

CRIMINAL LAW IS DIFFERENT: RAZONES PARA NO APLICAR EN DERECHO PENAL LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DE TUTELA DERIVADAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES*
CRIMINAL LAW IS DIFFERENT: REASONS FOR NOT APPLYING IN CRIMINAL LAW THE POSITIVE OBLIGATIONS OF PROTECTION DERIVED FROM FUNDAMENTAL RIGHTS

Lucía Martínez Garay
Universitat de València

RESUMEN

Este trabajo no discute que los Estados puedan estar obligados a proteger los derechos fundamentales frente a los ataques de que son objeto por parte de particulares. Pero se defiende que dichas obligaciones no alcanzan al derecho penal. En primer lugar, porque las razones que avalan la existencia de obligaciones de tutela en otras ramas del ordenamiento jurídico no son trasladables al derecho penal. Para demostrarlo, se compara cómo nacieron y se han aplicado, en la jurisprudencia del tribunal constitucional alemán, el efecto horizontal de los derechos fundamentales entre particulares en el derecho civil o laboral (Drittwirkung), por un lado, y los deberes de protección penal (strafrechtliche Schutzpflichten), por otro. En segundo lugar, porque en derecho penal estas obligaciones no funcionan como lo hacen en esos otros ámbitos: en el derecho penal debilitan los derechos fundamentales del acusado, reducen el ámbito legítimo de juego del legislador, y permiten a los tribunales constitucionales imponer en temas polémicos determinadas opciones de política criminal haciéndolas pasar por las únicas compatibles con el respeto a los derechos fundamentales. Esta tesis se ejemplifica con los casos del aborto y de la custodia de seguridad.

PALABRAS CLAVE

derechos fundamentales, derechos humanos, obligaciones de tutela penal, Drittwirkung, prohibición de infraprotección, aborto, custodia de seguridad.

ABSTRACT

This paper does not dispute the thesis that states may have a duty to protect fundamental rights from attacks by private individuals. However, it argues that these obligations do not extend to criminal law. This is firstly because the reasons that support the existence of positive protective duties in other branches of the legal system cannot be transferred to criminal law. To illustrate this, the paper draws a comparison between the horizontal effect of fundamental rights between private individuals in civil or labour law (Drittwirkung) and criminal protection obligations (strafrechtliche Schutzpflichten) as they have arisen and been applied in the case law of the German Constitutional Court. Secondly, these obligations do not function in criminal law as they do in these other areas. In criminal law, they weaken the fundamental rights of the accused, reduce the legitimate scope for action of the legislator, and allow constitutional courts to impose certain criminal policy options on controversial issues as the only ones compatible with respect for fundamental rights. This thesis is exemplified by the cases of abortion and secure preventive detention.

KEYWORDS

Fundamental rights, human rights, duties to protect by criminal law, Drittwirkung, prohibition of under-protection, abortion, secure preventive detention.

DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2025.124>

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-123441NB-I00: "La erosión del principio de legalidad en el sistema de justicia penal contemporáneo: diagnóstico y propuestas de solución", codirigido por Lucía Martínez Garay y Clara Viana Ballester, y financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y "FEDER Una manera de hacer Europa". Su realización se ha beneficiado de un semestre sabático en el curso 2023/24 concedido por la Universitat de València y una estancia de investigación en la Humboldt Universität zu Berlin (financiada con una ayuda de la Generalitat Valenciana) en la cátedra del Prof. Dr. Luís Greco, a quien agradezco que me acogiera y me diera la oportunidad de exponer y discutir una versión preliminar de algunas de las ideas que aquí sostengo en una sesión de su Rechtsphilosophisches Donnerstag-Seminar. Agradezco también a Carmen Tomás-Valiente Lanuza su paciencia para discutir conmigo sobre obligaciones positivas de tutela, y sus siempre atinadas observaciones y sugerencias.

CRIMINAL LAW IS DIFFERENT: RAZONES PARA NO APLICAR EN DERECHO PENAL LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DE TUTELA DERIVADAS DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Lucía Martínez Garay
Universitat de València

Sumario: 1. Introducción. 2. Delimitación del objeto del trabajo. 2.1. Otras obligaciones de tutela penal. 2.2. Obligaciones de castigar derivadas de los derechos humanos y de los derechos fundamentales. 3. Surgimiento de las obligaciones positivas de tutela penal en Alemania (*grundrechtliche Straffpflichten*). 3.1. El orden objetivo de valores y la *Drittwirkung* en derecho privado. 3.2. La incorporación del orden objetivo de valores al Derecho penal y el nacimiento de los deberes de protección: la primera sentencia sobre el aborto. 3.3 Evolución posterior de los deberes de protección. 4. La segunda sentencia sobre el aborto y la prohibición de infraprotección. 4.1. Evolución posterior fuera del derecho penal. 4.2. Evolución posterior en el derecho penal. 5. Crítica: diferencias entre los deberes generales de protección de los derechos fundamentales y los deberes de protección penal. 5.1. La relación entre la víctima y el acusado no es una relación entre particulares asimilable a las del derecho privado, ni a las del derecho administrativo. 5.2. En derecho penal, los deberes de tutela de los derechos fundamentales no se aplican a «nuevos peligros» ni defienden a la ciudadanía frente a «nuevos poderes». 5.3. El «amplio margen de discrecionalidad» del legislador desaparece cuando se aplican los deberes de tutela de los derechos fundamentales al ámbito penal. 5.4. Los derechos fundamentales como coartada para imponer opciones de política criminal. 6. Conclusiones y cuestiones pendientes. Notas. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Desde la década de 1980, y con particular intensidad en los últimos 20 años, se ha ido extendiendo la idea de que los derechos humanos reconocidos en los convenios internacionales, y los derechos fundamentales reconocidos en las constituciones, generan para los Estados la obligación de utilizar el derecho penal para protegerlos. Es decir, que si el Estado no criminaliza una conducta que lesiona un derecho fundamental, o no la castiga con una pena lo bastante grave, está vulnerando ese derecho por omisión, por no haberlo protegido suficientemente. Son numerosos los autores que respaldan esta tesis, cada vez más los ámbitos a los que se aplica, y cuenta con el indudable prestigio que le confiere el estar impulsada por la jurisprudencia de los tribunales internacionales de derechos humanos, y de algunos tribunales constitucionales, en concreto y para lo que interesa en este trabajo, el español y el alemán (cfr., entre otros y con posturas diversas, Lavrysen / Mavronicola, 2020; Doménech Pascual, 2006b y 2025; Tomás-Valiente Lanuza, 2016; Gil Gil, 2016; Pastor, 2010; Silva Sánchez, 2008; Viganò, 2014; García de la Torre García, 2024; Tulkens, 2011).

A los efectos de este trabajo voy a dar por buena la idea de que de los derechos humanos o fundamentales¹ derivan obligaciones positivas para el Estado, que no sólo debe abstenerse de lesionarlos, sino que tiene que garantizar que los ciudadanos los puedan disfrutar con la mayor plenitud posible, y para ello debe implementar políticas y medidas, de muy diverso tipo, dirigidas a asegurar ese disfrute. Sin embargo, voy a sostener que esas obligaciones no alcanzan al Derecho penal. A mi juicio, el derecho penal es un medio *posible* para tutear bienes jurídicos, entre ellos los derechos fundamentales, y es además un medio *legítimo* para hacerlo si se cumplen determinadas condiciones. Pero no comparto la tesis de que sea *obligatorio* para el Estado recurrir al derecho penal para tutelar los bienes jurídicos, tampoco cuando esos bienes son derechos fundamentales.

Y es que en la doctrina y en la jurisprudencia las obligaciones de tutela penal se suelen tratar conjuntamente con las demás obligaciones de protección que derivan de los derechos, como si el Derecho penal fuera solo un medio más de protección entre los posibles. El razonamiento se desarrolla en tres pasos: el punto de partida es reconocer que los derechos más básicos, especialmente el derecho a la vida —pero también otros— pueden sufrir ataques tanto por parte del Estado (detención arbitraria, por ejemplo), como por particulares (homicidio, por ejemplo). En segundo lugar, se afirma que para protegerlos de manera eficaz es necesario, por ello, defenderlos no solo frente al Estado, sino también frente a los demás ciudadanos. Para lo primero, los derechos funcionan como defensa, y de ellos derivan deberes de abstención para el Estado (de no lesionarlos, *Abwehrrechte*). Para conseguir lo segundo, sin embargo, es necesario que el Estado tome activamente medidas, y por ello los derechos generan para estas obligaciones de protección (*Schutzpflichten*). En el tercer paso, finalmente, se afirma que la protección eficaz de los derechos puede alcanzarse de muy variadas maneras, pero que a veces, cuando otros medios de protección no sean suficientes, es obligado recurrir al derecho penal como el arma más contundente de que dispone el Estado. Y la expresión «recurrir al Derecho penal» tiene a un alcance *a priori* muy amplio: tal y como la entienden los tribunales europeo e interamericano de derechos

humanos, puede significar tanto criminalizar comportamientos, como investigar denuncias, celebrar el proceso, imponer una condena, que la pena sea suficiente, ejecutarla realmente, e incluso evitar la comisión de delitos mediante una prevención eficaz.

Como digo, no voy a cuestionar los dos primeros pasos de esta argumentación, pero sí el tercero. Porque considero que instituciones o doctrinas que quizá en otras ramas del Derecho son legítimas y producen buenos resultados, no siempre se pueden trasladar sin más al derecho penal. Esta aseveración no debería sorprender. Que el derecho penal es una parte del ordenamiento jurídico que tiene características particulares y en la que no rigen las mismas reglas que en otros ámbitos del Derecho es de todos conocido. Por citar sólo cuatro ejemplos evidentes: el art. 6.1 del Código civil (en adelante, CC) dice que «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento», pero en Derecho penal el desconocimiento invencible de la ilicitud de la conducta determina la absolción, y si el error es vencible obliga a rebajar la pena (art. 14.3 del Código Penal; en adelante CP); la aplicación analógica de las normas está prevista como un método admisible en el art. 4.1 CC, pero la analogía *in malam partem* está prohibida en Derecho penal en virtud del estricto principio de legalidad que opera en esta rama del Derecho; el art. 2.3 CC dispone que por regla general «las leyes no tendrán efecto retroactivo, si no dispusieren lo contrario», pero el art. 2.2. CP —y, sobre todo, el art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE— obligan a que se apliquen retroactivamente las leyes penales posteriores cuando sean favorables al reo; por último, el proceso penal se rige por criterios (presunción de inocencia, estándar y carga de la prueba, etc.) más estrictos que el proceso civil.

