UNA TEORÍA ASIMÉTRICA DE LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DE PROTECCIÓN PENAL DERIVADAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*

AN ASYMMETRIC THEORY OF POSITIVE OBLIGATIONS OF CRIMINAL PROTECTION DERIVED FROM FUNDAMENTAL RIGHTS

Gabriel Doménech Pascual
Universitat de València

RESUMEN

Varios tribunales constitucionales e internacionales han declarado que de los derechos fundamentales se derivan para el Estado obligaciones de protegerlos penalmente, conminando con penas las conductas que los lesionen gravemente, investigando estas conductas, persiguiendo a los culpables y castigándolos. En el presente trabajo se examinan las críticas de que ha sido objeto esta jurisprudencia, se ponen de manifiesto las razones que justifican la existencia de los derechos fundamentales a la protección penal y se advierte que entre ellos y los derechos fundamentales que los ciudadanos tienen frente al ejercicio por parte del Estado de su ius puniendi existen algunas asimetrías, relativas a: la necesidad de su salvaguarda constitucional; la deferencia que los tribunales deberían mostrar a la hora de enjuiciar si se han respetado tales derechos; la obligación de observar ciertas garantías formales para limitarlos; y las consecuencias jurídicas de su vulneración.

PALABRAS CLAVE

Derechos fundamentales, obligaciones positivas, derecho penal, principio de proporcionalidad.

ABSTRACT

Several constitutional and international courts have declared that fundamental rights entail positive obligations for the State to protect them by means of criminal law, that is, by imposing penalties for actions and omissions that seriously violate them, investigating such actions and omissions, prosecuting the guilty and punishing them. This paper examines the criticisms this case law has faced, explains the reasons that justify such positive obligations and points out that there are some asymmetries between the fundamental rights to be protected through criminal law and the fundamental rights that citizens have against criminal prosecution and punishment. These asymmetries concern: the need for constitutional safeguards, the deference that the courts should show when determining whether the State has respected these rights, the obligation to observe certain procedural rules to limit them, and the legal consequences of their violation.

KEYWORDS

Human rights, positive obligations, criminal law, principle of proportionality.

DOI: https://doi.org/10.36151/TD.2025.123

* Agradezco a María José Añón, Lucía Martínez Garay, Antonio Bueno Armijo y un revisor anónimo sus comentarios relativos a versiones previas de este texto. Los errores subsistentes son de mi exclusiva responsabilidad.

UNA TEORÍA ASIMÉTRICA DE LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DE PROTECCIÓN PENAL DERIVADAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Gabriel Doménech Pascual
Universitat de València

Sumario: 1. Introducción. 2. Fundamento de las obligaciones positivas de protección penal de los derechos fundamentales. 2.1. Crítica de la tesis de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales. 2.2. El argumento literal. 2.3. El argumento teleológico. 2.4. El argumento de la realidad social actual. 2.5. La protección exigible en virtud de los derechos fundamentales comprende *prima facie* la protección penal. 3. Crítica de las objeciones a las obligaciones positivas de protección penal de los derechos fundamentales. 3.1. La objeción liberal. 3.2. La objeción democrática. 4. Necesidad de protección constitucional. Primera asimetría. 5. Contenido de los derechos fundamentales a la protección penal. 5.1. El método de determinación del contenido de los derechos fundamentales. 5.2. Contenido *prima facie* de los derechos fundamentales a la protección penal. 5.3. Límites de los derechos fundamentales a la protección penal. 5.4. El principio de proporcionalidad. 5.5. Discrecionalidad y deferencia en la determinación del justo equilibrio. Segunda asimetría. 5.6. Garantías formales. Tercera asimetría. 5.7. Configuración del proceso de aplicación de la norma penal. Cuarta asimetría. 5.8. Remedios. Quinta asimetría. Notas. 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Desde los años 80 del siglo pasado, varios tribunales constitucionales (entre ellos, el español), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) y su homólogo interamericano vienen declarando que los derechos fundamentales imponen al Estado obligaciones positivas de protegerlos penalmente, esto es, de conminar con penas las conductas que los lesionen gravemente, investigar estas conductas, perseguir a los culpables, procesarlos, condenarlos y castigarlos (Lavrysen y Mavronicola, 2020; García de la Torre, 2024).

Ninguna duda cabe acerca de la enorme trascendencia práctica y teórica de esta doctrina jurisprudencial. Antes de su aparición, los derechos fundamentales venían concibiéndose en el ámbito penal (sólo) como una suerte de escudos defensivos que imponían al Estado obligaciones negativas de abstenerse de interferir en su libertad y de los que los ciudadanos podían servirse para defenderla frente al ejercicio del *ius puniendi* estatal. Ahora han de verse también como una especie de espuelas o espadas, que imponen al Estado obligaciones positivas de intervenir penalmente y de las que los ciudadanos pueden disponer para forzar el ejercicio del *ius puniendi* frente a las agresiones de otras personas, limitando así la libertad de estas.

Esta trascendente doctrina ha generado reacciones diversas en la literatura académica jurídico-penal: desde la crítica (Persak, 2020; Pinto, 2020; Navronicola, 2020) y el rechazo (Bascuñán, 2007; Silva, 2008; Tomás-Valiente, 2016, 2021 y 2022; Martínez Garay, 2017 y 2020; Florio, 2023) hasta la adhesión (Viganò, 2014; Kaspar, 2014; Isensee, 2019; Ambos, 2020; Bustos Rubio, 2021; García de la Torre, 2024), pasando por el desconcierto y la preocupación (Tulkens, 2011; Lazarus, 2012). Mientras tanto, los referidos tribunales han continuado reiterándola, desarrollándola y consolidándola en numerosas sentencias.

Hace casi dos décadas publiqué un trabajo en el que estudiaba dicha jurisprudencia, que por aquel entonces se encontraba en un estado todavía incipiente. En él trataba de refutar las críticas que esta había recibido, ofrecía varios argumentos para justificar la existencia de los «derechos fundamentales a la protección penal», analizaba su contenido y ponía manifiesto que su existencia *de lege lata* ya había sido reconocida, bien que tímidamente y con algunas contradicciones, por nuestro Tribunal Constitucional y, de manera rotunda e inequívoca, por los mentados tribunales internacionales (Doménech, 2006a).

En el presente trabajo reexamino las razones que cabe esgrimir a favor y en contra de esta doctrina, teniendo en cuenta especialmente las críticas que se le han dirigido durante los últimos años, y me reafirmo en ella con algunos matices y puntualizaciones. En particular, pongo de manifiesto que, entre los derechos fundamentales a obtener la protección penal del Estado y los derechos fundamentales que los ciudadanos tienen frente al ejercicio por parte del Estado de su poder sancionador, existe una suerte de asimetría, que se manifiesta en varios puntos: la mayor o menor necesidad de consagrar constitucionalmente esos derechos; la deferencia que los tribunales deberían mostrar a la hora de enjuiciar si las autoridades competentes han respetado tales derechos; la obligación de observar ciertas

garantías formales para limitarlos; la configuración de esas garantías y las consecuencias jurídicas o remedios a los que su vulneración debería dar lugar.

2. FUNDAMENTO DE LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DE PROTECCIÓN PENAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

2.1. CRÍTICA DE LA TESIS DE LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La teoría según la cual los deberes de proteger —penalmente, incluso— los derechos fundamentales se derivan de la dimensión objetiva de estos es de origen germánico. El Tribunal Constitucional Federal alemán la formuló ampliamente por primera vez en su Sentencia de 25 de febrero de 1975 (BVerfGE 39, 1), que declaró inconstitucional la despenalización del aborto consentido efectuado durante las doce primeras semanas de embarazo. A su juicio, de los artículos 2.2 («todos tienen derecho a la vida») y 1.1 de la Ley Fundamental («la dignidad del hombre es inviolable; acatarla y protegerla es obligación de todos los poderes públicos») se deriva la obligación del Estado de proteger cualquier tipo de vida humana, incluso la del *nasciturus*. La razón es que «las normas de los derechos fundamentales contienen no sólo derechos defensivos del individuo frente al Estado, sino que al mismo tiempo incorporan un orden objetivo de valores que vale como decisión constitucional fundamental para todos los ámbitos del Derecho y que da directrices e impulso para el legislador, la Administración y la jurisdicción».

Esta doctrina fue asumida por el Tribunal Constitucional español en su Sentencia 53/1985, también relativa a la despenalización del aborto. El paralelismo existente entre los casos alemán y español no es casual. Dicha doctrina permitía alcanzar cierto resultado eludiendo un espinoso problema. La mayoría de los magistrados de ambos tribunales quería dejar sentado que, en virtud de la Constitución, la vida del *nasciturus* debía gozar de algún tipo de protección penal. El problema era que difícilmente podía afirmarse que el fundamento constitucional de esta protección radicaba en que el *nasciturus* era titular del derecho a la vida, pues ni la legislación alemana ni la española reconocían al *nasciturus* personalidad jurídica, aptitud para ser titular de derechos. Parecía necesario, pues, invocar otro fundamento.

De ahí que el Tribunal alemán advierta que «no hace falta resolver la cuestión discutida por la jurisprudencia y la doctrina científica acerca de si el *nasciturus* mismo es titular de un derecho fundamental o si, debido a su falta de capacidad jurídica, se le protege en su derecho a la vida sólo en virtud de las normas objetivas de la Constitución […] Si y, en su caso, en qué medida el Estado está constitucionalmente obligado a la protección jurídica de la vida en formación puede ya ser deducido del contenido jurídico-objetivo de las normas de derechos fundamentales» (BVerfGE 39, 1, 41).

En sentido similar, señala la STC 53/1984 que, aunque no puede estimarse «la tesis de que al *nasciturus* le corresponda también la titularidad del derecho a la vida», «en todo

caso, y ello es lo decisivo para la cuestión objeto del presente recurso […] la vida del *nasciturus* […] es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de nuestra norma fundamental» (FJ 4). El derecho a la vida «es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional […] y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible» (FJ 3). «Los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de este». «De la obligación del sometimiento de todos los poderes a la Constitución no solamente se deduce la obligación del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales, sino también la obligación positiva de contribuir a la efectividad de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Ello obliga especialmente al legislador, quien recibe de los derechos fundamentales "los impulsos y líneas directivas", obligación que adquiere especial relevancia allí donde un derecho o valor fundamental quedaría vacío de no establecerse los supuestos para su defensa» (FJ 4).

El Tribunal Constitucional plasma esta teoría también en sus Autos 382/1996 y 333/1997: «los derechos fundamentales, si bien continúan concibiéndose primordialmente como derechos subjetivos de defensa frente al Estado, presentan además una dimensión objetiva, en virtud de la cual operan como componentes estructurales básicos que han de informar el entero ordenamiento jurídico. Como consecuencia de este "doble carácter" de los derechos fundamentales […] pende sobre los poderes públicos una vinculación también dual: en su tradicional dimensión subjetiva, les impone la obligación negativa de no lesionar la esfera de libertad por ellos citada; en su vertiente jurídico-objetiva, reclama genéricamente de ellos que, en el ámbito de sus respectivas funciones, coadyuven a fin de que la implantación y disfrute de los derechos fundamentales sean reales y efectivos». Es decir, en esta última vertiente, los derechos fundamentales imponen a los poderes públicos un «deber de protección».

Esta tesis resulta rechazable, en primer lugar, por afirmarse apodícticamente, sin indicar razón alguna que la sustente. No se explica por qué la dimensión objetiva de los derechos fundamentales implica la existencia de deberes de protegerlos activamente, ni tampoco por qué no se desprenden deberes análogos de su dimensión subjetiva.

En segundo lugar, la circunstancia de que de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales se deriven deberes de protección no implica lógicamente que estos no puedan deducirse también de la dimensión subjetiva de los mismos derechos.

En tercer lugar, de la referida tesis se desprende que los ciudadanos no tienen un derecho subjetivo fundamental al cumplimiento de los correspondientes deberes de protección. Si el deber de proteger estos derechos deriva de su dimensión puramente objetiva, por definición, sus titulares carecen de un derecho subjetivo a exigir su cumplimiento. Resultaría artificioso, enrevesado e incoherente deducir del contenido «puramente objetivo» de los derechos fundamentes un deber del Estado de protegerlos y, a continuación, afirmar que los ciudadanos son titulares de un auténtico derecho subjetivo fundamental, exigible ante

los tribunales, al cumplimiento de ese deber (así lo advierten, entre otros, Hermes, 1987: 110, 111, 196 y 210; Krings, 2003: 165 y ss. y 236).

En cuarto lugar, este resultado práctico al que conduce la referida tesis de la dimensión objetiva es difícilmente aceptable. Una prueba de ello es que ni siquiera en Alemania se acepta. Allí, una buena parte de la doctrina y la jurisprudencia ha preferido sostener una teoría tan artificiosa, enrevesada e inconsistente como la expuesta antes que negar que los ciudadanos tienen derechos subjetivos fundamentales al cumplimiento de los referidos deberes de protección (*vid.* Störring, 2008: 60-72). Es más, en la actualidad, cada vez más autores consideran que la teoría de la dimensión objetiva es innecesaria para justificar dichos deberes. Estos se derivan directamente de los derechos fundamentales, en tanto que derechos subjetivos en virtud de los cuales sus titulares pueden exigir la realización de ciertas conductas (entre otros, Krings, 2003: 235; Kaspar, 2014: 71 y 74).

En quinto lugar, aquel resultado práctico sería contrario a la jurisprudencia del TEDH. Al estimar numerosas demandas formuladas por personas que pretendían se declarara que el Estado había violado sus derechos fundamentales al incumplir ciertas obligaciones positivas de protegerlos, este Tribunal ha reconocido inequívocamente que de estos derechos se deducen para sus titulares genuinos derechos subjetivos a obtener la protección del Estado.

