

LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA PROTECCIÓN PENAL

GABRIEL DOMÉNECH PASCUAL

I. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 1. *No hay un derecho fundamental a obtener condenas penales.* 2. *Las incoherencias del Tribunal Constitucional:* A) *El deber, derivado de los derechos fundamentales, de tipificar penalmente determinadas conductas.* B) *El derecho fundamental a que los Tribunales apliquen las leyes penales.*—II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS: 1. *El derecho a la tipificación penal de ciertas conductas lesivas de los derechos humanos.* 2. *El derecho a que se apliquen efectivamente las normas que tipifican como infracción penal ciertas lesiones de los derechos humanos:* A) *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.* B) *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*—III. JUSTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA PROTECCIÓN PENAL: 1. *Tesis negativas.* A) *La objeción liberal.* B) *La objeción democrática.* 2. *Tesis que se sostiene:* A) *La existencia de derechos fundamentales a la protección estatal.* B) *La protección estatal exigible en virtud de los derechos fundamentales comprende prima facie la protección penal.*—IV. LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA PROTECCIÓN PENAL: 1. *El principio de proporcionalidad. Entre la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El justo equilibrio.* 2. *Un ejemplo: límites del restablecimiento de los derechos a la protección penal.*—V. CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

I. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. *No hay un derecho fundamental a obtener condenas penales*

El Tribunal Constitucional español, al igual que su homólogo alemán (1), ha declarado repetidamente que no hay un derecho fundamental a

(1) El Tribunal Constitucional Federal alemán, aunque en sus Sentencias de 25 de febrero de 1975 (BVerfGE 39, 1, 47) y 28 de mayo de 1993 (BVerfGE 88, 203, 251 y sigs.), relativas a

que el Estado imponga sanciones. Esta jurisprudencia se inicia, salvo error nuestro, con el ATC 228/1987. El recurrente alegaba que los Tribunales ordinarios, al considerar que la detención de que había sido objeto no era constitutiva de delito, habían violado su derecho a la seguridad personal. Tras notar que la vulneración de los derechos constitucionales puede constituir delito o falta, el ATC señala que

«ello no significa, sin embargo, que el ciudadano, cuyos derechos fundamentales hayan resultado lesionados, adquiera, en virtud de este hecho y por obra o virtud de su derecho fundamental, un derecho subjetivo a obtener la condena penal del autor de la lesión, ni menos todavía que se pueda esgrimir en sede de amparo constitucional, como lesión del derecho fundamental, la falta de un pronunciamiento penal sobre los hechos o un pronunciamiento contrario a su calificación como infracción penal. Y ello por dos tipos de consideraciones. Es la primera que la calificación de unos hechos como delito o falta sólo puede producirse tras el examen de los elementos de antijuridicidad, tipicidad y culpabilidad, temas para los cuales la competencia concierne exclusivamente a los Tribunales penales, en virtud de lo dispuesto en el art. 117 de la Constitución, sin que nos sea posible a nosotros sustituir tal calificación. Y es la segunda el que el recurso de amparo se dirige como expresamente señala la Ley Orgánica de este Tribunal en su art. 55 al restablecimiento del ciudadano en su derecho o libertad con la adopción de las medidas necesarias para su conservación, pues en esto consiste básicamente el amparo constitucional, sin que éste pueda extenderse más allá».

Estos dos argumentos son muy discutibles. El hecho de que el Tribunal Constitucional examine los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de una conducta, cuando ello es imprescindible para juzgar si los derechos fundamentales del recurrente en amparo han sido lesionados, no viola la atribución en exclusiva a los Juzgados y Tribunales del ejercicio de la potestad jurisdiccional (a esta atribución se refiere, suponemos, el Auto citado

la despenalización del aborto, afirmó que los derechos fundamentales imponen al Estado el deber de castigar penalmente ciertas conductas lesivas para los mismos, luego ha declarado reiteradamente que no hay un derecho subjetivo consagrado en la Constitución a que el Estado persiga penalmente a una determinada persona. Vid. las resoluciones de 8 de mayo de 1979 (BVerfGE 51, 176, 187), 17 de diciembre de 1992 (*NJW*, 1993, pág. 915), 21 de enero de 1993 (*NJW*, 1993, págs. 915 y 916), 31 de marzo de 1993 (*NJW*, 1993, pág. 1577), estas tres últimas relativas al caso *Erich Honecker*, 15 de octubre de 2001 (2 BvR 1423/01, § 3), 5 de noviembre de 2001 (2 BvR 1551/01, § 12), 14 de diciembre de 2001 (2 BvR 152/01, § 13), 30 de enero de 2002 (2 BvR 1451/01, § 1), 31 de enero de 2002 (2 BvR 1087/00, § 5), 28 de marzo de 2002 (2 BvR 2104/01, § 23) y 27 de agosto de 2003 (2 BvR 911/03, § 7).

cuando alude al art. 117 CE). De un lado, porque también el Tribunal Constitucional es un Tribunal. De otro, porque hay que entender que la Constitución, al atribuirle la potestad de juzgar si los derechos fundamentales del recurrente en amparo han sido lesionados y tutelarlos, le otorga al mismo tiempo todas las facultades necesarias para efectuar ese juicio y, por lo tanto, también la de revisar la calificación de los hechos efectuada por los Tribunales ordinarios, ya sean civiles, penales o de cualquier otro orden jurisdiccional. ¿Cómo si no podría el Tribunal Constitucional juzgar si se han respetado los principios de proporcionalidad, tipicidad y culpabilidad reconocidos en el artículo 25.1 CE? Sin esa facultad, el Tribunal quedaría prácticamente impedido para amparar los derechos fundamentales frente a las violaciones cometidas por los órganos judiciales. Sin una buena razón —que ni se ve ni se adivina—, no cabe suponer que la Constitución haya querido mutilar de tal manera la capacidad de tutela del Alto Tribunal. De hecho, no son pocas las sentencias de amparo que, a fin de proteger los derechos fundamentales del recurrente, revisan y corrigen la calificación penal de los hechos efectuada por las resoluciones judiciales impugnadas (2).

El segundo argumento es inaceptable, de un lado, porque 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» no es el único pronunciamiento posible en el proceso de amparo. También cabe pretender y efectuar simplemente una «declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos» y/o el «reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado» (3). De otro lado, el Tribunal Constitucional da por sentado que el derecho del recurrente «al pronunciamiento penal» no puede ser restablecido ni protegido en sede de amparo, lo cual está por demostrar.

La referida doctrina, de todos modos, ha sido reiterada en abundantes resoluciones posteriores (4). Así, quienes ejercieron la acusación particular contra

(2) Vid., entre otras, las SSTC 75/1984 (FF.JJ. 3 y sigs.), 154/1990 (FJ. 4), 85/1992 (FF.JJ. 4 y 5), 111/1993 (FJ. 5), 61/1998 (FJ. 4) y 167/2001 (FF.JJ. 3 y sigs.). Esta última, por ejemplo, dice que: «una aplicación defectuosa de la Ley penal puede implicar, eventualmente, la vulneración de un derecho constitucionalmente garantizado, protegido mediante el recurso de amparo. Cuando se alega tal cosa... este Tribunal ha de analizar, desde el punto de vista del derecho constitucionalmente garantizado, la interpretación y aplicación que el Juez ordinario ha hecho de la norma penal».

(3) Vid. el art. 55.1 LOTC.

(4) Además de las resoluciones que a continuación se citan, vid. también la STC 199/1996 (FJ. 5), que enjuicia un caso en el que el actor aducía la vulneración de su derecho a la tutela judi-

el asesino de su hija carecen de legitimación para impugnar la concesión a éste de un permiso de salida, pues «no ostentan ningún derecho ni interés legítimo en el cumplimiento de la pena en su día impuesta», ya que «el derecho a castigar (ius puniendi) lo ostenta en exclusiva el Estado» (5). El derecho de acción penal no constituye una manifestación de ningún derecho fundamental «sustantivo», sino tan sólo del derecho a la tutela judicial efectiva. Se trata, por lo tanto, de un simple derecho a que se tramite un proceso con todas las garantías, no de un derecho a obtener condenas penales (6). En correspondencia, «el sentido y alcance que haya de darse a la prescripción, en cuanto causa extintiva de la responsabilidad penal, configura una cuestión de mera legalidad», por lo que no cabe reconocer al actor un derecho fundamental a la interrupción del plazo de prescripción frente a la pasividad de los órganos jurisdiccionales competentes (7). Tanto la determinación del régimen jurídico de la prescripción penal —en especial, de sus plazos—, que corresponde al legislador, como la apreciación en cada caso concreto de la concurrencia de la prescripción, que compete a los Tribunales ordinarios, son cuestiones carentes de relevancia constitucional (8).

Una mención especial merece la STC 41/1997 (9), dictada en un caso en el que los recurrentes, integrantes de una «secta» a los que se había detenido para someterlos a un «proceso de desprogramación», impugnaban las resoluciones judiciales que habían absuelto a los responsables de las detenciones, aduciendo que esta falta de protección penal había vulnerado sus derechos fundamentales a circular libremente por el territorio nacional y a la libertad personal, religiosa, ideológica y de conciencia. El Tribunal estima que si bien «la pena puede erigirse en medio de tutela de los derechos fundamentales», este dato «por sí solo ni supone que exista un derecho fundamental a obtener

cial efectiva frente a diversas resoluciones judiciales que habían declarado procedente el archivo de una denuncia por delito ecológico.

(5) ATC 373/1989.

(6) Vid. las SSTC 83/1988 (FJ. 2), 218/1997 (FJ. 3) y 93/2003 (FJ. 3), así como el ATC 176/2001 (FJ. 4).

(7) STC 83/1989 (FJ. 2).

(8) STC 157/1990 (FJ. 4).

(9) Entre otras razones, porque luego los recurrentes en amparo acudieron al TEDH, que en su Sentencia de 14 de octubre de 1999 (*Riera Blume y otros*, 37680/97) declaró que el Estado español había vulnerado el art. 5.1 CEDH. Esta STEDH, con todo, no nos parece muy afortunada. El hecho de que ciertas personas hubiesen vulnerado los derechos fundamentales de los actores no implicaba necesariamente que los hechos constituyesen infracción penal y, por lo tanto, fuese obligado sancionarlas, como aquéllos pretendían. Vid., en este sentido, la Decisión del TEDH de 10 de mayo de 2001 (*Sola Castro*, 45905/99), dictada en un caso análogo.

la condena penal de otra persona, ni hace posible que el Tribunal Constitucional ampare las presuntas lesiones de los derechos fundamentales anulando Sentencias de fondo absolutarias y firmes dictadas por la jurisdicción penal en el ejercicio de sus competencias» (FJ. 3). Para justificar por qué no hay derechos fundamentales a la protección penal, amén de abundar en argumentos ya conocidos —*v. gr.*, los Tribunales penales son los únicos competentes para enjuiciar los hechos, interpretar la ley penal y aplicarla—, se razona que «la tutela penal no se anuda inmediatamente a la realización de cualquier conducta vulneradora de derechos fundamentales; sino que, para que pueda desplegar sus efectos, precisa la mediación de la ley, que es la que define los casos y circunstancias que dan lugar a la estimación del delito y a la aplicación de su consecuencia jurídica, la pena. La potestad punitiva, en cuanto poder concreto de castigar hechos concretos, nace, pues, de la ley, no de la Constitución»; «no existe un “principio de legalidad invertido”, esto es, un derecho fundamental de la víctima a obtener la condena penal de otro, haya o no vulnerado sus derechos fundamentales, pues éstos son derechos de libertad, e introducir entre ellos la pretensión punitiva supondría alterar radicalmente su sentido» (FJ. 4).

Para justificar por qué la sentencia de amparo no puede anular resoluciones penales de fondo absolutarias, el Tribunal aduce un primer argumento que, en nuestra opinión, resulta circular, por cuanto presupone lo que trata de demostrar: que el ciudadano «no ostenta ningún derecho a castigar», ni tiene «interés legítimo en la imposición del castigo, pues la pena pública implica, por su propia naturaleza, la exclusión de todo móvil privado en su aplicación. Y, por lo tanto, al pedir que se actúe penalmente contra un tercero no hace sino promover el ejercicio de una potestad estatal limitadora de los derechos fundamentales, en cuyo ejercicio puede tener, ciertamente, un interés (10); pero al que, por todo lo expuesto, no puede otorgársele relevancia alguna en esta sede de amparo sin desvirtuar su naturaleza y significación» (FJ. 7). En consecuencia, las sentencias penales absolutarias «en modo alguno representan ninguna resolución sobre los derechos fundamentales sustantivos de quienes ejercen la acusación» (FJ. 6). La otra razón aducida es mucho más interesante: se trataría de evitar que el reo se vea sometido a un segundo juicio, de impedir que sea víctima de la impotencia o de las equivocaciones del Estado, de evitarle las vejaciones que implicaría la situación de inseguridad resultante de la prolongación indebida, en sede de amparo, del proceso penal (FJ. 6).