Obviamente, que *algunas* cosas funcionen de manera diferente en el derecho penal que en el civil o en el administrativo no significa que *todas* tengan que hacerlo. Pero sirvan estos sencillos ejemplos como recordatorio de que el derecho penal tiene características propias y distintas, y que bien podría ocurrir —como ocurre con estas otras instituciones— que las obligaciones positivas de tutela de los derechos fundamentales sean posibles, convenientes o incluso necesarias en algunos ámbitos del derecho, pero que resultasen inadecuadas o incluso inadmisibles en derecho penal, si es que hay buenas razones para argumentarlo, y personalmente creo que las hay. A mi juicio, la construcción de las obligaciones estatales de tutela penal de los derechos fundamentales está animada por una intención loable, pero carece de suficiente fundamento tanto teórico como empírico, subvierte los principios limitadores del *ius puniendi* y alimenta la expansión securitaria del derecho penal, restringe indebidamente el margen de actuación del legislador democrático, y no sólo no ha demostrado hasta ahora que mejore la protección de los derechos, sino que creo que la debilita. Argumentar todos estos puntos con el detalle y el rigor necesarios requeriría una extensión de la que no dispongo en este trabajo, pues la tesis de la que discrepo es compleja y tiene muchos flancos, y desmontarla de manera convincente requiere abordar las múltiples dimensiones implicadas². Por ello, en las páginas que siguen me centraré únicamente en dos cuestiones concretas, que creo que iluminan el punto central de mi crítica, y que son las siguientes: por un lado, el nacimiento de los deberes de protección penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, y, en segundo

lugar, los efectos indeseables que ya han producido tales obligaciones en la jurisprudencia constitucional alemana relacionada con leyes penales.

Aunque antes es necesario delimitar y justificar un poco más el objeto de la investigación.

2. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DEL TRABAJO

Para justificar la relevancia de las dos cuestiones que voy a estudiar creo que conviene señalar sus diferencias con otros aspectos del tema con los que están relacionadas, pero que no voy a analizar. De esta manera también quedará mejor acotado el objeto del trabajo, y, con ello, el alcance de las conclusiones que extraeré.

2.1. OTRAS OBLIGACIONES DE TUTELA PENAL

Los Estados pueden estar a veces obligados a castigar ciertos comportamientos, pero sin que ello derive del reconocimiento de derechos humanos.

Algunas constituciones contienen obligaciones explícitas de utilizar las sanciones penales para proteger ciertos bienes (que no siempre son derechos fundamentales, o al menos no derechos fundamentales clásicos): la española por ejemplo lo contempla respecto del patrimonio histórico (como posibilidad junto con el uso de sanciones administrativas) y del medioambiente en los arts. 45 y 46, y la alemana respecto de la guerra de agresión en su art. 26³.

En el marco de la Unión Europea, los Estados están sometidos al Derecho comunitario y este también prevé, con frecuencia cada vez mayor, la obligación de castigar penalmente un ámbito muy amplio y creciente de comportamientos (Muñoz de Morales Romero, 2020: 33 y ss.).

Fuera del ámbito de la Unión Europea los Estados pueden quedar obligados a establecer sanciones penales para determinados comportamientos cuando ratifican convenios internacionales que así lo prevén: el ejemplo probablemente más conocido sea el art. 5 del Convenio para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 1948, pero como es sabido son muy numerosos los tratados que incluyen este tipo de compromisos.

Aunque cabría discutir bastantes aspectos sobre estas obligaciones, sólo destacaré ahora que todas ellas comparten dos características: 1) son expresas, y por ello tienen un ámbito definido; se sabe con relativa claridad hasta dónde alcanzan, a qué comportamientos afectan. Y 2) son contingentes, es decir, cabría modificarlas o desligarse de ellas, ya sea mediante la reforma de las constituciones, la modificación o la denuncia de los tratados, o el abandono de la Unión Europea. Todo ello puede parecer difícil o poco probable (o no tanto, como hemos descubierto tras el Brexit), pero en cualquier caso son escenarios posibles, y eso los hace diferentes del que constituye el objeto de este trabajo, como argumentaré a continuación.

2.2. OBLIGACIONES DE CASTIGAR DERIVADAS DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Hay un cuarto tipo de obligaciones de castigar: las que han elaborado los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos, tanto el europeo como el interamericano, desde los años 80, y de manera mucho más amplia y decidida desde los años 90 y 2000⁴. Aunque hay diferencias muy relevantes entre la jurisprudencia de ambos tribunales⁵, no es necesario detenerse en ellas a los efectos de este trabajo. Lo que me interesa destacar ahora es que, frente a las obligaciones de castigar a las que me he referido en el subapartado anterior, las derivadas de los derechos humanos presentan dos particularidades.

En primer lugar, son implícitas, pues ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos ni la Convención Interamericana las prevén expresamente. Ambos textos reconocen en su tenor literal sólo derechos fundamentales clásicos de defensa frente al Estado, pero los respectivos tribunales han interpretado que de ellos también derivan obligaciones positivas de protección, y, entre ellas, de protección mediante el derecho penal. Al ser obligaciones implícitas, son muy indeterminadas, y son los propios tribunales los que establecen hasta dónde alcanzan, en decisiones referidas a casos concretos. No es, por ello, sencillo saber exactamente qué tienen que castigar los Estados y qué no, y con qué penas, para cumplir con ellas.

En segundo lugar, parece difícil que, si estas obligaciones realmente existen, los Estados puedan desligarse de ellas, porque no son sólo algo que a estos les vincule «desde fuera». Cabría, por supuesto, denunciar los tratados de derechos humanos y con ello que el estado dejara de estar sujeto al control de los respectivos tribunales. Pero también las constituciones nacionales tienen catálogos de derechos fundamentales que vinculan a todos los poderes públicos y cuyo alcance —al menos en los derechos básicos a la vida e integridad física que son los que aquí interesan— es bastante similar al de los derechos humanos recogidos en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Si las razones aducidas para fundamentar las obligaciones positivas de tutela penal respecto de los derechos humanos son sólidas, no se ve por qué no deberían existir también obligaciones similares derivadas de los derechos fundamentales recogidos en las constituciones, cuyo control correspondería a los tribunales constitucionales. Cabría también, por supuesto, imaginar un Estado que reformara su constitución y eliminara de ella el catálogo de derechos fundamentales, pero un Estado así ya no podría calificarse como un Estado de derecho.

En resumen: si es cierto que de los derechos humanos y fundamentales clásicos, en especial del derecho a la vida y a la integridad física, derivan para el Estado obligaciones de castigar para protegerlos, parece que el Estado no puede en modo alguno «escapar» de estas obligaciones, si es que quiere seguir siendo un Estado democrático de derecho.

Por último, las obligaciones de castigar que los Tribunales Internacionales deducen de los convenios de derechos humanos, y los deberes estatales de tutela penal derivados de los derechos fundamentales, no son independientes: ambas se sustentan sobre argumentos similares, y la doctrina elaborada en Alemania desde los años 50 sobre los efectos de los derechos fundamentales entre particulares y sobre los deberes de protección penal influyó

en el TEDH⁶, aunque después en su desarrollo la jurisprudencia de este último haya sido bastante independiente de la del Tribunal Constitucional alemán, y aunque en las últimas décadas hayan sido los tribunales internacionales de derechos humanos los que han impulsado decididamente esa construcción, mientras que a nivel nacional no ha habido una evolución apreciable desde los años 90 del siglo pasado⁷ (si bien esto puede estar cambiando, a consecuencia precisamente, esta vez, del influjo de aquellos, como comentaré en la segunda parte de este trabajo).

Y este aspecto resulta de interés, porque una de las principales críticas que se han hecho a la doctrina de las obligaciones de tutela penal elaborada por el TEDH y la CIDH es que su fundamentación no es lo bastante sólida. Se ha denunciado, por ejemplo, que los argumentos cercanos a un derecho de la víctima al castigo del autor —desarrollados especialmente por la CIDH— son muy cuestionables (Pastor, 2011; Gil Gil, 2016: 12 y ss; Silva Sánchez, 2008; Tomás-Valiente Lanuza, 2021: 24 y ss.), o que las apelaciones a la supuesta mayor eficacia del Derecho penal como medio de control —a través de la mayor capacidad intimidatoria de las penas— carecen de suficiente respaldo empírico (Persak, 2020). Sin embargo, es difícil pensar que una crítica así, por fundamentación insuficiente, quepa hacérsela a la dogmática alemana de los derechos fundamentales, que goza de incuestionable prestigio y reconocimiento a nivel internacional. Y de ahí el interés por analizar si la construcción de los *grundrechtliche Straffpflichten* en la doctrina alemana puede aportar razones que refuercen el fundamento de las obligaciones de tutela penal desarrolladas en las últimas décadas con especial impulso por los Tribunales Internacionales de derechos humanos. Ciertamente, el contexto de la protección de los derechos fundamentales dentro de los Estados y el de la protección de los derechos humanos en el contexto internacional es distinto, y hay que tener cautela al trasladar conclusiones extraídas el uno al otro: bien podría ocurrir que las obligaciones de castigar fueran cuestionables a nivel internacional, pero que, sin embargo, a nivel intraestatal resultara posible defenderlas con mejores argumentos. En todo caso, considero que vale la pena la comparación, pues de ella derivan resultados interesantes.

Dos últimas advertencias antes de continuar. La expresión ‘obligaciones de tutela penal derivadas de derechos fundamentales (o humanos)’ es muy amplia y puede referirse a la obligación de criminalización, a la prohibición de amnistías, indultos o prescripción, a obligaciones procesales de investigación o de prevención policial, a la necesidad de imponer penas suficientes, etc. En lo que sigue, la utilizaré para referirme sólo a la obligación de criminalizar o de castigar con una pena suficientemente grave, es decir, a lo que se ha denominado obligaciones sustantivas de tutela penal (si bien la distinción entre obligaciones sustantivas y procedimentales no es nada sencilla de trazar, cfr. Lavrysen, 2020: 30-32). Esto supone una simplificación del problema, pero necesaria para mantener el trabajo en una extensión razonable, y para poder comparar las obligaciones derivadas de los derechos humanos con la dogmática alemana de los deberes de castigar derivados de los derechos fundamentales, que se ha centrado en este aspecto.

Por otro lado, me voy a referir solo a obligaciones de castigar comportamientos entre particulares, sin considerar en esta exposición los supuestos de crímenes cometidos por

agentes del Estado. Aunque con frecuencia se los considere un supuesto más, o incluso especialmente cualificado, de obligaciones positivas de tutela penal⁸, creo que constituyen un grupo de casos a los que no se pueden aplicar sin más los mismos argumentos, especialmente en las situaciones en las que un agente estatal ha vulnerado activamente el derecho fundamental del particular y el Estado omite investigar, perseguir o castigar esa conducta⁹.

Por último, y puesto que no voy a cuestionar el fundamento, extensión, régimen o consecuencias de los deberes de protección *no penales* de los derechos fundamentales, prescindiré en lo que sigue de enumerar los argumentos y la bibliografía sobre los que estos se sustentan, y me centraré exclusivamente en lo que tiene que ver con obligaciones de tutela *penal* de los derechos.

3. SURGIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES POSITIVAS DE TUTELA PENAL EN ALEMANIA (*GRUNDRECHTLICHE STRAFPFLICHTEN*)

Hoy en día es doctrina prácticamente indiscutida en Alemania que de los derechos fundamentales que consagran libertades, especialmente del derecho a la vida, derivan tanto un derecho de defensa frente a injerencias del Estado, como un derecho a obtener protección de este frente a agresiones de terceros. Hay diferentes maneras de fundamentar estos derechos a protección, pero creo que la más extendida es la que sostiene Isensee, que lo explica con estas palabras:

«El derecho de defensa (*Abwehrrecht*) y el deber de protección (*Schutzpflicht*) del Estado son funciones opuestas del derecho fundamental de libertad. Salvaguardan el mismo bien iusfundamental. Pero lo garantizan en direcciones diferentes: el derecho de defensa, frente a la autoridad pública; el deber de protección, frente a los peligros que representan los particulares. [...] Así, el derecho a la vida y a la integridad física, en su función de defensa, exige que el Estado se abstenga de toda medida que pueda atentar contra estos bienes. En su función de protección, exige que el Estado realice esfuerzos positivos para defender la vida y la salud frente a los ataques de terceros, y para desterrar la violencia física de la vida jurídica. El derecho de defensa se dirige contra los peligros que pueden surgir de la acción del Estado, por ejemplo de un abuso policial; el deber de protección, contra los peligros que surgen de una omisión, por ejemplo de la indolencia policial en caso de amenaza aguda contra la vida y la integridad física de un ciudadano. Aquí se trata de la protección *por parte* del Estado, allí se trata de la protección *frente al* Estado» (Isensee, 2011: 414)¹⁰.

Isensee deriva la existencia de los deberes de protección a partir del fin del Estado de garantizar seguridad. Se remonta a las teorías del contrato social y expone que obtener seguridad para sus personas y bienes es la razón por la que las personas acuerdan constituirse en Estado, someterse al soberano y renunciar a sus derechos. Ahora bien, si el estado no garantiza esa seguridad y, por tanto, no cumple la función que lo legitima, existe el peligro de que los ciudadanos vuelvan a recurrir a la autoprotección y a la guerra de todos contra todos. En este enfoque, los deberes de protección se ponen en relación con la protección

frente a actos de violencia física por parte de terceros, con amenazas a la vida y a la integridad y con la actividad de la policía (1983, pp. 3 y ss., 21 y ss. Es decir, aunque se hable de deberes de protección en general, sin adjetivarlos (*Schutzpflichten*), parece que se está pensando directamente en protección frente a delitos, por tanto, protección a través del derecho penal, y en definitiva en deberes de castigar (*Strafpflichten*).

Este recurso a la idea del contrato social como fundamento de los deberes de protección, y específicamente de los deberes de protección penal, es tan extendido (también en la doctrina española favorable a la existencia de estos deberes, cfr. Doménech Pascual, 2006b: 355 y ss.; García de la Torre García, 2024: 88 y ss.) como, a mi juicio, poco acertado, por varias razones que aquí solo puedo enunciar muy sucintamente. La primera y quizá más importante, porque creo que en realidad no es capaz de aportar la justificación que se busca. Es muy cierto que sin un estado que ejerza cierto control efectivo sobre la vida social no es posible disfrutar de los bienes y derechos, lo que se pone de manifiesto cada vez que un estado colapsa o que transitoriamente está imposibilitado de ejercer su poder sobre un determinado territorio: surge una situación de caos donde se multiplican las lesiones a los bienes jurídicos (vandalismo, pillaje, etc.) y la seguridad se resiente. Pero de la constatación de esta evidencia solo se deduce que es necesario un poder sólido para garantizar un mínimo de orden: ahora bien, cómo sea ese orden (autoritario, liberal, democrático) y qué esté autorizado u obligado el Estado a hacer para mantenerlo, es otra cuestión, y precisamente la que queremos resolver.

A mi juicio este es un punto central que pasan por alto quienes defienden que es de los derechos fundamentales, de donde nace para el Estado la obligación de acudir al derecho penal para protegerlos. Que proporcionar seguridad a los ciudadanos frente a las agresiones de terceros —y, muy especialmente, frente a la criminalidad— sea una función básica y esencial de todo Estado, es una cosa, y otra muy distinta es sostener, sin solución de continuidad, que es de los derechos fundamentales de donde surge el deber estatal de proporcionar esa seguridad¹¹. De esta manera, se transforma una *función* del Estado en una cuestión *iusfundamental* (Dreier, 2024:421), lo que no es en modo alguno irrelevante.

Por otro lado, cabe recordar que recurriendo a Hobbes (y a otros autores del contractualismo ilustrado) se han intentado fundamentar tesis tan poco en la línea de la garantía de los derechos fundamentales como el derecho penal del enemigo (Jakobs, 2003: 28 y ss.), así que el recurso a esta fundamentación filosófica no es por sí mismo garantía de que la teoría de las obligaciones estatales de tutela penal contribuya a una protección mejor de los derechos fundamentales¹². Como señala Lazarus, si bien la doctrina de los derechos a protección (y, yendo un paso más allá, la del derecho fundamental a la seguridad) goza de un legado filosófico innegable, no es menos cierto que puede ser instrumentalizada para consolidar el poder autoritario y legitimar políticas represivas que socavan el sistema de los derechos humanos en su conjunto (Lazarus, 2025).

Pero, en todo caso, lo que interesa destacar ahora es que no solo en la doctrina, sino también en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán el concepto de los deberes de protección nació directamente como deberes de protección penal, si bien en este caso con una fundamentación muy distinta a la que acabamos de ver. En efecto, en 1975 el

Tribunal Constitucional alemán dictó la conocida como primera sentencia sobre el aborto (Sentencia de 25.2.1975, BVerfG 39,1), y en ella estableció que del derecho fundamental a la vida proclamado en el artículo 2 párrafo 2 de la ley fundamental, en relación con la dignidad humana que el Estado tiene que garantizar (art. 1 GG), deriva para el estado el deber de proteger la vida de todas las personas. Pero hizo derivar este deber de una construcción que el tribunal había ido desarrollando desde muchos años antes, relacionada con la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre privados.

3.1. EL ORDEN OBJETIVO DE VALORES Y LA DRITTWIRKUNG EN DERECHO PRIVADO

La idea de que los derechos fundamentales deben proteger a los ciudadanos no sólo en sus relaciones con el Estado, sino también cuando estos interactúan entre sí en situaciones reguladas por el Derecho civil, arranca en Alemania del conocido caso Lüth, resuelto por el Tribunal Constitucional en 1958 (Sentencia de 15.1.1958, BVerfGE 7, 198). En este caso estaba en juego la libertad de expresión del Sr. Lüth, un ciudadano que había llamado públicamente a boicotear la película de un director de cine conocido por su pasado cercano al nacionalsocialismo. El conflicto se planteaba entre dos particulares, uno que alegaba su libertad de expresión y otro que reclamaba el cese del boicot y una indemnización por estar siendo perjudicado en su libertad artística y en sus intereses comerciales. El Tribunal civil resolvió que la llamada al boicot suponía un daño doloso a las buenas costumbres, en el sentido del apartado § 826 del Código Civil Alemán, y Lüth acudió al Tribunal Constitucional alegando que su libertad de expresión había sido indebidamente restringida¹³.

La Constitución alemana de 1949 dispone (al contrario de lo que ocurría en la de Weimar) que los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes del Estado (art. 1.3 GG), pero no dice que los particulares queden también obligados. El Tribunal Constitucional alemán estableció en el caso Lüth que los derechos fundamentales despliegan efectos en las relaciones entre los ciudadanos, de la siguiente manera: aunque sólo vinculan directamente al Estado, de ellos no derivan solo pretensiones de respeto frente a los poderes públicos. También configuran un «orden objetivo de valores» que irradia a todo el ordenamiento jurídico, por lo que los tribunales cuando aplican las normas (del derecho civil o de cualquier otro ámbito del derecho) deben tener presentes los contenidos de los derechos fundamentales. En el caso Lüth, el Tribunal Constitucional consideró que el tribunal no había tenido suficientemente en cuenta el contenido del derecho a la libertad de expresión recogido en la Constitución al interpretar las leyes civiles aplicables al caso, y por ello que su decisión no había sido correcta¹⁴.

Con el caso Lüth quedó establecido que los derechos fundamentales tienen eficacia entre particulares, es la llamada *Drittwirkung* o eficacia horizontal, que se ha consolidado desde entonces como una dimensión más de los derechos fundamentales, aunque ello no significa que su entendimiento sea pacífico. En el caso Lüth se afirmó una eficacia indirecta de los derechos fundamentales entre particulares, pero en la doctrina hay posiciones encontradas acerca de si dicho efecto debe ser directo o indirecto, y también se discute a qué

ámbitos debe aplicarse esta construcción y con qué consecuencias (Alfaro, 1993; Bilbao Ubillos, 2017; Borowski, 2020; Burkiczak, 2014; Maultzsch, 2012). No obstante, a los efectos de este trabajo no interesa la discusión en torno a los detalles de la *Drittwirkung*, sino las razones por las que surgió y por las que hoy en día se mantiene, así como los ámbitos principales en los que se postula su aplicación y su relación con los deberes de castigar.

La razón principal que se aduce para que los derechos fundamentales deban operar también entre particulares es que también en este ámbito esos derechos pueden resultar lesionados, y por ello, si su protección ha de ser efectiva, no puede prescindirse de reconocerles relevancia en esta esfera. Según la visión clásica de los derechos como defensa frente al poder público, los derechos fundamentales protegen al ciudadano frente a los abusos de poder y a las injerencias indebidas del Estado. Pero, como afirma Bilbao Ubillos: «[e]l Derecho privado conoce también el fenómeno del poder, como capacidad de determinar o condicionar las decisiones de otros. Basta con observar atentamente la realidad que nos rodea, la progresiva multiplicación de poderes privados y la enorme magnitud que han adquirido algunos de ellos. Correlativamente, se registran situaciones de virtual sujeción, en las que las partes contratantes no disponen realmente de la misma libertad para concertar o no una determinada relación, que se presume voluntaria, o de las mismas posibilidades de perfilar el contenido final de las cláusulas «pactadas». Esto sucede cuando, de hecho, una de las partes no tiene más remedio que aceptar unas condiciones dictadas unilateralmente. El poder económico, social o mediático de ciertos individuos u organizaciones anula o compromete gravemente ese mínimo de libertad e igualdad que constituye el presupuesto de la autonomía privada.» (2017: 50; en sentido similar, Borowski, 2020: 7 y s.; Doménech Pascual, 2006: 357; Hesse, 1994: 544).