De hecho, la teoría de la dimensión objetiva ha perdido en la jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional español buena parte del peso que antiguamente tuvo en esta materia. Para justificar que los derechos fundamentales imponen al Estado deberes de protegerlos, el Tribunal invoca ahora dicha dimensión sólo a veces. La STC 44/2023 (FJ 8) la invoca a mayor abundamiento para sostener la licitud de un precepto legal que garantizaba el derecho de las mujeres a la interrupción voluntaria del embarazo en determinadas condiciones. También parecen referirse a ella varias sentencias relativas a casos de extradición, en las que se advierte que las autoridades españolas «se encuentran obligadas a prevenir la vulneración de derechos fundamentales, que les vinculan como bases objetivas de nuestro Ordenamiento, incluso si esa vulneración se espera de autoridades extranjeras» [entre otras, SSTC 13/1994 (FJ 4); 87/2000 (FJ 2); 91/2000 (FJ 6); 163/2000 (F 4); 181/2004 (F 12); 82/2006 (FJ 2); 140/2007 (FJ 2); 123/2009 (FJ 2); 81/2022 (FJ 5)].

Últimamente, el Tribunal prefiere apoyarse a estos efectos en la doctrina del TEDH relativa a las obligaciones positivas derivadas de los derechos fundamentales (SSTC 87/2020, 19/2023 y 44/2023, así como el ATC 80/2021), que en mi opinión es mucho más sencilla, coherente, robusta y convincente que la teoría de la dimensión objetiva. Como seguidamente veremos, sólidas razones permiten afirmar que los derechos consagrados en la Constitución española y el CEDH imponen al Estado no sólo obligaciones negativas de abstenerse de menoscabarlos, sino también obligaciones positivas de protegerlos (Mowbray, 2004; Doménech Pascual, 2006b; Akandji-Kombe, 2007; Xenos, 2012; Stoyanova, 2023), penalmente incluso.

2.2. EL ARGUMENTO LITERAL

Un derecho (subjetivo) consiste en el poder jurídico atribuido a una persona de exigir de otra u otras personas una conducta que posibilite la satisfacción de un determinado interés. Los preceptos de la Constitución que consagran derechos fundamentales suelen describir las conductas debidas con un supremo grado de abstracción y, por consiguiente, de extensión. El artículo 15 CE, por ejemplo, dispone que «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral». La letra de este precepto no limita el tipo de conductas —de hacer o de no hacer— a las que se tiene derecho, ni, por cierto, tampoco el tipo de sujetos obligados a realizarlas. Con arreglo a una interpretación estrictamente literal de esta disposición constitucional, todos tienen un derecho fundamental a cualesquiera conductas, realizadas por cualesquiera sujetos, que afecten positivamente a su vida. La redacción de las disposiciones que consagran derechos fundamentales apoya la tesis de que estos imponen al Estado no solo obligaciones negativas de abstenerse de menoscabarlos, sino también obligaciones positivas de protegerlos.

Esta conclusión resulta reforzada por la circunstancia de que la Constitución, además de proclamar la voluntad de la Nación de «proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos» (preámbulo), establece que «corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas», así como «remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud» (art. 9.2) y que las fuerzas y cuerpos de seguridad «tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades» (art. 104.1).

2.3. EL ARGUMENTO TELEOLÓGICO

Los derechos fundamentales constituyen medios para la satisfacción de ciertos bienes (o, si se prefiere llamarlos así, intereses o valores), tales como la libertad, la vida, la igualdad, la intimidad, etc. Con varios autores, cabe afirmar que estos derechos constituyen principios, mandatos de optimización que prescriben que se satisfagan efectivamente los correspondientes intereses en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas existentes (por todos, Alexy, 1994: 75 y 76; Lopera Mesa, 2004). Pues bien, esa satisfacción óptima requiere no sólo la abstención de los poderes públicos, sino también su actuación protectora. En consecuencia, los derechos fundamentales, así concebidos, obligan al Estado a tomar todas las medidas encaminadas a proteger dichos intereses, bienes y valores, dentro de lo fáctica y jurídicamente posible.

2.4. EL ARGUMENTO DE LA REALIDAD SOCIAL ACTUAL

La concepción según la cual los derechos fundamentales constituyen derechos de defensa frente al Estado —es decir, imponen sólo obligaciones negativas y sólo al Estado— «responde a unos determinados condicionamientos históricos que no se dan en la actualidad» (Naranjo, 2000:187). En las sociedades contemporáneas, la satisfacción efectiva de los

intereses en aras de los cuales se reconocen tales derechos exige cada vez con mayor frecuencia e intensidad no ya la abstención de los poderes públicos, sino su actuación protectora.

La idea de que los poderes públicos deben asumir un papel activo en la protección de la libertad de los ciudadanos no es ni mucho menos nueva, sino que está profundamente enraizada en la concepción originaria del Estado moderno. Este se justifica en la medida en que constituye un instrumento para asegurar la paz social, para defender la vida y la propiedad de los ciudadanos frente a las eventuales agresiones de sus semejantes y de los enemigos extranjeros (Hobbes, 1651: caps. XVII y XXX).

En la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 puede leerse que «la finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre» (art. 2.º) y que «la garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita una fuerza pública» (art. 12). En las constituciones de algunos estados norteamericanos llega a establecerse que «todo miembro de la Comunidad tiene un derecho a ser protegido por ella en el disfrute de su vida, libertad y propiedad»[1].

La preocupación principal del constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX es, ciertamente, limitar el poder estatal, prevenir su ejercicio abusivo o arbitrario. El acento se pone en la defensa de la libertad frente al Estado, no en la defensa de la libertad mediante el Estado. De ahí que, según la teoría liberal clásica que entonces se forja, los derechos fundamentales se dirigen a garantizar a los individuos un ámbito de libertad inmune frente a las agresiones provenientes de los poderes públicos; imponen al Estado obligaciones negativas, de abstenerse de interferir en ese ámbito. Téngase en cuenta también que las formulaciones europeas clásicas de los derechos humanos fueron impulsadas principalmente por la burguesía liberal, que se esforzaba sobre todo en asegurar su libertad frente a la que creía la mayor amenaza para ella: el formidable poder del Estado, fundamentalmente del ejecutivo (Schmitt, 1927:142 y 182), en manos de un monarca carente de legitimidad democrática. A la burguesía europea le preocupaba menos la posibilidad de que otros particulares dañasen sus derechos, principalmente porque los burgueses eran los sujetos privados más poderosos.

Pero las circunstancias sociales y políticas han cambiado mucho desde entonces. De un lado, algunas organizaciones privadas han incrementado notablemente su poder y «constituyen hoy una amenaza para el disfrute efectivo de los derechos fundamentales no menos inquietante que la representada por el poder público» (Bilbao Ubillos, 1997:243). De otro lado, el Estado ha dejado de estar dominado casi exclusivamente por los intereses de la burguesía para convertirse en un Estado de pluralidad de clases, cada una de las cuales reclama de este la satisfacción de sus intereses y derechos, con frecuencia contrapuestos (Giannini, 1991:49 y ss.)

Estos cambios han hecho emerger la doctrina de las obligaciones positivas de protección. Para que los derechos fundamentales puedan cumplir hoy su función de satisfacer *efectivamente* los intereses para cuya garantía se reconocen, hay que reconocer que tales derechos facultan a sus titulares para exigir del Estado su protección activa. Este es el principal argumento esgrimido por el TEDH para fundar su doctrina de las obligaciones

positivas: la vigencia «real y efectiva [de las libertades reconocidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en adelante CEDH] no se conforma con un simple deber de no injerencia del Estado; una concepción puramente negativa no cuadra con el objeto y la finalidad» de las disposiciones del CEDH[2].

2.5. LA PROTECCIÓN EXIGIBLE EN VIRTUD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMPRENDE *PRIMA FACIE* LA PROTECCIÓN PENAL

Por las mismas razones que acaban de exponerse, cabe afirmar que los derechos fundamentales, en cuanto que mandatos de optimización, obligan al Estado a tomar, en principio, *todas* las medidas de protección adecuadas para proteger los bienes fundamentales frente a cualquier daño o riesgo que los amenace y, por lo tanto, también medidas de índole penal, en tanto en cuanto estas constituyen un instrumento útil para lograr este fin. Si, como ha venido a declarar el TEDH, el Estado debe hacer todo lo que pueda a fin de «evitar o reducir al mínimo los riesgos» para los bienes fundamentales[3], si el Estado ha de adoptar, en principio, todas las precauciones apropiadas para minimizar el riesgo de lesión para estos[4], entonces debe establecer, en principio, también medidas de protección penal, en tanto en cuanto estas reducen dicho riesgo, al disuadir la realización de actividades que menoscaban o ponen en peligro esos bienes. En esa medida, la protección exigible en virtud de los derechos fundamentales comprende *prima facie* la protección penal: el legislador debe tipificar como infracción las conductas que lesionen o amenacen dichos bienes y las autoridades administrativas y judiciales deben aplicar efectivamente las normas sancionadoras correspondientes, investigando los correspondientes hechos y persiguiendo y castigando a los culpables.

3. CRÍTICA DE LAS OBJECIONES A LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DE PROTECCIÓN PENAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

3.1. LA OBJECIÓN LIBERAL

Se ha dicho que la existencia de tales obligaciones conlleva un debilitamiento de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos frente al poder estatal. Constituye una inaceptable inversión del sentido de tales derechos deducir de ellos la obligación positiva del legislador de intervenir en la libertad de los ciudadanos de la manera más grave posible, nada menos que mediante sanciones penales[5]. Según Caamaño (2003: 54), esta «reversión jurídica de los derechos fundamentales […] resulta, cuando menos, de complicada compatibilidad con un modelo de Derecho penal liberal basado en los principios de subsidiariedad y mínima intervención». Según Tomás-Valiente (2016: 35), «la idea de albergar en [los derechos fundamentales] una pretensión punitiva distorsionaría por completo su carácter de derechos de libertad».

En mi opinión, el que los derechos fundamentales constituyan también derechos a obtener la protección penal del Estado no supone intrínseca ni necesariamente un menoscabo de estos, sino que, muy al contrario, en principio contribuye a garantizar su goce real y efectivo. El cumplimiento de las obligaciones de protección exigirá muchas veces limitar la libertad de algunos ciudadanos, pero esta circunstancia no tiene el peso suficiente como para negarlas. Por paradójico que pueda sonar, el mantenimiento de la libertad exige que se la limite. La ausencia de limitaciones y controles conduce «a una severísima coerción, ya que deja a los poderosos en libertad para esclavizar a los débiles» (Popper, 1945: 511, nota 4). «Es precisamente por esta razón que exigimos que el Estado limite la libertad hasta cierto punto, de modo que la libertad de todos esté protegida por la ley. Nadie quedará, así, a *merced* de otros, sino que todos tendrán *derecho* a ser protegidos por el Estado» (Popper, 1945: 305).

Las obligaciones de protección penal exigen limitar la libertad, especialmente la de los sujetos más poderosos y peligrosos, pero refuerzan la efectividad de la libertad de los ciudadanos en su conjunto, especialmente de los más débiles. Cuando se produce un conflicto entre derechos fundamentales —aquí, entre el derecho a que el Estado proteja la libertad y el derecho a que el Estado se abstenga de interferir en ella—, la solución razonable no es sacrificar por entero uno de ellos para evitar cualquier perjuicio al otro, sino adoptar una medida proporcionada, que logre el justo equilibrio entre ambos. Y las medidas penales adoptadas para proteger la libertad, cuando son realmente proporcionadas, resultan por definición beneficiosa para la libertad. Si una sanción restrictiva de un derecho es útil, necesaria y no excesiva para salvaguardar otro derecho, entonces imponerla es mejor para la satisfacción global de los derechos afectados que no imponerla, pues los beneficios que para un derecho se derivan de la sanción superan a los costes que esta encierra para el otro derecho involucrado. En caso contrario, la sanción sería desproporcionada.

Se ha señalado, sin embargo, que esta doctrina jurisprudencial puede dar lugar a un ejercicio desproporcionado del *ius puniendi* estatal, a una suerte de «extralimitación coercitiva» (Lazarus, 2012).

Esto puede ocurrir, en primer lugar, si el TEDH o el Tribunal Constitucional se equivocan y declaran que las autoridades competentes deben tomar ciertas medidas de protección penal que, en realidad, no deberían tomarse, por conllevar restricciones inútiles, innecesarias o excesivas de otros derechos fundamentales. Esto podría suceder, a su vez, por diversas causas. (1ª) Cabe, por ejemplo, que las medidas punitivas tengan realmente una eficacia disuasoria menor de la que el TEDH presupone que tienen. Persak (2020: 150-156), Mavronicola (2020: 201) y Florio (2023) cuestionan, en este sentido, que el TEDH afirme la necesidad de ciertas penas en atención a sus efectos disuasorios sin aportar evidencias empíricas acerca de estos. (2ª) Mavronicola (2020:187-192) ha señalado que existe también el riesgo de que el TEDH utilice para determinar la pertinencia de la responsabilidad penal los mismos estándares que normalmente utiliza para determinar la responsabilidad de los Estados por violación de los derechos humanos. Esta confusión de estándares puede provocar que el TEDH considere que es obligado adoptar medidas de protección penal en casos en los que seguramente estas no son pertinentes, pues los requisitos jurídicos a los que

se supedita el nacimiento de la responsabilidad estatal son normalmente más laxos que los establecidos respecto de la responsabilidad penal. (3ª) También podría darse el fenómeno contrario: que el TEDH aplique a la responsabilidad estatal los estándares usualmente aplicados en derecho penal, lo que puede provocar que no se declare dicha responsabilidad en casos en los que debería haberse declarado, con el debilitamiento que ello supone para la eficacia de los derechos afectados (ídem, 2020: 192-198). (4ª) Y, en opinión de esta autora, el énfasis que el TEDH ha puesto en los remedios penales puede favorecer que no considere suficientemente la posibilidad de tomar otras medidas necesarias de protección de los derechos humanos (ídem, 2020: 198-201). (5ª) En sentido similar, se ha señalado que poner el foco en la responsabilidad penal, de carácter individual, hace perder de vista las causas estructurales, políticas e institucionales de ciertas violaciones de estos derechos (Engle, 2015:1120-1122; Stoyanova, 2020: 218-219).

Sin embargo, el riesgo de que todo ello ocurra no justifica, a mi juicio, el rechazo de la doctrina de las obligaciones positivas de protección penal. De un lado, porque este es un riesgo relativamente modesto, habida cuenta del amplio margen de discrecionalidad que los tribunales deben reconocer y *de facto* reconocen normalmente a las autoridades competentes para precisar las debidas medidas de protección. De otro lado, las equivocaciones eventualmente cometidas en esta materia por los tribunales (tanto por exceso como por defecto) siempre pueden ser criticadas, cuestionadas, impugnadas, revisadas y corregidas ulteriormente. Conviene tener muy en cuenta todos los riesgos que encierra la doctrina de las obligaciones positivas de protección penal, pero no necesariamente para abandonarla, sino más bien para calibrarla, mejorarla y asegurar su correcta aplicación (en sentido similar, Mavronicola, 2020:201).

