

# ¿Seguridad jurídica o seguridad de los bienes jurídicos? Sobre el nuevo papel de los derechos fundamentales en el discurso jurídico-penal<sup>1</sup>

(EL PRESENTE TRABAJO ESTÁ TODAVÍA EN PROCESO DE ELABORACIÓN Y MEJORA, SE RUEGA POR ELLO NO CITARLO EN SU ACTUAL ESTADO, SINO ESPERAR A SU PUBLICACIÓN DEFINITIVA O, EN SU CASO, CONTACTAR CON LA AUTORÍA)

Lucía Martínez Garay  
Universidad de Valencia

## 1. ¿Seguridad jurídica o seguridad de los bienes jurídicos?

En las últimas páginas de su trabajo “*Nullum crimen sine lege*, comisión por omisión y dogmática penal”, Tomás VIVES ANTÓN alude a algunas de las que él considera amenazas para las libertades fundamentales en la actualidad, y en concreto menciona el problema de la inseguridad. Es muy frecuente en nuestros días encontrar alusiones a la inseguridad en relación con el Derecho penal, pero la (in)seguridad puede significar muchas cosas<sup>2</sup>. Conviene precisar por tanto en qué sentido se queja VIVES ANTÓN de la “renuncia a la seguridad” que en su opinión se ha producido en el Derecho penal.

VIVES utiliza para ilustrar su postura la cita de un artículo de Erhard DENNINGER, “Der Präventions-Staat”, de 1988<sup>3</sup>. En ese trabajo DENNINGER planteaba la hipótesis de que la progresiva ampliación de las funciones del Estado que caracterizó su evolución desde el Estado liberal hacia el Estado social o del bienestar fue acompañada también de un profundo cambio en los fundamentos del sistema jurídico, en el sentido de que en éste habría ido perdiendo importancia la idea de seguridad jurídica y se habría ido acentuando cada vez más la idea de seguridad o aseguramiento de los bienes jurídicos (“*Von der Rechtssicherheit zur Rechtsgütersicherheit als sozialer Gerechtigkeit*”<sup>4</sup>). Según DENNINGER, a la preocupación propia del Estado social por proporcionar determinados bienes jurídicos a grupos que tradicionalmente no habían disfrutado de ellos (derecho a la sanidad o educación públicas, etc.) se ha unido el hecho de que el Estado se afana en dar respuesta a muy diversas demandas de grupos sociales diferentes, que persiguen todos ellos obtener protección jurídica para sus propios intereses, intereses que además frecuentemente colisionarán con los de otros particulares o grupos. Para lograr satisfacer todas estas demandas se hace uso de una legislación acelerada, en permanente transformación para adaptarse a los sucesivos cambios sociales, que trata de ordenar con regulaciones detalladas hasta el último ámbito de la vida social, pero que a la vez está plagada de conceptos indeterminados y cláusulas abiertas que permitan una aplicación flexible y atenta a las necesidades del caso concreto, lo que a su vez abre un amplísimo campo para el arbitrio judicial<sup>5</sup>. Evidentemente como resultado de todo ello aumenta la inseguridad jurídica, aunque DENNINGER destaca que dicho aumento no se debe

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco de los Proyectos de I+D+I DER2013-47859-R, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y cofinanciado con Fondos estructurales de la Unión Europea, y GV/2016/085, financiado por la Generalitat Valenciana.

<sup>2</sup> Como lo ha expresado KUNZ, la seguridad es como el tofu: en sí misma no sabe a nada, sólo sabe a aquello con lo que se la condimenta (“*Sicherheitskultur ohne Sicherheit?*”, *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform*, 97 (2014), p. 295).

<sup>3</sup> DENNINGER, E.: “Der Präventions-Staat”, *Kritische Justiz*, 21(1988), pp. 1 y ss.

<sup>4</sup> DENNINGER, op. cit., p. 1

<sup>5</sup> DENNINGER, op. cit., pp. 6-8.

únicamente a las deficiencias en el proceso legislativo, como la rápida sucesión de leyes o la mala calidad técnica de las mismas. En su opinión otro factor decisivo es que en el momento de aplicación de la ley los jueces también persiguen garantizar una seguridad óptima para los bienes jurídicos (como vía para lograr justicia material) y para ello se sirven de una serie de expedientes que tienen en común el efecto de relativización de la ley: la ley no se aplica sin más, sino que se filtra, se adapta, se orienta al caso concreto. Y entre estos “correctores” de la ley los más eficaces y conocidos serían los derechos fundamentales y el principio de proporcionalidad. Según DENNINGER la reorientación de todo el sistema jurídico desde el objetivo inicial de garantizar seguridad jurídica al intento de proporcionar seguridad inmediata a los bienes jurídicos se manifiesta con especial claridad en la última fase de control judicial sobre el Derecho, el control de constitucionalidad de las leyes. En esta fase es habitual que el Tribunal constitucional (alemán) recurra a la ponderación entre derechos fundamentales (o entre derechos fundamentales y bienes o valores de relevancia constitucional), y tome su decisión ponderando todas las circunstancias del caso concreto. En definitiva, el pensamiento jurídico casuístico orientado a la justicia habría sustituido al pensamiento jurídico generalizador orientado a la seguridad jurídica<sup>6</sup>.

DENNINGER valora negativamente esa tremenda erosión que ha sufrido la seguridad jurídica, sacrificada en aras de ofrecer una pretendida mayor seguridad real para todo tipo de bienes jurídicos, entre otras razones porque a su juicio el Estado y el Derecho son incapaces de proporcionar esa seguridad fáctica, al menos de forma directa y en el grado óptimo en que se les demanda desde los más diversos sectores y grupos sociales. El Estado se estaría autoimponiendo una tarea imposible de cumplir<sup>7</sup>.

