Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, der auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dient, innerhalb dessen sie aber weiter dogmatisch entfaltet wird. Dies gilt nicht nur für die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers, auch im Rahmen der unmittelbaren Grundrechtsbindung der Fachgerichte hat das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Angemessenheit einzelne Grundrechtsgehalte weiter dogmatisch entfaltet. Ein Beispiel findet sich in den Entscheidungen zur Meinungsäußerungsfreiheit, die grundrechts-

---

<sup>37</sup> *Goerlich*, Grundrechte als Verfahrensgarantien, 1981; *Held*, Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens, 1984; *Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, 280 ff.

<sup>38</sup> BVerfGE 128, 282 (315 ff.).

<sup>39</sup> BVerfGE 120, 274 (331 ff.).

freundliche Interpretationsgrundsätze für die Auslegung von Meinungsäußerungen von den Fachgerichten einfordern. Weder wäre es in einem zweckrationalen noch in einem normativ proportionalen Sinn irrational, schlicht auf den Empfängerhorizont abzustellen. Das Angemessenheitskriterium dient hingegen auch gegenüber den Fachgerichten dazu, die unmittelbare Bindung der Gerichte an Art. 5 Abs. 1 GG durch ein dogmatisches Element zu spezifizieren. So wie durch die Interpretation des Allgemeinheitserfordernisses in Art. 5 Abs. 2 GG die aus der Meinungsfreiheit folgende Grundrechtsbindung durch den Grundsatz der Meinungsneutralität angereichert wird, wird sie im Rahmen der Angemessenheitsabwägungen um den Grundsatz der grundrechtsfreundlichen Auslegung erweitert.

Die Beispiele für den Wiedereintritt der Hermeneutik in die Verhältnismäßigkeit sind nicht erschöpfend.<sup>40</sup> Doch machen sie deutlich, dass in dieser Perspektive auf die Angemessenheitsüberlegungen eine fruchtbare liegen kann. Sie weisen auf ein Forschungsprogramm, das sich auch rechtsvergleichend als ergiebig zeigen könnte, da die Verhältnismäßigkeit u.U. auch in anderen Verfassungsrechtsordnungen eine vergleichbare Funktion übernimmt. Verfassungsbindung und Verhältnismäßigkeit sind dann auf rekursive Weise miteinander verbunden. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz antwortet auf das hermeneutische Problem, wie unmittelbare Grundrechtsbindung der Gewalten angesichts der Gesetzesvorbehalte gewährleistet werden soll. Im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes wird dann im Rahmen der Angemessenheit die Antwort auf diese Frage noch einmal hermeneutisch für einzelne Grundrechte respezifiziert. Im Rahmen der Angemessenheit werden – wie mein Kollege Christian Bumke es genannt hat<sup>41</sup> – noch einmal grundrechtsspezifische Vorgaben entwickelt, die die Verfassungsbindung für das einzelne Grundrecht konkretisieren.

## Literaturverzeichnis

Alexy, Robert, Proportionality and Rationality, in: Jackson, Vicki C./Tushnet, Mark (Hrsg.), *Proportionality: New Frontiers, New Challenges*. Cambridge 2017, 13ff.

Arnauld, Andreas von, Zur Rhetorik der Verhältnismäßigkeit, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfä-*

---

<sup>40</sup> Weitere Beispiele bei Bumke, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, 101, 231 f.

<sup>41</sup> Bumke, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, 100 ff.

- higkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*. Tübingen 2016, 276ff.
- Baade, Björnstjern, *Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als Diskurswächter*, Berlin, Heidelberg, 2017.
- Badura, Peter (Hrsg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens*, München, 1993.
- Barak, Aharon, *Proportionality*, Cambridge, 2012.
- Bumke, Christian, *Der Grundrechtsvorbehalt*, Baden-Baden, 1998.
- Chapman, Bruce, Law, Incommensurability, and Conceptually Sequenced Argument, *University of Pennsylvania Law Review* 146 (1998), 1487ff.
- Christoffersen, Jonas, *Fair Balance*, Leiden/Boston, 2009.
- Ehmke, Horst, Prinzipien der Verfassungsinterpretation: Mitbericht von Professor Dr. Horst Ehmke, Freiburg, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*. Berlin, 1963, 53ff.
- Endicott, Timothy, Proportionality and incommensurability, in: Huscroft, Grant/Miller, Bradley W./Webber, Grégoire (Hrsg.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. Cambridge 2016, 311ff.
- Forst, Rainer, *Das Recht auf Rechtfertigung*, Frankfurt am Main, 2007.
- Forsthooff, Ernst, *Der Staat der Industriegesellschaft*, München, 1971.
- Glanert, Simone/Girard, Fabien (Hrsg.), *Law's Hermeneutics*, New York, NY 2017.
- Goerlich, Helmut, *Grundrechte als Verfahrensgarantien*, 1981.
- Held, Juergen, *Der Grundrechtsbezug des Verwaltungsverfahrens*, Berlin, 1984.
- Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Karlsruhe, 1967.
- Heusch, Andreas, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Staatsorganisationsrecht*, Berlin, 2003.
- Honneth, Axel, *Kampf um Anerkennung*, Frankfurt am Main 2003.
- Huscroft, Grant/Miller, Bradley W./Webber, Grégoire (Hrsg.), *Proportionality and the Rule of Law*, Cambridge, 2016.
- Jackson, Vicki C./Tushnet, Mark (Hrsg.), *Proportionality*, Cambridge, 2017.
- Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit*, Tübingen 2016.
- Koch, Oliver, *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften* 2003.

- Kumm, Mattias, The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification, *LEHR* 4 (2010), 141-175.
- Lepsius, Oliver, Chancen und Grenzen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*. Tübingen 2016, 1ff.
- Lerche, Peter, *Übermaß und Verfassungsrecht*, Köln/Berlin/München/Bonn 1961.
- Petersen, Niels, *Verhältnismäßigkeit als Rationalitätskontrolle*, Tübingen 2015.
- Poscher, Ralf, The Hermeneutic Character of Legal Construction, in: Glanert, Simone/Girard, Fabien (Hrsg.), *Law's hermeneutics: Other investigations*. New York, NY 2017, 207ff.
- Reimer, Philipp, Verhältnismäßigkeit im Verfassungsrecht, ein heterogenes Konzept, in: Jestaedt, Matthias/Lepsius, Oliver (Hrsg.), *Verhältnismäßigkeit: Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts*. Tübingen 2016, 60ff.
- Saurer, Johannes, Die Globalisierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, *Der Staat* 43 (2012), 3ff.
- Schlink, Bernhard, *Abwägung im Verfassungsrecht*, Berlin, 1976.
- Stern, Klaus, Zur Entstehung und Ableitung des Übermaßverbotes, in: Badura, Peter (Hrsg.), *Wege und Verfahren des Verfassungslebens: Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*. München 1993, 165ff.
- Trute, Hans-Heinrich, *Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung*, 1994.
- Veel, Paul-Erik N., Incommensurability, Proportionality, and Rational Legal Decision-Making, *LEHR* 4 (2010), 177ff.
- Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Berlin 1963.
- Waldron, Jeremy, Fake Incommensurability: A Response to Professor Schauer, *Hastings L.J.* 45 (1993), 813.



# SCHLUSSWORT



**Dr. Manuel-Jesús Dolz Lago**

Staatssekretär im Ministerium der Justiz des Königreichs Spanien

Zum Abschluss des heutigen Tages möchte ich uns zu dieser Möglichkeit für Begegnungen und Diskussionen beglückwünschen, die wir gerade für den Austausch über aktuelle zentrale Fragen wie Grundrechte, verfassungsmäßige Verfahrensgarantien und grenzüberschreitende Integrationsprozesse genutzt haben.