En segundo lugar, la doctrina jurisprudencial cuestionada también podría propiciar, en opinión de varios autores, que otras autoridades se excedieran en el ejercicio de su *ius puniendi*. Según Tomás-Valiente (2016: 57), existe el riesgo de que esa doctrina, afirmada por actores de tanto prestigio como el TEDH, sea utilizada demagógicamente y acabe sirviendo para legitimar, reforzar e impulsar políticas penales y de seguridad que restringen de manera desproporcionada los derechos individuales. En sentido similar, Martínez Garay (2020:52) denuncia que las obligaciones de tutela penal pueden ser «instrumentalizadas por el Estado […] para justificar el abuso del Derecho penal e incrementar sin límites la intensidad de la coerción […] y por tanto no en favor de los derechos humanos de colectivos vulnerables, sino en detrimento de los derechos fundamentales de libertad de todos los ciudadanos» (en sentido similar, Pinto, 2020).

Tampoco me parece que este supuesto riesgo justifique descartar la referida doctrina de las obligaciones positivas de protección penal, cuando menos por tres razones. La primera es que no hay evidencias de que esta doctrina haya propiciado la adopción de medidas legislativas, administrativas o judiciales que hayan supuesto restricciones desproporcionadas de los derechos individuales y *que no se hubieran adoptado* en el caso de que dicha doctrina no hubiera existido. Pinto (2020: 163) afirma que la jurisprudencia del TEDH en esta materia «ha impulsado una expansión del sistema penal en el Reino Unido bajo un disfraz benévolo que enmascara los efectos opresivos de los poderes extensos para criminalizar y

castigar». Sin embargo, la autora no aporta evidencias empíricas que permitan establecer una relación de causalidad entre la referida jurisprudencia y la mentada expansión. Es posible y hasta verosímil que esta última se hubiera producido de todas formas. Repárese en que, como la propia Pinto señala, la expansión punitiva es un fenómeno que: (i) afecta también e incluso más intensamente a países no europeos donde no existe una jurisprudencia equivalente, como los Estados Unidos de América; (ii) no se ha producido en varios países de Europa; y (iii) se inicia antes de que se consolide dicha jurisprudencia.

La segunda razón es que el TEDH y nuestro Tribunal Constitucional han aplicado y probablemente van a seguir aplicando dicha doctrina de manera muy deferente. Ambos han estimado que las autoridades legislativas, administrativas y judiciales tienen un amplio margen de discrecionalidad para determinar si las medidas de protección penal adoptadas son o no suficientes (en relación con el TEDH, Lavrysen, 2020: 53). Esta deferencia hace que el referido riesgo resulte escaso. Así lo reconoce incluso Tomás-Valiente (2016:57).

Finalmente, no parece que la manera más equilibrada de conjurar dicho riesgo consista en abandonar la doctrina cuestionada, habida cuenta del elevado coste que la desprotección resultante de semejante abandono supondría para los derechos fundamentales de no pocas personas. Una manera más directa y efectiva de enervar ese riesgo sin incurrir en este coste consiste en que los tribunales controlen con mayor rigor si las medidas penales en cuestión son proporcionadas (adecuadas, necesarias y no excesivas) para proteger los correspondientes derechos fundamentales, es decir, que los tribunales reduzcan la deferencia con la que enjuician la proporcionalidad de las medidas de protección penal sometidas a su conocimiento. Esta reducción incrementa el riesgo de que en algún caso puntual se anulen erróneamente medidas que en verdad protegen proporcionadamente determinados derechos fundamentales y, a la postre, estos no queden debidamente salvaguardados. Pero semejante riesgo de desprotección puntual no es tan grave como el riesgo de desprotección total que supondría rechazar enteramente la doctrina considerada.

3.2. LA OBJECIÓN DEMOCRÁTICA

Se ha dicho que deducir de los derechos fundamentales obligaciones positivas de protegerlos penalmente es incompatible con el principio democrático, en la medida en que, como la obligación de penalizar no es expresa, el Tribunal Constitucional se convierte en el «controlador final de la política criminal» (Caamaño, 2003:56). Según afirma Rubio Llorente en su voto particular a la STC 53/1985:

> El intérprete «no puede abstraer de los preceptos de la Constitución el valor o los valores que, a su juicio, tales preceptos "encarnan", para deducir después de ellos, considerados ya como puras abstracciones, obligaciones del legislador que no tienen apoyo en ningún texto constitucional concreto». Esto supone «lisa y llanamente suplantar al legislador o, quizá más aún, al propio poder constituyente. Los valores que inspiran un precepto concreto pueden servir, en el mejor de los casos, para la interpretación de ese precepto, no para deducir a partir de ellos obligaciones (¡nada menos que del poder legislativo, representación del pueblo!) que el precepto en modo alguno impone. Por esta vía, es claro que podía el Tribunal Constitucional, contrastando las leyes con los valores abstractos que la Constitución efectivamente proclama (entre los cuales no está,

> evidentemente, el de la vida, pues la vida es algo más que "un valor jurídico") invalidar cualquier Ley por considerarla incompatible con su propio sentimiento de la libertad, la igualdad, la justicia o el pluralismo político. La proyección normativa de los valores constitucionalmente consagrados corresponde al legislador, no al Juez».

Este argumento es muy poco convincente. El elevado grado de abstracción de los preceptos que reconocen derechos fundamentales es un problema que se presenta también al juzgar si el Estado ha cumplido las obligaciones negativas que de ellos se desprenden, lo que no impide al Tribunal Constitucional efectuar dicho juicio. Este Tribunal queda facultado en ambos casos para contrastar las leyes con los derechos proclamados en la Constitución, que participan del carácter jurídico y supremo de las normas constitucionales, lo que implica que vinculan directamente a todos los poderes públicos y que, por lo tanto, constituyen un criterio con arreglo al cual enjuiciar la validez de las leyes. El parlamento dispone de un amplio margen para concretar las obligaciones que se deducen de los derechos fundamentales, pero este no es infinito, y el Tribunal Constitucional tiene competencia para verificar si ha sido rebasado o no. La «famosa libertad de configuración del legislador» no impide la existencia de «derechos prestacionales» constitucionales exigibles aun a falta de ley que los reconozca (Prieto Sanchís, 1998: 110 y 111).

Mañalich Raffo (2005: 257 y 258) ha esgrimido otro argumento relacionado con el principio democrático con el fin de cuestionar que los tribunales deduzcan de los derechos fundamentales deberes de protección penal vinculantes para el legislador. En su opinión, el ejercicio contra-mayoritario del control judicial de constitucionalidad de la ley penal sólo puede justificarse cuando con ese ejercicio se evita una afección intolerable de un interés reconocido constitucionalmente. «Una situación de este tipo puede presentarse, ciertamente, tratándose de decisiones legislativas que establecen normas punitivas, pero es mucho menos probable tratándose de decisiones legislativas que renuncian al establecimiento de normas punitivas. Pues cuando la decisión legislativa se refiere al establecimiento o no establecimiento de una norma punitiva, necesariamente se ve involucrado un interés cuya consideración podría volver plausible una solución de ponderación en favor de la renuncia a la punición: el interés (masivamente) afectado por las consecuencias lesivas implicadas en el ejercicio del *ius puniendi*». Además, la aplicación de una pena constituye una injerencia tan dura en la libertad del ciudadano que la legitimación para determinar sus presupuestos sólo puede residir en la instancia que más directamente representa al pueblo: el parlamento. «Si un órgano que carece de legitimación democrática puede imponer al órgano legitimado un deber de establecer o mantener una norma que, como la norma punitiva, se encuentra tan necesitada de legitimación, entonces decae en esa parte la justificación política de esa norma».

A Mañalich hay que reconocerle el mérito de haber puesto de relieve que aquí existe una asimetría entre el ejercicio del *ius puniendi* y la falta de ejercicio de este: «la legitimación de la fundamentación de pena debe ser siempre más exigente que la legitimación de la fundamentación de la impunidad. Esto impide la postulación de una equiparación entre la prohibición de exceso y la prohibición de defecto, al menos cuando el medio evaluado es el establecimiento de una norma punitiva».

Sin embargo, esta asimetría no justifica abandonar la doctrina de las obligaciones positivas de protección penal ni, en particular, descartar completamente la posibilidad de que el Tribunal Constitucional o el TEDH declaren que el Estado las ha incumplido.

En primer lugar, porque, como viene a reconocer implícitamente incluso el propio Mañalich, aunque «mucho menos probable», no es del todo descartable que se presente una situación en la que la impunidad de una conducta suponga una desprotección manifiestamente intolerable de los bienes fundamentales de ciertas personas. La mera circunstancia de que la aplicación de una norma penal conlleve consecuencias lesivas para determinados individuos —los infractores a los que se imponen las penas— no implica necesariamente que resulte plausible la renuncia del legislador a establecer dicha norma. La renuncia puede ser ostensiblemente implausible e intolerable si cabe estimar con el suficiente grado de certeza que la falta de protección penal traería consecuencias lesivas mucho peores para otros individuos, las víctimas de las correspondientes agresiones.

En segundo lugar, el hecho de que un órgano jurisdiccional cuya legitimidad democrática es indudablemente inferior a la del parlamento declare que este ha incumplido sus obligaciones de proteger penalmente los derechos fundamentales y, de una manera u otra, propicie el establecimiento de una norma punitiva puede tener, ciertamente, un coste en términos de legitimidad democrática. Sin embargo, tampoco conviene exagerar la magnitud de este coste. Nótese que no es necesario ni seguramente exigible que el tribunal que ha declarado el incumplimiento de la correspondiente obligación de protección establezca directamente una norma penal sin respaldo parlamentario alguno. Cuando la falta de la protección penal constitucionalmente debida resulta de una omisión legislativa, cabe minimizar dicho coste, declarando el incumplimiento y la obligación del legislador de establecer la norma penal debida, sin que el tribunal la imponga directamente. Cuando el incumplimiento resulta de una actuación legislativa (una ley despenalizadora), su anulación provocará, en principio, la «reviviscencia» de ley penal que aquella derogó, que fue aprobada en su día por el parlamento y que, por lo tanto, todavía cuenta con cierta legitimidad democrática.

En tercer lugar, para evaluar la licitud constitucional del control judicial del cumplimiento de las obligaciones positivas de protección penal hay que tener en cuenta no sólo los costes que este implica para el principio democrático, sino también los beneficios que del referido control se derivan para otros principios constitucionales. Y es perfectamente posible que los beneficios superen a los costes.

Si los tribunales no pudieran controlar en modo alguno el cumplimiento de esas obligaciones positivas, muy probablemente el legislador no tendría siempre los incentivos suficientes para adoptar medidas penales manifiestamente adecuadas, necesarias y proporcionadas para proteger a determinados individuos frente a ciertas agresiones graves y, de resultas de ello, estos quedarían expuestos a un riesgo intolerable de sufrirlas. Permitir que los tribunales controlen el cumplimiento de estas obligaciones incrementa la probabilidad de que el legislador las cumpla y, a la postre, reduce dicho riesgo.

4. NECESIDAD DE PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL. PRIMERA ASIMETRÍA

La razón principal por la que en la norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico se consagran derechos que vinculan a todos los poderes públicos (art. 53.1 CE) es la de salvaguardar ciertos bienes especialmente importantes frente a las fuerzas políticas mayoritarias que, directa o indirectamente, pueden dirigir o determinar la actuación de todos esos poderes. En materia penal, dichas mayorías representan dos tipos de amenazas o peligros para los referidos bienes.

El primero es el *peligro de exceso.* Las autoridades competentes pueden adoptar medidas punitivas desproporcionadas, que menoscaban inútil, innecesaria o excesivamente los bienes fundamentales de ciertas personas. Este peligro es tanto mayor cuanto más fuertes son los incentivos que dichas autoridades tienen para tomar semejantes medidas. El peligro es por ello especialmente elevado: (i) cuando estas tienen escasos costes para las autoridades y sus votantes, pero entrañan perjuicios considerables para otras personas, que pertenecen a colectivos minoritarios, sin influencia política, vulnerables, débiles, discriminados, etc.; y (ii) cuando las conductas que se trata de prevenir menoscaban los intereses de las autoridades o de sus votantes. Para combatir este peligro, los ciudadanos son titulares de varios derechos fundamentales que les permiten defenderse contra el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

El segundo es el *peligro de defecto*. Las autoridades competentes también pueden omitir medidas punitivas que son adecuadas, necesarias y proporcionadas para prevenir el riesgo de que los bienes fundamentales de ciertos individuos sufran graves agresiones. «El poder punitivo estatal puede ser usado en modo *arbitrario* no sólo cuando se lo ejerce, sino también cuando *se omite ejercerlo*, dejando así sin tutela a víctimas débiles» (Viganò, 2014: 472). Este peligro es tanto mayor cuanto más reducidos son los incentivos que dichas autoridades tienen para adoptar tales medidas. El peligro es por ello especialmente elevado: (i) cuando a las autoridades les resulta muy costoso castigar a los agresores, por ejemplo, porque estos pertenecen al círculo de las personas que les permiten ganar las elecciones y mantenerse en el poder; y (ii) cuando desproteger a las potenciales víctimas conlleva escasos costes para las autoridades, por ejemplo, porque aquellas pertenecen a colectivos minoritarios, sin influencia política, vulnerables, discriminados, etc. Para enervar este peligro, los ciudadanos pueden, en virtud de los derechos que la Constitución y el CEDH les otorgan, exigir que el Estado les proteja mediante el ejercicio de su *ius puniendi*.