Además de describir la evolución a la que nos acabamos de referir, en su trabajo DENNINGER sostenía también que la doctrina constitucionalista alemana, tradicionalmente orientada a la unidad del Estado como centro del poder, de la política y del Derecho, no había advertido aún con suficiente claridad en aquel momento (1988) dicha trasformación, y mucho menos estaba siendo capaz de explicarla y conceptualizada adecuadamente, sino que intentaba apuntalar el modelo de dirección centralizada de los procesos sociales a través de un Derecho producido también centralizadamente con diversas estrategias, entre las que menciona la transformación del ciudadano de sujeto de derechos en sujeto de deberes: “La vieja relación hobbesiana entre protección y obediencia se proclama de nuevo como “derecho fundamental a la seguridad”, sólo que no se advierte con suficiente claridad que con ello se está haciendo referencia a un derecho del Estado a producir (ilimitadamente) “seguridad” (con sus correspondientes restricciones de la libertad), y que sólo se proporcionará protección a aquél que no sólo obedeza las leyes, sino también la interpretación que de ellas haga quien detente el poder”<sup>8</sup>. Con la expresión ‘derecho fundamental a la seguridad’ (entrecomillada en el original) se refiere a la obra de Josef ISENSEE, “Das Grundrecht auf Sicherheit” (1983).

## 2. La evolución actual del Derecho penal

Las líneas anteriores no son sino una síntesis muy apretada e inevitablemente – casi: groseramente – simplificadora del rico y denso artículo de DENNINGER. No es mi intención, por otra parte, analizar en detalle las múltiples cuestiones que plantea, que además han sido

<sup>6</sup> DENNINGER, op. cit., pp. 9 y 10.

<sup>7</sup> Ibidem, pp. 10 y ss. Lo expresa afirmando entre otras cosas que tanto la sociedad del riesgo (en referencia a la obra de Ulrich BECK, 1986) como el “Estado de seguridad” (*'Sicherheitsstaat'*, en referencia a la obra de Joachim HIRSCH, 1980) estarían viviendo “por encima de sus posibilidades”.

<sup>8</sup> DENNINGER, op. cit., p. 13, comillas en el original.

desarrolladas y actualizadas por el propio autor en escritos más recientes<sup>9</sup>. Únicamente pretendo añadir algunas observaciones más a las que VIVES ANTÓN ya formula en su trabajo respecto de esta obra de DENNINGER. Porque como afirma VIVES, de la situación de inseguridad (jurídica) que DENNINGER describía en aquél momento, en 1988, se salvaba solo el Derecho penal: "había que resignarse a vivir con la inseguridad, excepto en materia penal". Sin embargo, es evidente que en la actualidad la situación del Derecho penal ha cambiado mucho, y tal y como señala VIVES en su artículo, creo que no cabe sino convenir con él en que durante los últimos lustros la misma o parecida evolución que DENNINGER denunciara para el sistema jurídico-público en general, se ha apoderado también del Derecho penal.

Por lo que respecta al ámbito legislativo, es de todos conocido que la inseguridad jurídica se ha multiplicado en el Derecho penal español desde 1995 de la mano de una frenética sucesión de reformas penales, con textos cada vez más farragosos y complejos, técnicamente defectuosos y hasta en ocasiones casi incomprensibles, que plantean complicados problemas de interpretación, concursales y de retroactividad, y todo ello con el objetivo de extender cada vez más la intervención penal a nuevos y muy discutibles ámbitos con el pretexto – entre otros – de responder a unas supuestas demandas sociales de mayor protección para todo tipo de bienes jurídicos<sup>10</sup>. Es posible que exista también en la jurisprudencia española – tanto la penal ordinaria como la constitucional cuando se ocupa de temas penales – una tendencia a buscar la solución correcta del caso recurriendo directamente a la finalidad de tutela de los bienes jurídicos y a los derechos fundamentales, orillando en ocasiones lo que derivaría de la simple aplicación de la ley al caso, y que ello contribuya también a aumentar la inseguridad jurídica en la fase de aplicación judicial<sup>11</sup>. Pero, sobre todo, lo que sí me parece indudable es que esta erosión de la seguridad jurídica ha ido acompañada de (¿e impulsada por?) una preocupación cada vez más acusada por garantizar – o hacer ver que se garantiza – la seguridad material de los bienes jurídicos. En palabras de CANCIO MELIÀ, "la realidad actual del Derecho penal en Occidente muestra que predomina en el discurso expreso la constante referencia a la seguridad, es decir, a la prevención fáctico-policial como fin de la aprobación de normas que establecen o agravan infracciones criminales [...]. Diversas líneas de fuerza de la evolución político-criminal convergen en la prevención fáctica como único criterio de la legislación penal,

---

<sup>9</sup> Por ej. en DENNINGER, E.: „Freiheit durch Sicherheit? Wie viel Schutz der inneren Sicherheit verlangt und verträgt das deutsche Grundgesetz?”, *Kritische Justiz* 2002 (Heft 4), pp. 467 y ss; o en DENNINGER, E.: *Prävention und Freiheit*, Nomos, Baden-Baden, 2008, entre otros.

<sup>10</sup> En las reformas penales españolas de los últimos años se acumulan las deficiencias estrictamente técnicas, la baja calidad democrática de la tramitación parlamentaria, y la muy discutible orientación político criminal del contenido, hasta el punto de que se ha podido afirmar – a mi juicio, con razón – que "el código penal se ha convertido [...] en un formidable instrumento de propaganda, con el que se encubren políticas defectuosas de cualquier signo mediante una desmedida explotación de emociones colectivas" (DÍEZ RIPOLLÉS / SÁEZ VALCÁRCEL: "La reforma penal y el sueño de la razón" (*El País*, 24.4.2013), publicado bajo el título "Por una política criminal racional" en DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: *Delitos y penas en España*, Catarata, Madrid, 2015, p. 9). Todos estos defectos se han agudizado de manera espectacular en la última reforma penal, producto de las LO 1/2015 y 2/2015; puede verse una valoración global de la misma en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L.: "Prefacio", en GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.): *Comentarios a la Reforma del Código penal de 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 17 y ss.