(10) Un interés muy legítimo. Vid., por todos, PEÑALVER I CABRÉ (2004: 464 y sigs.).

2. *Las incoherencias del Tribunal Constitucional*

La doctrina que acaba de exponerse contradice, en mayor o menor medida, abundantes resoluciones dictadas por el propio Tribunal Constitucional. En algunas, se afirma que los derechos fundamentales obligan al legislador a tipificar penalmente determinadas conductas lesivas para los mismos. En otras, viene a sostenerse que también obligan a las autoridades competentes a aplicar correctamente las leyes penales dictadas para protegerlos.

A) *El deber, derivado de los derechos fundamentales, de tipificar penalmente determinadas conductas*

De la STC 53/1985, relativa a la despenalización del aborto, se deduce que el legislador está obligado a tipificar penalmente determinadas agresiones o amenazas para los bienes jurídicos protegidos por los derechos fundamentales. «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).

En concreto, la protección que el artículo 15 CE dispensa al *nasciturus* implica para el Estado la obligación de «establecer un sistema legal para la defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales. Ello no significa que dicha protección haya de revestir carácter absoluto; pues, como sucede en relación con todos los bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, en determinados supuestos puede y aun debe estar sujeta a limitaciones» (FJ. 7), en atención a otros bienes de rango constitucional que pueden entrar en conflicto con la vida del *nasciturus*, como la vida, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad de la mujer embarazada. «El intérprete constitucional se ve obligado a ponderar los bienes y derechos en función del supuesto planteado, tratando de armonizarlos si ello es posible o, en caso contrario, precisando las condiciones y requisitos en que podría admitirse la prevalencia de uno de ellos» (FJ. 9). En suma, el legislador sólo puede desproteger penalmente al *nasciturus* en determinados supues-

tos y bajo ciertas condiciones. En el caso enjuiciado, el Tribunal consideró inconstitucional cierto precepto en cuanto que no contemplaba determinadas garantías mínimas de procedimiento tendentes a asegurar que efectivamente se daban en la realidad los supuestos en los que se permitía abortar.

Esta doctrina se reitera en las SSTC 212/1996 (FJ. 10) y 116/1999 (FJ. 16), resolutorias de sendos recursos de inconstitucionalidad interpuestos, respectivamente, contra la Ley de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos y la Ley de técnicas de reproducción asistida. El Tribunal Constitucional juzgó, no obstante, que las disposiciones legales impugnadas, que autorizaban ciertas conductas o las castigaban con sanciones administrativas, bastaban para cumplir el deber de proteger al *nasciturus*.

Y cabe entender que la STC 215/1994, al juzgar la compatibilidad con el derecho a la integridad física de un precepto que despenalizaba la esterilización de deficientes mentales previa observancia de ciertos trámites, reafirma implícitamente la obligación del legislador de tipificar penalmente determinadas conductas lesivas para los derechos fundamentales. La mayoría del Tribunal consideró —en contra de la opinión de cuatro Magistrados— que el precepto era conforme con la Constitución, pero no porque el legislador fuese libre para penalizar o despenalizar la esterilización, sino porque la misma constituía una medida proporcionada para satisfacer determinados fines legítimos y las garantías de procedimiento previstas por el legislador protegían adecuadamente los intereses del incapaz.

B) *El derecho fundamental a que los Tribunales apliquen las leyes penales*

La existencia de este derecho se afirma en la temprana STC 71/1984. El recurrente alegaba que los Tribunales penales habían vulnerado sus derechos de asociación y tutela judicial efectiva, al haber ordenado el archivo de las actuaciones dirigidas contra el Presidente de cierta Confederación de Empresarios por el hecho de haberle expulsado de su Junta como consecuencia de su afiliación a determinado partido político. La referida Sentencia declara que «el legislador puede proteger los derechos fundamentales penalmente, y en tal caso, no es posible desconocer que la protección penal forma parte del derecho fundamental mismo y que la interpretación de acuerdo con la Constitución de las normas penales relativas a los derechos fundamentales es asunto de la competencia de este Tribunal. Si se produce, pues, una perturbación del derecho fundamental que sea penada por la Ley, hay un derecho del ciudadano a

esta protección... derecho que puede hacerse valer también en último término mediante el recurso de amparo constitucional ante este Tribunal» (FJ. 2). Debe notarse, sin embargo, que aquí no se otorgó el amparo. El Tribunal Constitucional señala, acertadamente, que si el afectado opta por seguir sólo la vía penal para obtener la tutela de su derecho fundamental lesionado, corre el riesgo, sólo a él imputable, de no obtenerla, pues los órganos jurisdiccionales penales deben limitarse a declarar si los hechos son o no son constitutivos de infracción penal, con independencia de que pueda existir una violación del derecho fundamental al margen de la antijuridicidad punitiva, ya que «no toda vulneración de derecho fundamental implica delito». Y, en este caso, no se apreció que los «razonamientos fundamentadores» de las decisiones judiciales impugnadas constituyesen en sí mismos una violación del derecho amparable.

La STC 170/1994, en cambio, sí que amparó al recurrente por una vulneración de su derecho al honor, anulando la sentencia que había absuelto en apelación al autor de unas declaraciones injuriosas y declarando la firmeza de la sentencia condenatoria dictada en primera instancia. El fallo viene precedido de varios fundamentos jurídicos en los que se enjuician minuciosamente tanto los hechos delictivos, como su calificación jurídico penal. Y el Tribunal Constitucional se declara explícitamente competente para efectuar ese juicio, con el objeto de revisar si las resoluciones impugnadas sacrificaban debida o indebidamente alguno de los derechos fundamentales en colisión, a fin de tutelarlos.

En el mismo sentido, la STC 78/1995 anula dos sentencias que habían absuelto a una persona que había injuriado a los recurrentes, y ordena la retroacción de las actuaciones para que el órgano judicial de primera instancia, «sin desconocer el derecho al honor de los querellantes, dicte la [sentencia] que estime procedente con arreglo a Derecho». El Tribunal considera que «en el ejercicio de la función de protección de los derechos fundamentales que le compete, manifestada en este caso en su facultad de revisar el juicio de ponderación efectuado por los órganos judiciales», puede dejar «sin efecto las resoluciones judiciales impugnadas por no haber otorgado la debida tutela [penal, se sobreentiende] al derecho [fundamental] de los solicitantes de amparo» (FJ. 5). Conviene resaltar que esta Sentencia cuenta con un voto particular del Magistrado Vives Antón en el que se postula una solución que posteriormente acabará consolidándose: «otorgar parcialmente el amparo reconociendo que el derecho al honor ha sido injustificadamente vulnerado sin anular las decisiones absolutorias en la vía penal. Con ello se [produce] ya una reparación al recurrente y, en cualquier caso, la vía civil para obtener una compensación económica [queda], en principio, abierta». En defensa de esta solución, se aduce, *inter alia*, que someter al acusado a un nuevo juicio penal podría vulnerar el artículo 24.2 CE.

La STC 31/1996, pese a proclamar enfáticamente que «la Constitución no otorga el derecho a obtener condenas penales» (FJ. 10), anula dos resoluciones judiciales que habían considerado inadmisibles una querrela interpuesta por el delito de detención ilegal, y reconoce el derecho del recurrente «a que la querrela presentada por él no sea inadmitida sin una motivación suficiente, en su caso previa la práctica de aquellas diligencias que el Magistrado instructor estime pertinentes para dilucidar la causa de la duración de la detención». A juicio del Tribunal Constitucional, la duración había sido excesiva, circunstancia que no tuvieron en cuenta las resoluciones judiciales impugnadas al inadmitir la querrela, lo que vulneró el derecho del recurrente a su libertad personal.

Tras el giro jurisprudencial efectuado por la antes citada STC 41/1997, con la STC 21/2000 se llega a una solución «intermedia», que se mantendrá hasta hoy. «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», el Tribunal Constitucional ha de pronunciarse sobre la existencia de la vulneración constitucional alegada. Ahora bien, el pronunciamiento estimatorio no puede anular las sentencias absolutorias impugnadas, sino que debe ser meramente declarativo; ha de limitarse a reconocer el derecho cuya lesión ha motivado la demanda de amparo, lo cual no carece de efecto reparador, pues proporciona una cierta «reparación moral» y, además, «puede conllevar otro tipo de efectos al ser potencialmente generador de una futura indemnización» (FJ. 2). Se argumenta que la anulación «podría arrojar sobre quien ha sido absuelto o ha visto archivada una querrela la carga y gravosidad de un nuevo enjuiciamiento, que sería incompatible con la Constitución al no estar destinado a corregir una vulneración en su contra de normas procesales con relevancia constitucional... y no venir exigido tampoco por la necesidad de tutelar los derechos fundamentales del recurrente en amparo», pues «dicha tutela la dispensa el pronunciamiento de este Tribunal sin que la misma requiera la nulidad de la sentencia al no formar parte de los derechos fundamentales sustantivos el derecho de acción penal» (FJ. 2) (11). En el caso enjuiciado, se otorgó el amparo. Los Tribunales penales habían lesionado el derecho al honor de los actores, al considerar erróneamente que cierta información periodística relativa a los mismos venía amparada por la libertad reconocida en el artículo 20.1.d) CE, consideración en la que se habían basado para archivar la querrela presentada por aquéllos contra los periodistas.

(11) Esta doctrina se reitera en las SSTC 232/2002 y 189/2004.

La solución, sin embargo, es otra cuando los derechos fundamentales del acusador vulnerados no son «sustantivos», sino procesales, como cuando se niega indebidamente la condición de parte al denunciante, impidiéndole acceder al proceso (12), cuando no se da traslado al acusador particular del recurso de queja formulado por el acusado, causándole indefensión (13), o cuando se acuerda el sobreseimiento y archivo de unas actuaciones seguidas por delito de falsedad en documento público, supuestamente cometido con ocasión de unas elecciones, por el simple motivo de que la convocatoria de las elecciones había sido anulada por sentencia contencioso-administrativa (14). En estos casos, el Tribunal Constitucional no ha tenido reparo alguno en anular las resoluciones judiciales absolutorias y ordenar la retroacción de actuaciones, a fin de que se tramite un nuevo proceso penal. «Hemos llegado al resultado de anular una resolución judicial penal materialmente absolutoria —el auto de archivo—, o una sentencia penal absolutoria, con orden de retroacción de actuaciones, sólo en el caso de que se haya producido una quiebra de una regla esencial del proceso justo en perjuicio de la acusación, ya que el desarrollo de las actuaciones procesales sin las garantías consustanciales al proceso justo no permite hablar de proceso en sentido propio, ni puede permitir que la sentencia absolutoria adquiera el carácter de inatacable» (15).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional adolece de notables inconsistencias. Resulta contradictorio decir que el derecho de acción penal no forma parte de los derechos fundamentales sustantivos o que éstos no comprenden el derecho a obtener condenas penales y, al mismo tiempo, afirmar que tales derechos han sido vulnerados cuando los órganos jurisdiccionales ordinarios han dejado de aplicar determinadas normas penales dictadas para protegerlos. De esta jurisprudencia se desprende que los derechos fundamentales sí exigen que los Tribunales ordinarios apliquen ciertas normas dirigidas a castigar a las personas que hayan menoscabado los bienes protegidos por estos derechos.

Y no acaba de verse la razón por la cual el contenido del amparo debe diferir en función de la naturaleza, sustantiva o procesal, del derecho fundamental de la parte acusadora que ha sido vulnerado en la vía judicial previa. ¿Es que acaso la repetición de un juicio penal como consecuencia de un vicio procesal no arroja sobre el reo las mismas cargas e inseguridades que la repetición provocada por un vicio sustantivo? ¿Acaso los derechos fundamentales reco-

(12) SSTC 16/2001 y 115/2001.

(13) STC 178/2001.

(14) STC 63/2002.

(15) STC 189/2004 (FJ. 6).

nocidos en el artículo 24 CE son más fundamentales que los reconocidos en otros preceptos del texto constitucional? ¿Por qué la reparación moral que proporciona un amparo puramente declarativo basta para tutelar un derecho sustantivo y, en cambio, parece no bastar cuando se ha violado un derecho procesal?