En coherencia con esta idea, la eficacia horizontal de los derechos fundamentales ha encontrado un campo abonado en el Derecho del trabajo, donde por definición existe una asimetría de situaciones de poder, o en las relaciones internas de las asociaciones, ámbitos en los que nuestro Tribunal Constitucional la ha reconocido¹⁵. En los años siguientes al caso Lüth, el Tribunal Constitucional alemán aplicó la *Drittwirkung* en casos de derecho civil en los que entendió que las leyes aplicables (o los contratos acordados) no habían tenido suficientemente en cuenta el orden objetivo de valores conformado por los derechos fundamentales, porque se trataba de relaciones jurídico-privadas en que una de las partes se encontraba en una situación de clara inferioridad respecto de la otra, de manera que no podía seguir hablándose en rigor de autonomía privada sino de heteronomía (*Fremdsteuern*), lo que chocaría con el derecho al libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 2 apartado 1 de la Constitución (Burkiczak, 2014: 121 y ss.). Esta es una idea que también ha destacado la doctrina: en el derecho privado rige la autonomía de la voluntad, principio que tiene un indudable enraizamiento constitucional, y que permite a los particulares regir su vida y sus negocios por principios diferentes a los consagrados en el texto constitucional e incluso renunciar a sus derechos. Sin embargo, la autonomía deja de ser tal cuando una de las partes no puede formar libremente su voluntad porque está en situación de clara inferioridad. De nuevo, en palabras de Bilbao Ubillos: «Cuanto menor sea la libertad de la parte débil de la relación, mayor será la necesidad de protección», y con ello la

necesidad de reconocer eficacia a los derechos fundamentales en las relaciones asimétricas entre particulares (2020: 63)¹⁶.

3.2. LA INCORPORACIÓN DEL ORDEN OBJETIVO DE VALORES AL DERECHO PENAL Y EL NACIMIENTO DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN: LA PRIMERA SENTENCIA SOBRE EL ABORTO

¿Cómo se incorporó esta doctrina al derecho penal? En 1974 el parlamento alemán había aprobado una reforma del código penal que despenalizaba los abortos practicados dentro de las 12 primeras semanas, así como los que respondieran a un peligro grave para la vida o la salud de la mujer, o a patologías muy graves del feto. Como hemos comentado *supra*, en su sentencia de 25 de febrero de 1975 el Tribunal Constitucional declaró esta regulación contraria a la Constitución, por considerar que no cumplía con la obligación constitucional de proteger la vida en formación.

La sentencia dejó sentado que del derecho fundamental a la vida proclamado en el artículo 2, párrafo 2 de la ley fundamental, en relación con la dignidad humana que el Estado tiene que garantizar (art. 1 GG), deriva para el Estado el deber de proteger la vida de todas las personas. Y para fundamentar este deber, acudió a la construcción de los derechos fundamentales como un orden objetivo de valores, y a su efecto irradiante, que había desarrollado previamente para las relaciones entre particulares. Con cita expresa del caso Lüth, señaló que el sí y el cómo de esa obligación de proteger la vida prenatal se puede deducir directamente del orden objetivo de valores que constituyen los derechos fundamentales¹⁷. Una vez establecido este punto de partida, explicó que este deber consiste en la obligación de otorgar una protección efectiva, y que el legislador tiene un muy amplio margen de apreciación para decidir cuáles son los medios más adecuados¹⁸. Pero que «En casos extremos, es decir, cuando la protección exigida por la Constitución no puede lograrse de ninguna otra manera, el legislador puede verse obligado a utilizar los medios del derecho penal para proteger la vida en desarrollo.» (n.m. 133).

Aludió a la idea de “*ultima ratio*” y al principio de proporcionalidad clásico para afirmar que el legislador sólo puede hacer un uso prudente y restringido del derecho penal. Pero añadió que «Sin embargo, este último recurso también debe utilizarse si no puede lograrse de otro modo una protección eficaz de la vida. Así lo exigen el valor y la importancia del bien jurídico que debe protegerse. Por lo tanto, no se trata de una obligación “absoluta” de castigar, sino de una obligación “relativa” de recurrir a la amenaza de castigo cuando se comprueba que todos los demás medios son inadecuados.» (n.m. 133) Y, finalmente, consideró que el sistema de plazos no ofrecía esa protección suficiente.

La sentencia insiste en que el aborto sólo puede considerarse justificado cuando concurren indicaciones que suponen materialmente causas de justificación, y que la existencia de normas penales prohibitivas tiene efectos de prevención general —a pesar de las cifras negras— porque influye en los comportamientos y en las concepciones valorativas (*Wertvorstellungen*) de los ciudadanos. Despenalizar los abortos practicados en las primeras 12 semanas crearía «necesariamente en la mente de los ciudadanos la impresión de que el

aborto está legalmente autorizado en todos los casos y que, por lo tanto, ya no debe ser desaprobado desde un punto de vista ético-social» (n.m. 153), y ello conduciría como consecuencia a un aumento de los abortos practicados (n.m. 160).

En esta sentencia llaman la atención varias cosas. Ante todo, y como atinadamente señala Doménech Pascual (2006b: 354, 2025: poner página), aplicar al aborto la doctrina del orden objetivo de valores y su efecto irradiante permitía deducir de esa dimensión de los derechos fundamentales la obligación de proteger la vida del *nasciturus*, sin necesidad de abordar el espinoso problema de decidir si este era o no titular del derecho fundamental a la vida (estrategia que siguió después también el Tribunal Constitucional español en la STC 53/1985, FJ 4 y 7). Por otro lado, y en la medida en que se trataba aquí de enjuiciar la conformidad a la Constitución de una ley penal, la sentencia no parece encajar muy bien con la construcción del orden objetivo de valores derivado de los derechos fundamentales, que hasta entonces había utilizado el Tribunal para extender la eficacia de los derechos a relaciones entre particulares, es decir, para extenderla más allá de las relaciones entre el Estado y el ciudadano, que es el ámbito propio del derecho penal y donde los derechos fundamentales obviamente siempre han operado. Como señala Bumke, tanto en esta primera sentencia sobre el aborto, como en la segunda de 1993 a la que enseguida nos referiremos, concurren «circunstancias particulares» y hay muy poca conexión entre el deber de protección que aquí se construyó y la idea de protección a la que recurría el tribunal para hacer operar a los derechos fundamentales en relación con riesgos técnicos o sociales o al establecer limitaciones a contratos civiles (2019: 57)¹⁹.

Por último, merece la pena destacar la manera como se resuelve la cuestión de la protección «efectiva» del bien jurídico en esta sentencia. Recordemos que hasta 1974 en la República Federal de Alemania el aborto estaba penalizado en todo caso, aunque los tribunales solían admitir un estado de necesidad justificante en casos de peligro grave para vida o salud de la madre. La reforma que se presentó aquel año despenalizaba el aborto consentido en las primeras 12 semanas previo asesoramiento de la mujer, y también en las indicaciones terapéutica y eugenésica. Una de las razones principales para la reforma había sido el considerar que la criminalización resultaba completamente ineficaz, porque eran decenas de miles los abortos que se realizaban cada año en el país (y también fuera de él por las mujeres que se lo podían permitir), la inmensa mayoría de los cuales quedaba sin castigar, que este incumplimiento generalizado de la prohibición minaba su credibilidad, y que para proteger de manera más eficaz la vida en formación lo que se necesitaba eran mejores medidas de apoyo para la mujer y para su entorno²⁰. Es decir, la reforma venía motivada, entre otras cosas, por la percepción del legislador de que el derecho penal no garantizaba una protección eficaz al *nasciturus*. Y el Parlamento había optado por una determinada solución despenalizadora tras un procedimiento legislativo extenso, en el que se habían debatido y considerado numerosos argumentos a favor y en contra.

Sin embargo, a pesar de todo ello, el tribunal consideró inconstitucional la regulación que la mayoría parlamentaria había aprobado, con el argumento de que el derecho penal era necesario para una protección eficaz. Al actuar así, el tribunal constitucional estaba sustituyendo la valoración del parlamento por sus propios criterios, lo que suscita dudas en

cuanto a la extralimitación del tribunal, ya que este carece de la legitimidad democrática de que goza el legislador (la «crítica democrática», a la que alude Doménech Pascual, en este mismo número). Por otro lado, en este juicio sobre la eficacia de la protección, el tribunal constitucional no sólo tuvo en cuenta argumentos empíricos en cuanto al aumento o disminución del número de abortos que uno u otro modelo de tutela podían razonablemente tener. También computó entre esos efectos de prevención la contribución de la norma penal al reforzamiento de las concepciones valorativas y ético-sociales de los ciudadanos, en el sentido de que la prohibición penal debía fortalecer el rechazo y la desaprobación hacia el aborto, de un modo que el tribunal entendió que ningún otro mecanismo de protección estaba en condiciones de lograr.

Esto representa una diferencia importante entre el derecho penal y otros ámbitos en los que operan los deberes de protección. Se supone que estos dejan al legislador un amplio margen de apreciación para escoger los medios que estime más adecuados, y en otros ámbitos la práctica demuestra que en efecto operan así. Pero en el caso del aborto —que versaba sobre Derecho penal— dicho margen quedó reducido a cero no sólo porque el Tribunal Constitucional impuso al legislador el derecho penal como medio imprescindible para lograr dicha tutela (Dreier, 2024: 421), sino porque además estableció una regulación provisional que debía regir hasta que el legislador dictara una nueva ley, en la que ya señaló los únicos supuestos (indicaciones) en los que según el tribunal resultaba conforme a la constitución prescindir de la pena.

3.3. EVOLUCIÓN POSTERIOR DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN

A partir de esta primera sentencia sobre el aborto, el Tribunal Constitucional alemán aplicó la doctrina de los derechos de protección derivados de los derechos fundamentales a muchos otros casos. En varios de ellos se trataba de supuestos en que un particular desarrolla una actividad económica o industrial bajo la autorización del Estado (instalación industrial, aeropuertos, energía atómica, etc.) de la que pueden derivar molestias o peligros a gran escala para otros particulares, y el Estado debe decidir hasta dónde llega la protección de los ciudadanos que sufren estos peligros o las molestias (Doménech Pascual 2006a: 79 y ss., con numerosas referencias jurisprudenciales).

Como señala Hesse (1994: 550) durante 17 años esta doctrina de los deberes de protección no condujo en ningún caso a que el Tribunal Constitucional corrigiera la forma en que el legislador había dado cumplimiento al deber de protección en estos ámbitos, y en ninguna sentencia derivó de ello una obligación concreta de regular una materia en un determinado sentido. En los casos en que el tribunal especificó cuál debía ser el criterio para determinar si el legislador había cumplido con su deber de protección, recurrió a un «control de evidencia», según el cual el deber de protección (no penal) solo se consideraba vulnerado cuando las medidas adoptadas por el Estado fueran «totalmente inadecuados o completamente insuficientes»²¹.

4. LA SEGUNDA SENTENCIA SOBRE EL ABORTO Y LA PROHIBICIÓN DE INFRAPROTECCIÓN

Sin embargo, en 1993 el Tribunal Constitucional alemán dictó la segunda sentencia sobre el aborto. De nuevo el Parlamento intentaba introducir un sistema de plazo combinado con indicaciones, y esta vez el tribunal sí lo aceptó, aunque declaró inconstitucional la ley por dos motivos: porque las condiciones y garantías previstas para el asesoramiento de la mujer eran insuficientes, y porque la norma consideraba conformes a derecho los abortos practicados en las 12 primeras semanas.