<sup>11</sup> Considero que son un ejemplo de ello las sentencias que han resuelto el caso "Aturem el Parlament"; sobre el tema cfr. PAREDES CASTAÑÓN, J.M.: "Caso 'Aturem el Parlament': una cuestión de atipicidad, no (sólo) de ponderación", y GARCÍA AMADO, J.A.: "Sobre ponderaciones y penas. A propósito de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Penal) 161/2015, en el caso del asedio al Parlamento de Cataluña", ambas en CUERDA ARNAU / GARCÍA AMADO (Dir.): *Protección jurídica del orden público, la paz pública y la seguridad ciudadana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

es decir que la única legitimación del sistema penal estaría en un supuesto saldo de delitos evitados.”<sup>12</sup>

### 3. El nuevo papel de los derechos fundamentales en el discurso jurídico-penal

Pues bien, dentro de este panorama, cuyas líneas generales son por todos de sobra conocidas, el aspecto que me gustaría subrayar en estos breves apuntes es el cambio que se está produciendo en la utilización de los derechos fundamentales en el discurso penal. En efecto, creo que estamos asistiendo a una transformación del papel que las alusiones a los derechos fundamentales tienen en la argumentación jurídico-penal, pues si bien por un lado parece que la preocupación por protegerlos y garantizarlos está cada vez más presente (tanto a nivel legislativo como jurisprudencial y, poco a poco, creo que también doctrinal)<sup>13</sup>, en algunos casos el sentido en que se alude a ellos es muy distinto, por no decir que diametralmente opuesto, al sentido con que se los solía utilizar hasta ahora.

Tradicionalmente cuando en Derecho penal se ha hablado de Derechos fundamentales nos referimos a ellos como garantías del acusado: son derechos fundamentales de defensa frente al poder punitivo, límites al *ius puniendi*, que funcionan como barreras que impiden la persecución de la prevención a cualquier precio. Es indiscutiblemente el caso del derecho a la presunción de inocencia y del principio de culpabilidad, pero también del derecho a la legalidad penal, el principio de proporcionalidad y el de lesividad o exclusiva protección de bienes jurídicos. La dicotomía era siempre prevención (si se quiere: seguridad, de los bienes jurídicos) vs. garantías (entendiendo por tales los derechos fundamentales del acusado).

Sin embargo la situación está cambiando, y el debate o la contraposición se plantea cada vez más en términos de derechos fundamentales contra derechos fundamentales: en un lado siguen estando los del acusado (o, cada vez más: los del delincuente peligroso), pero frente a ellos, confrontados, están los de las víctimas de los delitos (y no sólo la víctima real de un delito concreto, sino sobre todo las víctimas potenciales de eventuales delitos futuros) a obtener protección penal para sus bienes jurídicos. Es decir, creo que en el discurso penal cabe percibir (o al menos así lo percibo yo) una evolución en la que poco a poco pero cada vez más se parte – normalmente de forma implícita – de que existen derechos de los ciudadanos (y además, derechos fundamentales, o pretensiones jurídicas derivadas de esta clase de

---

<sup>12</sup> CANCIO MELIÁ, M.: “Principios del Derecho penal (II)”, en LASCURAÍN SÁNCHEZ (Coord.): *Introducción al Derecho penal*, 2<sup>a</sup> ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, p. 105.

<sup>13</sup> Obsérvese que me refiero a la preocupación por garantizarlos que públicamente se expresa, aunque no necesariamente a que su nivel de garantía o protección efectivas esté en aumento o sea óptimo. PAREDES CASTAÑÓN por ejemplo ha denunciado que especialmente en ciertos ámbitos (en materia de terrorismo, de tortura, o de derechos sociales y culturales) el Estado español y sus operadores jurídicos se resisten a interpretar las normas penales internas de acuerdo con los estándares de exigencia que implican los Tratados Internacionales al respecto que España ha ratificado o con las recomendaciones de organismos internacionales (“La impunidad como práctica interpretativa: sobre el desprecio de la jurisdicción penal por el Derecho Internacional de los derechos humanos”, *Jueces para la Democracia*, nº 76, 2013, pp. 32-40). La reciente STS 620/2016, de 12 de julio, que anula por primera vez una condena a tres terroristas por no haberse investigado suficientemente las denuncias de torturas que estos presentaron, quizás constituye el inicio de un bienvenido cambio de tendencia en este estado de cosas. Y por otro lado, como enseñada comentaré en el texto, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos está teniendo en materia penal un efecto si se me permite la expresión algo esquizofrénico, pues si por un lado parte de sus normas y de los organismos que supervisan su aplicación tienen una orientación inequívocamente garantista, en el sentido de protectora de los derechos de las personas sometidas a la acción penal del Estado, al mismo tiempo ciertas prácticas y tendencias de este Derecho Internacional están teniendo un efecto contrario.

derechos) a obtener protección específicamente penal para sus bienes jurídicos más importantes. Una protección penal que sería *obligado* otorgar (pues los ciudadanos tendrían un *derecho* a exigirla) a través de una tipificación penal lo suficientemente amplia y rigurosa de delitos, de una persecución policial y judicial efectiva de los mismos, de una ejecución real y rigurosa de las correspondientes penas, y de una eficaz prevención fáctica de las conductas delictivas. Para hacer efectivos estos derechos de los ciudadanos el Estado ha de adoptar medidas penales que a su vez restringen los derechos fundamentales del sospechoso, acusado o sentenciado, y por tanto todo ello debe ir presidido por una cuidadosa ponderación entre los derechos fundamentales de unos y de otros.

Quizá esta descripción parezca excesivamente exagerada, y por ello incorrecta. Frente a ella cabría objetar que en Derecho penal no hay tal colisión ni ponderación porque los derechos fundamentales de todos los ciudadanos en tanto que eventuales víctimas de delitos reciben protección a través de la mera existencia del sistema penal, que tipifica como delitos los ataques más graves a estos derechos, y del efecto preventivo-general de las normas penales. El momento de la comisión de un delito no supone ninguna colisión entre derechos fundamentales del agresor y de la víctima, porque normalmente el delincuente no tiene "derecho" alguno a cometer el delito: evidentemente nadie tiene derecho a robar, matar, violar, etc. Ello sólo puede ocurrir excepcionalmente, cuando entran en consideración posibles causas de justificación, y especialmente cuando se trata de comprobar si se ha "ejercido legítimamente un derecho [fundamental]" a través del art. 20.7 CP: el supuesto paradigmático sería el conflicto entre el derecho fundamental al honor y a la propia imagen y los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información, donde sí sería necesario efectuar una ponderación del peso respectivo de uno y otro en el caso concreto. Pero fuera de estos casos, se dirá, los derechos fundamentales de los perjudicados (actuales o futuros) por la comisión de un delito no tienen que ponderarse con los derechos fundamentales del reo, pues unos y otros reciben protección en momentos distintos: en el de la promulgación de las normas penales se persigue la protección de los derechos de todos los ciudadanos en tanto que potenciales víctimas, mientras que cuando ya se ha cometido un crimen y se pone en marcha el aparato estatal para investigarlo y enjuiciarlo – esto es, cuando se ejercita el *ius puniendi* – de lo que se trata es de una relación de Derecho público entre el Estado y el potencial o actual infractor, en la que los únicos derechos que tienen que garantizarse son los de este último.