II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

El TEDH ha declarado que de los derechos reconocidos en el Convenio de Roma se derivan para el Estado obligaciones positivas de tipificar penalmente la realización de ciertas conductas dañinas para los mismos, así como de investigar los hechos, perseguir a los culpables y castigarlos, de modo que el incumplimiento de estas obligaciones constituye una violación del correspondiente derecho.

1. *El derecho a la tipificación penal de ciertas conductas lesivas de los derechos humanos*

El *leading case* es *X. e Y. contra Países Bajos* (16). La legislación holandesa exigía la denuncia de la ofendida para perseguir los delitos de violación. El caso era que la víctima padecía una minusvalía mental, lo que planteaba la cuestión de si a estos efectos valía la denuncia presentada por su representante legal. El legislador guardaba silencio al respecto y los Tribunales neerlandeses consideraron que esta laguna no podía ser colmada mediante una interpretación analógica *in malam partem*, por lo que absolvieron al autor de la agresión sexual. El TEDH condenó a los Países Bajos por no haber protegido adecuadamente la vida privada de la víctima. A su juicio, las obligaciones positivas que al Estado impone el artículo 8.1 del Convenio «pueden implicar la adopción de medidas tendentes al respeto de la vida privada incluso en el seno de las relaciones entre particulares» (§ 23). El TEDH reconoce a los Estados un amplio margen de apreciación para escoger las medidas encaminadas a garantizar el respeto a la vida privada, y advierte que «el recurso a la ley penal no constituye necesariamente la única solución» (§ 24). Sin embargo, en el caso enjuiciado, estima «insuficiente la protección del Derecho civil»:

(16) STEDH de 26 de marzo de 1985 (*X. e Y.*, 8978/80, §§ 23 y sigs.).

«Aquí hay en juego valores fundamentales y aspectos esenciales de la vida privada. Sólo una legislación criminal puede asegurar una prevención eficaz, necesaria en este ámbito» (§ 27).

Esta doctrina se reafirma en la Sentencia recaída en el caso *M. C. contra Bulgaria* (17), que declara que las autoridades búlgaras vulneraron los derechos a no sufrir tratos inhumanos o degradantes y al respeto de la vida privada de una menor que había sido violada por unos sujetos que resultaron absueltos por no haberse podido probar que la hubiesen forzado a tener relaciones sexuales, debido a que la víctima, probablemente como consecuencia de un «congelamiento traumático», no opuso resistencia física. La legislación búlgara no era muy clara sobre este punto, pero abundantes datos indicaban que en general las autoridades nacionales la venían interpretando —y en el caso concreto la interpretaron— de manera restrictiva, en el sentido de que la víctima debía resistirse físicamente a la agresión para que hubiese delito de violación. Así las cosas, el TEDH recuerda que los artículos 3 y 8 del Convenio de Roma imponen al Estado obligaciones positivas de proteger los bienes jurídicos reconocidos en estos preceptos, y señala que «si bien la elección de los medios de asegurar el respeto de [estos derechos] entra, en principio, dentro del margen de apreciación del Estado, una disuasión efectiva contra un acto tan grave como la violación, que afecta a valores fundamentales y aspectos esenciales de la vida privada, requiere disposiciones penales eficaces» (§ 150); «los Estados tienen la obligación positiva, inherente a los artículos 3 y 8 del Convenio, de adoptar disposiciones en materia penal que sancionen efectivamente la violación y de aplicarlas en la práctica a través de investigaciones y persecuciones efectivas» (§ 153). Es más, según el TEDH, la resistencia física de la víctima no puede ser un requisito necesario del delito de violación: «conforme a las normas y tendencias contemporáneas en la materia, ha de entenderse que las obligaciones positivas que pesan sobre los Estados miembros en virtud de los artículos 3 y 8 de la Convención imponen la criminalización y la represión efectiva de todo acto sexual no consentido, aun cuando la víctima no haya opuesto resistencia física» (§ 166).

En el asunto *A. contra el Reino Unido* (18), el TEDH estimó que el Estado británico, al excluir en su legislación la responsabilidad penal de quienes infligieran a los menores a su cargo castigos corporales de «carácter razonable» e imponer al acusador la carga de probar indubitadamente que los castigos carecían de ese carácter, propiciando así que el padraastro del recurrente

(17) STEDH de 4 de diciembre de 2003 (*M. C.*, 39272/98, §§ 148 y sigs.).

(18) STEDH de 23 de septiembre de 1998 (*A.*, 25599/94, §§ 22 y sigs.), comentada por L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1999).

quedara impune por los graves malos tratos que le dispensó, no lo había protegido adecuadamente, lesionando de esa manera su derecho a la integridad física. «La ley no protegía suficientemente» a los niños en general, ni al actor en particular, frente a posibles tratos inhumanos o degradantes.

Y en el caso *Siliadin contra Francia* (19), se declara que la República Francesa, al no haber previsto en su legislación penal —y, en consecuencia, no haber aplicado— un castigo específico y lo suficientemente severo para quienes mantuvieron durante varios años a una ciudadana togolesa menor de edad en una situación de servidumbre y «esclavitud doméstica», vulneró el artículo 4 CEDH: «conforme a las normas y tendencias contemporáneas en la materia... las obligaciones positivas que recaen sobre los Estados miembros, en virtud del artículo 4 del Convenio, exigen la tipificación como delito y la represión efectiva de todo acto tendente a mantener a una persona en este tipo de situación» (§ 112); los Estados deben «adoptar las disposiciones en materia penal que sancionen las conductas contempladas por el artículo 4 y aplicarlas en la práctica» (§ 89); «las disposiciones penales a la sazón vigentes no aseguraron a la demandante, que era menor de edad, una protección concreta y efectiva contra los actos de los que fue víctima» (§ 148).

2. *El derecho a que se apliquen efectivamente las normas que tipifican como infracción penal ciertas lesiones de los derechos humanos*

A) *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*

La Corte Interamericana va a sentar en su primera Sentencia (20) una doctrina de capital importancia. Se enjuiciaba una de las miles «desapariciones forzadas» ocurridas en América Latina durante la segunda mitad del siglo xx (21). Manfredo Velásquez Rodríguez había sido secuestrado «por varios hombres fuertemente armados» y «vestidos de civil» (si bien probablemente vinculados a las Fuerzas Armadas) en el marco de una práctica generalizada de desapariciones ejecutada o tolerada por las autoridades hondureñas, «que se negaban o eran incapaces de prevenir, investigar y sancionar los hechos y de auxiliar a quienes se interesaban en averiguar el paradero y la suerte de las víctimas o de sus restos». En el momento de dictarse la senten-

(19) STEDH de 26 de julio de 2005 (*Siliadin*, 73316/2001).

(20) Sentencia de 29 de julio de 1988 (*Velásquez Rodríguez*, serie C, núm. 4).

(21) Vid. CITRONI (2003); THIELE (2003).

cia, continuaba desaparecido, y era razonable pensar que había muerto (§ 147).

Tras recordar que el artículo 1.1 de la Convención Interamericana obliga al Estado a «respetar» y «garantizar» el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos en ella, la Corte declara que, mientras que la *obligación de respeto* implica «la existencia de esferas individuales que el Estado no puede vulnerar o en los que sólo puede penetrar limitadamente» (§ 165), la *obligación de garantía* «implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación, los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos» (§ 166). Esta obligación «no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible [dicho objetivo], sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos» (§ 167). «El deber de prevención abarca todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales» (§ 175). La Corte consideró que Honduras había vulnerado los derechos a la vida, a la integridad personal y a la libertad personal de Manfredo Velásquez, al haber incumplido la obligación de investigar su desaparición.

Esta «obligación de investigar toda situación en la que se hayan violado los derechos humanos» (§ 175) ha sido perfilada en Sentencias posteriores (22), en alguna de las cuales llega a afirmarse explícitamente la existencia de un «derecho a conocer la verdad» (23). También se advierte que el Estado

(22) Vid., entre otras, las Sentencias de 20 de enero de 1989 (*Gódinez Cruz*, serie C, núm. 5, §§ 175 y sigs.), 8 de diciembre de 1995 (*Caballero Delgado y Santana*, serie C, núm. 22, §§ 58 y 69), 3 de noviembre de 1997 (*Castillo Páez*, serie C, núm. 34, § 90), 24 de enero de 1998 (*Blake*, serie C, núm. 36, §§ 92 y sigs.) y 8 de marzo de 1998 (*Paniagua Morales y otros*, serie C, núm. 37, §§ 95 y 172 y sigs.).

(23) Vid. los votos particulares concurrentes de los Jueces Hernán Salgado Pesantes y García Ramírez a la Sentencia de 25 de noviembre de 2000 (*Bámaca Velásquez*, serie C,

debe abstenerse de recurrir a figuras como «las disposiciones de amnistía, las disposiciones de prescripción y el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones graves de los derechos humanos» (24). Y es que la situación de impunidad que estos subterfugios engendran «lesiona a la víctima y a sus familiares y propicia la repetición crónica de las violaciones de los derechos humanos de que se trata» (25).

B) *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

La jurisprudencia *Velásquez Rodríguez* va a ejercer una notable influencia sobre la del TEDH (26). La recepción se produce, salvo error nuestro, en la Sentencia *McCann y otros* (27), aunque en ella no se alude explícitamente a la doctrina de la Corte Interamericana. Agentes de las fuerzas armadas británicas habían matado a varios integrantes del *Irish Republican Army* que presumiblemente iban a cometer un atentado. El TEDH declara que «la obligación de proteger el derecho a la vida que impone el artículo 2, en relación con el deber general que incumbe al Estado en virtud del artículo 1 del Convenio de “reconocer a toda persona dependiente de su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el... Convenio”, implica y exige conducir una investigación eficaz cuando el recurso a la fuerza, en concreto por parte de agentes del Estado, ha tenido como consecuencia la muerte de un hombre» (§ 161). El TEDH estima, no obstante, que la investigación se realizó correctamente, pues permi-

núm. 70), así como las Sentencias de 3 de julio de 2004 (*Molina Theissen*, serie C, núm. 108, § 81), 7 de septiembre de 2004 (*Tibi*, serie C, núm. 114, § 257), 15 de junio de 2005 (*Comunidad Moiwana*, serie C, núm. 124, § 147) y 15 de septiembre de 2005 (*Masacre de Mapiripán*, serie C, núm. 134, §§ 216 y sigs.). En la doctrina, vid. MÉNDEZ (1997); NIKKEN (1998).

(24) Sentencias de 14 de marzo de 2001 (*Barríos Altos*, serie C, núm. 75, § 41), 25 de noviembre de 2003 (*Myrna Mack Chang*, serie C, núm. 101, § 276) y 18 de septiembre de 2003 (*Bulacio*, serie C, núm. 100, § 116).

(25) Sentencia de 3 de julio de 2004 (*Molina Theissen*, serie C, núm. 108, § 79) y 7 de septiembre de 2004 (*Tibi*, serie C, núm. 114, § 255).

(26) Repárese en las referencias explícitas a la doctrina *Velásquez Rodríguez* efectuadas en las SSTEDH de 16 de septiembre de 1996 (*Akdivar y otros*, 21893/93, § 68), 25 de mayo de 1998 (*Kurt*, 24276/94, § 67), 9 de mayo de 2000 (*Ertak*, 20764/92, § 106), 13 de junio de 2000 (*Timurtas*, 23531/94, §§ 7, 79 y 80) y 4 de mayo de 2001 (*McKerr*, 28883/95, § 107). Dicha doctrina tampoco ha pasado desapercibida entre los autores europeos. Vid., por ejemplo, NI AOLAÍN (2001: 33, 36 y 40).

(27) STEDH (Gran Sala) de 27 de septiembre de 1995 (*McCann y otros*, 18984/91).

tió «proceder a un examen completo, imparcial y profundo de las circunstancias en las que se cometieron los homicidios» (§§ 161 y 162).

Una nutrida jurisprudencia posterior ha ido perfilando el alcance de esta «exigencia procedimental que contiene implícitamente el artículo 2 del Convenio» (28), que obliga al Estado a efectuar una investigación encaminada a esclarecer las circunstancias en las que se produjo la muerte de una persona. La investigación debe realizarse no sólo cuando la muerte o la desaparición han sido causadas por agentes estatales (29) o han tenido lugar en un establecimiento público (30), sino también cuando han sido provocadas por desconocidos (31) o con ocasión de la asistencia sanitaria (32). Y, para que surja esta obligación de procedimiento, no es necesario que la muerte se haya producido violenta o voluntariamente (33). Es más, en determinadas circunstancias, ni siquiera hace falta que haya sobrevenido muerte alguna. Basta que se haya aplicado de manera desproporcionada una fuerza «potencialmente letal», que haya puesto en grave peligro la vida de una persona, aunque luego ésta pueda haber sobrevivido fortuitamente (34). En todos esos casos, la investigación tiene una importante eficacia preventiva, disuasoria de futuras

(28) STEDH de 28 de julio de 1998 (*Ergi*, 23818/94, § 82). Sobre esta jurisprudencia, vid. NI AOLAIN (2001) y MOWBRAY (2002).