El tribunal declaró, de modo similar a cómo lo había hecho en la primera sentencia de 1975, que el Estado tiene el deber de proteger la vida prenatal durante toda la duración del embarazo (y en esta sentencia sí habla ya del derecho a la vida —*Lebensrecht*— del *nasciturus*), y que este deber de protección obliga al Estado a alcanzar un fin, pero le deja libertad a la hora de elegir los medios a través de los cuales conseguirlo. Ahora bien, a la hora de concretar las exigencias de este deber de protección introdujo el concepto de prohibición de infraprotección (*Untermassverbot*)²², que significa que las medidas de protección han de ser adecuadas (*angemessen*), y eficaces (*wirksam*), y además estar basadas en una investigación minuciosa y un juicio razonable (*zudem auf sorgfältigen Tatsachenermittlungen und vertretbaren Einschätzungen beruhen*) (n.m. 158). Es de destacar que el tribunal expresamente diferencia estos criterios de los que había venido utilizando en resoluciones anteriores en las que había evaluado el cumplimiento de deberes de protección fuera del Derecho penal. La sentencia afirma (n.m. 181) que el margen de apreciación de que dispone el legislador depende de diversas circunstancias, entre ellas la significación de los bienes jurídicos afectados, y añade que no hay que entender la doctrina sentada en sentencias anteriores en el sentido de que para cumplir con el deber de protección de la vida baste con adoptar medidas que no sean completamente inidóneas ni totalmente insuficientes. Es decir, modifica el criterio que había seguido hasta entonces para valorar si se habían vulnerado o no los deberes de protección.

Una vez sentados estos criterios, para el caso concreto del aborto el Tribunal estableció que la prohibición de infraprotección exige que el aborto sea considerado ilícito (*Unrecht*) durante toda la duración del embarazo, y que sólo puede considerarse adecuado a Derecho en determinadas circunstancias en que resulta inexigible para la mujer continuarlo (indicaciones) (n.m. 160). También insistió en que la prohibición de infraprotección no le permite al Estado prescindir libremente del Derecho penal (n.m. 167), pero (y esta es la diferencia respecto de la sentencia de 1975) que ello no obstante, «el legislador no está constitucionalmente impedido para transitar hacia un modelo de protección de la vida prenatal que, en la fase temprana del embarazo [...], ponga el acento en el asesoramiento de la mujer embarazada para persuadirla de que lleve a término el embarazo y, puesto que el asesoramiento necesariamente tiene que ser abierto y eficaz, prescinda de la amenaza de castigo basada en indicaciones y de que haya un tercero que compruebe si estas se dan o no» (n.m. 183).

Ahora bien, puesto que entendió que la norma aprobada no garantizaba suficientemente la protección de la vida prenatal en la regulación de ese asesoramiento, declaró la inconstitucionalidad de la ley, y estableció un régimen transitorio hasta que el legislador dictara la nueva regulación, en el que especificó minuciosamente los requisitos y circunstancias en que debía desarrollarse dicho asesoramiento en los abortos que se acogieran al sistema de plazo. Hasta el punto de que, como ha destacado la doctrina, prácticamente le dijo ya al legislador cómo tenía que redactar esa nueva ley²³. Este condicionamiento de la actuación del legislador caracterizó asimismo, como sabemos, a la Sentencia 53/1985 de nuestro Tribunal Constitucional, que también detalló las garantías que debía respetar la futura regulación del aborto que se dictase tras la declaración de inconstitucionalidad del proyecto de ley, razón que motivó buena parte de los votos particulares que acompañaron a dicha resolución.

Esta segunda sentencia del aborto evidencia, aún más que la primera, que los derechos fundamentales como fuente de obligaciones de protección para el Estado no operan igual en el Derecho penal que en otros ámbitos del derecho. Porque el amplio margen de apreciación que normalmente corresponde al legislador queda en nada en estos casos (Hesse 1994: 552, también lo destaca Calliess, 2006: 323 nota 35)).

4.1. EVOLUCIÓN POSTERIOR FUERA DEL DERECHO PENAL

Desde entonces, el Tribunal Constitucional alemán ha dictado muchas otras sentencias en las que se ha referido a deberes de protección fuera del ámbito penal, y al efecto de los derechos fundamentales entre particulares. Se trata de dos conceptos cuya relación es discutida: en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional coexisten de forma paralela, aunque en la doctrina se discute si es posible sustituir la *Drittwirkung* por los deberes de protección, o si ambos cubren ámbitos de aplicación diversos (Burkiczak, 2014: 136 y ss; Bumke, 2019: 57-61). En cualquier caso, la evolución se ha caracterizado por la continua expansión del efecto de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares, especialmente cuando estos desarrollan actividades o prestan servicios que en su momento incumbían al Estado como servicios públicos, por ej. telecomunicaciones o aeropuertos, y que posteriormente han sido privatizados²⁴.

Por lo que hace al concepto de prohibición de infraprotección, establecido en la segunda sentencia sobre el aborto, el tribunal no lo ha utilizado para corregir decisiones tomadas por el legislador en ningún otro caso, ni de derecho penal ni de derecho extrapenal. El concepto apareció en dos decisiones de inadmisión de los años 1995 y 1997, en las que parece que se vuelve a utilizar el criterio de la «evidente» desprotección a la hora de evaluar si se ha infringido un deber de protección, pero de manera un poco confusa porque a la vez se menciona el criterio de la protección adecuada y eficaz de la segunda sentencia sobre el aborto. En algunas pocas sentencias, aun sin mencionar el concepto, se ha aplicado el criterio de la protección «adecuada y eficaz» en vez del más común del control de evidencia. Y la prohibición de infraprotección ha sido mencionada también en votos particulares en algunas otras ocasiones (cfr. Clérico, 2010: 116 y s; Störing, 2009: 80 y ss.; Stern, 2011: 94).

Por otro lado, el concepto de infraprotección ha sido aceptado por la literatura y en la jurisprudencia sobre todo en el ámbito del Derecho del trabajo, en el que el trabajador se encuentra en una situación de debilidad o desventaja frente al empleador y donde los derechos fundamentales como orden objetivo de valores y los deberes de protección pueden funcionar como criterios para reclamar al legislador que establezca medidas en favor de los trabajadores, y para interpretar las regulaciones existentes en sentido favorable a estos. También se recurre a los deberes de protección y en ocasiones al principio de prohibición de desprotección en relación con nuevas tecnologías que pueden afectar a la vida y la salud (como la investigación con embriones o las terapias génicas) y para reclamar medidas más intensas de protección frente a la contaminación y en defensa del medioambiente. Y se valora críticamente que al haber vuelto el Tribunal Constitucional al criterio de la «evidente» desprotección a la hora de evaluar si se ha infringido un deber de protección, resulta poco eficaz, especialmente en el ámbito de la protección del medioambiente (Störing, pp. 100-104)²⁵.

4.2. EVOLUCIÓN POSTERIOR EN EL DERECHO PENAL

Además de en las dos sentencias sobre el aborto²⁶, los deberes de protección aparecen mencionados en relación con el derecho penal en otras dos resoluciones del Tribunal Constitucional alemán, si bien no se trata de obligaciones de criminalizar o de castigar en sentido estricto, porque tienen que ver con la custodia de seguridad, una medida de seguridad de internamiento, de ejecución posterior a la pena, que contempla el Código Penal alemán para delincuentes tenidos como especialmente peligrosos²⁷. Dicha medida de seguridad tenía hasta 1998 un límite máximo de diez años, cuando era impuesta por primera vez a un condenado. En ese año, el legislador eliminó tal límite y estableció que la duración ahora indeterminada se aplicaba también a las personas que hubieran cometido el delito antes de la fecha de entrada en vigor de la reforma.

La constitucionalidad de esta aplicación retroactiva fue cuestionada ante el Tribunal Constitucional, que dictó una primera sentencia el 5 de febrero de 2004 (2 BvR 2029/01; BVerfGE 109, 133) en la que rechazó el recurso, por entender que la prohibición de retroactividad de las leyes penales derivada del principio de legalidad no se aplica a las normas que regulan medidas de seguridad. Pero, además, en otro de los fundamentos de derechos, añadió que «El Estado tiene la tarea de proteger los derechos fundamentales de las víctimas potenciales frente a agresiones de delincuentes potenciales. Cuanto más concreto e individualizado sea este peligro, y cuanto más afecte a ámbitos elementales de la vida, más intenso es el deber de protección del Estado. [...]. No es necesario decidir aquí si la supresión del plazo máximo de diez años era necesaria para proteger los derechos fundamentales de las víctimas potenciales de delitos penales. En cualquier caso, la suposición que subyace a la decisión del legislador, de que de este modo las víctimas potenciales pueden estar significativamente mejor protegidas frente a peligros importantes inminentes, no plantea ningún problema de constitucionalidad» (n.m. 189).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos declaró por unanimidad unos años después, en su conocido fallo *M. c Alemania* de 17 de diciembre 2009, que esta aplicación retroactiva vulneraba los arts. 5 y 7.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (derechos a la libertad y a la seguridad), lo que dio lugar a otra sentencia del TC alemán en 2011 que declaró inconstitucional casi toda la regulación de la custodia de seguridad y dio al legislador un plazo para reformarla (cfr. Rinceanu, 2014)²⁸. Pero lo que interesa ahora es que en el año 2004 el Tribunal había dictado otra sentencia relacionada con el mismo tema, en la que, en un voto particular, aparecen interesantes consideraciones sobre el deber de protección y sobre la prohibición de infraprotección.

Esta segunda sentencia, de 10 de febrero de 2004 (2 BvR 1588/02), enjuiciaba la constitucionalidad de leyes dictadas por algunos estados federados, que permitían internar a delincuentes considerados peligrosos cuando en la sentencia condenatoria no se había impuesto la custodia de seguridad. Estas leyes habían querido dar solución a lo que se percibía como una laguna: en ocasiones la elevada peligrosidad de un condenado no se había constatado durante el proceso, pero se ponía de manifiesto más tarde, en la ejecución de la pena. En estos casos, a pesar de la reforma de 1998 —y de otra posterior que había vuelto a ampliar los supuestos de aplicación de la custodia de seguridad—, al no haberse impuesto la custodia de seguridad en la sentencia, no había posibilidad de acordarla más tarde para mantener privadas de libertad a estas personas una vez cumplida la pena de prisión (a salvo de los pocos casos en que se tratara de enfermos mentales graves, en cuyo caso sí podría acudir aún internamiento psiquiátrico —ya no de carácter penal sino civil—, pero no en los demás supuestos). En el parlamento federal se había discutido la posibilidad de prever una modalidad de custodia de seguridad para estos casos (la llamada «custodia de seguridad a posteriori» o *nachträgliche Sicherungsverwahrung*), pero no se había llegado a aprobar. Y, por ello, algunos estados aprobaron estas leyes, creando en su lugar internamientos para delincuentes peligrosos.