Esta descripción no es en modo alguno incorrecta<sup>14</sup>, pero refleja sólo una parte de la realidad del Derecho penal actual. Porque hay un ámbito de sanciones penales en el que la ponderación entre los derechos fundamentales del reo y los de las eventuales víctimas de los delitos que éste podría volver a cometer en el futuro sí son objeto de ponderación a la hora de decidir el *si* y el *quantum* de la sanción: me refiero a las medidas de seguridad, el reino de la prevención fáctica en el Derecho penal por excelencia<sup>15</sup>. De hecho, y como es sabido,

---

<sup>14</sup> Ni incorrecta ni ilegítima, antes bien, refleja en buena medida la imagen del Derecho penal que se correspondería con una concepción garantista del mismo; cfr. PRIETO SANCHÍS, L.: *Garantismo y Derecho penal*, Iustel, 2011, especialmente pp. 149 y ss.

<sup>15</sup> Me es imposible en el marco de esta contribución detenerme en el debate en torno a si las medidas de seguridad, en especial las aplicables a sujetos inimputables, tienen en realidad naturaleza penal o no; baste con dejar constancia de que la doctrina seguramente mayoritaria en nuestro país sigue considerándolas consecuencias jurídicas del delito (o del hecho ilícito) de carácter penal; cfr. por todos SANZ MORÁN, A.: *Las medidas de corrección y de seguridad en el Derecho Penal*, Lex Nova. Valladolid, 2003, pp. 37 y ss., 71 y ss., o EL MISMO, "La peligrosidad criminal. Problemas actuales", en LANDA GOROSTIZA, J.M. (ed.), *Delincuentes peligrosos*, Trotta, Madrid, 2014, p. 63 y nota 4.

reiteradamente se ha buscado fundamentar la legitimidad de las medidas de seguridad en paralelismos con la legítima defensa o el estado de necesidad<sup>16</sup>, y actualmente no son pocos los autores que siguen aludiendo a este tipo de construcciones – fundamentalmente, acudiendo a una analogía con el estado de necesidad defensivo – como marco explicativo de la legitimidad de esta clase de consecuencias jurídicas, especialmente cuando se trata de las medidas aplicables a delincuentes peligrosos imputables<sup>17</sup>.

Los derroteros por los que ha transitado esta "ponderación" entre los derechos fundamentales del individuo – derechos de defensa frente a la intervención del *ius puniendi* – y las necesidades de protección de derechos fundamentales de las futuras víctimas de una eventual reincidencia en el ámbito de las medidas de seguridad son de sobra conocidos. Parece claro que la expansión del Derecho penal de la peligrosidad que ha caracterizado estos últimos lustros confiere progresivamente mayor relevancia a los intereses de la sociedad en ser defendida frente a la comisión de delitos que a las garantías individuales del reo, en la medida en que amplía cada vez más el alcance de la tutela penal, ya sea a través de la inclusión de nuevas medidas de seguridad, la ampliación de las existentes o el aumento de su duración. Como afirma SILVA SÁNCHEZ, se está procediendo a una nueva "distribución de riesgos entre individuo y sociedad"<sup>18</sup> por lo que hace a quién debe soportar las cargas de una eventual reiteración delictiva, distribución en la cual el riesgo que está dispuesta a asumir la sociedad parece que es cada vez menor, pues la sospecha de peligrosidad en el individuo posibilita someter cada vez a mayores restricciones sus derechos fundamentales. Lo que preocupa ante todo es que la protección penal de los bienes jurídicos de los ciudadanos sea insuficiente, y por eso se complementa la imposición de penas con la de medidas de seguridad<sup>19</sup>.

La evolución a la que me acabo de referir es de todos conocida, ha sido ya analizada desde diversas perspectivas, representa un estadio más del sempiterno debate entre libertad y seguridad que en nuestros días vuelve a decantarse del lado de la seguridad, y no me propongo en estas páginas profundizar ni en los factores que la han propiciado ni en las muy criticables consecuencias a que nos está abocando. Sobre lo que querría alertar en estas páginas es sobre la aparición y consolidación de categorías técnico-jurídicas que pueden dar una nueva cobertura teórica a este fenómeno, y sobre todo favorecer su expansión a otros ámbitos del Derecho penal distintos del de las medidas de seguridad. Me refiero a los deberes

---

<sup>16</sup> Cfr. por todos SANZ MORÁN, A.: "Sobre la justificación de las medidas de corrección y de seguridad", en VVAA, *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, 2005, pp. 973 y s. y especialmente notas 23 y 24.

<sup>17</sup> FRISCH, W.: "Notstandsregelungen als Ausdruck von Rechtsprinzipien", en *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion.: Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, 2011, pp. 434 y ss.; FEIJOO SÁNCHEZ, B.: "La libertad vigilada en el Derecho penal de adultos", en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (Dir.), *Estudios sobre las reformas del Código penal*, Civitas, 2011, p. 233; GRACIA MARTÍN, L.: "Sobre la legitimidad de medidas de seguridad contra delincuentes imputables peligrosos en el Estado de Derecho", en GARCÍA VALDÉS y otros (eds.), *Estudios Penales en Homenaje a Enrique Gimbernat*, t. 1, Edisofer, Madrid, pp. 997 y ss.

<sup>18</sup> SILVA SÁNCHEZ, J.M.: "El retorno de la inocuización", en REDONDO (coord.), *Delincuencia sexual y sociedad*, Ariel, Barcelona, 2002, p. 157.

<sup>19</sup> Hasta el punto de que como advirtiera hace unos años ROBLES PLANAS al comentar la evolución securitaria del Derecho penal sexual, "la tendencia parece ser la de que sólo la *garantía de no peligrosidad* impide la intervención coactiva. La suficiente seguridad sólo queda garantizada si la puesta en libertad del autor sólo acontece cuando no exista *ningún riesgo* (más) de reincidencia" ("Sexual Predators'. Estrategias y límites del Derecho penal de la peligrosidad", *Indret* 4/2007, p. 15; las primeras cursivas en el original, las segundas añadidas).

positivos del Estado, los derechos fundamentales a obtener protección penal, y la "prohibición de infraprotección" como contenido derivado del principio constitucional de proporcionalidad.