(29) Vid. las SSTEDH de 27 de septiembre de 1995 (*McCann y otros*, 18984/91, §§ 161 y sigs.); 19 de febrero de 1998 (*Kaya*, 22729/93, §§ 86 y sigs.), relativa a la muerte de un terrorista kurdo; 25 de mayo de 1998 (*Kurt*, 24276/94, §§ 127, 128 y 142), 8.7.1999 (*Çakici*, 23657/94, §§ 85 y sigs. y 106), relativas a la detención no reconocida de un kurdo; y 28 de mayo de 2002 (*McShane*, 43290/98, §§ 91 y sigs.), relativa a la muerte de un manifestante norirlandés aplastado por un carro blindado.

(30) Vid. la STEDH de 14 de marzo de 2002 (*Edwards*, 46477/99, §§ 69 y sigs.), relativa a la muerte de un preso causada por otro preso.

(31) Vid. las SSTEDH de 27 de julio de 1998 (*Güleç*, 21593/93, §§ 77 y sigs.) y 28 de julio de 1998 (*Ergi*, 23818/94, §§ 82 y sigs.), relativas a la muerte causada por un disparo de procedencia desconocida en el marco de un enfrentamiento entre kurdos y fuerzas de seguridad turcas; 8 de julio de 1999 (*Tanrikulu*, 23763/94, §§ 101 y sigs.) y 15 de mayo de 2002 (*Semse Önen*, 22876/94, §§ 87 y sigs.), relativas al asesinato de kurdos por desconocidos; 28 de marzo de 2000 (*Mahmut Kaya*, 22535/93, §§ 94 y sigs. y 102 y sigs.), relativa a la desaparición, tortura y asesinato de un kurdo; 4 de mayo de 2001 (*Shanaghan*, 37715/97, §§ 88 y sigs.), relativa al asesinato de un militante del IRA a manos de paramilitares; 21 de noviembre de 11.2001 (*Demeray*, 27308/95, §§ 48 y sigs.), relativa a la muerte de un kurdo causada por una bomba-trampa que explotó justo cuando aquél indicaba a la policía la localización de un depósito de armas; y 1 de julio de 2003 (*Finucane*, 29178/95, §§ 67 y sigs.), relativa a la muerte de un abogado norirlandés.

(32) Decisión del TEDH de 4 de mayo de 2000 (*Powell*, 45305/99).

(33) Decisión del TEDH de 4 de mayo de 2000 (*Powell*, 45305/99).

(34) STEDH de 20 de diciembre de 2004 (*Makaratzis*, 50385/99, §§ 46 y sigs.).

conductas lesivas o peligrosas para la vida: «una pronta y efectiva respuesta de las autoridades, investigando el uso de la fuerza letal, es esencial para mantener la confianza pública en su adhesión al imperio de la ley y prevenir cualquier aparición de colusión con actos ilícitos o de tolerancia de los mismos» (35); «la finalidad esencial de una investigación tal es asegurar la efectiva implementación de las leyes internas que protegen la vida» (36).

La investigación debe impulsarse de oficio por las autoridades, sin necesidad de que las víctimas o sus familiares la soliciten, a través de agentes independientes e imparciales, con razonable prontitud y dando participación suficiente a los afectados, y no ha de ser superficial o incompleta, sino eficaz, en el sentido de que las autoridades deben poner los medios conducentes a determinar si el empleo de la fuerza estaba justificado y a identificar y castigar a los responsables; además, hay que someter la investigación o sus resultados al escrutinio público (37).

Si la investigación evidencia la existencia de responsabilidades penales, las autoridades competentes deben perseguir y castigar a los culpables. «Los Estados tienen la obligación positiva, inherente a los artículos 3 y 8 del Convenio, [no sólo] de adoptar disposiciones en materia penal que sancionen efectivamente la violación, [sino también] de aplicarlas en la práctica a través de una investigación y de una persecución eficaces» (38). Tienen el «deber primordial de asegurar el derecho a la vida estableciendo una legislación penal que disuada de cometer atentados contra las personas y que se apoye sobre un mecanismo de aplicación concebido para prevenir, reprimir y sancionar las violaciones» (39).

Ni que decir tiene que el incumplimiento de esas obligaciones de investigar, perseguir y castigar vulnera el correspondiente derecho «sustantivo». La

(35) STEDH de 6 de julio de 2005 (*Nachova y otros*, 43577/98 y 43579/98, § 118).

(36) STEDH de 8 de noviembre de 2005 (*Gongadze*, 34056/02, § 175).

(37) Vid., entre otras muchas, las SSTEDH de 28 de marzo de 2000 (*Mahmut Kaya*, 22535/93, §§ 95-98), 4 de mayo de 2001 (*Shanaghan*, 37715/97, §§ 85 y sigs.), 14 de marzo de 2002 (*Edwards*, 46477/99, §§ 69 y sigs.), 28 de mayo de 2002 (*McShane*, 43290/98, §§ 91 y sigs.), 1 de julio de 2003 (*Finucane*, 29178/95, §§ 67 y sigs.), 6 de julio de 2005 (*Nachova y otros*, 43577/98 y 43579/98, §§ 110 y sigs.) y 8 de noviembre de 2005 (*Gongadze*, 34056/02, § 164).

(38) STEDH de 4 de diciembre de 2003 (*M.C.*, 39272/98, §§ 153 y 166).

(39) STEDH de 28 de diciembre de 1998 (*Osman*, 23452/94, §§ 115 y sigs.), relativa a un caso en el que el actor venía sufriendo continuas amenazas por parte de un sujeto que finalmente acabó disparando contra él y su padre, matando a este último. Vid., también, las SSTEDH de 29 de abril de 2002 (*Pretty*, 2346/2002, § 38), relativa a la eutanasia; y 8 de noviembre de 2005 (*Gongadze*, 34056/02, § 164), relativa a la desaparición y asesinato de un periodista a manos de desconocidos, probablemente policías.

Sentencia *Mahmut Kaya*, por ejemplo, declaró que Turquía había violado el derecho a la vida de un ciudadano kurdo asesinado a manos de unos «desconocidos», al desatender las exigencias procedimentales derivadas de este derecho. El TEDH advertía, en primer lugar, que en este país: la decisión sobre la apertura de procesos penales donde estaban implicados agentes de las fuerzas de seguridad correspondía a funcionarios subordinados a la autoridad responsable de esas mismas fuerzas; la instrucción de tales procesos se realizaba frecuentemente por agentes pertenecientes a las unidades implicadas en los incidentes; y luego un juez militar formaba parte del Tribunal juzgador. Esta falta de garantías de la independencia y eficacia de las investigaciones y los procesos relativos a las muertes que podían tener alguna relación con dichas fuerzas minaba la efectividad del Derecho penal y propiciaba la impunidad de los autores, desprotegiendo la vida humana. «Estos defectos socavaron la efectividad de la protección proporcionada por el Derecho penal... Ello permitió o fomentó una falta de responsabilidad de los miembros de las fuerzas de seguridad por sus acciones que... no es compatible con el imperio de la ley en una sociedad democrática que respeta los derechos y libertades garantizadas por el Convenio. Estos defectos, en consecuencia, eliminaron la protección jurídica que Hasan Kaya debía haber recibido» (40). El TEDH consideraba, en segundo lugar, que las autoridades también incumplieron la obligación de investigar adecuadamente las circunstancias en que esta concreta persona había sido asesinada (41).

III. JUSTIFICACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA PROTECCIÓN PENAL

1. *Tesis negativas*

La doctrina de los Tribunales Constitucionales alemán y español —desarrollada ampliamente en sus respectivas sentencias relativas a la despenalización del aborto—, según la cual del «contenido objetivo» de los derechos fundamentales se derivan para el Estado deberes de protegerlos (*grundrechtliche Schutzpflichten*), penalmente incluso (42), ha recibido diversas críticas.

(40) STEDH de 28 de marzo de 2000 (*Mahmut Kaya*, 22535/93, §§ 95 y sigs., esp. 98 y 99).

(41) *Ibidem*, §§ 102 y sigs.

(42) Sobre las obligaciones constitucionales de tutelar penalmente los derechos fundamentales, vid. SANTANA VEGA (2001); MÜLLER-DIETZ (1977) y (1999); TIEDEMANN (1991: 50 y sigs.);

A) *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 imaginable, nada menos que mediante sanciones penales (43). A juicio de Caamaño Domínguez, seguramente el más destacado defensor de la tesis negativa en la doctrina española, 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» (44).

La crítica no convence. El que los derechos fundamentales constituyan también derechos a obtener la protección del Estado frente a las agresiones de terceras personas no supone un menoscabo de los mismos, sino que, muy al contrario, 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. Puede parecer paradójico, pero el mantenimiento de la libertad exige que se la limite (45). La ausencia de limitaciones y controles conduce «a una severísima coerción, ya que deja a los poderosos en libertad para esclavizar a los débiles» (46). «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» (47). Las obligaciones de protección tal vez perjudiquen los derechos de los más vigorosos, pero refuer-

KAYBER (1997: 79 y sigs.); HOLOUBEK (1997: 267 y sigs.); ROSENAU (1998: 225 y sigs.); APPEL (1998: 67 y sigs. y 165). Sobre las obligaciones de protección derivadas de los derechos fundamentales, vid. DOMÉNECH PASCUAL (2006a). Sobre las obligaciones derivadas del Derecho internacional de investigar los hechos y perseguir y castigar a los culpables de graves violaciones de los derechos humanos, vid. ROHT-ARRIAZA (1990); ORENTLICHER (1991); NINO (1991); JESSBERGER (1996); MÉNDEZ (1997); NIKKEN (1998); AMBOS (1999); TOMUSCHAT (2002); ALDANA-PINDELL (2004).

(43) 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), relativa a la despenalización del aborto. Así como ABENDROTH (1975: 125).

(44) CAAMAÑO DOMÍNGUEZ (2003: 54). En esta línea, vid. STAECHELIN (1999).

(45) A CAAMAÑO DOMÍNGUEZ (2003: 63) le «resulta muy difícil comprender que el mejor modo de proteger la libertad... sea restringiendo las posibilidades de actuación libre».

(46) POPPER (1945: pág. 511, nota 4).

(47) POPPER (1945: 305); la cursiva es del original.

zan la efectividad de los derechos de los ciudadanos en su conjunto, especialmente los 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 intervenir 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, son por definición beneficiosas para la misma. Si una sanción —o, en general, cualquier medida restrictiva— es útil, necesaria y no excesiva para salvaguardar los derechos fundamentales, entonces la lógica más elemental dice que imponerla es mejor para estos derechos que no imponerla; los beneficios para la libertad derivados de la sanción superan a sus costes. Si un año de prisión constituye una pena proporcionada para los secuestradores porque —vamos a suponer— cada vez que se impone previene la comisión de cuatro secuestros de un año de duración cada uno, va de suyo que esta sanción es beneficiosa para la libertad de los ciudadanos en general.

B) *La objeción democrática*

Se aduce, asimismo, que la referida doctrina es de dudosa compatibilidad con la idea misma de Estado democrático: como la obligación de penalizar no es expresa, el Tribunal Constitucional se convierte en el «controlador final de la política criminal» (48). Los derechos fundamentales han sido consagrados por la Constitución en unos términos excesivamente abstractos como para deducir de ellos concretas obligaciones positivas de los poderes públicos, especialmente del legislador: admitir la existencia y justiciabilidad de estas obligaciones implicaría una invasión de los Tribunales en ámbitos reservados al legislativo, en la libertad de configuración social que le corresponde (49). Según se dice en el voto particular del Magistrado Rubio Llorente 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

(48) CAAMAÑO DOMÍNGUEZ (2003: 56).

(49) Vid. STARCK (1994: 74 y 75). En sentido similar, vid. STEINBERG (1984: 461); IPSEN (2005: marginales 94 y sigs.).

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».