El Tribunal Constitucional declaró nulas estas normas por falta de competencia de los *Länder* para dictarlas, al entender que estaban regulando una materia perteneciente al Derecho penal, y que esta es una competencia exclusiva de la Federación. Ahora bien, ello no produjo, como habría sido lo esperable, la nulidad automática de las leyes afectadas, sino que el Tribunal prorrogó su vigencia durante seis meses, para que durante ese tiempo el legislador pudiera evaluar si quería regular la materia a nivel federal. El tribunal afirmó que se puede mantener la vigencia provisional de una norma inconstitucional si su derogación inmediata supondría privar de protección a bienes esenciales de la comunidad, y si la ponderación de este perjuicio con la injerencia que supone el mantenimiento de la norma en los derechos fundamentales afectados permite concluir que resulta asumible prolongar su afectación por un periodo transitorio. A continuación, afirmó que proteger a la sociedad de unos delincuentes que tras cumplir sus condenas atentarán con una alta probabilidad contra la vida, integridad física, libertad o libertad sexual constituye un interés esencial de la comunidad. Que el Estado tiene el deber de proteger esos bienes (con cita, entre otras, de la segunda sentencia, sobre el aborto), y que para ello dispone de un amplio margen de

apreciación. Y que entre las opciones posibles está el privarles de libertad, siempre que se respeten las exigencias del principio de proporcionalidad (n.m. 163-165).

La sentencia explica que para decidir en qué sentido quiere regular esta cuestión, y eventualmente dictar la correspondiente normativa que prevea una *nachträgliche Sicherungsverwahrung*, el Estado necesita un tiempo, pero la declaración de nulidad de las leyes cuestionadas supondría la inmediata puesta en libertad de los delincuentes peligrosos que en ese momento estaban confinados en aplicación de las mismas, y ello privaría al Estado de la posibilidad de decidir si es necesaria una regulación federal para proteger a la sociedad de estas personas (n.m. 167-169). Regulación que, añade el tribunal, no tendría por qué ser inconstitucional a priori si estuviera redactada de manera lo suficientemente restrictiva (n.m. 171). En definitiva, el tribunal constitucional consideró que el interés extraordinario de la comunidad en una protección efectiva frente a determinados delincuentes muy peligrosos puede en casos excepcionales prevalecer sobre el derecho a la libertad de los afectados por el mantenimiento de la normativa anticonstitucional, aunque sólo por un periodo limitado (n.m. 172).

Sin embargo, tres magistrados discreparon de la decisión en este punto y firmaron un voto particular disidente. En primer lugar, subrayan que en este caso no se ha declarado inconstitucional una ley en la que el Parlamento Federal hubiera hecho ya una determinada ponderación entre los derechos fundamentales de los condenados y el interés general de la comunidad, sino que precisamente no existía tal ley (y de ahí que los estados hubieran dictado las suyas propias), por lo que el tribunal se atribuye a sí mismo una capacidad de ponderación originara que invade el campo propio de atribuciones del legislador.

Señalan también que las leyes de los *Länder* han sido declaradas inconstitucionales por falta de competencia, lo que significa que han sido dictadas sin legitimidad democrática, y es dudoso que una legislación que adolece de este problema esencial pueda constituir una base suficiente para ordenar la continuidad de su vigencia, aunque sea temporal. Añaden además que, al permitir que continúen transitoriamente vigentes, el tribunal está en cierta forma predeterminando el contenido de la legislación que espera que apruebe la federación (n.m. 191-192).

Por otro lado, si bien la mayoría de la sala no había utilizado expresamente el *Untermassverbot* en su argumentación, los disidentes sí lo hacen, en el siguiente sentido: afirman que sólo podría haber fundamento constitucional para mantener provisionalmente la vigencia de estas normas si viniera exigido por el principio de prohibición de protección insuficiente, pero que este no es en modo alguno el caso. Porque sólo lo sería si la federación no hubiera adoptado ningún tipo de medida de protección, o las existentes fueran absolutamente inadecuadas o completamente insuficientes. Pero no es así, porque hay múltiples medidas para proteger a la comunidad del peligro que puedan suponer los delincuentes internados de conformidad con las leyes cuya inconstitucionalidad se declara: existe una medida de seguridad de libertad vigilada que se les puede imponer (*Führungsaufsicht*), subsisten evidentemente las competencias normales de la Policía para hacer seguimientos y vigilancias, y las de los servicios sociales en su ámbito, e incluso, si alguno de los internos

tuviera un verdadero problema mental, puede recurrirse al internamiento civil involuntario (n.m. 195-197).

Los magistrados discrepantes afirman que la mayoría subraya una y otra vez el deber del Estado de proteger a la sociedad frente a los peligros que suponen estos delincuentes, pero dicho peligro ha existido siempre y el legislador hasta el momento no había visto la necesidad o conveniencia de adoptar la *nachträgliche Sicherungsverwahrung*. Al insistir en la conveniencia de que el legislador se plantee esta posibilidad durante el periodo en que se dejan transitoriamente vigentes las leyes, la mayoría de la Sala le está sugiriendo al legislador una necesidad de actuar que no deriva de la Constitución. Y con ello no sólo se está dando preferencia a una determinada opción jurídico-política frente al derecho fundamental a la libertad, lo que no resulta justificable (n.m. 200), sino que además el tribunal está corrigiendo la opción política adoptada por el legislador sobre el trato que debe darse a estos delincuentes (n.m. 202).

Un mes después de que se dictara esta sentencia, el Ministerio de Justicia presentó un proyecto para introducir la *nachträgliche Sicherungsverwahrung*, que fue aprobado en julio de 2004²⁹, y en 2008 se introdujo también en el derecho penal juvenil³⁰.

5. CRÍTICA: DIFERENCIAS ENTRE LOS DEBERES GENERALES DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS DEBERES DE PROTECCIÓN PENAL

¿Qué cabe concluir tras este resumen de la evolución de los deberes de protección y la prohibición de infraprotección?

A diferencia de lo que ocurre en la jurisprudencia del TEDH, que acude cada vez con mayor frecuencia a las obligaciones de castigar derivadas de los derechos humanos, el tribunal constitucional alemán ha aplicado hasta ahora la doctrina de los deberes de protección al ámbito penal, convirtiéndolos en deberes de castigar, en muy pocos casos. Pero los casos en que sí lo ha hecho muestran, a mi juicio, que los deberes de protección no comparten los mismos presupuestos, ni se aplican de la misma manera, en derecho penal que en el resto de las ramas del ordenamiento jurídico.

5.1. LA RELACIÓN ENTRE LA VÍCTIMA Y EL ACUSADO NO ES UNA RELACIÓN ENTRE PARTICULARES ASIMILABLE A LAS DEL DERECHO PRIVADO, NI A LAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La necesidad de reconocer a los derechos fundamentales efectos entre particulares, sea a través del efecto irradiante, de la eficacia horizontal o de los deberes de protección, surgió inicialmente en buena medida para proteger a los ciudadanos frente a otros ciudadanos especialmente en situaciones de desigualdad de poder, donde la mera autonomía de las partes podría conducir al abuso. Precisamente porque en el derecho privado no operan los dere-

chos fundamentales clásicos, que son los tradicionales mecanismos de defensa del particular frente al poderoso, se cree necesaria la construcción de la *Drittwirkung* y los *Schutzpflichten*, para evitar que el más débil esté sometido a abusos. Esto explica que se defienda la existencia de estos deberes, y la de la prohibición de infraprotección como criterio con el que valorar su cumplimiento, en ámbitos en los que existen desigualdades de poder como el derecho del trabajo, o en los que los poderes públicos autorizan a particulares a llevar a cabo actividades comerciales o industriales de las que pueden derivar molestias o riesgos a gran escala para otros ciudadanos. Pero esto es precisamente lo contrario de lo que pasa en Derecho Penal, donde siempre se han podido oponer los derechos fundamentales frente al poderoso, que en este caso es el Estado que castiga. Es decir, donde, desde este punto de vista, no se necesita recurrir a obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales, porque los derechos fundamentales siempre han estado ahí, en su función tradicional de derechos de defensa, proporcionando la protección que se busca.

Dicho de otra manera: se construyen los deberes de protección para que los derechos fundamentales operen en el derecho privado, porque en esa esfera —y a diferencia de lo que ocurre en derecho penal— no se aplicaban estos últimos. Pero una vez están construidos los deberes de protección en derecho privado, se los trae de vuelta al derecho penal, donde no habían sido hasta entonces necesarios porque sí teníamos los derechos fundamentales. Y en este viaje de ida y vuelta, los deberes de protección derivados de los derechos fundamentales traen consigo una idea que es perfectamente correcta en el derecho privado, pero profundamente perturbadora en el derecho penal: la de que los derechos fundamentales del acusado (o del potencial delincuente) y los de la víctima (actual o potencial) están enfrentados, actuando el Estado como árbitro entre ellos.

La relación de derecho penal deja de ser una relación bilateral entre el acusado y el Estado, y pasa a ser triangular. En la base del triángulo están la víctima y el acusado, cada uno con sus derechos fundamentales, enfrentados entre sí. Y el Estado se sitúa en el vértice del triángulo, estando obligado a respetar, por un lado, los derechos (de defensa) del acusado, y por el otro los derechos (a protección) de la víctima. Es la conocida como «*Dreiecksverhältnis*» (relación triangular), que seguramente describe de manera ajustada algunas relaciones de derecho privado o de derecho administrativo³¹, pero que en Derecho penal aboca al falaz argumento de la suma cero: lo que el Estado reconozca (de más) al acusado en términos de derechos fundamentales, es lo que pierde la víctima, y viceversa. El tribunal constitucional alemán mencionó expresamente esta idea, de que en las relaciones iusfundamentales multipolares (*mehrpolygonen Grundrechtsverhältnissen*) el «más» en cuanto a libertad para un titular de derechos fundamentales significa un «menos» para el otro, en su sentencia de 4 de mayo de 2011 (BVerfGE 2 BvR 2365/09). Esta sentencia se dictó como consecuencia de la del TEDH en el caso *M. c. Alemania*, que, como hemos comentado *supra*, declaró que la aplicación retroactiva de la custodia de seguridad suponía una vulneración de los derechos a la libertad y a la legalidad reconocidos en el Convenio Europeo. Resulta preocupante que a la hora de valorar cómo debía darse cumplimiento al fallo de Estrasburgo, el tribunal constitucional alemán considerara necesario advertir que el reconocimiento de los derechos humanos de los delincuentes podía ir en detrimento de los de las víctimas³².