Al menos desde las dos sentencias del Tribunal Constitucional alemán sobre la despenalización del aborto se reconoce en ese país que los derechos fundamentales de los eventuales perjudicados por un delito tienen un contenido objetivo, que informa todo el ordenamiento jurídico, y del que puede derivar en ocasiones la obligación constitucional de penalizar determinadas agresiones a los mismos. En la primera de dichas sentencias, de 1975, se afirmó que "en último extremo, cuando la protección de la vida en formación a que obliga la Constitución no pueda alcanzarse de ninguna otra manera, el legislador está obligado a utilizar los medios del Derecho penal"<sup>20</sup>, y en la segunda se ligó este deber positivo con la idea de proporcionalidad, afirmando que "siendo el deber de proteger la vida humana frente al homicidio un deber de protección estatal elemental, la prohibición de protección deficiente (*Untermassverbot*)<sup>21</sup> no permite que se pueda prescindir sin más de utilizar también el Derecho penal, y el efecto protector que de éste deriva"<sup>22</sup>. Y al introducir el concepto de proporcionalidad invertida o prohibición de infraprotección (*Untermassverbot*, que se contrapone al *Übermassverbot*) el Tribunal citaba expresamente a ISENSEE<sup>23</sup>.

Esta idea de que de los derechos fundamentales derivan deberes estatales de protección, que pueden llegar a hacer obligado el recurso a la sanción penal para protegerlos, fue como es sabido recogida por nuestro propio Tribunal Constitucional cuando tuvo que pronunciarse sobre el mismo tema. En su sentencia sobre el aborto 53/1985, de 11 de abril, el Tribunal partió (FJ 4) de que "los derechos fundamentales no incluyen solamente derechos subjetivos de defensa de los individuos frente al Estado, y garantías institucionales, sino también deberes positivos por parte de éste", para concluir finalmente (FJ 7) que la protección que la Constitución dispensa al nasciturus implica para el Estado dos obligaciones: "La de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso natural de gestación, y la 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." Sin embargo, el Constitucional español no dio el paso que sí había dado su homólogo alemán en la sentencia de 1993, de ligar la obligación de prever en determinados casos tutela penal para el bien jurídico de la vida intrauterina a la prohibición de infraprotección, y además en el caso español la declaración de inconstitucionalidad no estuvo en realidad basada en que la protección penal de la vida intrauterina tal y como quedaba configurada en el proyecto de ley de despenalización parcial del aborto fuera insuficiente, sino en que el Tribunal consideró que lo eran las garantías – procedimentales – que había previsto el legislador para asegurar que el aborto sólo se llevara realmente a cabo en los supuestos legalmente previstos. Es más, en la sentencia existe de hecho una llamativa solución de continuidad lógica entre la primera parte de la fundamentación jurídica, que afirma la constitucionalidad de las tres indicaciones discutidas, y la razón por la que finalmente se declara la inconstitucionalidad, hasta el punto de que el magistrado Rubio Llorente

<sup>20</sup> BVerfGE 39, 1, sentencia de 25.2.1975: „Im äußersten Falle, wenn der von der Verfassung gebotene Schutz auf keine andere Weise erreicht werden kann, ist der Gesetzgeber verpflichtet, zur Sicherung des sich entwickelnden Lebens das Mittel des Strafrechts einzusetzen.“

<sup>21</sup> Traduzco aquí la expresión alemana *Untermassverbot* utilizando la expresión por la que se decanta BERNAL PULIDO, C.: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 806 y s.

<sup>22</sup> BVerfGE 88,203, sentencia de 28.5.1993: „Handelt es sich bei der Aufgabe, das menschliche Leben vor seiner Tötung zu schützen, um eine elementare staatliche Schutzaufgabe, so lässt es das Untermaßverbot nicht zu, auf den Einsatz auch des Strafrechts und die davon ausgehende Schutzwirkung frei zu verzichten.“

<sup>23</sup> *Handbuch des Staatsrechts*, Band V, 1992, § 111 Rdnrn. 165 f.

pudo decir en su voto particular discrepante que los primeros once fundamentos de derecho (en los que se incluían las alusiones a los deberes positivos de protección penal) eran “una simple, aunque desmesurada, suma de *obiter dicta*”<sup>24</sup>.

En su momento las sentencias sobre el aborto del Tribunal Constitucional alemán dieron origen a una importante polémica relativa a las obligaciones constitucionales de penalización, y a la virtualidad del principio de proporcionalidad para actuar, en lugar de como límite, como motor de la intervención punitiva<sup>25</sup>. Sin embargo, lo cierto es que desde su proclamación y asunción en 1993 el Tribunal Constitucional alemán sólo ha utilizado expresamente el concepto de *Untermassverbot* en Derecho penal en un reducido número de casos<sup>26</sup>, y quizás por ello alguna autorizada opinión considera que el principio de proporcionalidad continúa siendo en la actualidad “un principio primariamente protector de la libertad – no obstante todos los intentos de transformar, al derivar de él una ‘prohibición de infraprotección’, este aspecto de restricción de la intromisión parcialmente en su contrario”<sup>27</sup>. Sin embargo, a mi juicio la idea de proporcionalidad en el Derecho penal contemporáneo ya no responde completamente a esta imagen, y la idea subyacente en la prohibición de infraprotección está experimentando un extraordinario impulso a través sobre todo de la jurisprudencia de los Tribunales penales internacionales y de los tribunales internacionales de protección de derechos humanos, que no podemos desconocer entre otras cosas porque dicha jurisprudencia es vinculante para nosotros.