No compartimos estas opiniones. 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 sus obligaciones negativas derivadas de los mismos, lo que no impide al Tribunal Constitucional efectuar dicho juicio (50). Éste queda facultado en ambos casos para contrastar las leyes con los valores proclamados en la Constitución, pues los mismos 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 inconstitucionalidad de las leyes (51). El Parlamento dispone de un amplio margen para «proyectar normativamente» dichos valores, pero éste no es infinitamente amplio, 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 (52). Más adelante volveremos sobre este punto.

La crítica de Rubio Llorente, con todo, tiene el mérito de evidenciar la insuficiencia de la argumentación ofrecida por los Tribunales constitucionales alemán y español, así como por algunos autores, para justificar la existencia de los referidos deberes de protección. La afirmación de que éstos derivan de la «función objetiva» de los derechos fundamentales (53) no constituye un

(50) En el mismo sentido, vid. HERMES (1987: 204); DIRNBERGER (1991: 174 y sigs.); CALLIES (2001: 461 y sigs.); JAECKEL (2001: 55 y sigs., 60 y 61).

(51) Vid., por todos, DÍAZ REVORIO (1997: 161 y sigs.).

(52) PRIETO SANCHÍS (1998: 110 y 111).

(53) Vid., entre otros, JARASS (1985: 378); STERN (1988: § 69, págs. 922 y 945); BÖCKENFÖRDE (1990: 12); DOLDERER (2000: 196 y sigs.); GOSTOMZYK (2004: 952). En la doctri-

argumento convincente, sino más bien una tesis que no se demuestra (54), una petición de principio (55). Además, esta teoría no explica por qué los ciudadanos tienen un derecho al cumplimiento de esas obligaciones (56). Resulta artificioso y contradictorio deducir del contenido «puramente objetivo» de los derechos fundamentales una obligación del Estado de protegerlos y, a continuación, afirmar que los ciudadanos tienen un derecho subjetivo a exigir su cumplimiento (57). A nuestro juicio, esta doctrina sólo se comprende cuando se tienen en cuenta las circunstancias del caso en que fue desarrollada: la misma permitía al Tribunal Constitucional Federal alemán afirmar el deber del legislador de proteger la vida del *nasciturus*, al tiempo que soslayar el espinoso problema de si éste era titular del derecho a la vida. Esta argumentación *ad hoc* ha provocado que prácticamente todos los autores alemanes que luego se han ocupado del tema analicen, primero, si existen obligaciones estatales de protección derivadas (del lado objetivo) de los derechos fundamentales y, después, si cabe «resubjetivizarlas», es decir, si hay derechos subjetivos fundamentales al cumplimiento de las obligaciones de protección derivadas (del lado objetivo) de los derechos fundamentales (58). Resulta difícil plantear el problema de una manera más enrevesada.

No es de extrañar que se haya postulado aplicar la navaja de Ockham a la teoría alemana de los derechos fundamentales al objeto de podarle la hipertrofiada doctrina de los contenidos objetivos (59). Esta categoría, en efecto, viene ser un cajón de sastre en el cual se incluyen los efectos jurídicos de estos derechos que no se ajustan a la concepción clásica de los mismos como derechos defensivos frente a las intervenciones del Estado: su vigencia entre particulares, los derechos a la protección estatal, a la organización y al procedimiento, etc. Pues bien, según opina Hain, todas estas figuras, junto con los llamados derechos sociales, pueden reconducirse a una sola: la de los derechos a protección en sentido amplio, derechos a que el Estado realice actuaciones

na española, vid., entre otros, GALLEGO ANABITARTE (1994: 39, 40, 50, 97 y 103 y sigs.); MARTÍNEZ SOSPEDRA (2000: 342); ALÁEZ CORRAL (2004: 182 y sigs.); PRESNO LINERA (2004: 50 y sigs.).

(54) MURSWIEK (1985: pág. 110, nota 31). En sentido similar, vid. ISENSEE (1992: § 111, marginal 81).

(55) KRINGS (2003: 165).

(56) MURSWIEK (1985: pág. 106, nota 21); DI FABIO (1994: 44 y sigs.); CALLIES (2001: 438).

(57) Así lo advierten HERMES (1987: 110, 111, 196 y 210); STARCK (1994: 73); KRINGS (2003: 165 y sigs. y 236).

(58) Vid., entre otros, ALEXY (1986: 436 y sigs.); HERMES (1987: 43 y sigs. y 187 y sigs.); DIETLEIN (1992: 17 y sigs. y 133 y sigs.); UNRUH (1996: 26 y sigs. y 58 y sigs.).

(59) HAIN (2002: 1036 y sigs.).

que coloquen a los individuos en situación de disfrutar efectivamente de su libertad (60). Quizás este autor exagere y aquella doctrina tenga todavía alguna utilidad. Lo que está claro, en cualquier caso, es que la misma no justifica convincentemente la existencia de los derechos fundamentales a obtener la protección de los poderes públicos. Y, desde luego, resulta de lo más artificioso e inexplicable afirmar que las obligaciones positivas de protección derivan del contenido objetivo de estos derechos y las negativas del subjetivo.

2. Tesis que se sostiene

A) *La existencia de derechos fundamentales a la protección estatal*

Cabe sostener la existencia de estos derechos en virtud de una interpretación literal, sistemática, teleológica y atenta a la realidad social actual de los preceptos que reconocen derechos fundamentales. Se ha destacado acertadamente la historicidad de estos derechos (61), su concepción como «respuestas a determinadas situaciones típicas de amenaza para la libertad humana» (62). Pues bien, la teoría reduccionista según la cual los derechos fundamentales imponen sólo obligaciones negativas y sólo al Estado «responde a unos determinados condicionamientos históricos que no se dan en la actualidad» (63). 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 (64).

Por de pronto, conviene desmitificar aquella teoría en cuanto que pretende presentarse con el halo de lo primigenio, pues la doctrina de las obligaciones de protección supone el «redescubrimiento» de una concepción que quizás cayó en un cierto olvido durante el siglo XIX (65). Con ello no quiere decirse que en siglos anteriores ya existiese algo parecido a un verdadero derecho

(60) HAIN (2002: 1041 y sigs.).

(61) PÉREZ LUÑO (2001: 557 y sigs.).

(62) DREIER (1996: marginal 6).

(63) NARANJO DE LA CRUZ (2000: 187).

(64) Vid., entre otros, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (1998: 159 y sigs. y 279 y sigs.).

(65) En este sentido, vid. ISENSEE (1983: 3 y sigs.) y (1992: § 111, marginales 21 y sigs. y 83 y sigs.); JARASS (1985: 372 y sigs.); HERMES (1987: 145 y sigs.); DIRNBERGER (1991: 107 y 122 y sigs.); DIETLEIN (1992: 21 y sigs.); UNRUH (1996: 37 y sigs.); JAECKEL (2001: 20 y sigs.); y, sobre todo, ROBBERS (1987: 28, 121 y 144), quien ha estudiado con gran detalle estas raíces históricas de los derechos a protección (págs. 27 y sigs.).

subjetivo fundamental a obtener la protección del Estado. Tan sólo quiere ponerse de relieve que la idea de que las autoridades públicas deben asumir un papel activo en la protección de la libertad de los ciudadanos no es ni mucho menos nueva, sino más bien lo contrario: está profundamente enraizada en la concepción originaria del Estado moderno (66). Los Estados modernos nacen y se justifican en la medida en que constituyen 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 (67).

Posteriormente, se considera necesario asegurar la libertad de los ciudadanos también «frente» al Estado, pero sin descuidar la protección de la misma «mediante» el Estado. Esta doble preocupación aparece claramente reflejada en las Constituciones de algunos Estados norteamericanos, en las que se llega a establecer que «todo miembro de la Comunidad tiene un derecho a ser protegido por ella en el disfrute de su vida, libertad y propiedad» (68). En Europa, preocupa sobre todo el aseguramiento de estos bienes frente al Poder Ejecutivo, pero ello no hace perder de vista que también deben ser protegidos activamente por el Estado. Locke, por ejemplo, sólo tras haber subrayado que «el fin supremo y principal de los hombres al unirse en repúblicas y someterse a un gobierno es la preservación de sus propiedades» [de sus «vidas, libertades y haciendas»], y que constituye una obligación de la sociedad política asegurar estos bienes a cada cual poniendo los medios necesarios para ello (69), expone con gran detalle diversas reglas a las que la organización y la actuación de los poderes públicos deberían ajustarse para evitar que éstos se comporten arbitrariamente y lesionen aquellas propiedades, traicionando así el fin para el que fueron instituidos (70). Y en la Declaración de los Derechos del Hombre

(66) Como dice VENEGAS GRAU (2004: 138), «más que incorporar una nueva dimensión que se añade a la función clásica de los derechos como libertades negativas, con la afirmación de [las obligaciones de protección] se recupera el sentido originario de los derechos, tal y como aparece en las teorías contractualistas que inspiran los primeros textos positivos, con la diferencia (sustancial) de que ahora... esa idea de protección está respaldada por unas garantías que le atribuyen una eficacia de la que entonces carecía».

(67) Vid., por todos, HOBBS (1651: caps. XVII y XXX).

(68) 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) establecen 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 dice 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).

(69) LOCKE (1690: II, §§ 87-94 y 123-131).

(70) *Ibidem*, II, §§ 134 y sigs.

y del Ciudadano de 26 de agosto 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).

A finales del siglo XVIII y durante el XIX ya no se considera necesario reforzar el poder estatal. La preocupación principal es ahora limitarlo, establecer garantías frente a 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. Es por ello 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 aquel ámbito. Téngase en cuenta también que las formulaciones europeas clásicas de los derechos humanos fueron propugnadas principalmente por la burguesía liberal, que se esforzaba sobre todo en asegurar su libertad frente a lo que creía la mayor amenaza para la misma: el formidable poder del Estado, fundamentalmente del ejecutivo (71), 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.

Las circunstancias sociales y políticas han cambiado mucho desde entonces. De una parte, el Estado ha perdido en gran medida su poder en favor de organizaciones privadas, se ha retirado parcialmente de sus dominios, dejando en manos de particulares tareas que antes asumía directamente (72), de manera que una porción notable de los peligros que en la actualidad se cierren sobre los bienes protegidos por los derechos humanos provienen de poderes privados, que «constituyen hoy una amenaza para el disfrute efectivo de los derechos fundamentales no menos inquietante que la representada por el poder público» (73). De otro lado, el Estado ha dejado de estar dominado exclusivamente por los intereses de la burguesía para convertirse en un Estado de pluralidad de clases, cada una de las cuales reclama del mismo la satisfacción de sus intereses y derechos, con frecuencia contrapuestos (74). Y los individuos amenazados, como es natural, exigen de las autoridades estatales protección frente a los cada vez más temibles poderes privados.

(71) SCHMITT (1927: 142 y 182).

(72) Vid. STRANGE (2001).

(73) BILBAO UBILLOS (1997: 243). En sentido similar, vid. HESSE (1995: § 11, marginal 349).

(74) Vid. GIANNINI (1991: 49 y sigs.).

Estos cambios han hecho emerger dos doctrinas estrechamente vinculadas: la de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y la de las obligaciones positivas de protección. Para que los derechos fundamentales puedan cumplir hoy su función de satisfacer *efectivamente* los intereses de la mayor importancia para cuya garantía se reconocen aquéllos, hay que abandonar la teoría decimonónica y reconocer que tales derechos facultan a sus titulares para exigir del Estado su protección activa (75). Éste es el principal argumento esgrimido por el Tribunal Europeo de Estrasburgo para fundar su doctrina de las obligaciones positivas: la vigencia «real y efectiva [de las libertades reconocidas en las disposiciones del Convenio de Roma] 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 aquellas disposiciones (76). En palabras de quien fue Presidente de nuestro Tribunal Constitucional, el que la libertad garantizada por los derechos fundamentales «sea *real* presupone la puesta en práctica del derecho mediante el Estado. Éste no aparece ya sólo como un enemigo potencial de la libertad, sino que tiene que ser también su defensor y protector» (77).

Los derechos fundamentales, como cualquier derecho subjetivo, constituyen un medio para la satisfacción de un interés, bien o valor —*v. gr.*, la libertad, la vida, la intimidad, etc.—. Con varios autores, puede afirmarse que los derechos fundamentales constituyen principios, mandatos de optimización, normas jurídicas caracterizadas por un alto grado de abstracción que ordenan que un valor sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes (78). Pues bien, dicho valor se satisface no sólo con la abstención de los poderes públicos, sino también, y a veces incluso en mayor medida, con su actuación protectora. La existencia de las mencionadas obligaciones positivas y de los correlativos derechos subjetivos a protección refuerza la garantía de realización de los intereses protegidos por los derechos fundamentales (79).