Cabe razonablemente pensar que *el peligro por defecto es, en líneas generales, menos grave que el peligro por exceso*. Hay buenas razones para considerar que, por lo común, los poderes públicos tienden a ejercer excesivamente, no insuficientemente, el *ius puniendi* (entre otros muchos, Silva Sánchez, 2011; Corcoy Bidasolo, 2012; Viana Ballester, 2020; Arzoz Olivares, 2024). Un factor determinante es que, en un sistema democrático, en el que los poderes públicos están dirigidos por las fuerzas políticas mayoritarias y estas tienden a satisfacer las preferencias del votante mediano (Congleton, 2004), resulta electoralmente rentable ejercer el *ius puniendi* estatal por encima del nivel que sería socialmente óptimo (en el que

los costes marginales de las sanciones se igualan a sus beneficios marginales). La explicación radica en que la probabilidad de que el votante mediano cometa un delito y, a la postre, de que se le imponga una pena es seguramente inferior a la de la media de la población. Esto provoca que dicho votante no tenga suficientemente en cuenta los costes esperados medios que para los eventuales infractores se derivan del ejercicio del *ius puniendi* y, por consiguiente, que sus preferencias punitivas resulten «excesivas», es decir, que prefiera que los poderes públicos impongan sanciones con una frecuencia y de una magnitud superiores a las que serían socialmente óptimas (Mungan, 2017).

Con todo, también cabe pensar que *el peligro por defecto es lo suficientemente grave* como para que resulte justificado consagrar en la Constitución y en otros textos normativos equivalentes (v. gr., el CEDH) un derecho de los ciudadanos a exigir del Estado la protección penal de ciertos bienes fundamentales. La razón es que resulta muy probable que, al menos en algunos casos, las fuerzas políticas mayoritarias no tengan los incentivos suficientes para proteger mediante el ejercicio del *ius puniendi* estatal como sería socialmente deseable a determinadas personas frente a ciertas agresiones especialmente graves. Según hemos visto, esto puede ocurrir típicamente en dos supuestos:

En primer lugar, cuando las víctimas pertenecen a colectivos vulnerables, minoritarios, discriminados, con escasa influencia política, etc. Nótese que, en estos casos, la probabilidad de que el votante mediano sufra la agresión correspondiente es inferior a la de la media de la ciudadanía, por lo que aquel preferirá que se inviertan en prevenir tales agresiones menos recursos públicos de los que sería socialmente deseable invertir. En consecuencia, preferirá que el Estado ejerza en tales casos su *ius puniendi* en una medida inferior a la socialmente óptima. Y ya sabemos que las fuerzas políticas mayoritarias tienden a satisfacer las preferencias del votante mediano.

En segundo lugar, el peligro por defecto suele ser especialmente elevado cuando a las autoridades encargadas de ejercer el *ius puniendi* les resulta especialmente costoso castigar a los agresores, por ejemplo, porque estos pertenecen a grupos provistos de gran influencia política o poder.

No es casualidad que casi todos los casos en los que el TEDH ha declarado el incumplimiento de obligaciones positivas de protección penal encajen en uno de los dos supuestos descritos o incluso en ambos. Estos constituyen precisamente los escenarios típicos en los que, por las razones expuestas, se hace necesaria la existencia de un derecho constitucional a exigir dicha protección.

En el primer supuesto encajan, por ejemplo, las sentencias que condenan a los Estados demandados por no haber proporcionado la debida protección penal a: inmigrantes frente a conductas de explotación laboral[6] o sexual[7] grave; mujeres agredidas sexualmente[8]; mujeres y menores víctimas de violencia de género o doméstica[9]; miembros de confesiones religiosas minoritarias[10]; personas que sufrieron lesiones mientras se hallaban privadas de libertad bajo custodia policial, etc. (*vid*. Heri, 2020).

En el segundo supuesto encajan, por ejemplo, las sentencias que estiman reclamaciones formuladas contra Estados por: no investigar debidamente homicidios, lesiones y torturas

cometidos por agentes estatales o grupos paramilitares, especialmente cuando las víctimas son personas pertenecientes a grupos étnicos, políticos o religiosos minoritarios, vulnerables, carentes de influencia política; incurrir en dilaciones indebidas al investigar hechos similares cometidos por agentes de las fuerzas de seguridad del Estado, lo que propició que los correspondientes delitos prescribieran[11]; imponer una sanción demasiado baja para los policías autores de ciertos delitos[12], etc. El TEDH ha declarado, con carácter general, que existe una «obligación especialmente estricta de reaccionar contra los crímenes cometidos por los agentes estatales». La razón es que el Estado debe «combatir la sensación de impunidad que los delincuentes puedan considerar que disfrutan en virtud de su cargo y para mantener la confianza y el respeto de los ciudadanos hacia el sistema policial»[13].

Y, en ambos supuestos, se trataba de agresiones especialmente graves contra bienes fundamentales de la mayor importancia: la vida, la integridad física y moral, la libertad personal y la libertad sexual, principalmente.

5. CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA PROTECCIÓN PENAL

5.1. EL MÉTODO DE DETERMINACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El método que hay que utilizar para precisar si, en un caso concreto, el Estado ha respetado sus obligaciones negativas derivadas de los derechos fundamentales está relativamente estructurado, perfilado y consolidado en la doctrina y la jurisprudencia.

Este método responde al siguiente esquema (Arzoz, 2014:57-118). En primer lugar, hay que precisar el supuesto de hecho o ámbito de protección del derecho fundamental, que delimitaría su alcance potencial o *prima facie*. Este ámbito viene determinado por el interés protegido por el derecho. El contenido *prima facie* del derecho exige que el Estado se abstenga en principio de realizar cualquier actuación que menoscabe o amenace con menoscabar dicho interés.

En segundo lugar, hay que determinar si la actuación de los poderes públicos enjuiciada interfiere en ese ámbito o, dicho con otras palabras, si limita el alcance potencial o *prima facie* del derecho, al menoscabar o amenazar con menoscabar los intereses que este protege.

Finalmente, hay que juzgar si la interferencia está suficientemente justificada. Para estarlo, ha de cumplir varios requisitos formales y materiales establecidos por la Constitución. Entre los formales destacan la reserva de ley y el mandato de determinación: sólo son constitucionalmente admisibles las limitaciones previstas en una norma con rango de ley y predeterminadas normativamente con el suficiente grado de detalle. Además, las medidas limitativas deben ser adoptadas con observancia de ciertas reglas de procedimiento y motivadas. Los requisitos de índole material se resumen en el respeto del principio de proporcionalidad. La limitación en cuestión debe ser: útil para salvaguardar un bien cons-

titucionalmente legítimo; *necesaria*, por constituir de entre las limitaciones útiles la menos restrictiva para el derecho fundamental afectado; y proporcionada en sentido estricto o *no excesiva*, de manera que los beneficios derivados de la limitación superen a sus costes.

Por el contrario, el método o canon con arreglo al cual hay que juzgar si el Estado ha cumplido sus obligaciones positivas de protección derivadas de los derechos fundamentales dista mucho de estar tan perfilado y consolidado. En la STC 19/2023 (relativa a la despenalización de la eutanasia), por ejemplo, se invocan hasta tres cánones diferentes.

(i) En primer lugar, se afirma que los poderes públicos deben adoptar «medidas de protección suficientemente eficaces para evitar que una regulación de este tipo, y su consiguiente aplicación en la práctica, puedan llegar a afectar de modo constitucionalmente inadmisible a la vida del sujeto». El gran problema de este canon es que resulta excesivamente indeterminado. Aquí el Tribunal no aclara ni indica con arreglo a qué criterio hay que juzgar cuándo una medida de protección es «suficientemente eficaz» y cuándo la correspondiente afección es «constitucionalmente inadmisible».

(ii) En segundo lugar, se afirma que ha de hacerse «un examen de proporcionalidad entendido no en el sentido clásico de prohibición del exceso […] sino en su manifestación como prohibición del defecto[14], esto es, como proscripción de la inexistente o insuficiente protección. Tal déficit existiría si el legislador no hubiese adoptado medida de protección alguna, si las medidas adoptadas fuesen manifiestamente inadecuadas para alcanzar el objetivo de protección requerido o si no fuesen suficientes para proporcionar el nivel de protección exigido por la Constitución».

Este canon se compone, pues, de dos subcriterios: el de la prohibición de la falta total de protección y el de la prohibición de la protección insuficiente. El primer subcriterio resulta de poca ayuda, pues es difícil que el Estado haya omitido totalmente medidas de protección o las que haya adoptado sean manifiestamente inadecuadas para proteger el bien fundamental correspondiente. Además, es un criterio cuestionable, en tanto en cuanto puede existir algún caso extremo en el que la total omisión de medidas de protección adecuadas resulte justificada, si todas las que podrían adoptarse con este objetivo son desproporcionadas, por limitar de manera excesiva ciertos derechos.

El segundo subcriterio es obviamente inservible por tautológico. Por definición, el Estado no cumple sus deberes de protección que le imponen los derechos fundamentales cuando las medidas adoptadas con este fin son «insuficientes para proporcionar el nivel de protección exigido por la Constitución». Este subcriterio no resuelve en modo alguno el problema que se trata de resolver, que consiste precisamente en determinar cuándo las medidas consideradas en cada caso son suficientes o insuficientes para proporcionar el nivel de protección constitucionalmente exigible.

(iii) En tercer lugar, el Tribunal Constitucional afirma que no le corresponde «analizar si pudieran existir otros sistemas más eficaces de protección de la vida (que, por

> lo demás, incidirían de forma mayor en el derecho fundamental a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos, incidencia que sí habría de medirse a la luz del principio de proporcionalidad entendido como prohibición del exceso), sino solo dilucidar si el sistema previsto en la [ley enjuiciada] cumple con unos mínimos de protección razonables».
>
> Este canon también resulta cuestionable. La primera crítica que cabe hacerle es que el Tribunal presupone que todos los sistemas de protección alternativos a los establecidos por el legislador necesariamente implican una restricción más intensa de los derechos fundamentales contrapuestos. Sin embargo, no es necesario que esto ocurra. Es perfectamente posible que el legislador articule un sistema que, además de proteger un bien fundamental de manera manifiestamente menos eficaz que otro sistema alternativo posible, menoscaba con igual —o incluso mayor— intensidad que este los restantes bienes fundamentales implicados. No puede decirse que en tal caso la solución legislativa establecida alcance el justo equilibro que, según el TEDH, debe haber entre todos los derechos e intereses afectados. La segunda crítica es que puede haber casos en los que exista un sistema alternativo que proteja mucho más eficazmente un bien fundamental y restrinja con una intensidad ligeramente mayor otro bien de la misma índole, de manera que los beneficios derivados de la mayor protección superen con creces el coste que supone la mayor restricción. Omitir ese sistema alternativo de protección constituiría, asimismo, una solución que no lograría el debido equilibrio entre los derechos implicados. La tercera crítica es que no queda claro en qué consisten los «mínimos de protección razonables».

En mi opinión, los criterios que hay que utilizar para determinar si el Estado ha cumplido sus obligaciones positivas de protección derivadas de los derechos fundamentales son análogos a los criterios empleados para juzgar si ha hecho lo propio con sus obligaciones negativas. Así lo ha declarado también el TEDH: los criterios son en ambos casos «similares»[15].

5.2. CONTENIDO *PRIMA FACIE* DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA PROTECCIÓN PENAL

Si los derechos fundamentales, en cuanto que derechos defensivos, obligan *prima facie* al Estado a abstenerse de adoptar en principio cualquier medida que pueda menoscabar ciertos bienes, los derechos fundamentales, en cuanto que derechos a la protección, obligan *prima facie* al Estado a tomar en principio cualesquiera medidas adecuadas para salvaguardar los mismos bienes frente al riesgo de sufrir cualquier daño. Ello implica que el Estado debe adoptar, *en principio*, también todas las medidas de protección penal que resulten útiles para reducir el riesgo de que esos bienes sufran un daño.

De acuerdo con la jurisprudencia del TEDH, esto conlleva dos tipos de obligaciones para el Estado. Por una parte, la de establecer un marco normativo que tipifique como infracciones las conductas que lesionen o pongan en riesgo los correspondientes bienes

fundamentales y que conmine con sanciones penales disuasorias la realización de esas conductas. Por otra parte, la obligación de aplicar efectivamente ese sistema normativo, lo que se traduce a su vez en las obligaciones de: investigar los hechos constitutivos de las correspondientes infracciones; perseguir y enjuiciar a los sospechosos con el fin de averiguar si son culpables; condenarles si se demuestra su culpabilidad y aplicar efectivamente la sanción que se les haya impuesto.

Algunos autores han negado que de los derechos fundamentales puedan derivarse obligaciones de este último tipo. García de la Torre (2024: 376) argumenta para ello que «no existe una obligación absoluta de que todos los procesamientos den lugar a una condena o a una sentencia en particular. La satisfacción de las obligaciones de tutela penal no requiere necesariamente una condena, sino la aplicación de las leyes (penales) para garantizar la protección de los derechos [correspondientes]». No existe en la jurisprudencia del TEDH ni en la de nuestro Tribunal Constitucional una especie de «derecho de la víctima al castigo» del autor del delito. De hecho, este último Tribunal ha negado de manera explícita en varias ocasiones la existencia de un derecho tal (entre otras, STC 87/2020, FJ 3).

En contra de semejante derecho, se ha apuntado también que castigar al autor de un determinado delito ya acontecido no protege en realidad a la víctima de este, sino, en puridad, a las víctimas potenciales de delitos futuros (Tomás-Valiente, 2016: 27).

Discrepo de esta tesis por varias razones. En primer lugar, la circunstancia, indiscutible, de que «no exista una obligación absoluta de que todos los procesamientos den lugar a una condena o a una sentencia en particular» y, correlativamente, de que la víctima tampoco tenga un derecho absoluto a obtener la condena y el castigo del procesado no quita que de los derechos fundamentales sí se derive la obligación *prima facie* del Estado de aplicar efectivamente la normativa penal establecida para protegerlos y, en consecuencia, de condenar e imponer al acusado la correspondiente sanción si, tras el debido proceso, se demuestra su culpabilidad.

En segundo lugar, el razonamiento de García de la Torre incurre en la «falacia del espantapájaros», pues nadie está sosteniendo que haya que castigar a todos los procesados, con independencia de su culpabilidad y de otras circunstancias. De hecho, castigar a los procesados que en realidad son inocentes minaría la eficacia disuasoria de la correspondiente norma penal —al reducir el beneficio esperado de respetarla— y, por consiguiente, sería perjudicial para los bienes protegidos por esta. Aquí estamos hablando de si el Estado, *en principio*, debe castigar efectivamente con la sanción legalmente prevista a una persona concreta cuya culpabilidad ha quedado acreditada a través de un proceso tramitado con las debidas garantías.