En efecto, en las últimas décadas se ha asentado especialmente en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero también del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la doctrina de que de los derechos fundamentales deriva para el Estado el deber positivo de otorgarles protección efectiva, y que esa protección tiene que incluir la esfera penal, lo que significa prever castigos penales suficientes para los atentados graves a los derechos humanos y aplicar esos castigos de manera efectiva. El Estado está obligado a criminalizar determinadas conductas, investigar diligentemente esos delitos, enjuiciarlos, castigarlos y ejecutar las penas que se impongan, y además también le incumben obligaciones

<sup>24</sup> Esta peculiaridad de la STC 53/1985 hizo que en España la crítica se centrara sobre todo en esta cuestión, es decir, en lo muy discutible que resultaba el que el TC se arrogara la facultad de indicar al legislador las modificaciones que debía añadir en una ley cuyos tres supuestos de despenalización consideraba en sí mismos constitucionales. Sobre la amplia polémica que generó la STC 53/1985 cfr., por todos, el amplio comentario de VIVES ANTÓN, T.: “Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto consentido”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 15, 1985 (también publicado en VIVES ANTÓN, *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 175 y ss., por donde se cita).

<sup>25</sup> Cfr. HASSEMER, W.: “Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2007, pp. 101 y ss.; muy crítico en su momento con la construcción del TC alemán en su segunda sentencia sobre el aborto, STÄCHELIN, G.: “Lässt sich das Untermassverbot mit einem liberalen Strafrecht vereinbaren?”, en INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN FRANKFURT A.M. (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, Peter Lang, 1995, pp. 267 y ss. Para una panorámica sobre la discusión en torno a esta categoría, no sólo en el Derecho penal sino en otros ámbitos del ordenamiento jurídico, cfr. STÖRRING, L. P.: *Das Untermassverbot in der Diskussion. Untersuchung einer umstrittenen Rechtsfigur*, Duncker & Humblot, 2009.

<sup>26</sup> Cfr. las referencias en CLÉRICO, L.: “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en CARBONELL / GRÁNDÉZ CASTRO (Eds.), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Palestra Editores, Lima, 2010, pp. 116 y ss.

<sup>27</sup> NEUMANN, U.: “El principio de proporcionalidad como principio limitador de la pena”, en v. HIRSCH / SEELMANN / WOHLERS / ROBLES PLANAS (eds.), *Límites al Derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, Atelier, Barcelona, 2012, p. 201.

de prevención en el sentido de evitación fáctica de delitos por parte de personas peligrosas<sup>28</sup>. Partiendo de una fundamentación no demasiado clara y a veces cuestionable, que especialmente en el caso de la CIDH parece que asume sin ambages las denominadas doctrinas de lucha contra la impunidad y de los derechos de las víctimas "a la justicia" (que acaba identificándose con el castigo penal), hoy en día está completamente asentada en la jurisprudencia internacional sobre protección de derechos humanos la idea de que el Estado que incumple estas obligaciones está vulnerando los derechos fundamentales de las víctimas.

La cercanía entre esta jurisprudencia y la prohibición de infraprotección es evidente, como lo ha destacado con acierto TOMÁS-VALIENTE LANUZA para el caso del TEDH y la jurisprudencia del TC alemán sobre el aborto a la que antes nos referíamos<sup>29</sup>. Desde luego, en toda esta problemática están implicados también otros factores, como por ejemplo el auge de las doctrinas de la pena que colocan de un modo u otro a la víctima y a sus derechos en el centro de la legitimación del castigo estatal, así como el protagonismo adquirido en la vida pública por las asociaciones de víctimas y su relevancia en el discurso político-criminal, o la orientación mayoritaria de los discursos provenientes del ámbito de la llamada justicia transicional, partidarios del reconocimiento a las víctimas de un derecho al castigo del autor<sup>30</sup>. Pero en el marco de esta breve contribución quiero sólo destacar algunos problemas que a mi juicio derivan de situar los derechos fundamentales de la ciudadanía, desde el prisma de su insuficiente protección, en el centro del problema de la legitimidad del castigo penal.

La consecuencia fundamental es que con ello se produce automáticamente un cambio completo de enfoque sobre el problema del fundamento y los límites del *ius puniendi*. Hasta ahora ampliar la intervención penal, ya fuera introduciendo más medidas de seguridad (más graves o de mayor duración y para más colectivos), extendiendo las conductas punibles (criminalizando meros actos preparatorios, delitos de posesión, de expresión, o de pertenencia a colectivos, etc.), o incrementando la gravedad de las penas, era una *opción* de política criminal, que si el legislador decidía adoptar debía justificar en términos de utilidad preventiva y de legitimidad, entendiendo por esta última fundamentalmente el respeto a los principios penales clásicos de defensa del reo o sospechoso frente al Estado. Por el contrario, la asunción de que existe un derecho a obtener protección *penal* para los derechos fundamentales, acompañada de la construcción de la prohibición de infraprotección como derivada del principio de proporcionalidad que impone un mínimo infranqueable de tutela penal necesaria, conduce a entender que es una *obligación* para el legislador adoptar este tipo de previsiones. En otras palabras: las intervenciones punitivas gozarían *ab initio* de una presunción de legitimidad (en vez de estar necesitadas de legitimación), y empezarían a ser los derechos

<sup>28</sup> Cfr., todos ellos con ulteriores referencias, VIGANÓ, F.: "La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales", *Política criminal* (9-18), 2014, pp. 428 ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: "Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la 'lucha contra la impunidad' y del 'derecho de la víctima al castigo del autor'", en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (Ed.), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Comares, Granada, 2009, pp. 18 y ss.; TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: "Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH", *InDret* 3/2016, con un amplio y excelente análisis de las sentencias del TEDH; LAZARUS, L.: "Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect or Coerce?", en ROBERTS/ZEDNER (eds.), *Principled Approaches to Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Professor Andrew Ashworth*, 2012, OUP, Oxford; GIL GIL, A.: "Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena", *InDret* 4/2016, destacando las diferencias entre la jurisprudencia de la CIDH y del TEDH.

<sup>29</sup> TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C.: "Deberes positivos del Estado...", cit. en nota anterior, pp. 12, 15.

<sup>30</sup> Cfr. sobre todo ello sólo SILVA SÁNCHEZ, J.M.: "Nullum crimen sine poena?...", cit. y GIL GIL, A.: "Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena", cits. *supra*, ambos con ulteriores referencias.

fundamentales de defensa los que necesitarían justificarse, sobre todo cuando su respeto colidiera con lo necesario desde el punto de vista de una protección efectiva de los derechos fundamentales del resto de ciudadanos<sup>31</sup>. Los extremos a los que ha llegado la jurisprudencia de la CIDH, afirmando que derechos básicos del reo como la cosa juzgada o el *ne bis in idem* han de ceder en casos de graves violaciones de los derechos humanos frente a los derechos de las víctimas al castigo del autor, es una prueba de hasta dónde se puede llegar por este camino, de la misma manera que la cada vez mayor amplitud de las medidas de seguridad para los delincuentes considerados peligrosos evidencia a qué resultados se llega cuando se tienen que ponderar los derechos del delincuente frente a los derechos de la ciudadanía.