El mayor protagonismo de la víctima en el derecho penal es una de las tendencias que ha marcado los últimos lustros, y tiene muchos aspectos positivos. Pero precisamente uno de los peligros que plantea es llegar a concebir que los derechos que merece la víctima puedan (¡o incluso deban!) serlo a costa de una reducción de los del acusado. Y es esta tendencia la que a mi juicio se ve alentada por la importación al derecho penal de deberes de tutela pensados inicialmente para operar en relaciones entre particulares. Pero esta no es ni mucho menos la única vía posible para reconocer el necesario papel de la víctima en el derecho penal: las mejores propuestas en este sentido pasan a mi juicio por las diversas vías de justicia restaurativa (bien alternativas a la condena o al proceso, bien compatibles con estos) que desde hace tiempo se han propuesto en la doctrina y se han implementado en diversos sistemas jurídicos (cfr., entre otros y con ulteriores referencias, Tomás-Valiente Lanuza, 2021; ampliamente Alonso Rimo, 2024, también Donini, 2020 y 2022)³³, y que en modo alguno se plantean como una confrontación con los derechos del acusado o condenado.

En definitiva, lo que en derecho privado o administrativo puede suponer una mejor protección o equilibrio de los derechos fundamentales de las diversas partes de una relación jurídica, y especialmente la de aquellos que en dicha relación ostentan la posición más débil, en derecho penal es una idea peligrosa que se alinea con aquellas posiciones para las cuales la mejor protección de los derechos de la víctima supone la necesidad de recortar los del acusado.

5.2. EN DERECHO PENAL LOS DEBERES DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES NO SE APLICAN A «NUEVOS PELIGROS» NI DEFIENDEN A LA CIUDADANÍA FRENTE A «NUEVOS PODERES»

Frente al discurso de que en la actualidad nos encontramos ante nuevos peligros o nuevas formas de criminalidad, que requieren una reinterpretación de las viejas categorías³⁴, lo cierto es que los casos a los que hasta ahora se ha aplicado en derecho penal alemán la construcción de los deberes de protección —y el principio de infraprotección derivado de ellos— son el aborto y la prevención frente a la posible reincidencia de delincuentes sexuales y autores de otros delitos graves contra las personas³⁵. Salta a la vista que ninguno de estos supuestos tiene que ver con nuevos riesgos tecnológicos, o con nuevas relaciones de poder o desigualdad que se hayan desarrollado en las sociedades modernas. Son, más bien, criminalidad clásica, que siempre se ha podido manejar sin necesidad de recurrir a ningún deber de protección, y no parece que se trate de «nuevos riesgos o inseguridades» para los que sea necesario desarrollar nuevos conceptos.

Por supuesto, los ciudadanos pueden tener más miedo ahora que en otras épocas frente a los mismos fenómenos criminales. Pero esto se debe a muy variadas circunstancias que no tienen por qué estar relacionadas con un aumento real de los delitos graves (lo reconoce García de la Torre García, 2024: 54 y ss). La construcción de los deberes estatales de tutela penal derivados de los derechos fundamentales encaja por ello perfectamente con modelos autoritarios y simplistas de política criminal, como el Derecho penal de la seguridad ciuda-

dana, cuyos peligros para las garantías penales se han denunciado desde hace años, al igual que su trasfondo ideológico excluyente. Como destacó Díez Ripollés, una de las características de este modelo es que se utiliza la retórica de nuevas fuentes de peligro y modernas manifestaciones de la criminalidad, para terminar justificando el endurecimiento del derecho penal en ámbitos de criminalidad clásica de toda la vida, que afectan especialmente a clases sociales desfavorecidas (Díez Ripollés, 2005; ampliamente, García Magna, 2018).

5.3. EL «AMPLIO MARGEN DE DISCRECIONALIDAD» DEL LEGISLADOR DESAPARECE CUANDO SE APLICAN LOS DEBERES DE TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES AL ÁMBITO PENAL

Sobre este punto no me voy a extender porque creo que ha quedado suficientemente argumentado en los apartados anteriores. La mención al amplio margen de discrecionalidad del legislador quedó en nada en las dos sentencias sobre el aborto, donde el tribunal constitucional no solo impuso al legislador el recurso necesario al derecho penal (en la primera) o la obligación de considerar ilícitos los abortos no punibles practicados en el plazo (en la segunda), sino que redactó prácticamente el borrador de la regulación que el legislador debía aprobar en el futuro. Y esto mismo ocurrió en la sentencia sobre la inconstitucionalidad de las leyes de internamiento de delincuentes peligrosos en el año 2004.

Además, en la segunda sentencia sobre el aborto se cambió el criterio de comprobación sobre el cumplimiento de los deberes de protección con la creación del *Untermassverbot*, para hacerlo más estricto, innovación que, sin embargo, luego ha sido muy poco utilizada, volviéndose en la mayoría de los casos (que son no penales) al estándar de la protección «evidentemente» insuficiente.

5.4. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO COARTADA PARA IMPONER OPCIONES DE POLÍTICA CRIMINAL

En este último punto ya no me voy a referir a una diferencia en cómo operan los deberes de protección derivados de los derechos fundamentales dentro y fuera del Derecho penal, sino a una característica que tienen en común los pocos casos en que se han utilizado esos deberes de protección para fundamentar la necesidad de castigar en Alemania. Y es que no sólo se trata en ellos, como ya he comentado *supra*, de criminalidad tradicional. Son también ámbitos particularmente sensibles del debate político criminal, en los que chocan opiniones encontradas que conectan con opciones éticas e ideológicas muy marcadas. Esto ocurre obviamente en el caso del aborto, en el que creo que puede decirse, y más desde la distancia que dan los años, que el tribunal usó los derechos fundamentales, y los deberes de protección supuestamente derivados de ellos, para imponer a un legislador partidario de la despenalización parcial, la opción político-criminal que preferían los magistrados que componían la mayoría de la sala. Pero pasó también lo mismo con la sentencia sobre la custodia de seguridad, pues en la discusión en torno al control de los delincuentes peligrosos, y especialmente de los delincuentes sexuales, el debate político es muy encendido y no gira

en torno a necesidades reales de protección avaladas con datos, sino que en él se manejan, especialmente por los partidarios de recurrir para ello al Derecho penal, argumentos demagógicos, eslóganes y pánicos morales³⁶. Como denunciaron los magistrados firmantes del voto particular, al sugerirle al legislador la conveniencia de plantearse una determinada regulación para prevenir esos peligros, los magistrados de la mayoría estaban expresando sus —legítimas— preferencias personales de política criminal, pero haciéndolas pasar como algo que derivara del contenido de derechos fundamentales a protección.

6. CONCLUSIONES Y CUESTIONES PENDIENTES

En este trabajo he tratado de mostrar que las obligaciones de protección derivadas de los derechos fundamentales no funcionan igual cuando se aplican al derecho penal que cuando operan en otros ámbitos. En derecho penal debilitan los derechos fundamentales del acusado y reducen el ámbito legítimo de juego del legislador. Conviene resaltarlo porque ninguna de las dos cosas son meros riesgos futuros o peligros que quizá puedan acontecer (así lo presenta Doménech Pascual, 2025), sino realidades que se han producido desde hace bastante tiempo.

El ámbito relativamente reducido en que el Tribunal Constitucional alemán ha aplicado hasta ahora la construcción de estos deberes iusfundamentales de tutela penal creo que puede interpretarse como un signo de que él mismo es consciente de los peligros que conlleva (Störring, 2009, p. 82). Tanto este dato, como el muy discutible contenido de las resoluciones en que sí los ha aplicado, deben ser advertencias, a mi juicio, a tener en cuenta para desconfiar también de la fundamentación que subyace a las obligaciones de tutela penal de los derechos humanos elaboradas por la jurisprudencia de los tribunales internacionales. En definitiva, no me parece que ni la dogmática ni la jurisprudencia alemanas sobre los deberes estatales de protección penal ofrezcan argumentos convincentes, y por ello tampoco creo que sirvan para reforzar la fundamentación de las obligaciones de tutela penal de los derechos humanos a nivel internacional.

Una de las cosas que me parecen más preocupantes en cómo el Tribunal Constitucional alemán ha utilizado las obligaciones de tutela penal es que presenta como argumentos de derechos fundamentales lo que son argumentos morales o políticos, legítimos, pero cuyo espacio no es el de la dogmática de los derechos sino el de la discusión política, y con ello constriñe indebidamente el debate público libre, que además arrebara de las manos del legislador para colocarlo en las del Tribunal Constitucional.

Esta cuestión es importante. Porque si bien en las décadas de 1970 y 1990 esto lo hicieron magistrados de signo conservador para oponerse a políticas liberalizadoras del aborto, o para favorecer políticas punitivas en el ámbito de la criminalidad grave, el abuso de los derechos fundamentales no es patrimonio de una única dirección ideológica. Y hay motivos para pensar que en la actualidad está ocurriendo una situación parecida, sólo que a la inversa. Aunque ya no es posible desarrollarlas en estas páginas, apunto solo dos cuestiones.

La jurisprudencia del TEDH utiliza cada vez más las obligaciones de tutela penal para establecer obligaciones de criminalización y castigo en el ámbito de la violencia contra las mujeres³⁷. No pretendo discutir que sea legítimo, y conveniente, utilizar el derecho penal para castigar estas conductas. Solo quiero señalar que dentro del feminismo coexisten diversas tendencias en cuanto a la utilidad del derecho penal para alcanzar mayores cotas de igualdad real, empoderar a las mujeres y proteger su vida, integridad, libertad y dignidad. Y no creo que pueda decirse que las corrientes feministas antipunitivistas, partidarias por ejemplo de que se permita la mediación en casos de violencia de género o sexual, de que no todas las infracciones sean perseguibles de oficio, o de que las medidas de protección no estén ligadas a la presentación de denuncias, busquen una protección menor de esos derechos³⁸. Otras voces en el feminismo consideran que es imprescindible la criminalización hasta de las conductas más leves con penas contundentes, y la persecución de oficio de todas ellas, cosa que es, por supuesto, una opción ideológica también legítima. Pero que creo que no debería pretender arrogarse más autoridad de la que merece, haciéndose pasar por la única compatible con el respeto a los derechos humanos de las mujeres³⁹.