En tercer lugar, el razonamiento de García de la Torre parece ignorar la distinción entre el contenido *prima facie* de los derechos fundamentales y su contenido definitivo. Estos derechos imponen al Estado obligaciones *prima facie* de abstenerse de hacer en principio todo aquello que pueda menoscabar ciertos bienes y de hacer, en principio, todo aquello que sirva para salvaguardarlos. Pero este contenido *prima facie* puede ser, debe ser y de hecho es frecuentemente limitado bajo ciertas condiciones para satisfacer otros fines cons-

titucionalmente legítimos. En determinados supuestos cabe, por ejemplo, limitar la libertad de expresión o no ejecutar sanciones penales legalmente impuestas. En consecuencia, el contenido definitivo del derecho, que resulta de las correspondientes limitaciones, es mucho más reducido que el referido contenido *prima facie*. Los derechos fundamentales a la protección penal no son por ello absolutos, pero tampoco lo son los restantes derechos fundamentales.

En cuarto lugar, y en estrecha conexión con lo que acaba de señalarse, debe distinguirse entre el contenido de las obligaciones de protección penal y la consecuencia jurídica que desencadena el incumplimiento de estas. Como más adelante veremos, la consecuencia del incumplimiento de la obligación estatal de imponer en un caso concreto una sanción disuasoria al autor de un delito no tiene por qué consistir en que un tribunal imponga u ordene imponer una sanción tal.

En quinto lugar, el argumento de que castigar al autor de un determinado delito ya acontecido no protege en realidad a la víctima de este, sino sólo a las víctimas potenciales de delitos futuros, es rechazable por varias razones.

1ª. A veces, la víctima de una infracción ya perpetrada puede pertenecer también al círculo de las víctimas potenciales de infracciones futuras, en cuyo caso el castigo reduce el riesgo de que esa concreta persona sea víctima de nuevos delitos.

2ª. No es razonable analizar sólo desde una perspectiva *ex post* —una vez se ha cometido una determinada infracción— si castigar a su concreto autor protege o no a su concreta víctima. Lo razonable es efectuar el análisis también y sobre todo desde una perspectiva *ex ante*, es decir, «situarse» en el momento inmediatamente anterior a la comisión del delito, en el instante en el que el potencial delincuente decide si va o no a delinquir a la vista de la norma penal y de su eventual aplicación. Para evaluar cabalmente los efectos —aquí, disuasorios y protectores— de una norma jurídica, conviene adoptar una perspectiva *ex ante*: examinar cómo actuarán sus destinatarios a la vista de lo establecido en ella y de cómo esta se les va a aplicar probablemente en el futuro (Farnsworth, 2007: 3-12). Pues bien, es claro que, desde este punto de vista *ex ante*, castigar al autor de un concreto delito sí protege normalmente a su concreta víctima. Si un potencial delincuente sabe que será castigado en el caso de agredir a una determinada persona, sus incentivos para agredirla serán menores que si sabe que no recibirá castigo alguno por ello. Cuanto mayor sea la probabilidad estimada por dicho individuo de ser castigado, menores serán dichos incentivos y el riesgo de que delinca. Por ello, reconocer a la víctima de un concreto delito el derecho de acusar a los sospechosos y exigir de los tribunales que los enjuicien, los condenen si se demuestra su culpabilidad y los castiguen también puede tener para esa persona un efecto protector *ex ante*, en la medida en que tal derecho seguramente incrementa la probabilidad de que los eventuales delincuentes sean efectivamente sancionados y, en consecuencia, aumenta el coste esperado de delinquir. Nótese que las víctimas tienen frecuentemente incentivos más potentes que el ministerio fiscal para ejercer la acusación, de resultas de la «satisfacción moral» y de otros beneficios que les puede reportar el hecho de que el

acusado sea condenado y castigado (sobre estos beneficios, Gil Gil, 2016: 18-31; Balta, 2020). Y, en algunos casos, poseen también mejor información.

3ª. En no pocas ocasiones, la protección efectiva de los derechos fundamentales requiere admitir una cierta «desvinculación» o falta de coincidencia entre la persona titular del derecho vulnerado en un caso concreto, la persona que puede recabar de los tribunales la tutela de ese derecho y la persona o las personas que se verán beneficiadas si los tribunales declaran su vulneración. Esta desvinculación se produce, por ejemplo, cuando el TEDH reconoce a los familiares de individuos cuya muerte fue causada por agentes públicos legitimación para pretender que se declare la violación de su derecho a la vida[16], o cuando reconoce a una asociación medioambiental legitimación para recabar de los tribunales la protección estatal de los derechos fundamentales de las generaciones futuras frente a los riesgos que entraña el cambio climático[17]. Si no se admitiera esta desvinculación, resultaría prácticamente imposible proteger adecuadamente los bienes fundamentales de ciertas personas.

Finalmente, y como el propio García de la Torre (2024: 373 y 374) reconoce, de la jurisprudencia del TEDH se desprende claramente que «las obligaciones convencionales de tutela penal no acaban con la efectiva persecución, la investigación y el enjuiciamiento, sino que también implican la obligación de castigar en concreto al autor que se ha considerado culpable con una pena proporcional a la gravedad de la infracción para que no suponga una impunidad de facto».

Sirva como ejemplo la STEDH de 12 de diciembre de 2023 (*Vuckovic c. Croacia*, 15798/20), que declara vulnerados los derechos de la concreta reclamante —no los de potenciales víctimas futuras— a no sufrir tratos inhumanos o degradantes y al respeto de su vida privada, en un caso en el que la pena de diez meses de privación de libertad que se le había impuesto a un compañero de trabajo por agredirla sexualmente había sido conmutada en apelación por una pena de trabajos en servicio de la comunidad. El TEDH deja sentado que «aunque no existe una obligación absoluta de que todos los procesos penales resulten en una condena o en una sentencia específica, los tribunales nacionales no deben, en ninguna circunstancia, estar dispuestos a permitir que los ataques graves a la integridad física y mental queden impunes, ni permitir que delitos graves sean castigados con sanciones excesivamente indulgentes» (§ 52).

5.3. LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA PROTECCIÓN PENAL

El contenido *prima facie* de las obligaciones de protección penal que se derivan de los derechos fundamentales puede y debe ser limitado, pues resulta no sólo prácticamente imposible, sino también constitucionalmente intolerable castigar cualquier conducta que menoscabe o ponga en riesgo los bienes que esos derechos tratan de salvaguardar. La necesidad de atender otros principios constitucionales exige limitar el alcance de la protección que el Estado está obligado a dispensar en virtud de tales derechos.

Ahora bien, estas limitaciones deben respetar ciertas normas, que son análogas a las aplicables para enjuiciar la licitud de las restricciones de los derechos fundamentales defensivos. Algunas de esas normas son sustantivas. La más importante es el principio de proporcionalidad: las limitaciones deben ser útiles, necesarias y no excesivas para lograr un fin legítimo. Otras son de índole formal. Las restricciones deben: estar previstas en una norma con rango de ley y predeterminadas con el suficiente grado de detalle; haber sido preparadas a través de un procedimiento que garantice que la solución adoptada en cada caso logra un justo equilibro entre todos los derechos e intereses concurrentes; y ser motivadas. Veámoslo.

5.4. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El TEDH ha señalado que el criterio sustantivo que ha de utilizarse para juzgar si el Estado ha cumplido sus obligaciones derivadas de los derechos fundamentales es sustancialmente el mismo para las positivas y las negativas. En ambos casos, el Estado ha de lograr un «justo equilibrio» entre «los intereses concurrentes del individuo y los de la sociedad en su conjunto»[18].

Este criterio guarda una estrecha relación con el de la proporcionalidad, de acuerdo con el cual las limitaciones de los derechos fundamentales deben ser útiles, necesarias y no excesivas para satisfacer un fin constitucionalmente legítimo. Así ha venido a declararlo el TEDH: «La noción de proporcionalidad entre una medida o restricción y el fin pretendido por ella […] se engloba dentro de la idea del justo equilibrio que hay que procurar entre el interés general y los intereses del individuo»[19].

Una decisión (acción u omisión) desproporcionada no alcanza el justo equilibrio entre los diversos intereses a los que afecta y que exigen ser satisfechos óptimamente, en la mayor medida de lo posible. En efecto, una limitación inútil, que menoscaba o desprotege un interés legítimo sin beneficiar a ningún otro, no resulta equilibrada —óptima—, pues siempre hay otra solución más beneficiosa para el conjunto de los intereses legítimos implicados: omitir dicha medida. Una limitación innecesaria tampoco es equilibrada, pues entonces hay otras alternativas que producen los mismos beneficios brutos con un coste menor. Y va de suyo que una limitación excesiva —cuyas desventajas para los derechos afectados superan a sus ventajas— tampoco resulta equilibrada, pues aquí siempre es preferible abstenerse de llevarla a cabo. Violentaría el sentido natural de las palabras afirmar que una medida que restringe inútil, innecesaria o excesivamente un derecho fundamental logra un justo equilibrio entre todos los intereses legítimos en juego.

El alcance concreto de los derechos a la protección penal debe ser precisado igualmente con arreglo al principio de proporcionalidad. Está justificado desproteger penalmente un bien fundamental en la medida en que la desprotección resulte: útil para satisfacer otro derecho o bien constitucionalmente legítimo; *necesaria*, de modo que se escoja de entre las medidas igualmente útiles para lograr un fin legítimo aquella que menos desproteja el correspondiente bien fundamental; y *no excesiva*, de modo que los beneficios de la desprotección superen a sus costes para todos los derechos e intereses implicados.

Nótese que este principio debe ser aplicado en dos direcciones. Los poderes públicos no pueden imponer a los ciudadanos, ni amenazarles con imponerles, penas que menoscaben inútil, innecesaria o excesivamente sus bienes constitucionalmente protegidos. Pero tampoco pueden desprotegerlos inútil, innecesaria o excesivamente. No pueden omitir medidas punitivas que son útiles, necesarias y proporcionadas para prevenir el menoscabo de esos mismos intereses. Al ejercer su *ius puniendi*, el Estado debe respetar así una prohibición de exceso y otra de defecto, prohibiciones que constituyen las dos caras de la misma moneda: el mandato de proporcionalidad.

5.5. DISCRECIONALIDAD Y DEFERENCIA EN LA DETERMINACIÓN DEL JUSTO EQUILIBRIO. SEGUNDA ASIMETRÍA

Las autoridades competentes para ejercer el *ius puniendi* tienen un muy amplio margen de apreciación para determinar el nivel de protección penal que logra un justo equilibrio entre todos los derechos e intereses implicados. Dicho con otras palabras, los tribunales encargados de revisar sus decisiones en esta materia deben mostrar hacia ellas un elevado grado de deferencia. Deben considerarlas equilibradas siempre que se mantengan dentro de un amplio espacio, en el que caben varias soluciones constitucionalmente lícitas.

En la práctica, el Tribunal Constitucional se ha mostrado manifiestamente deferente al enjuiciar leyes penales (*vid*. Lascuraín, 2012). A su parecer, el legislador dispone en esta materia de un «amplio margen de libertad, que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática» (SSTC 55/1996, FJ 6; y 161/1997, FJ 9)[20]. En sentido similar, el TEDH ha señalado en numerosas ocasiones que las autoridades nacionales «gozan en principio de una amplia discrecionalidad en asuntos de política penal»[21].

Este margen de maniobra se justifica al menos por las siguientes tres razones: (i) el legislador dispone de mejores posibilidades cognoscitivas que los tribunales para ponderar acertadamente los costes y beneficios esperados de las medidas penales; (ii) la mayor legitimidad democrática del legislador hace que sus ponderaciones sean mucho más aceptables por los ciudadanos que las de los tribunales; (iii) esa misma legitimidad democrática y el carácter participativo y transparente del procedimiento legislativo hacen que el riesgo de que el legislador adopte soluciones desequilibradas sea, en términos generales, menor que el riesgo de que los tribunales hagan lo propio (cfr. Iglesias Vila, 2024; Doménech, 2024).

También a los tribunales penales debe reconocérseles un cierto margen de apreciación en esta materia, principalmente porque las garantías de su independencia, sus procedimientos de actuación, su cercanía a los hechos y su especialización les ponen en una óptima situación para aplicar correctamente la legislación penal en cada caso concreto.

Ahora bien, ese margen de apreciación no es infinito, pues de otra manera los derechos fundamentales quedarían completamente a merced del legislador y de los jueces penales. De ahí que el Tribunal Constitucional haya señalado que no ha de «renunciar a todo control material sobre la pena, ya que el ámbito de la legislación penal no es un ámbito constitucionalmente exento» (STC 55/1996, FJ 6). Y que el TEDH, como ya sabemos,

haya ejercido varias veces un control análogo en sentido condenatorio. Si ambos tribunales renunciaran completamente a enjuiciar la proporcionalidad de las leyes penales y su aplicación, el peligro de que el legislador y los jueces adoptaran en esta materia decisiones desproporcionadas, por exceso o por defecto, se volvería seguramente demasiado elevado. Para enervar tal peligro, vale la pena otorgar a dichos tribunales un limitado y deferente poder de control, a pesar de los riesgos que este entraña. El riesgo de que cometan errores o incurran en un cierto activismo al ejercer ese poder es mucho menos grave que el peligro de excesos punitivos y de impunidad que la absoluta falta de control generaría.

Por lo demás, cabe sostener que en este punto existe una cierta *asimetría* entre los derechos fundamentales frente a la intervención penal y los derechos fundamentales a la protección penal.

Cuanto mayor es el riesgo de que un sujeto adopte decisiones desacertadas, más desaconsejable resulta dejarle un amplio margen para decidir y, por lo tanto, menos conviene que los encargados de controlar esas decisiones se muestren deferentes hacia ellas. La amplitud del margen de maniobra que ha de reconocerse a una autoridad y el correlativo grado de deferencia con el que han de enjuiciarse sus decisiones deberían ser menores cuanto mayor sea el riesgo de que estas sean equivocadas (Doménech, 2024).

Pues bien, en la medida en que, como ya hemos visto, el riesgo de que el legislador y los jueces incurran en excesos punitivos es normalmente más elevado que el peligro de que no adopten medidas de protección penal suficientes, cabe afirmar que los tribunales deben mostrarse normalmente menos deferentes, más estrictos, al controlar si una medida penal incurre en desproporción por exceso que a la hora de juzgar si la omisión de una medida tal resulta desproporcionada por defecto.