En definitiva, vuelve (si es que alguna vez se fue) el Derecho fundamental a la seguridad que propusiera ISENSEE, es decir, el presentar torticeramente la función estatal de procurar una coexistencia pacífica entre todos sus ciudadanos garantizando los derechos fundamentales de todos, como un derecho fundamental de cada ciudadano a reclamar del Estado protección penal frente a las agresiones actuales o futuras de sus intereses<sup>32</sup>. Las connotaciones antiliberales y reaccionarias de esta propuesta eran evidentes desde sus primeras formulaciones, y me parece ilustrativo de ello el ejemplo de las manifestaciones que el propio ISENSEE aporta en su obra. Según él, la concepción de los derechos fundamentales como meros derechos de defensa frente al Estado es una “simplification terrible” [en francés, en el original] de la dogmática de los derechos fundamentales que inspira la praxis de la Administración y de los Tribunales cuando permiten (o toleran) grandes manifestaciones, en las que únicamente se atiende al deseo de los organizadores y se menosprecian los costes iusfundamentales que otros tienen que soportar:

“Los otros – estos son los ciudadanos a los que el evento multitudinario (junto con sus consecuencias colaterales, previsibles o imprevisibles) impide o perturba en el ejercicio profesional y privado de sus derechos fundamentales, y cuyos bienes jurídicos pueden ser puestos en peligro o lesionados: comerciantes, clientes, conductores, vecinos y similares hijastros de la dogmática iusfundamental, cuyos intereses pocas veces son considerados por las autoridades administrativas y los tribunales de lo contencioso [...].<sup>33</sup>

En un conocido texto sobre el significado de los derechos fundamentales DWORKIN había utilizado también el ejemplo de las manifestaciones, si bien en un sentido muy distinto:

“Debemos distinguir los ‘derechos’ de la mayoría como tal, que no pueden contar como justificación para dejar de lado los derechos individuales, y los derechos personales de los miembros de una mayoría, que bien podrían contar. La prueba que debemos usar es la siguiente: Alguien tiene un derecho concurrente a ser protegido, que debe ser evaluado frente a un derecho individual a actuar, si esa persona está autorizada para exigir tal protección de su gobierno por cuenta propia, como individuo, sin tener en cuenta si la mayoría de sus conciudadanos se une a la demanda. Según esta prueba, no puede ser verdad que alguien tenga derecho a hacer valer todas las leyes penales que, si no fueran ya ley, tendría el derecho de hacer promulgar. Las leyes contra la violencia personal bien podrían pertenecer a esa clase. [...] no se

<sup>31</sup> Es decir, se acaba llegando a la misma conclusión a la que conducen las doctrinas defensoras del derecho de la víctima al castigo del autor, según las cuales el Derecho penal deja de entenderse “como *ius puniendi*, como derecho del Estado, para convertirlo en obligación estatal, *officium puniendi*, y [se pasa] de concebir el Derecho penal como una herramienta de control social destinada a la protección de bienes jurídicos para la coexistencia social pacífica, a verlo como un mecanismo destinado a la reparación de los derechos de las víctimas” (GIL GIL, A., op. cit., p. 4).

<sup>32</sup> DENNINGER, E.: *Prävention und Freiheit*, cit., pp. 16 y s.; PACE, A.: “La función de seguridad en la legalidad constitucional”, *Revista de Derecho Político UNED*, nº 92, 2015, pp. 15 y ss.

<sup>33</sup> ISENSEE, J.: *Das Grundrecht auf Sicherheit*, cit., p. 48.

puede pensar que las leyes que aseguran cierto nivel de tranquilidad en los lugares públicos [...] se apoyen en los derechos individuales. La tímida dama que recorre las calles de Chicago no tiene derecho a [gozar] exactamente de la medida de tranquilidad de que actualmente disfruta [...]. Hay leyes – tal vez leyes deseables – que le aseguran esas ventajas, pero la justificación de tales leyes, si es que la tienen, no es su derecho personal, sino el deseo común de una gran mayoría. Por consiguiente, si esas leyes recortan efectivamente el derecho moral de alguien a protestar [...], la señora no puede alegar un derecho concurrente que justifique tal reducción.”<sup>34</sup>

Ahora sin embargo el derecho fundamental a la seguridad (entendiendo por tal aquí la tesis de que los derechos fundamentales contienen una pretensión de obtener tutela penal del Estado frente a las agresiones de que sean objeto por parte de terceros) renace rodeado de una cierta 'buena prensa': la que le puede proporcionar el estar relacionado con las corrientes de defensa de los derechos humanos a nivel internacional – especialmente frente a crímenes del Estado o de regímenes autoritarios –, próximo a las doctrinas de la lucha contra la impunidad y de los derechos de las víctimas, e incluso tocado por la pátina 'progresista' que le puede conferir el enmarcarse dentro del concepto de deberes positivos del Estado, pues estos, mucho antes que la protección penal, incluyen también los derechos sociales clásicos a prestaciones estatales en relación con el aseguramiento de unas condiciones de igualdad y dignidad mínimas y reales.

#### 4. A modo de conclusión

Considero que este estado de cosas coloca a la dogmática penal, si se me permite la expresión, también ante un "deber positivo" de actuar, porque la doctrina de los deberes positivos del Estado es una construcción sólida y de gran alcance, y tiene detrás toda una elaboración de Teoría del Derecho imposible de ignorar<sup>35</sup>, con evidentes ramificaciones en el Derecho constitucional, administrativo e internacional<sup>36</sup>. Rechazar sin más su aplicación al Derecho penal puede reforzar la imagen de que la dogmática penal se encuentra aislada en una torre de cristal, ajena a las preocupaciones de la sociedad y a las necesidades de prevención de delitos y de protección de los derechos humanos, y disminuir por ello las posibilidades de la doctrina penal de influir en la política criminal de Estado orientándola hacia derroteros más racionales.