(75) Vid. JAECKEL (2001: 52 y sigs. y 131 y sigs.); CALLIES (2001: 316); SZCZEKALLA (2002: 315 y sigs.).

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

(77) RODRÍGUEZ BEREIJO (1996: 1411).

(78) ALEXY (1986: 86 y sigs. y 129 y sigs.); BÖCKENFÖRDE (1990: 1 y sigs.); BOROWSKI (1998); H. H. KLEIN (1994: 495); PRIETO SANCHÍS (1998: 54 y sigs.); RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ (2000: 131 y 162); VILLAVARDE MENÉNDEZ (2002: 328 y sigs.); BRAGE CAMAZANO (2004: 252 y 422); GARCÍA FIGUEROA (2004: 235 y sigs.); LOPERA MESA (2004: 238 y sigs.); PRESNO LINERA (2004: 47 y sigs.). Sobre los mandatos de optimización, vid. WÜRTEMBERGER (1999: 141 y sigs.).

(79) ALEXY (1986: 440) (1990: 60 y sigs.); UNRUH (1996: 63). En sentido similar, SEEWALD (1982: 26 y 27).

La función que estos derechos desempeñan en nuestro concreto ordenamiento apoya la tesis de las obligaciones positivas. La Constitución española establece en su artículo 10.1 que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes y el libre desarrollo de la personalidad son fundamento del orden político. Se deduce de ello que el Estado no es un fin en sí mismo, sino que se legitima y justifica únicamente en la medida en que sirve a la persona. Por consiguiente, ésta no puede concebirse simplemente como *límite* de la actividad estatal, sino más bien como *fin y tarea*. El carácter «constitutivo» y «legitimador», y no únicamente «limitativo», de los derechos fundamentales refuerza la idea de que el Estado está obligado no sólo a abstenerse de dañarlos, sino también a garantizar su disfrute efectivo (80).

En suma, la interpretación teleológica de los preceptos que reconocen derechos fundamentales, orientada a la satisfacción de los bienes jurídicos protegidos por los mismos, también apoya la doctrina que estamos considerando (81).

Lo mismo que la letra de la Constitución. Un derecho subjetivo consiste en el poder jurídico atribuido a un sujeto de exigir de otro u otros una conducta que posibilite la satisfacción de un determinado interés (82). Aquél puede ser descompuesto, pues, en los siguientes elementos: el titular del poder, la conducta a la que se tiene derecho, el sujeto obligado a realizar esa conducta y el interés en aras del cual se otorga el derecho. Las normas que establecen derechos subjetivos describen cada uno de esos elementos con mayor o menor grado de abstracción y, por lo tanto, de amplitud: a mayor abstracción, mayor amplitud del ámbito de aplicación de la norma. Así, la norma puede ser absolutamente abstracta por lo que se refiere al sujeto pasivo, de manera que *todos* estén obligados frente al titular del derecho. Es el caso del derecho de propiedad, ya que todos los no propietarios de un bien «están obligados a no impedir lo que determinado hombre disponga con respecto a determinada cosa, y a no intervenir en esos actos de disposición» (83). Nótese que la abstracción absoluta de uno de los elementos del derecho subjetivo suele expresarse mediante la omisión en el correspondiente texto normativo de cualquier referencia a dicho elemento. Es obvio que no hace falta decir que alguien es propietario de una cosa frente a todos, sino que basta establecer que dicho sujeto tiene la propiedad de la cosa.

Pues bien, prácticamente todos los preceptos que consagran derechos

(80) HERMES (1987: 192 y sigs.), cuya argumentación sigue JAECKEL (2001: 53 y 54).

(81) En este sentido, vid. KRINGS (2003: 160 y sigs.).

(82) Vid., por ejemplo, GARCÍA DE ENTERRÍA/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2002: 34 y 35).

(83) KELSEN (1960: 144).

fundamentales describen los sujetos obligados y las conductas debidas con un «supremo grado de abstracción» (84) y, por consiguiente, de extensión. Se dice, por citar dos ejemplos, que «todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral» (art. 15 CE) y «a la educación» (art. 27.1 CE). La letra de estos preceptos no restringe ni el tipo de conductas —de hacer o de no hacer— a las que se tiene derecho ni los sujetos obligados a realizarlas. Con arreglo a una interpretación estrictamente literal de los artículos citados, todos tienen un derecho fundamental a cualesquiera conductas, realizadas por cualesquiera sujetos, que interesen a su vida y educación. La redacción de las disposiciones que consagran derechos fundamentales apoya tanto la tesis de la obligación estatal positiva de protegerlos (85) como la de su eficacia jurídica entre particulares (86). A ello se añade que la Constitución proclama en su preámbulo la voluntad de la Nación de «proteger a todos los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos»; y, en su artículo 104.1, que las Fuerzas y Cuerpos de seguridad «tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades». Por último, el que la Constitución disponga 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) indica que los derechos fundamentales imponen al Estado obligaciones positivas (87).

B) *La protección estatal exigible en virtud de los derechos fundamentales comprende prima facie la protección penal*

Por las razones que acaban de exponerse, cabe afirmar que los derechos fundamentales —en cuanto que mandatos de optimización— obligan al Estado a tomar *todas* las medidas de protección adecuadas para proteger los bienes fundamentales frente a cualquier daño o riesgo y, por lo tanto, también medidas de índole penal, en tanto en cuanto éstas constituyan un instrumento útil para lograr este fin. Si, como ha venido a declarar el TEDH, el Estado debe

(84) Tomamos la expresión de ALEXY (1986: 509 y 510).

(85) En este sentido, vid. KRINGS (2003: 151 y sigs.).

(86) Vid. BLECKMANN (1988: 941 y 942). En relación con las obligaciones de protección de la vida y la integridad corporal, vid. HERMES (1987: 190 y sigs.). En relación con el problema de la *Drittwirkung*, vid. NARANJO DE LA CRUZ (2000: 205).

(87) En sentido similar, vid. DE OTTO (1988: 167 y sigs.). En Alemania, vid. SEEWALD (1982: 32 y sigs. y 66). En contra, UNRUH (1996: 49 y 50); HERMES (1987: 129 y sigs.).

hacer todo lo que pueda a fin de «evitar o reducir al mínimo los riesgos» para los bienes fundamentales (88), si el Estado ha de adoptar, en principio, todas las cautelas encaminadas a minimizar el riesgo de lesión para los mismos (89), entonces deberá establecer también medidas de protección penal adecuadas, pues éstas reducen ese riesgo en mayor o menor grado, al disuadir a las personas de llevar a cabo actividades que menoscaben o pongan en peligro esos bienes. Los derechos fundamentales a protección comprenden *prima facie* el derecho a la protección penal, a que el legislador tipifique como infracción las conductas que lesionen o amenacen los correspondientes bienes fundamentales y a que las autoridades administrativas y judiciales apliquen efectivamente esas normas, investigando dichas conductas y persiguiendo y castigando a los culpables (90).

IV. LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA PROTECCIÓN PENAL

1. *El principio de proporcionalidad. Entre la prohibición de exceso y la prohibición de defecto.* *El justo equilibrio*

Al igual que les ocurre a todos los derechos fundamentales, también éstos deben ser limitados, restringidos, cuando menos a fin de cohonestar sus exigencias con las de otros derechos y normas consagrados por la Constitución (91). Es por ello que «no todo acto lesivo de un derecho fundamental es

(88) 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». El Informe de la ComEDH de 29 de octubre de 1998 (*Gurbetelli Ersöz y otros*, 23144/93, esp. §§ 143 y sigs.) dice que «la libertad de expresión... imponía [al Estado] la obligación de tomar medidas razonables de protección a fin de prevenir, hasta donde fuese posible, que dicha libertad fuese interferida por la violencia y las amenazas».

(89) 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).

(90) En sentido similar, vid., entre otros, DIETLEIN (1992: 216 y sigs.); SZCZEKALLA (2002: 357 y sigs.).

(91) La STEDH de 28 de octubre de 1998 (*Osman*, 23452/94, § 116) advierte que «hay que interpretar esta obligación [de proteger la vida de una persona contra las amenazas de otra] de manera que no se imponga a las autoridades una carga insoportable o excesiva», habida cuenta de: «las dificultades que la policía encuentra para ejercer sus funciones en las sociedades contem-

constitutivo de delito o merecedor de sanción penal» (92). Y es que el ejercicio del *ius puniendi* estatal conlleva notables costes y riesgos para diversos bienes constitucionalmente protegidos. El simple hecho de tipificar como infracción penal una conducta puede desalentar en cierta medida el ejercicio lícito de un derecho, la realización de conductas socialmente valiosas pero próximas a la tipificada (93). La investigación de los hechos y la persecución de los culpables exige que el Estado invierta recursos materiales, personales y temporales, que ya no podrán ser destinados a la satisfacción de otros fines públicos. La mera tramitación de un proceso penal comporta para el acusado un efecto estigmatizante (la llamada «pena de banquillo») nada desdeñable, y no digamos ya el daño que se le puede causar si se adoptan determinadas medidas cautelares. Aunque es la ejecución de las sanciones, especialmente la de las privativas de libertad, lo que engendra mayores costes, no sólo para el sancionado —que por descontado—, sino también para la sociedad, que ha de establecer y sufragar un caro sistema penitenciario, así como anular temporalmente parte de su capacidad productiva. Y siempre existe el riesgo de que se cometan abusos y equivocaciones, como cuando se encarcela a una persona cuya inocencia se demuestra posteriormente.

Pues bien, el alcance concreto de los derechos a la protección penal, como el de cualquier derecho fundamental, deberá ser determinado con arreglo al principio de proporcionalidad (94). Estará justificado desproteger (penalmente) un bien fundamental (sólo) si ello es: *útil* para satisfacer otro derecho o bien constitucionalmente legítimo; *necesario*, de modo que se escoja de entre las medidas igualmente útiles aquella que menos desproteja el correspondiente bien fundamental; y *ponderado*, de modo que los beneficios de la desprotección superen a sus costes. Nótese que el principio de proporcionalidad deberá ser aplicado en dos direcciones. Habrá que ver no sólo si la pena resulta excesiva —o desproporcionada en el sentido tradicional— por restringir la

poráneas»; «la imprevisibilidad del comportamiento humano»; «las elecciones operativas a realizar en términos de prioridades y recursos»; y la «necesidad de asegurar que la policía ejerce su poder de yugular y prevenir la criminalidad respetando plenamente las vías legales y otras garantías que limitan legítimamente la extensión de sus actividades de investigación penal y persecución de los delincuentes». En fin, «no toda amenaza contra la vida obliga a las autoridades... a tomar medidas concretas para prevenir su realización».

(92) STC 177/1996 (FJ. 11).

(93) Vid. el voto particular del Magistrado VIVES ANTÓN a la STC 78/1995, la STC 136/1999 (FF.JJ. 20 y 29), y DE DOMINGO PÉREZ (2003).

(94) En relación con los derechos fundamentales en general, vid., por todos, BERNAL PULIDO (2003). En relación con los derechos a protección, vid. DOMÉNECH PASCUAL (2006a: 158 y sigs.).

libertad inútil, innecesaria o desmesuradamente (95), sino también si es insuficiente, por despreteger inútil, innecesaria o desmedidamente un bien fundamental. El Estado se encuentra así entre una prohibición de exceso (*Übermaßverbot*) y otra de defecto (*Untermaßverbot*) (96), prohibiciones que constituyen las dos caras de la misma moneda: el mandato de proporcionalidad. Y habrá de llegar a un punto óptimo de equilibrio, pues quedarse por debajo o por encima resultaría desproporcionado. Como ha declarado reiteradamente el TEDH, el alcance [*prima facie*] de las obligaciones positivas —y, por lo tanto, de los correspondientes derechos a protección— ha de reducirse hasta llegar a un «justo equilibrio» entre todos los derechos e intereses en juego (97).

La afirmación en estos términos de los derechos fundamentales a la protección penal no es incompatible con el llamado principio de intervención mínima. Queremos hacer hincapié en este punto. Habida cuenta de los elevadísimos costes que comporta el ejercicio del poder punitivo, sólo en casos excepcionales éstos se verán superados por sus beneficios; sólo puntualmente estará justificada la intervención del Derecho penal, que debe seguir siendo, en consecuencia, una *ultima ratio*. Y tampoco es incompatible con el principio democrático, pues el Tribunal Constitucional debe reconocer a los poderes públicos competentes un muy amplio margen de apreciación para lograr el justo equilibrio y precisar el nivel óptimo de protección. En especial al legislador (98), ya que éste, en el ejercicio de su «potestad exclusiva» de «configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo... goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última

(95) Vid., por ejemplo, AGUADO CORREA (1999); Díez RIPOLLÉS (2005: 82 y sigs.); PRIETO SANCHÍS (2003: 261 y sigs.), y DOMÉNECH PASCUAL (2006b).