Ello no quita que, en determinadas circunstancias, el riesgo de desproporción por defecto resulte muy elevado y, en consecuencia, haya que enjuiciar entonces de manera especialmente rigurosa y menos deferente si las autoridades competentes han cumplido sus obligaciones positivas de protección penal derivadas de los derechos fundamentales.

5.6. GARANTÍAS FORMALES. TERCERA ASIMETRÍA

Las medidas limitativas de los derechos fundamentales defensivos deben respetar ciertas reglas formales para ser conformes con la Constitución y el CEDH. En primer lugar, han de estar previstas en una norma con rango de ley y predeterminadas normativamente con un grado suficiente de detalle como para que los ciudadanos sepan a qué atenerse y las autoridades no gocen de una excesiva discrecionalidad para imponerlas en cada caso (art. 53.1 CE)[22].

En segundo lugar, las medidas deben haber sido preparadas a través de un procedimiento adecuado, que garantice que la decisión finalmente adoptada logra un justo equilibro entre todos los derechos e intereses concurrentes (*vid.* Doménech, 2006b: 181-189; Brems y Lavrysen, 2013; Arnardóttir, 2017). En ese procedimiento deben investigarse y ponderarse adecuadamente todas las circunstancias relevantes para tomar una decisión

equilibrada. Los individuos afectados deben tener, en principio, la posibilidad de participar en el proceso decisorio, lo que incluye la posibilidad de acceder a la información relevante disponible y de impugnar las decisiones resultantes[23]. Cuando se trata de cuestiones complejas de política ambiental, económica o social, puede ser necesario realizar investigaciones y estudios apropiados, con el fin de evaluar y prevenir las consecuencias que pueden tener las alternativas barajadas sobre los derechos e intereses afectados[24]. En determinadas circunstancias, la correspondiente decisión debe ser tomada o autorizada por un órgano jurisdiccional (v. gr., arts. 18.2, 18.3, 20.5, 22.4 y 25.3 CE).

En tercer lugar, las medidas deben ser motivadas. La autoridad que ha tomado la correspondiente decisión debe justificarla «utilizando datos detallados y rigurosos»[25]. Debe expresar las razones que justifican la restricción y que le han llevado a imponerla, razones que, obviamente, deben ser lo suficientemente sólidas a estos efectos[26].

En mi opinión, aquí existe otra *asimetría* entre los derechos fundamentales de defensa contra la intervención penal del Estado y los derechos fundamentales a obtener del Estado protección penal: sólo en determinadas circunstancias las limitaciones del contenido *prima facie* de estos últimos derechos requieren el cumplimiento de las referidas garantías.

La razón a la que obedece esta diferencia es bien sencilla. Como ya hemos visto, el riesgo de que el Estado incurra en una desproporción por exceso al ejercer su *ius puniendi* es normalmente mayor que el riesgo de que cometa una desproporción por defecto al desproteger penalmente bienes fundamentales. Cabe pensar que ese riesgo de exceso es siempre lo suficientemente elevado como para que merezca la pena obligar a las autoridades competentes a observar las referidas reglas formales con el fin de enervarlo. Por el contrario, el riesgo de defecto será muchas veces demasiado escaso como para que salga a cuenta incurrir en los costes que entraña el cumplimiento de tales reglas.

No resulta factible, por ejemplo, que todos los casos en los que se deja sin protección penal un bien fundamental estén previstos pormenorizadamente en una norma con rango ley elaborada a través de un procedimiento en el que se hayan analizado mediante estudios científicos las ventajas y desventajas de la desprotección y, además, que el legislador exprese, utilizando datos detallados y rigurosos, las razones que la justifican. Hay muchos supuestos en los que la desprotección penal de ciertos bienes representa un escaso riesgo de lesión para estos y en los que, por consiguiente, no sale a cuenta conjurar dicho riesgo mediante el cumplimiento de tales garantías formales, pues los costes de observarlas exceden de sus beneficios.

Téngase en cuenta, además, que los casos en los que algún bien fundamental está protegido penalmente deberían ser y de hecho son mucho menos numerosos que los casos en los que no existe esa protección. Habida cuenta de los elevadísimos costes sociales que conlleva la imposición de sanciones penales, sólo excepcionalmente resulta proporcionado recurrir a ellas. De ahí que no resulte excesivamente gravoso que el Estado cumpla dichas garantías cada vez que ejerce su *ius puniendi*, pues este debería ejercerse sólo en ocasiones excepcionales. En cambio, sería mucho más gravoso, seguramente demasiado, que el Esta-

do observara dichas garantías cada vez que no ejerce tal poder, pues esto último acontece con mucha mayor frecuencia.

Con todo, hay también casos en los que el riesgo de desproporción por defecto resulta lo suficientemente grave como para que las autoridades que deciden desproteger penalmente un bien fundamental vengan obligadas para ello a cumplir las referidas garantías formales. Tal ocurre al menos en los dos supuestos siguientes:

En primer lugar, cuando el legislador reduce la protección penal que hasta ahora venía dispensando a un bien fundamental. Esta decisión debe plasmarse, obviamente, en una norma provista del mismo rango legal que tenía la norma que se pretende derogar. Además, resulta razonable exigir al legislador que prepare su decisión a través de un procedimiento adecuado y que la motive, expresando las razones que justifican la reducción.

En segundo lugar, las autoridades encargadas de aplicar una ley penal que protege bienes fundamentales deben respetar las referidas garantías formales cuando tengan conocimiento de sospechas fundadas indicativas de que concurre el supuesto de hecho previsto en dicha ley para su aplicación. Entonces deben llevar a cabo el debido proceso con el fin de tomar una decisión equilibrada, así como expresar las razones por las cuales no procede imponer la correspondiente sanción establecida por la ley ni continuar realizando ulteriores actividades conducentes a la investigación de los hechos y el enjuiciamiento de los eventuales culpables. Y esas razones, obviamente, deben ser suficientemente sólidas para justificar la desprotección penal en el caso concreto, teniendo en consideración las circunstancias concurrentes relevantes a estos efectos[27].

Sirva como ejemplo la antes citada STEDH de 12 de diciembre de 2023 (*Vuckovic c. Croacia*, 15798/20). Recordemos que aquí se declara una vulneración de los derechos reconocidos en los artículos 3 y 8 del CEDH en un caso en el que la pena de diez meses de privación de libertad que se le había impuesto a un compañero de trabajo de la reclamante por agredirla sexualmente había sido conmutada en apelación por una pena de trabajos en servicio de la comunidad.

El TEDH recuerda que, «aunque no existe una obligación absoluta de que todos los procesos penales resulten en una condena o en una sentencia específica, los tribunales nacionales no deben, en ninguna circunstancia, estar dispuestos a permitir que los ataques graves a la integridad física y mental queden impunes, ni permitir que delitos graves sean sancionados con sanciones excesivamente leves» (§ 52). Y señala que «el punto importante que el [TEDH] ha de revisar [a estos efectos] es si y en qué medida los tribunales [nacionales], para tomar su decisión, han sometido el caso a un escrutinio cuidadoso de todas las consideraciones relevantes para resolverlo».

Pues bien, el TEDH estima que los tribunales croatas efectuaron un escrutinio deficiente. De un lado, soslayaron circunstancias (agravantes) relevantes para resolverlo de acuerdo con la legislación croata. De otro, el tribunal de apelación conmutó la pena «sin dar razones adecuadas», de manera incoherente con la gravedad de los hechos y «sin considerar en modo alguno los intereses de la víctima».

5.7. CONFIGURACIÓN DEL PROCESO DE APLICACIÓN DE LA NORMA PENAL. CUARTA ASIMETRÍA

La posición de la víctima en el proceso penal no es simétrica a la del reo (STC 141/2006, FJ 3; Isensee, 2019:264; Tomás-Valiente, 2021). Aquí hay numerosas normas que favorecen a este último, como, por ejemplo, la que establece su derecho a la presunción de inocencia, en virtud del cual sólo se le puede condenar si su culpabilidad queda acreditada más allá de toda duda razonable.

Hay al menos dos buenas razones por las cuales el proceso penal está diseñado asimétricamente en favor del reo. De un lado, y como ya sabemos, el peligro de exceso es aquí normalmente más grave que el peligro de defecto. Con ese diseño asimétrico se trata de prevenir especialmente el riesgo de que los agentes estatales se excedan en su propio beneficio y a costa del reo cuando ejercen el *ius puniendi* (Hylton y Kahnna, 2007).

De otro lado, se trata también de evitar sobre todo los falsos positivos (los castigos erróneos) antes que los falsos negativos (las omisiones de castigo erróneas), en atención a que los primeros son socialmente más costosos que los segundos (Miceli, 2009). Este mayor coste se explica, a su vez, cuando menos por dos causas. La primera es que los falsos positivos menoscaban en mayor medida la eficacia disuasoria de las leyes penales. Ambos tipos de errores reducen esta eficacia: las condenas erróneas minoran el atractivo de cumplir la ley, mientras que las absoluciones erróneas aumentan el atractivo de incumplirla. Si todos fuéramos neutrales frente al riesgo y las pérdidas, los dos tipos de errores reducirían en la misma medida dicha eficacia disuasoria (Png, 1986). Si, por el contrario, partimos de la hipótesis, más realista que la anterior, de que somos aversos al riesgo y a las pérdidas, entonces cabe concluir que los falsos positivos reducen la disuasión en mayor medida que los falsos negativos. Dicha aversión hace que la reducción de utilidad que a una persona le ocasiona un castigo injusto sea mayor que el incremento de utilidad que esa misma persona experimenta en caso de que se libre por un error de un castigo justo de la misma magnitud (Rizzolli y Stanca, 2012).

En segundo lugar, los falsos positivos son, *ceteris paribus*, más costosos que los falsos negativos como consecuencia de los costes que para el condenado y el resto de la sociedad implica el cumplimiento de las penas (sobre todo de las privativas de la libertad). Ambos tipos de errores reducen la eficacia disuasoria del sistema penal, pero los castigos erróneos generan, además, los costes que implica su aplicación (Rizzolli y Saraceno, 2013).

5.8. REMEDIOS. QUINTA ASIMETRÍA

De los derechos fundamentales derivan dos tipos de normas jurídicas: normas primarias, que obligan directamente a ciertas personas a comportarse de una determinada manera; y normas secundarias, que prevén ciertas consecuencias jurídicas o remedios para los casos en los que una norma primaria haya sido infringida. Estas consecuencias pueden ser alguna o algunas de las siguientes:

(i) *Declaración* del derecho considerado y de su vulneración. Este remedio consiste en que una autoridad declara oficialmente cometida la infracción del derecho de que se trata. Esta declaración puede no sólo proporcionar una cierta satisfacción moral a la víctima, sino también producir efectos informativos, políticos y reputacionales que contribuyen a prevenir infracciones futuras.

(ii) *Restablecimiento* de las cosas a su estado conforme al derecho. Aquí se trata de modificar la realidad para dejar al titular del derecho vulnerado en la misma situación en la que esta persona se hubiera encontrado si no se hubiera producido la vulneración. Conviene resaltar que el restablecimiento no es una consecuencia jurídica necesaria de la violación de un derecho fundamental. Adviértase que el art. 55.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) no obliga a que las sentencias estimatorias de recursos de amparo dispongan siempre el «restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación». Este precepto confiere al Tribunal Constitucional una cierta discrecionalidad para configurar los efectos jurídicos de tales sentencias. Cabe, por ejemplo, que en ellas se condene a la autoridad autora de la infracción a tomar medidas «de compensación sustitutoria con finalidad reparadora» (STC 221/2004, FJ 5, relativa al derecho de acceso a la función pública).

(iii) *Resarcimiento* de los daños causados a la víctima. Este remedio consiste en otorgar a la persona titular del derecho vulnerado una determinada cantidad de dinero (u otro bien equivalente) con el fin de compensar la pérdida de bienestar sufrida como consecuencia de la vulneración. Este remedio cumple una importante función preventiva. La amenaza de tener que resarcir da a los potenciales infractores incentivos económicos para no vulnerar los derechos implicados. Además, reduce los incentivos que pudieran tener las potenciales víctimas para tomar medidas de «autodefensa» socialmente disvaliosas y dirigidas a evitar daños que, a falta de este remedio, quedarían sin compensación.

(iv) *Sanción*. Aquí se trata de infligir un mal al infractor con la finalidad principal de disuadir la comisión de infracciones futuras similares.

También aquí existe, en mi opinión, una *asimetría* entre los derechos fundamentales a obtener la protección penal del Estado y los derechos fundamentales de defensa contra la intervención penal del Estado.

Uno de los remedios típicamente utilizados cuando se vulneran estos últimos es el restablecimiento de las cosas a su estado conforme a Derecho. Cuando se declara la inconstitucionalidad de una ley o de una resolución que vulnera los derechos fundamentales que los ciudadanos tienen frente al ejercicio del *ius puniendi* estatal, normalmente hay que tomar las medidas necesarias para que los titulares de los derechos efectivamente vulnerados queden, en la medida de lo posible, en la misma la situación en la que se hubieran encontrado si no se hubiera producido la vulneración.

En nuestro ordenamiento jurídico, si se declara la inconstitucionalidad de una ley sancionadora, cabe incluso revisar los procesos fenecidos mediante sentencia firme en los que se aplicó dicha ley si, como consecuencia de su invalidez, resultara una reducción de la sanción impuesta o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad penal (art. 40.1 LOTC). Por ejemplo, las personas a las que se les impuso una multa en aplicación de una ley inconstitucional tienen derecho a que se les devuelvan con intereses las cantidades pagadas en su virtud. Quienes están cumpliendo una pena privativa de libertad en aplicación de una ley que acaba de ser declarada inconstitucional pueden reclamar su liberación inmediata.

El resarcimiento suele tener en estos casos un papel subsidiario. En principio, se resarcen los daños sufridos por la víctima sólo cuando no es posible restablecerla plenamente en la situación en la que hubiera estado de no haberse producido la vulneración. La razón es que el restablecimiento constituye aquí un remedio más eficiente que el resarcimiento, en la medida en que sólo el primero evita los considerables costes sociales que conllevaría el cumplimiento de la sanción, máxime cuanto esta es ilícita.