Es necesario, a mi juicio, analizar con detalle hasta qué punto construcciones quizá válidas y aceptables en otras ramas del Derecho pueden o no trasladarse al Derecho penal, si fuera el caso en qué medida, y sobre todo por qué – o más bien por qué no –. Y también que se desvelen las implicaciones y los peligros de propuestas que a primera vista pueden parecer sugestivas, y se pongan al descubierto los argumentos que pretenden encontrar continuidades

<sup>34</sup> DWORKIN, R.: “Los derechos en serio”, en EL MISMO, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 2012, pp. 289 y ss. (ed. original en inglés de 1977). Las protestas a las que se refería Dworkin en ese artículo eran las manifestaciones que se organizaron en Chicago en 1968 con motivo de la Convención Nacional Demócrata y en protesta contra la guerra de Vietnam, y en el curso de las cuales hubo disturbios muy violentos, debidos en parte a las provocaciones de los manifestantes pero también a una brutal respuesta policial.

<sup>35</sup> Basten a este respecto unas citas de ALEXY: *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. E. Garzón Valdés), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, y "Sobre los derechos constitucionales a protección", en EL MISMO, *Derechos sociales y ponderación*, 2<sup>a</sup> ed., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, pp. 45 ss.

<sup>36</sup> Cfr. además de las obras citadas en las notas anteriores, también GÜNTHER, K.: " Responsibility to Protect and Preventive Justice", en ASHWORTH/ZEDNER/ TOMLIN (eds.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, Oxford, Oxford UP, 2013, pp. 69 y ss.; DOMÉNECH PASCUAL, G.: *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, CEPC, Madrid, 2006, pp. 69 y ss.

y legitimidades donde no las hay. Me limitaré, para terminar este comentario, a apuntar muy brevemente dos de estos problemas.

Desde la invención del derecho fundamental a la seguridad se ha pretendido encontrar un origen liberal para el mismo en las doctrinas iusracionalistas del contrato social, en Hobbes y en Locke, destacando que la protección del individuo frente a agresiones del poder público característica del Estado liberal de Derecho presupone que previamente el Estado sea capaz de garantizar al individuo protección efectiva frente a agresiones de terceros, y que la doctrina que concibe los derechos fundamentales como exclusivos derechos de defensa frente al Estado es parcial, y amenaza con degradarlos y pervertirlos: "Derechos de libertad que se agotaran en el *status negativus*, y para los que el Estado fuera su adversario y no también su garante, no podrían constituir el fundamento del orden estatal, que es como los configura la Constitución, sino que serían la puerta de entrada a la anarquía. Es la finalidad estatal liberal clásica de la seguridad la que separa la libertad [*Liberalität*] de la anarquía."<sup>37</sup> Sin embargo, este tipo de razonamientos, pese a lo sugerentes que inicialmente pudieran parecer, no pueden ocultar "que se quiere etiquetar como liberal lo que sólo se explica mediante una visión comunitaria del estado"<sup>38</sup>. Como se ha afirmado con razón, los discursos de la seguridad son inherentemente conservadores: "Quieren dejarlo todo tal y como está, sólo que más seguro. Su objetivo fundamental es el aseguramiento de lo existente. De esta manera lo existente no es objeto de cuestionamiento, y queda consolidado"<sup>39</sup>.

Por otro lado, ocurre que la seguridad es un concepto que expresa en sí mismo un déficit: cuando se tematiza la seguridad es porque la encontramos a faltar. Se percibe como un estado de carencia de seguridad, que provoca el deseo de alcanzar más<sup>40</sup>. Por ello construir derechos fundamentales a obtener seguridad es, como ha subrayado DENNINGER, el inicio de una escalada exponencial, legitimadora de intervenciones del Estado, para la que no se vislumbran límites<sup>41</sup>, porque la seguridad completa de los bienes jurídicos no puede garantizarse nunca, y cada nueva agresión o delito cometido se percibirá como un fallo del sistema que debe corregirse – introduciendo mayores cotas de seguridad – para alcanzar el ideal. La experiencia de lo ocurrido con la custodia de seguridad en Alemania desde 1998 o con los *civil commitments* para delincuentes sexuales considerados peligrosos en los Estados Unidos demuestra qué poco peso reciben los derechos fundamentales individuales – los clásicos

<sup>37</sup> ISENSEE, J.: *Das Grundrecht auf Sicherheit*, cit., pp. 3 y ss., 17 y s., y 31 y ss.; la cita es de la p. 32.

<sup>38</sup> CAAMAÑO, F.: *La garantía constitucional de la inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 62. Además, y como ha destacado entre otros nuevamente DENNINGER, en aquellas primeras declaraciones de derechos humanos en que cristalizó el contractualismo iluminista "el concepto de la "sûreté" – seguridad – no significaba una pretensión del ciudadano frente al Estado a obtener una protección completa de todos sus bienes jurídicos también frente a agresiones de terceros, sino, como puede leerse ya en Montesquieu, sobre todo seguridad jurídica frente a injerencias arbitrarias del poder estatal, protección frente al arresto arbitrario, frente a acusaciones falsas y calumniosas, y frente a condenas no recaídas en un proceso ajustado a las exigencias del Estado de Derecho, y por ello arbitrarias." (DENNINGER, E.: *Prävention und Freiheit*, cit., p. 6.). En el mismo sentido, interpretando la referencia a la seguridad en el art. 17 de nuestra Constitución, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A.: "Comentario al art. 17", en CASAS BAAMONDE/RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, 2008, p. 370.

<sup>39</sup> KUNZ, K.L.: "Sicherheitskultur ohne Sicherheit?", cit., p. 298.

<sup>40</sup> Nuevamente, KUNZ, op. cit. en la nota anterior, p. 297: "Was man will, ist ein Defizitbegriff: sie ist nicht vorhanden, sondern fehlt. Nur als Mangelzustand provoziert sie den Wunsch nach mehr."

<sup>41</sup> DENNINGER, E.: "Freiheit durch Sicherheit?", cit., p. 472, o en *Prävention und Freiheit*, cit., p. 17, insistiendo en este problema de la "Masslosigkeit" de la lógica de la prevención, que se ve exacerbada si se refuerza la idea de seguridad elevándola a la categoría de derecho fundamental.

derechos de defensa frente al Estado – cuando son ponderados frente a un “derecho” de la ciudadanía a obtener seguridad para sus bienes jurídicos.