In der Diskussionsrunde haben die Beiträge der Professoren Walter Perron und Juan Fernando López Aguilar die Intensität der juristischen Beziehungen gezeigt, die zwischen Spanien und Deutschland bestanden haben und noch bestehen.

Professor Juan-Luis Gómez Colomer hat den positiven Beitrag der verfassungsrechtlichen Verfahrensprinzipien auf den demokratischen Fortschritt meisterhaft aufgezeigt.

Professor Ralf Poscher seinerseits hat uns in hervorragender Weise eine der Hauptkategorien der Rechtslehre, die Verhältnismäßigkeit, erläutert.

Alle diese Themen und Kategorien sind das Ergebnis einer theoretischen Ausformung, die ihre Wurzeln in jahrhundertelangen Studien und Diskussionen haben, aus denen ein gemeinsames europäisches Rechtserbe entstanden ist.

Gestatten Sie mir, eine Reihe großer spanischer Juristen zu nennen, die sich im Laufe des 16. Jahrhunderts mit diesen Fragen befasst haben und deren Beiträge eine wesentliche Grundlage für das moderne Recht bilden.

Francisco de Vitoria zum Beispiel hat auf Grundlage einer Art Menschenwürde gearbeitet, indem er den indigenen Völkern der Neuen Welt die Freiheit und das Recht auf Eigentum am Land zuerkannte und zusammen mit Hugo Grotius als einer der ersten die Grundlagen für das *ius gentium* und das Völkerrecht gelegt hat. Alfonso de Castro hat auch zu diesem Völkerrecht beigetragen und zeitlich vor dem Marquis de Beccaria Theorien über die Art und das Ende der Strafe und ihr Verhältnis zum Verbrechen weiterentwickelt.

Francisco Suárez hat die Idee der Souveränität des Volkes in einem ähnlichen Sinne wie Luis de Molina verteidigt. Beide haben postuliert, dass die Menschen durch ihre eigene Natur frei und nicht als Diener eines anderen Menschen geboren werden und dazu ermächtigt sind, einem ungerechten Herrscher nicht zu gehorchen oder ihn sogar zu stürzen.

Und schließlich hat Luis Vives mit seinem Werk „Tratado del Socorro de los Pobres“ („Abhandlung über die Unterstützung der Armen“) einen organisierten Sozialdienst in die Praxis umgesetzt, der ein Vorreiter für die zukünftige Organisation der Sozialdienste in Europa war.

Sie alle und noch viele mehr, die ich ungerechterweise aus Zeitmangel unerwähnt lassen muss, haben ihre intellektuelle Arbeit in verschiedenen Ländern entwickelt und die theoretischen Grundlagen für die weitere Entwicklung des europäischen und weltweiten sozialen Fortschritts und Wohlstands geschaffen, die den Hintergrund für alles bilden, woran wir heute gearbeitet haben.

Robert Schuman hat gesagt: „Europa wird nicht ein für alle Mal in einem einzigen Unternehmen verwirklicht werden: Es wird dank konkreter Errungenschaften geschehen, die in erster Linie eine De-facto-Solidarität schaffen.“

Diese konkreten Ergebnisse werden durch das Gesetz erzielt. Ihering hat uns in seinem Werk „Der Kampf um das Recht“ daran erinnert, dass dieser Kampf gerechtfertigt ist, sofern er gegen Ungerechtigkeit gerichtet ist. Und Europa muss ein gerechtes Europa sein.

In dieser Zeit des Wandels und der Unsicherheit, die einen weiteren Schritt in unserer gemeinsamen Geschichte darstellt, ist es an uns, Europa auf der Grundlage der sozialen und demokratischen Rechtsstaatlichkeit, der Politik, der Demokratie, der Achtung und Förderung der Grundrechte weiter aufzubauen.

Ich danke Ihnen vielmals.