Imaginemos, por ejemplo, que se anula la ley en virtud de la cual se impuso una pena privativa de libertad que hoy todavía está pendiente de ejecución. Ningún sentido tendría obligar al reo a cumplir la pena impuesta y, a continuación, indemnizarlo por los daños que el cumplimiento le haya ocasionado. No ejecutar la pena es obviamente preferible, tanto para el reo como para el resto de la sociedad. Lo primero, porque el daño derivado de la privación de libertad constituye para el penado una pérdida de bienestar que seguramente el dinero no puede compensar, por lo que la indemnización no sería plena. Lo segundo, porque no ejecutar la pena evita ciertas externalidades que esta produce para terceras personas (v. gr., los familiares del penado) y, además, ahorra a los contribuyentes los considerables costes que entrañarían su cumplimiento y la subsiguiente indemnización del penado.

El restablecimiento, en cambio, no es normalmente un remedio adecuado para la violación de los derechos a obtener la protección penal del Estado. No lo es, desde luego, cuando la violación consiste en que el legislador ha omitido criminalizar una conducta o la ha conminado con una sanción insuficiente. Imaginemos que al legislador se le ha «olvidado» tipificar como delito una acción que lesiona gravemente la integridad física y la libertad sexual de ciertos menores de edad y que, sin duda alguna, merece un castigo severo. Imaginemos que, después de que los tribunales ordinarios hayan absuelto, en virtud del principio de legalidad penal, a una persona que realizó la conducta en cuestión, la víctima de la lesión interpone recurso de amparo por considerar que el Estado ha incumplido sus obligaciones positivas de protección penal derivadas de lo dispuesto en el artículo 15 CE. Si estima el recurso, el Tribunal Constitucional debería declarar la violación del derecho invocado, pero no tratar de cambiar la realidad para dejarla en la situación en la que se hubiera encontrado si el legislador y los tribunales penales hubieran cumplido las referidas obligaciones.

Parece claro, en primer término, que aquí el Tribunal Constitucional no debería establecer directamente la norma penal que se echa en falta. Esta norma debería ser aprobada por el legislador, pues la composición del parlamento, su legitimidad democrática, sus

posibilidades cognoscitivas y el carácter transparente y participativo de sus procedimientos de producción normativa le colocan en una situación mucho mejor que la del Tribunal Constitucional para establecer la concreta norma penal que logre un justo equilibrio entre todos los derechos e intereses concurrentes. El legislador, según hemos visto, goza de un amplio margen de discrecionalidad a estos efectos.

Resulta obvio, en segundo término, que el Tribunal Constitucional tampoco debería sancionar ni ordenar que se sancione a la persona que fue acusada en el proceso de que trae causa el recurso de amparo. En la medida en que la acción del reo no constituía delito según la legislación vigente en el momento de su realización, condenarlo por ella infringiría el principio de legalidad (art. 25.1 CE). Semejante sanción resultaría también seguramente desproporcionada. De un lado, porque los efectos disuasorios derivados de castigar al autor de una acción que no ha sido tipificada previamente como infracción en una ley son seguramente muy escasos: muchos ciudadanos pueden realizarla por considerar razonablemente que no van a ser castigados por ello. De otro lado, esas sanciones producirían muy probablemente un pernicioso «efecto desaliento»: si los ciudadanos saben que se les puede sancionar por acciones que en el momento de su comisión no constituían infracciones de acuerdo con la legislación vigente, muchos de ellos pueden, con el fin de evitar el riesgo de una futura sanción, abstenerse de realizar conductas que en realidad son socialmente deseables. Finalmente, la eventual tramitación de un nuevo proceso penal dirigido a castigar al reo violaría el principio constitucional *non bis in idem* en su vertiente procesal, que prohíbe que una persona sea sometida a dos o más procedimientos penales, por los mismos hechos y sobre la base del mismo fundamento jurídico.

El restablecimiento tampoco constituye un remedio adecuado en algunos casos en los que las autoridades han incumplido sus obligaciones de aplicar correctamente la legislación penal, esto es, de investigar los hechos, perseguir a los culpables, enjuiciarlos e imponerles una sanción proporcionada. El restablecimiento consistiría aquí en que las autoridades competentes realizasen correctamente las actividades que en su día omitieron o desarrollaron defectuosamente. Pues bien, este remedio resulta sumamente cuestionable si para implementarlo hay que dirigir un nuevo proceso penal contra un reo que ya fue acusado en un procedimiento previo que terminó mediante resolución firme. Esta reiteración vulneraría el referido *non bis in idem* procesal. De ahí que pueda considerarse que el restablecimiento es improcedente en tales circunstancias (Doménech, 2006a: 366; Tomás-Valiente, 2017: 40 y 41).

Por ello, el Tribunal Constitucional ha estimado que, «cuando se haya acudido a la vía penal como medio de reacción contra las vulneraciones de los derechos fundamentales de carácter sustantivo y dichos órganos jurisdiccionales no hayan dictado sentencia condenatoria», «no cabe la retroacción de actuaciones para celebrar un nuevo juicio penal, como consecuencia del otorgamiento del amparo por vulneración de derechos fundamentales de carácter sustantivo, pues con ello se arroja sobre el reo la carga y la gravosidad de un nuevo enjuiciamiento» (SSTC 9/2024, 189/2004 y 285/2005). En este escenario, el pronunciamiento de la sentencia de amparo debe ser puramente declarativo, lo cual puede no sólo proporcionar una cierta «reparación moral» a la víctima, sino también «ser potencial-

mente generador de una futura indemnización» (SSTC 218/1997, 21/2000, 232/2002 y 189/2004)[28]. En cambio, cuando los derechos vulnerados son «procesales» (los reconocidos en el art. 24 CE), el Tribunal no tiene reparo en ordenar la retroacción de actuaciones a fin de que se tramite un nuevo proceso penal (entre otras, SSTC 16/2001, 115/2001, 178/2001, 63/2002, 34/2008, 106/2011 y 87/2020), lo cual es ciertamente cuestionable (Doménech, 2006a: 342 y 343). De hecho, también en alguna ocasión en la que se había vulnerado un derecho procesal, el Tribunal ha estimado que no ordenar la retroacción constituía una solución ponderada y razonable (STC 23/2016).

Nótese, en fin, que las sentencias del TEDH que aprecian el incumplimiento de obligaciones estatales de protección penal concluyen con un pronunciamiento declarativo de la violación de los derechos correspondientes y, por lo general, también con una condena al Estado a pagar a la víctima una cantidad de dinero en concepto de «satisfacción equitativa» (art. 41 CEDH).

6. CONCLUSIONES

De los derechos fundamentales se derivan para el Estado no sólo obligaciones negativas de abstenerse de inferir en ellos mediante el ejercicio de su *ius puniendi*, sino también obligaciones positivas de protegerlos penalmente, tipificando como infracción las conductas que los lesionen, investigando los hechos, persiguiendo a los culpables, procesándolos, condenándolos y castigándolos. Así lo han declarado en numerosas sentencias, entre otros, el TEDH y el Tribunal Constitucional español. Así se desprende de una interpretación literal, teleológica y atenta a la realidad social actual de los preceptos constitucionales y convencionales que consagran tales derechos.

Los argumentos esgrimidos para criticar la existencia de esas obligaciones no son convincentes. Tales obligaciones no implican necesariamente un menoscabo de los derechos fundamentales, sino que, muy al contrario, en principio contribuyen a garantizar su goce real y efectivo.

El legislador democrático dispone de un amplio margen para concretar las obligaciones, ora positivas, ora negativas, que se deducen de los derechos fundamentales, pero este margen no es infinitamente amplio, y el Tribunal Constitucional debe poder verificar si ha sido rebasado o no. Los beneficios que de este control judicial limitado y deferente se derivan para la satisfacción de los bienes jurídicos protegidos por los derechos fundamentales son seguramente superiores a los costes que dicho control supone desde el punto de vista del principio democrático.

Los criterios que hay que utilizar para determinar si el Estado ha cumplido sus obligaciones positivas de protección derivadas de los derechos fundamentales son análogos a los criterios empleados para juzgar si ha hecho lo propio con sus obligaciones negativas. No obstante, entre los derechos fundamentales a obtener la protección penal del Estado y los derechos fundamentales que los ciudadanos tienen frente al ejercicio por parte del Estado

de su poder sancionador existe una cierta asimetría, que se justifica principalmente porque el peligro de que ese poder se ejerza en exceso es, en líneas generales, mayor que el riesgo de que se ejerza insuficientemente.

Esta asimetría se manifiesta en varios puntos. (i) En materia penal, las obligaciones positivas que los derechos fundamentales imponen al Estado tienen menor alcance e intensidad que las obligaciones negativas. (ii) Al controlar el cumplimiento de las primeras, los tribunales deberían mostrarse normalmente más deferentes que al hacer lo propio respecto de las segundas. (iii) La decisión de desproteger penalmente un bien iusfundamental —es decir, de limitar los derechos fundamentales a la tutela penal— no siempre debe adoptarse observando las mismas garantías formales que el Estado debe respetar cuando restringe derechos fundamentales mediante el ejercicio activo de su *ius puniendi*. (iv) La configuración de esas garantías también debe ser distinta. El proceso de aplicación de la legislación penal debe estar y de hecho está asimétricamente diseñado en favor del reo, con el fin de evitar especialmente el castigo excesivo, antes que el castigo insuficiente. (v) Las consecuencias jurídicas del incumplimiento de las referidas obligaciones también deben ser diferentes.

NOTAS

1. Art. 12 de la Constitución de New Hampshire de 31 de octubre de 1783. Las Constituciones de Pennsylvania de 28 de septiembre de 1776 (parte I, art. VIII) y Vermont de 8 de julio de 1777 (cap. I, art. IX) proclaman que «*every member of society has a right to be protected in the enjoyment of life, liberty and property*». La Constitución de Massachusetts de 25 de octubre de 1780 establece que «*each individual of the society has a right to be protected by it in the enjoyment of his life, liberty and property, according to standing laws*» (parte I, art. X).

2. STEDH de 21 de junio de 1988 (*Plattform "Ärzte für das Leben"*, 10126/82, § 32).

3. STEDH de 28 de julio de 1998 (*Ergi*, 23818/94, § 79). La STEDH de 20 de diciembre de 2004 (*Makaratzis*, 50385/99, § 60) habla de «minimizar en la mayor extensión de lo posible cualquier riesgo para [la] vida». La STEDH de 6 de julio de 2005 (*Nachova y otros*, 43577/98 y 43579/98, § 103) declara el incumplimiento de la «obligación de minimizar el riesgo de pérdida de la vida».

4. SSTEDH de 9 de junio de 1998 (*L. C. B.*, 23413/94, § 36), 29 de abril de 2003 (*Iglesias Gil y A.U.I.*, 56673/00, § 52) y 26 de junio de 2003 (*Maire*, 48206/99, § 73).

5. *Vid.* el voto particular de los magistrados Rupp von Bruneck y Simon a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 25 de febrero de 1975 (BVerfGE 39, 1, 73).

6. SSTEDH de 26 de julio de 2005 (*Siliadin c. Francia*, 73316/01) y 30 de marzo de 2017 (*Chowdury y otros c. Grecia*, 21884/15).

7. SSTEDH de 7 de enero de 2010 (*Rantsev c. Chipre y Rusia*, 25965/04) y 21 de enero de 2016 (*L.E. c. Grecia*, 71545/12).

8. SSTEDH de 26 de marzo de 1985 (*X e Y c. Países Bajos*, 8978/80) y 4 de diciembre de 2003 (*M.C. c. Bulgaria*, 39272/98). *Vid.*, también, García Ortiz (2024).

9. STEDH de 28 de mayo de 2013 (*Eremia y otros c. Moldavia*, 356/11).

10. STEDH de 7 de octubre de 2014 (*Begheluri y otros c. Georgia*, 28490/12).

11. SSTEDH de 2 de noviembre de 2004 (*Abdülsamet Yaman c. Turquía*, 32446/96), de 10 de marzo de 2009 (*Turan Cakir c. Bélgica*, 44256/06) y de 5 de enero de 2010 (*Paduret c. Moldavia*, 33134/03).

12. SSTEDH de 20 de diciembre de 2017 (*Nikolova y Velichkova c. Bulgaria*, 7888/03), 8 de abril de 2008 (*Alí y Ayse Duran c. Turquía*, 42942/02), 17 de octubre de 2006 (*Okkali c. Turquía*, 52067/99), 4 de noviembre de 2010 (*Darraj c. Francia*, 34588/07) y 1 de junio de 2010 (*Gäfgen c. Alemania*, 22978/05).

13. SSTEDH de 26 de abril de 2011 (*Enukidze y Girgvliani c. Georgia,* 25091/07, § 274) y 18 de julio de 2019 (*Vazagashvili y Shanava c. Georgia*, 50375/07, § 92).

14. La expresión «prohibición de defecto» (*Untermaßverbot*) es de origen alemán. Fue acuñada por Canaris (1984: 228) y recibida por la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 28 de mayo de 1993 (BVerfGE 88, 203, 254). Sobre el tema, *vid.*, por todos, Tzemos (2004), Rassow (2005) y Störring (2008).

15. SSTEDH de 21 de febrero de 1990 (*Powell y Rayner*, 9310/81, § 41), 25 de noviembre de 1994 (*Stjerna*, 19131/91, § 38), 22 de abril de 1997 (*X., Y. y Z.*, 21830/93, § 41) y 11 de julio de 2000 (*Ciliz*, 29192/95, § 61).

16. *Vid.*, por ejemplo, la STEDH de 27 de noviembre de 1995 (*McCan y otros c. Reino Unido*, 18984/91).

17. *Vid.*, por ejemplo, la STEDH de 9 de abril de 2024 (*Verein Klimaseniorinnen y otros c. Suiza*, 53600/20, §§ 460-505), comentada por Ruiz Prieto (2024).

18. *Vid.*, entre otras, las SSTEDH de 17 de octubre de 1986 (*Rees*, 9532/81, § 35), 7 de julio de 1989 (*Gaskin*, 10454/83, § 42), 21 de febrero de 1990 (*Powell y Rayner*, 9310/81, § 41), 9 de diciembre de 1994 (*López Ostra*, 16798/90, § 51) y 9 de junio de 1998 (*McGinley y Egan*, 21825/93 y 23414/94, § 98).