(96) Término acuñado por CANARIS (1984: 228), y recibido 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) y RASSOW (2005).

(97) 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).

(98) Vid., por todos, HESSE (1994: 553 y sigs.). El no haber respetado este margen de maniobra del legislador es el principal reproche que numerosos autores han dirigido a las Sentencias del Tribunal Constitucional Federal alemán relativas a la despenalización del aborto. Vid., a modo ilustrativo, ABENDROTH (1975: 125 y sigs.) y HERMES/WALTHER (1993: 2339 y sigs.).

instancia, de su específica legitimidad democrática» (99). Al legislador debe otorgársele un ancho espacio de maniobra porque dispone de mejores posibilidades cognoscitivas que el Tribunal Constitucional para ponderar los costes y beneficios esperados de la protección penal, y porque su mayor legitimidad democrática hace que sus ponderaciones sean mucho más aceptables que las de este órgano jurisdiccional. A los Tribunales penales debe reconocérseles también un cierto margen de apreciación, 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 las leyes penales al caso concreto.

Ahora bien, ese ancho margen de apreciación no es infinito, pues de otra manera el principio de proporcionalidad y, a la postre, los derechos fundamentales quedarían al albur del legislador y de los jueces. El Tribunal Constitucional 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» (100). Tanto este Tribunal como el de Estrasburgo pueden llegar a la conclusión de que la protección prevista por la ley o dispensada por los órganos jurisdiccionales es manifiestamente excesiva (101) o insuficiente. En un Estado realmente democrático y de Derecho es difícil que se produzca esa patente desproporción —por exceso o por defecto—, pero puede darse el caso. Y, para enervar ese peligro, vale la pena otorgar a aquellos Tribunales un limitado poder de control. Merece la pena reconocerles ese poder, con los riesgos que entraña, para combatir determinadas situaciones de impunidad que, sin duda alguna, representan peligros muchísimo más graves para los derechos fundamentales. La jurisprudencia de la Corte Interamericana y la de su homólogo europeo pueden considerarse ejemplares en este punto. Sólo en circuns-

(99) SSTC 55/1996 (FJ. 6) y 161/1997 (FJ. 9). La STC 116/1999 (FJ. 16) advierte que «fuera de ciertos supuestos extremos, ninguna duda cabe acerca de la competencia del legislador para determinar cuál ha de ser la protección penal que deba dispensar a los bienes y derechos de los ciudadanos, máxime cuando en esa tarea ha de guiarse por el principio de mínima intervención, que, en cierto modo, convierte a la garantía penal en garantía última de los derechos».

(100) STC 55/1996 (FJ. 6).

(101) Vid., por poner dos ejemplos, la STEDH (Gran Sala) de 6 de abril de 2000 (*Thlimmenos*, 34369/1997, §§ 39 y sigs.) y la controvertida STC 136/1999, sobre la cual puede verse, en tono muy crítico, ALÁEZ CORRAL (1999); ÁLVAREZ GARCÍA (1999); y BILBAO UBILLOS (2000: 314 y sigs.). En sentido favorable, vid. PERIS RIERA/CUESTA PASTOR (2000); HUERTA TOCILDO (2000: 64 y sigs.); y DE OLIVEIRA ROCHA (2000). MIR PUIG (2002) considera positiva la doctrina sentada por esta STC acerca del control de la proporcionalidad de las leyes penales, si bien estima que lo que en este caso se produjo fue una aplicación judicial desproporcionada de la ley. Vid., asimismo, CUERDA RIEZU (2002).

tancias realmente extremas, en las que la insuficiencia de la protección penal saltaba a la vista, se ha estimado que las autoridades nacionales habían vulnerado los correspondientes derechos humanos. Y si en algún caso dudoso dichos Tribunales han podido excederse, los costes derivados del supuesto exceso han quedado de largo compensados por los beneficios que para estos derechos se derivan de la condena de prácticas como las enjuiciadas en los asuntos *Velásquez Rodríguez* y *Mahmut Kaya*.

2. *Un ejemplo: límites del restablecimiento de los derechos a la protección penal*

Cuando el legislador incumple su obligación positiva de castigar penalmente determinadas agresiones o amenazas para los bienes fundamentales, el derecho a la protección de la víctima colisiona con el derecho a la legalidad penal del agresor. El primero exige que se sancione, mientras que el segundo lo prohíbe, por cuanto la sanción constitucionalmente debida no estaba prevista en la legislación vigente en el momento en el que se cometieron los hechos. Éste es el dilema que se les presentó a los Tribunales holandeses, británicos y franceses, respectivamente, en los casos *X. e Y., A.* y *Siliadin*. Y, con alguna variante, el mismo al que se tuvieron que enfrentar los españoles en relación con un precepto del Código Penal que, interpretado literalmente, castigaba a los progenitores que dejaran de pagar prestaciones económicas en favor de sus hijos matrimoniales. Absolver al progenitor que no había pagado las prestaciones debidas a sus hijos extramatrimoniales constituía una discriminación para éstos proscrita por el artículo 14 CE. Pero condenarlo en virtud de una interpretación analógica *in malam partem* suponía un vulneración de su derecho a la legalidad penal reconocido en el artículo 25.1 CE (102).

Es muy razonable entender que la absolución constituye en tales circunstancias la alternativa óptima o, si se prefiere decir así, la menos mala. Y ello por la razón de que la falta de previsión legal del castigo no sólo eleva notablemente los costes del mismo para la libertad y la seguridad de los ciudadanos, sino que también disminuye apreciablemente su eficacia disuasoria, sus beneficios. Si el legislador debe conminar con una cierta sanción determinadas conductas ofensivas o peligrosas para un bien fundamental, es porque de esa manera se logra el justo equilibrio entre los dos derechos en conflicto: el derecho de las víctimas a la protección penal y la libertad de los agresores.

(102) Vid. las SSTC 74/1997, 67/1998 y 84/1998.

Pero si el legislador incumple este deber de protección, el punto de equilibrio se alterará, porque entonces habrá que añadir el derecho a la legalidad penal en el lado de la balanza de los derechos del reo, lo que decantará el fiel en su favor y hará desproporcionada la aplicación del castigo que debiera haberse previsto. Máxime si tenemos presente que la eficacia disuasoria de ese castigo será menor de lo que hubiese sido en caso de haber estado contemplado por la ley, al faltarle la publicidad propia de ésta. La absolución, con todo, no quita que los Tribunales deban declarar vulnerado el derecho a la protección penal del recurrente (103) y, en su caso, reconocerle el derecho a obtener del Estado una indemnización por los daños sufridos. Nótese que esta responsabilidad patrimonial constituye un importante incentivo para que el legislador colme la laguna de protección existente. Nótese igualmente que, al fin y al cabo, de este modo resolvió el TEDH aquellos casos.

En sede de amparo, cuando los Tribunales ordinarios no han aplicado correctamente las leyes sancionadoras, vulnerando el derecho fundamental a la protección penal de la víctima, se produce también un conflicto, que deberá resolverse mediante una adecuada ponderación. En un plato de la balanza habrá que poner aquel derecho, que demanda la anulación de las sentencias impugnadas para que los Tribunales protejan como es debido a la víctima. En el otro, habrá que colocar no sólo los derechos del reo que normalmente son limitados o amenazados en el proceso penal, sino también su derecho a no ser enjuiciado dos veces por los mismos hechos y sobre la base de idéntico fundamento, derecho que constituiría la llamada vertiente formal del *non bis in idem*. Pues bien, es plausible entender, con el Tribunal Constitucional, según hemos visto, que este último derecho decantará la ponderación en favor del acusado. La posibilidad de que, como consecuencia de una equivocación de los Tribunales ordinarios, la sentencia de amparo provoque la tramitación de un nuevo proceso penal por los mismos hechos, con los elevados costes de diversa índole que para el reo se derivan de ello, menoscaba gravemente la seguridad jurídica (104). Y, por la misma razón, tampoco debería ordenarse la retroacción cuando el derecho de la víctima que ha sido vulnerado por los Tribunales ordinarios es de naturaleza procesal. Reiteramos nuestra opinión de que la jurisprudencia constitucional que aquí distingue en función del carácter sustantivo o procesal del derecho lesionado carece de justificación.

(103) Así lo hicieron las citadas SSTC 67/1998 y 84/1998, apartándose en este punto de la STC 74/1997, que denegó el amparo.

(104) Vid., *mutatis mutandi*, la STC 2/2003 (FJ. 8).

V. CONCLUSIÓN

Los derechos fundamentales imponen al Estado la obligación *prima facie* de tipificar como infracción las conductas que los lesionen, investigar los hechos, perseguir a los culpables y castigarlos. Así lo corroboran la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español — pese a sus retóricas declaraciones en sentido contrario— y, sobre todo, la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La existencia de estos derechos fundamentales a la protección penal deriva de una interpretación de los preceptos que los reconocen literal, sistemática, teleológica y acorde con las circunstancias actuales. Tales derechos pueden y deben ser limitados, pero las limitaciones deben respetar el principio de proporcionalidad. La pena no puede ser excesiva, pero tampoco insuficiente. El legislador y, en menor medida, los Tribunales ordinarios gozan de un amplio margen de apreciación para determinar cuál es el nivel justo de protección penal, aunque ese margen no es infinito, y el Tribunal Constitucional puede controlar si ha sido o no respetado.

BIBLIOGRAFÍA

- ABENDROTH, Wolfgang (1975): «Das Abtreibungsurteil des Bundesverfassungsgerichts», *KJ*, págs. 121-128.
- AGUADO CORREA, Teresa (1999): *El principio de proporcionalidad en el Derecho penal*, EDERSA, Madrid.
- ALÁEZ CORRAL, Benito (1999): «Defensa de la Constitución, libertades de expresión e información y principio de proporcionalidad. A propósito de la STC 136/1999, de 20 de julio de 1999», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, vol. III, págs. 2567-2594
- (2004): «La eficacia de los derechos fundamentales», en *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, con Francisco José BASTIDA FREIJEDO y otros, Tecnos, Madrid, págs. 179-195.
- ALDANA-PINDELL, Raquel (2004): «An Emerging Universality of Justiciable Victim's Rights in the Criminal Process to Curtail Impunity for State-Sponsored Crimes», 26-4, *Human Rights Quarterly*, págs. 605-686.
- ALEXY, Robert (1986): *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Garzón Valdés, CEC, Madrid, 1993.
- (1990): «Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen», *Der Staat*, 29, págs. 49-68.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Javier (1999): «Principio de proporcionalidad: Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999, recaída en el recurso de amparo interpuesto por los componentes de la Mesa Nacional de Herri Batauna», *Revista Jurídica La Ley*, vol. 5, págs. 2053-2059.
- AMBOS, Kai (1999): «Völkerrechtliche Bestrafungspflichten bei schweren Menschenrechtsverletzungen», *Archiv des Völkerrechts*, 37, págs. 318-356.

- APPEL, Ivo (1998): *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Duncker & Humblot, Berlin.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2003): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, CEPC, Madrid.
- BILBAO UBILLOS, Juan M.³ (1997): *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid.
- (2000): «La excarcelación tenía un precio: el Tribunal enmienda la plana al legislador. Comentario de la STC 136/1999, en el caso de la Mesa Nacional de HB», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 58, págs. 277 y sigs.
- BLECKMANN, Albert (1988): «Neue Aspekte der Drittwirkung der Grundrechte», *DVBl.*, págs. 938-946.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang (1990): «Grundrechte als Grundsatznormen», *Der Staat*, 29, págs. 1-31.
- BOROWSKI, Martin (1998): *Grundrechte als Prinzipien*, Nomos, Baden-Baden.
- BRAGE CAMAZANO, Joaquín (2004): *Los límites a los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco (2003): *La garantía constitucional de la inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- CALLIESS, Christian (2001): *Rechtsstaat und Umweltstaat. Zugleich ein Beitrag zur Grundrechtsdogmatik im Rahmen mehrpoliger Verfassungsrechtsverhältnisse*, Mohr, Tübingen.
- CANARIS, Claus Wilhem (1984): «Grundrechte und Privatrecht», *AcP*, 184, págs. 201-246.
- CITRONI, Gabriella (2003): «Desaparición forzada de personas: desarrollo del fenómeno y respuestas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Internacional*, 19, págs. 373-408.
- CUERDA RIEZU, Antonio (2002): «Proporcionalidad, efecto desaliento y algunos silencios en la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999, que otorgó el amparo a los dirigentes de Herri Batasuna», en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor don José Cerezo Mir*, dirs. Díez RIPOLLÉS Y OTROS, Tecnos, Madrid, págs. 237 y sigs.
- DE DOMINGO PÉREZ, Tomás (2003): «La argumentación jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales: en torno al denominado “chilling effect” o “efecto desaliento”», *Revista de Estudios Políticos*, 122, págs. 141-166.
- DE OLIVEIRA ROCHA, Luiz Otavio (2000): «El principio de proporcionalidad y el control constitucional de las normas penales: el amparo a la Mesa de Herri Batasuna», *Cuadernos de Política Criminal*, 70, págs. 219 y sigs.
- DE OTTO, Ignacio (1988): «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en *Derechos fundamentales y Constitución*, con L. MARTÍN-RETORTILLO, Civitas, Madrid, págs. 93 y sigs.
- DI FABIO, Udo (1994): *Risikoentscheidungen im Rechtsstaat: Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung*, Mohr Siebeck, Tübingen.

- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier (1997): *Valores superiores e interpretación constitucional*, CEPC, Madrid.
- DIETLEIN, Johannes (1992): *Die Lehre von den grundrechtlichen Schutzpflichten*, Duncker & Humblot, Berlin.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis (2005): «El control de constitucionalidad de las leyes penales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 75, págs. 59-106.
- DIRNBERGER, Franz (1991): *Recht auf Naturgenuß und Eingriffsregelung*, Duncker & Humblot, Berlin.
- DOLDERER, Michael (2000): *Objektive Grundrechtsgehalte*, Duncker & Humblot, Berlin.
- DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel (2006a): *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos. El derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos*, CEPC, Madrid.
- (2006b): «¿Es proporcionado cerrar una empresa por infracciones a la Ley del mercado de derechos de emisión de gases de efecto invernadero?», *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, 9.
- DREIER, Horst (1996): *Grundgesetz Kommentar*, Mohr Siebeck, Tübingen, t. I, Vorbemerkungen vor Art. 1 GG.
- GALLEGO ANABITARTE, Alfredo (1994): *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Civitas, Madrid.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2002): *Curso de Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, t. II.
- GARCÍA FIGUEROA, Alberto (2004): «Principios y derechos fundamentales», en *Constitución y derechos fundamentales*, coords. BETEGÓN/DE PÁRAMO/LAPORTA/PRIETO SANCHÍS, CEPC, Madrid, págs. 235-268.
- GIANNINI, Massimo Severo (1991): *El poder público*, trad. Ortega Álvarez, Civitas, Madrid.
- GOSTOMZYK, Tobias (2004): «Grundrechte als objektiv-rechtliche Ordnungsidee», *JuS*, págs. 949-954.
- HAIN, Karl Eberhard (2002): «Ockham's Razor — ein Instrument zur Rationalisierung der Grundrechtsdogmatik», *JZ*, págs. 1036-1045.
- HERMES, Georg (1987): *Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit. Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG*, Müller, Heidelberg.
- HERMES, Georg/WALTHER, Susanne (1993): «Schwangerschaftsabbruch zwischen Recht und Unrecht», *NJW*, págs. 2337-2347.
- HESSE, Konrad (1994): «Die verfassungsgerichtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers», en *Gegenrede. Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz*, dirs. DÄUBLER-GMELIN/KINKEL/MEYER/SIMON, Nomos, Baden-Baden, págs. 541-559.
- (1995): *Grundzüge des verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Müller, Heidelberg.
- HOBBS, Thomas (1651): *Leviatan. O de la materia, forma y poder de una República eclesiástica y civil*, 2001, trad. Sánchez Sarto, FEC, México.
- HOLOUBEK, Michael (1997): *Grundrechtliche Gewährleistungspflichten*, Springer, Wien.

- HUERTA TOCILDO, Susana (2000): «Principio de legalidad y normas sancionadoras», en *El principio de legalidad. Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, CEPC, Madrid.
- IPSEN, Jörn (2005): *Staatsrecht*, Luchterhand, Neuwied, t. II.
- ISENSEE, Josef (1983): *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, De Gruyter, Berlin.
- (1992): «Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht», en *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, dirs. Joseph ISENSEE/Paul KIRCHHOF, Müller, Heidelberg, 1988, t. V, § 111.
- JAECKEL, Liv (2001): *Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, Nomos, Baden-Baden.
- JARASS, Hans D. (1985): «Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektivrechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», *AöR*, 110, págs. 363-397.
- JESSBERGER, Florian (1996): «Von der Pflicht des Staates, Menschenrechtsverletzungen zu untersuchen», *KJ*, págs. 290-306.
- KAYßER, Marijon (1997): *Abtreibung und die Grenzen des Strafrechts*, Duncker & Humblot, Berlin.
- KELSEN, Hans (1960): *Teoría pura del Derecho*, trad. Vernengo, Porrúa, Mexico, 1993.
- KLEIN, Hans Hugo (1994): «Die grundrechtliche Schutzpflicht», *DVBl.*, págs. 489-497.
- KRINGS, Günter (2003): *Grund und Grenzen grundrechtlicher Schutzansprüche. Die subjektiv-rechtliche Rekonstruktion der grundrechtlichen Schutzpflichten und ihre Auswirkung auf die verfassungsrechtliche Fundierung des Verbrauchervertragsrechts*, Duncker & Humblot, Berlin.
- LOCKE, John (1690): *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, trad. Abellán, Espasa Calpe, Madrid, 1997.
- LOPERA MESA, Gloria Patricia (2004): «Los derechos humanos como mandatos de optimización», *Doxa*, 27, págs. 211-243.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel (2000): «La seriedad de los derechos», *Revista de Derecho Político*, 48-49, págs. 289-350.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (1998): *La Europa de los derechos humanos*, CEPC, Madrid.
- (1999): «¿Castigo razonable o malos tratos? La Sentencia del Tribunal Europea de Derechos Humanos de 23 de septiembre de 1998, en el caso A. contra el Reino Unido: una nueva página en la defensa y protección de los niños», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, t. III, págs. 2769-2788.
- MÉNDEZ, Juan E. (1997): «Derecho a la verdad frente a las graves violaciones a los derechos humanos», en *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS, Buenos Aires, págs. 517-540.
- MIR PUIG, Santiago (2002): «Principio de proporcionalidad y fines del Derecho penal», en *Estudios jurídicos en memoria de José María Lidón*, coord. Juan Ignacio ECHANO BASALDÚA, Universidad de Deusto, Bilbao, págs. 349-366.

- MOWBRAY, Alastair (2002): «Duties of Investigation under the European Convention on Human Rights», *International and Comparative Law Quarterly*, 51, págs. 437-448.
- MÜLLER-DIETZ, Heinz (1977): «Zur Problematik verfassungsrechtlicher Pönalisierungsgebote», en *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, dirs. Hans Heinrich JESCHECK/Hans LÜTTGE, De Gruyter, Berlin, págs. 97-116.
- (1999): «Verfassungsrechtliche Schutz- und Pönalisierungspflichten», en *Gedächtnisschrift für Heinz Zipf*, Karl Heinz GÖSSEL/Otto TRIFFTERER, Müller, Heidelberg, págs. 123-133
- MURSWIEK, Dietrich (1985): *Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik*, Duncker & Humblot, Berlin.
- NARANJO DE LA CRUZ, Rafael (2000): *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, CEC, Madrid.
- NI AOLAIN, Fionnuala (2001): «The Evolving Jurisprudence of the European Convention Concerning the Right to Life», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 19-1, págs. 21-42.
- NIKKEN, Pedro (1998): «El manejo del pasado y la cuestión de la impunidad en la solución de los conflictos armados de El Salvador y Guatemala», en *Liber Amicorum, Héctor Fix-Zamudio*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, vol. I, págs. 143-168.
- NINO, Carlos S. (1991): «The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context: The Case of Argentina», *Yale Law Journal*, 100, págs. 2619-2640.
- ORENTLICHER, Diane (1991): «Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime», *Yale Law Journal*, 100, págs. 2537-2643.
- PEÑALVER I CABRÉ, Alexandre (2004): *Les pretensions davant la inactivitat administrativa en matèria sancionadora ambiental*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- PÉREZ LUÑO, Antonio E. (2001): *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid.
- PERIS RIERA, Jaime/CUESTA PASTOR, Pablo (2000): «Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de julio de 1999 (proporcionalidad de los sacrificios en la aplicación de las penas)», *Revista Jurídica La Ley*, vol. 1, págs. 1580-1584.
- POPPER, Karl Raimund (1945): *La sociedad abierta y sus enemigos*, trad. Loedel, Paidós, Barcelona, 2000.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2004): «La estructura de las normas de derechos fundamentales», en *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, con Francisco José BASTIDA FREIJEDO y otros, Tecnos, Madrid, págs. 45-56.
- PRIETO SANCHÍS, Luis (1998): *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid.
- (2003): *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid.
- RASSOW, Reinhard (2005): «Zur Konkretisierung des Untermaßverbotes», *ZG*, págs. 262-280.
- ROBBERS, Gerhard (1987): *Sicherheit als Menschenrecht*, Nomos, Baden-Baden.
- RODRÍGUEZ BEREJO, Álvaro (1996): «Los derechos fundamentales: derechos subjetivos y derecho objetivo», *Revista Jurídica La Ley*, t. 2, págs. 1411 y sigs.

- RODRÍGUEZ-TOUBES MUÑIZ, Joaquín (2000): *Principios, fines y derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid.
- ROHT-ARRIAZA, Naomi (1990): «State Responsibility to Investigate and Prosecute Grave Human Rights Violations in International Law», *California Law Review*, 78, págs. 451-513.
- ROSENAU, Henning (1998): *Tödliche Schüsse im staatlichen Auftrag. Die strafrechtliche Verantwortung von Grenzsoldaten für den Schußwaffengebrauch an der deutsch-deutschen Grenze*, Nomos, Baden-Baden.
- SANTANA VEGA, Dulce María (2001): «Las obligaciones constitucionales de castigar penalmente», en *El nuevo Derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, coords. Fermín MORALES PRATS/Gonzalo QUINTERO OLIVARES, Aranzadi, Pamplona, págs. 865-884.
- SCHMITT, Carl (1927): *Teoría de la Constitución*, trad. Ayala, Alianza, Madrid, 1996.
- SEEWALD, Otfried (1982): *Gesundheit als Grundrecht. Grundrechte als Grundlagen von Ansprüchen auf gesundheitsschützende staatliche Leistungen*, Athenäum, Königstein.
- STAEHELIN, Gregor (1999): «¿Es compatible la “prohibición de infraprotección” con una concepción liberal del Derecho penal?», en *La insostenible situación del Derecho penal*, Comares, Granada, págs. 289-304.
- STARCK, Christian (1994): *Praxis der Verfassungsauslegung*, Nomos, Baden-Baden.
- STEINBERG, Rudolf (1984): «Grundfragen des öffentlichen Nachbarrechts», *NJW*, págs. 457-464.
- STERN, Klaus (1988): *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Beck, München, t. III/1.
- STRANGE, Susan (2001): *La retirada del Estado*, trad. Ibáñez, Icaria, Barcelona.
- SZCZEKALLA, Peter (2002): *Die sogenannten grundrechtlichen Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht*, Duncker & Humblot, Berlin.
- THIELE, Bret (2003), «Litigating against Forced Evictions under the American Convention on Human Rights», *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 21, págs. 463-477.
- TIEDEMANN, Klaus (1991): *Verfassungsrecht und Strafrecht*, Müller, Heidelberg.
- TOMUSCHAT, Christian (2002): «The Duty to Prosecute International Crimes Committed by Individuals», en *Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger*, Springer, Heidelberg, págs. 315-329.
- TZEMOS, Vasileios (2004): *Das Untermaßverbot*, Peter Lang, Frankfurt am Main.
- UNRUH, Peter (1996): *Zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten*, Duncker & Humblot, Berlin.
- VENEGAS GRAU, María (2004): *Derechos fundamentales y Derecho privado*, Marcial Pons, Madrid.
- VILLAVARDE MENÉNEDEZ, Ignacio (2002): «Concepto, contenido, objeto y límites de los derechos fundamentales», en *La democracia constitucional. Estudios en homenaje al Profesor Francisco Rubio Llorente*, CEPC, Madrid, págs. 317-363.
- WÜRTEMBERGER, Thomas (1999): «Rechtliche Optimierungsgebote oder Rahmensetzungen für das Verwaltungshandeln», *VVDStRL*, 58, págs. 139-176.