19. STEDH de 27 de septiembre de 1990 (*Cossey*, 10843/84, § 37). En sentido similar, *vid.* las SSTEDH de 8 de julio de 1986 (*Lithgow y otros*, 9006/80, 9263, 9265, 9266, 9313, 9405/81, § 50), 23 de septiembre de 1998 (*Aka*, 19639/92, § 47), 28 de julio de 1999 (*Inmobiliaria Saffi*, 22774/93, § 49), 28 de octubre de 1999 (*Brumarescu*, 28342/95, § 78), 23 de noviembre de 2000 (*ex-rey de Grecia y otros*, 25701/94, § 89) y 11 de enero de 2001 (*Tanganelli*, 23424/94, § 27).

20. *Vid.*, también, la STC 116/1999 (FJ 16). En la STC 19/2023 se afirma que «el legislador goza de una amplia libertad de configuración a la hora de responder a sus deberes de protección de la vida de las personas frente a agresiones de terceros, pudiendo optar por distintos modelos integrados por unas u otras medidas protectoras de naturaleza material, organizativa o procedimental, siempre y cuando alcance el resultado tuitivo exigido por la Constitución y lo haga, además, sin interferir desproporcionadamente en el derecho a la autodeterminación del paciente ni afectar a su contenido esencial».

21. STEDH de 12 de diciembre de 2023, *Vuckovic c. Croacia*, 15798/20, § 63). *Vid.* también, entre otras, las SSTEDH de 30 de junio de 2015 (*Khoroshenko c. Rusia*, 41418/04, § 132) y 24 de enero de 2017 (*Khamtokhu and Aksenchik c. Rusia,* 60367/08, § 85).

22. *Vid.*, entre otras muchas, la STC 292/2000 (FJ 15) y la STEDH de 30 de julio de 1998 (*Valenzuela Contreras c. España*, 27671/95, §§ 49-61).

23. STEH de 10 de febrero de 2011 (*Dubetska y otros c. Ucrania*, 30499/03, § 143).

24. STEDH de 10 de noviembre 2004 (*Taşkin y otros,* 46117/99, §§ 115 y ss.).

25. STEH de 10 de febrero de 2011 (*Dubetska y otros c. Ucrania*, 30499/03, § 145).

26. *Vid.*, por ejemplo, la STC 164/2023 (FJ 2).

27. *Vid.*, *mutatis mutandis*, la STC 87/2020 (FJ 3).

28. Sobre esta doctrina y la pertinencia de revisarla precisamente a la vista de la jurisprudencia del TEDH sobre las obligaciones positivas de protección penal, *vid.* Tenorio Sánchez (2023). Sobre la posibilidad de tramitar un proceso penal cuando ya se ha tramitado, por los mismos hechos y contra la misma persona, un procedimiento administrativo que ha concluido con una sanción «insuficiente», *vid*. la STC 2/2003 y la jurisprudencia del TEDH analizada críticamente por Bueno Armijo (2022).

BIBLIOGRAFÍA

Akandji-Kombe, Jean François (2007): *Positive obligations under the European Convention on Human Rights. A guide to implementation of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg: Council of Europe.

Alexy, Robert (1994): *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Ambos, Kai (2020): «Derecho penal y Constitución: ¿existe una pretensión al establecimiento de leyes penales, persecución penal e imposición de pena?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 22(15), 1-27.

Arnardóttir, Oddný Mjöll (2017): «The "procedural turn" under the European Convention on Human Rights and presumptions of Convention compliance», *International Journal of Constitutional Law*, 15(1), 9-35.

Arzoz, Xabier (2014): *La concretización y actualización de los derechos fundamentales,* Madrid: CEPC.

Balta, Alina (2020): «Retribution through Reparations? The European Court of Human Rights on Moral Damages», en Laurens Lavrysen y Natasa Mavronicola (eds.): *Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford: Hart Publishing, 71-92.

Bascuñán Rodríguez, Antonio (2007): «Derechos fundamentales y Derecho penal», *Revista de Estudios de la Justicia*, 9, 47-74.

Bilbao Ubillos, Juan M.ª (1997): *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*, Madrid: CEPC.

Brems, Eva y Lavrysen, Laurens (2013): «Procedural Justice in Human Rights Adjudication: The European Court of Human Rights», *Human Rights Quarterly*, 35(1), 176-200.

Bueno Armijo, Antonio (2022): «La esperada rectificación de la doctrina sobre el *ne bis in idem* procesal del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en M. A. Calzadilla Medina y R. Martinón Quintero (dirs.), *El Derecho de la Unión Europea ante los objetivos de desarrollo sostenible*, Valencia: Tirant lo Blanch, 677-698.

Bustos Rubio, Miguel: «Aporofobia, motivos discriminatorios y Derecho Penal», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 04(23).

Caamaño Domínguez, Francisco (2003): *La garantía constitucional de la inocencia,* Valencia: Tirant lo Blanch.

Canaris, Claus Wilhem (1984): «Grundrechte und Privatrecht», *Archiv für die civilistische Praxis*, 184, 201-246.

Congleton, Roger D. (2004): «The Median Voter Model», en Charles K. Rowley y Friedrich Schneider (eds.), *Encyclopedia of Public Choice*, New York: Kluwer, 707-712.

Corcoy Bidasolo, Mirentxu (2012): «Expansión del Derecho penal y garantías: entre la realidad y el deseo», *Revista de Derechos Fundamentales*, 8, 45-76.

Doménech Pascual, Gabriel (2006*a*): «Los derechos fundamentales a la protección penal», *Revista Española de Derecho Constitucional,* 78, 333-372.

— (2006*b*): *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos. El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*, Madrid: CEPC.

— (2024): «La estructura del control de la discrecionalidad», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 9, 7-38.

Engle, Karen (2015): «Anti-Impunity and the Turn to Criminal Law in Human Rights», *Cornell Law Review,* 100(5), 1069-1127.

Farnsworth, Ward (2007): *The Legal Analyst t: A Toolkit for Thinking about the Law*, Chicago: Chicago University Press.

Florio, Marco Edgardo (2023): «Struggle in favour of a criminal law as an 'ultima ratio': considerations on the expansion of criminal law from a European and supranational perspective», 13(2), 135-164.

García De La Torre García, Faustino (2024): *Las obligaciones estatales de tutela penal de los derechos fundamentales. Entre el deber de protección y los límites del Derecho penal,* Valencia: Tirant lo Blanch.

García Ortiz, Andrea (2024): «Violencia sexual y obligaciones de tutela penal: una aproximación desde la jurisprudencia del TEDH», en Vicenta Cervelló Donderis y M.ª Asunción Colás Turégano (dirs.), *Salud mental y género: retos jurídicos y sociales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 537-576.

Giannini, Massimo Severo (1991): *El poder público,* trad. Ortega Álvarez, Madrid: Civitas.

Gil Gil, Alicia (2016): «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», *InDret*, 4, 1-36.

Heri, Corina (2020): «Shaping Coercive Obligations through Vulnerability: The Example of Domestic Violence», en Laurens Lavrysen y Natasa Mavronicola (eds.), *Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford: Hart Publishing, 93-116.

Hermes, Georg (1987): *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit: Zugleich ein Beitrag zum sozialen Grundrechtsschutz*, Heidelberg: C. F. Müller.

Hobbes, Thomas (1651) [2001]: *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, trad. Manuel Sánchez Sarto, México: FCE (Fondo de Cultura Económica).

Hylton, Keith N. y Khanna, Vikramaditya S. (2007): «A Public Choice Theory of Criminal Procedure», *Supreme Court Economic Review*, 15, 61-118.

Iglesias Vila, Marisa (2024): «Deferencia y tribunales internacionales de derechos humanos», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 9, 65-85.

Isensee, Josef (2019): «Das Strafrecht als Medium der grundrechtlichen Schutzpflicht», en *Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle*, Berlin: Duncker & Humblot, 249-278.

Kaspar, Johannes (2014): *Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz im Strafrecht: Eine Untersuchung zur Dogmatik des Übermaßverbots*, Baden-Baden: Nomos.

Krings, Günter (2003): *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche*, Berlin: Duncker & Humblot.

Lascuraín Sánchez, Juan Antonio (2012): «¿Restrictivo o deferente?», en *El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional*, *InDret*, 3.

Lavrysen, Laurens y Mavronicola, Natasa (eds.) (2020): *Coercive Human Rights: Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford: Hart Publishing.

Lazarus, Liora (2012): «Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect and Participate?», en Lucia Zedner y Julian V. Roberts (eds.), *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Andrew Ashworth*, Oxford: Oxford University Press, 135-155.

Lopera Mesa, Gloria Patricia (2004): «Los derechos humanos como mandatos de optimización», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 27, 211-246.

Mañalich Raffo, Juan Pablo (2005): «La prohibición de infraprotección como principio estructural del Derecho penal», *Revista de Derecho y Humanidades*, 11, 245-258.

Martínez Garay, Lucía (2017): «¿Seguridad jurídica o seguridad de los bienes jurídicos? Consideraciones sobre la crisis del principio de legalidad», en C. Vives Antón, E. Cuerda Arnau y C. Górriz Royo (eds.), *Acción significativa y principio de legalidad penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 267-291.

— (2020): «Terrorismo, proporcionalidad y control de constitucionalidad», en José L. González Cussac (dir.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Fernando Pérez Álvarez*, Valencia: Tirant lo Blanch, 513-532.
Miceli, Thomas J. (2009): «Criminal Procedure», en Nuno Garoupa (ed.), *Criminal Law and Economics*, Cheltenham: Edward Elgar, 125-144.
Mowbray, Alastair (2004): *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford: Hart Publishing.
Mungan, Murat C. (2017): «Over-incarceration and disenfranchisement», *Public Choice*, 172, 377-395.
Naranjo De La Cruz, Rafael (2000): *Los límites de los derechos fundamentales: Especial referencia al principio de proporcionalidad*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
Mavronicola, Natasa (2020): «Coercive Overreach, Dilution and Diversion: On the Disquieting Use of Criminal Law», en Lavrysen y Mavronicola (eds.), *Coercive Human Rights*, Oxford: Hart,183-202.
Persak, Nina (2020): «Positive Obligations in View of the Principle of Criminal Law as Ultima Ratio», en Lavrysen y Mavronicola (eds.), *Coercive Human Rights*, Oxford: Hart, 141-159.
Pinto, Mattia (2020): «Sowing a 'Culture of Conviction': Human Rights, Evidentiary Standards, and the Criminal Law», en Lavrysen y Mavronicola (eds.), *Coercive Human Rights*, Oxford: Hart, 161-182.
Png, Ivan P. L. (1986): «Optimal Subsidies and Damages in the Presence of Judicial Error», *International Review of Law and Economics*, 6(1), 101-105.
Popper, Karl R. (1945) [2000]: *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad. N. Loedel, Barcelona: Paidós.
Prieto Sanchís, Luis (1998): *Ley, principios, derechos: La lucha por el Derecho como dogmática jurídica y como teoría política*, Madrid: Dykinson.
Quintero Olivares, Gonzalo (2024): «Populismo y Derecho penal», *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 48, 281-301.
Rassow, Reinhard (2005): «Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes», *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 3, 262-280.
Rizzolli, Matteo y Saraceno, Margherita (2013): «Better that Ten Guilty Persons Escape: Punishment Costs Explain the Standard of Evidence», *Public Choice*, 155, 395-411.
Rizzolli, Matteo y Stanca, Luca (2012): «Judicial Errors and Crime Deterrence: Theory and Experimental Evidence», *Journal of Law and Economics*, 55(2), 311-338.
Ruiz Prieto, Mario (2024): «Los derechos fundamentales diacrónicos: un concepto para la dogmática penal constitucional», *Revista de Administración Pública*, 225, 215-260.
Schmitt, Carl (1927) [1996]: *Teoría de la Constitución*, trad. M. Ayala, Madrid: Alianza Editorial.
Silva Sánchez, Jesús María (2008): «¿Nullum crimen sine poena?», *Derecho Penal y Criminología*, 29(86-87), 149-172.
— (2011): *La expansión del Derecho Penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Edisofer.
Störring, Lars Peter (2008): *Das Untermaßverbot in der Diskussion: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum materiellen Rechtsschutz*, Berlin: Duncker & Humblot.
Stoyanova, Vladislava (2020): «Separating Protection from the Exigencies of the Criminal Law: Positive Obligations of the State and Criminal Law», en Lavrysen y Mavronicola (eds.), *Coercive Human Rights*, Oxford: Hart, 203-222.
— (2023): *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights: Evolution and Alternatives*, Oxford: Oxford University Press.
Tenorio Sánchez, Pedro (2023): «Aclaración de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de legalidad penal», *Revista de Derecho Político*, 117, 13-42.
Tomás-Valiente Lanuza, Carmen (2016): «Deberes positivos del Estado y Derecho penal: Reflexiones desde la jurisprudencia del TEDH», *InDret*, 3.
— (2021): «El interés de la víctima en el castigo del autor: análisis constitucional y penal», *Revista General de Derecho Penal*, 35.

— (2022): «La doctrina de las obligaciones positivas del Estado en el TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional», en Llobet Rodríguez y Ruiz Rodríguez (coords.), *Principios y garantías penales en la encrucijada*, Barcelona: Bosch, 27-82.
Tulkens, Françoise (2011): «The Paradoxical Relationship between Criminal Law and Human Rights», *Journal of International Criminal Justice*, 9, 577-595.
Tzemos, Vasileios (2004): *Das Untermaßverbot: Dogmatische Grundlagen, verfassungsrechtliche Legitimation und europäische Perspektiven*, Frankfurt am Main: Peter Lang.
Viana Ballester, Clara (2020): «Populismo punitivo y quiebra del principio de legalidad», en José L. González Cussac (dir.), *Estudios jurídicos en memoria del profesor Fernando Pérez Álvarez*, Valencia: Tirant lo Blanch, 533-552.
Viganò, Francesco (2014): «La arbitrariedad del no punir: sobre la justiciabilidad del principio de protección», *Política Criminal*, 9(18), 428-476.
Xenos, Dimitris (2012): *The Positive Obligations of the State under the European Convention on Human Rights*, London: Routledge.