Por otro lado, en España hemos tenido recientemente la experiencia de dos leyes despenalizadoras, una del aborto (LO 2/2010, de 3 de marzo) y otra de la eutanasia (LO 3/2021, de 24 de marzo). Ambas fueron cuestionadas ante el Tribunal Constitucional, que esta vez, y a diferencia de lo ocurrido en los años 70, 80 y 90 con el aborto, sí las ha considerado compatibles con el texto constitucional⁴⁰. Ahora bien, en ambas esta conclusión se ha alcanzado por la vía de ‘descubrir’ nuevos derechos fundamentales implícitos en el texto constitucional, cosa que algunas voces en la doctrina, aun mostrándose de acuerdo con el sentido del fallo, han considerado discutible, por entender que no era necesario para alcanzar dicha conclusión⁴¹. Comparto las críticas que expresan estos autores. Personalmente, estoy a favor de la opción despenalizadora en ambos casos, porque creo que es una regulación preferible a la que había antes en la medida en que maximiza espacios de libertad. Pero tengo dudas sobre la manera en que se ha alcanzado ese resultado. Parece que el hecho de que existan las obligaciones positivas de tutela penal hace que el Tribunal Constitucional considere necesario, para justificar el prescindir de la sanción penal en estos ámbitos que afectan directamente a la protección de la vida (del *nasciturus*, o del paciente que no desea seguir sufriendo), explicar que la despenalización venía obligada para tutelar otro derecho fundamental⁴². Como si no bastara con decir, simplemente, que las respectivas regulaciones prevén suficientes mecanismos de tutela no penal para garantizar que no se haga un uso abusivo de los supuestos despenalizados. Es más, si la despenalización de algunos supuestos de aborto o de eutanasia viene obligada por los derechos fundamentales, parece lógico concluir que lo que era inconstitucional entonces era la situación anterior⁴³. Y con esta declaración el tribunal impide al legislador, que en un futuro podría reflejar otras mayorías políticas o evaluar de forma distinta las necesidades de tutela, plantear una política criminal diferente en estos casos, en los que las opciones éticas e ideológicas de diversos grupos sociales son muy diferentes. Se le impone una opción en una materia que es objeto de vivo debate político, y se impide al legislador otra política criminal⁴⁴. Temo que la situación se puede parecer, aunque a la inversa, a lo que se hizo décadas atrás con el aborto.

En definitiva, si bien hay buenas razones para que el Estado esté obligado a adoptar políticas y medidas activas para proteger los derechos fundamentales frente a peligros que provengan de otros ciudadanos, creo que no las hay para que esté obligado a hacerlo por medios penales. Porque en Derecho penal esas obligaciones provocan efectos diferentes. El título de este trabajo juega deliberadamente con el conocido eslogan “*Spain is different*”, que utilizó el Ministerio de Información y Turismo en la década de 1960 para fomentar nuestro país como destino turístico, sacando ventaja de la fama de país aislado y de costumbres atrasadas que entonces teníamos: la campaña daba esa fama por sentada y, en vez de negarla, afirmaba que España no era ni mejor, ni peor; era diferente. No estoy segura de si comparar el derecho penal actual con un lema nacido en el franquismo es una analogía afortunada, pero en algo coincide esta disciplina con aquel eslogan: el derecho penal es especialmente tosco. A diferencia de otras ramas del derecho, mucho más sofisticadas, que disponen de múltiples instrumentos como incentivos para regular las conductas (subvenciones, ayudas, autorizaciones, licencias, prestaciones, becas, derechos de participación, libertad para configurar según la autonomía de la voluntad todo tipo de contratos y negocios jurídicos, etc.), el derecho penal sólo tiene las penas, el castigo⁴⁵. Es duro y tosco, entre otras cosas, y puesto que no tenemos aún —como dijera Radbruch— “algo mejor que el Derecho penal”, y sigue siendo la “amarga necesidad” de la que hablaba el Proyecto Alternativo Alemán, conviene ser consciente de esas diferencias, y coherente con las limitaciones que de ellas derivan.

NOTAS

1. En este trabajo utilizaré la expresión ‘derechos humanos’ para referirme a los reconocidos en los Convenios o Tratados internacionales de derechos humanos, y ‘derechos fundamentales’ para los que están proclamados en las constituciones de los Estados.

2. Sobre algunas de ellas me he pronunciado en trabajos anteriores: Martínez Garay, 2025 (sobre la utilización del derecho penal como excusa para no adoptar medidas y políticas más eficaces, en el ejemplo del derecho a la interrupción voluntaria del embarazo), 2017 y 2020 (sobre la inversión del principio de proporcionalidad que propician las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales). En general, considero que estas obligaciones son totalmente funcionales a la “perversión totalizadora del Estado social” (una magnífica explicación del riesgo al que me refiero en Cuerda Arnau, 2010, pp. 122-124).

3 Art 26 (1) *Grundgesetz* (en adelante, GG): Los actos idóneos para y realizados con la intención de perturbar la coexistencia pacífica de los pueblos, en particular la preparación de una guerra de agresión, son inconstitucionales. Deben tipificarse como delito.

4. Y aún cabría señalar un quinto grupo de posibles obligaciones de tutela penal, muy relacionadas con estas últimas: si para los Estados pueden derivar obligaciones de castigar a partir de las normas consuetudinarias de *ius cogens* de derecho internacional, y si estas obligaciones pueden ser consideradas absolutas (al respecto, cfr. Roxin y Greco, 2020, pp. 84-86, y Greco, 2017). Es una cuestión compleja y que dejo expresamente fuera del objeto de este trabajo, si bien engloba en todo caso pocos supuestos, ya que el *ius cogens* es de ámbito muy limitado (básicamente, crímenes de genocidio, contra la humanidad y de guerra).

5. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) ha ido considerablemente más lejos, al dictaminar que los Estados debían eliminar toda una serie de límites al *ius puniendi* (amnistía, indulto, prescripción, cosa juzgada) para proteger debidamente los derechos de las víctimas de delitos graves, mientras que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) se limita a declarar que el Estado ha vulnerado un Derecho por no haberlo protegido suficientemente a través del derecho penal, más en su caso ordenar que se abone al afectado una indemnización, cfr. Viganò, 2014; Gil Gil, 2011.

6. Cfr. Mavronicola / Lavrysen, 2020, pp. 5-6; Tulkens, 2011, p. 583.

7. García de la Torre García, 2024, p. 42.

8. Así ocurre en la jurisprudencia del propio TEDH, y en muchos autores, por ej. Viganò, 2014, p. 468 y ss., o Doménech Pascual, en este mismo número.

9. A mi juicio aquí hay una agresión activa del Estado, una injerencia en el derecho fundamental (y no una omisión de proteger al particular frente a agresiones de terceros), y, por tanto, se trata de la clásica dimensión de los derechos humanos o fundamentales como derechos de defensa frente al estado. Y, por otro lado, la necesidad de ser particularmente estrictos con este tipo de vulneraciones de los derechos humanos por parte de los estados, creo que puede argumentarse con razones diferentes de las aplicables a los casos de agresiones por parte de particulares. Por ello, considero que el tema requiere un tratamiento específico que excede de lo que sería posible abordar en este trabajo.

10. El mismo planteamiento estaba ya en su conocido trabajo de 1983 sobre el derecho fundamental a la seguridad (Isense, 1983).

11. Un ejemplo de la argumentación que se critica en Callies (2006:326): “Con arreglo al monopolio del uso de la fuerza, se impone a los ciudadanos un deber general de paz en forma de prohibición privada de la violencia, que se compensa con un deber estatal de proteger a sus ciudadanos, que se corresponde a la *finalidad estatal* de proporcionar seguridad. En el derecho constitucional, este deber de protección se expresa en los *deberes de protección de los derechos fundamentales*.” Por el contrario, y subrayando la necesidad de diferenciar ambas cosas, cfr. Pace, 2015: 15 y ss.

12. A estas razones cabría añadir otras. Por ejemplo, que en sociedades como las europeas, y desde luego la española, con unas tasas de criminalidad violenta bajas y estables, parece algo excesivo apelar a Hobbes para fundamentar obligaciones de castigar, como si la impunidad de algunas conductas o la ausencia de condena en un crimen grave nos colocara a un paso del abismo de la guerra civil. Por otro lado, tampoco en las situaciones en las que ha habido un cuestionamiento o debilidad real del Estado parecen siempre necesarias ni convenientes las obligaciones de castigo penal, como evidencian diversos trabajos sobre la virtualidad de esta construcción en escenarios de justicia transicional, en los que la consecución de la paz puede suponer tener que dejar impunes conductas graves (Gil Gil y Maculan, 2019; Dickson, 2020).

13. Puede encontrarse una explicación en castellano de los hechos del caso y el fallo de la sentencia en Borowski, 2020: 13 y s.

14. La enorme relevancia de esta sentencia es indiscutida, habiéndose afirmado repetidas veces y con diversas formulaciones que marcó un antes y un después en la evolución de la dogmática de los derechos fundamentales; cfr. Dreier, 2024: 419, con numerosas referencias. Otros autores, sin negar su trascendencia, subrayan que más que suponer una innovación, lo que hizo el caso Lüth fue recoger ideas que ya estaban extendidas en la doctrina, y que el problema a mitad de la década de 1950 no era *si* los derechos fundamentales tenían o no un doble carácter, sino *cómo* debía manifestarse ese doble carácter en las relaciones entre particulares: Bumke, 2019: 3 y ss, 9 y ss.)

15. Cfr. referencias en Bilbao Ubillos 2017: 48 y s.

16. Vid. una relación detallada de diferentes situaciones que podrían encajar en esta descripción, así como de otras en las que podría entenderse que deben aplicarse también limitaciones a la autonomía de la voluntad derivadas de los derechos fundamentales en Alfaro, 1993: 96 y ss.

17. “Según la jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional Federal, las normas de derechos fundamentales no sólo contienen derechos subjetivos de defensa del individuo frente al Estado, sino que también encarnan un sistema objetivo de valores que se aplica como decisión constitucional básica para todas las áreas del derecho y proporciona directrices e impulsos para la legislación, la administración y la jurisprudencia (BVerfGE 7, 198 [205] - Lüth -; 35, 79 [114] - Hochschulurteil - con más referencias). [...] El deber de protección del Estado es amplio. No sólo prohíbe -por supuesto- la intervención directa del Estado en la vida en desarrollo, sino que también exige que el Estado proteja y promueva esta vida, es decir, sobre todo que la proteja de la interferencia ilícita de otros.” (n.m. 123)

18. De hecho, en las *Leitsätze* (o resumen de doctrina) que acompañan a la sentencia, el tribunal afirma literalmente que “El legislador puede también expresar la desaprobación legal del aborto exigida por la Constitución de formas distintas a la amenaza de castigo. Lo decisivo es si el conjunto de las medidas que sirven para proteger la vida prenatal garantiza una protección efectiva, que se corresponda con la importancia del interés jurídico que debe salvaguardarse”.

19. También Dreier destaca que las dos sentencias sobre el aborto son “excepcionales, desde cualquier punto de vista”, y que la prohibición de infraprotección que el Tribunal Constitucional desarrolló en la segunda —a la que enseguida me referiré en el texto— no ha sido utilizada después a salvo de algunas menciones muy aisladas (Dreier, 2013, p. 115).

20. El voto particular de los magistrados Rupp-v. Brünneck y Simon describe la situación, y habla de cifras de entre 75.000 y hasta 400.000 abortos ilegales practicados cada año, frente a menos de 200 condenas anuales.

21. Sólo cuando resultara “evidente” que el Estado había incumplido el deber de protección podía declararse inconstitucional la protección insuficiente, que requería que las medidas de protección fueran “totalmente inadecuados o completamente insuficientes” (*gänzlich ungeeignet oder völlig unzulänglich*), así por ej. en las Sentencias del TC alemán de 29 de octubre 1987 (BVerfGE 77, 170 - *Lagerung chemischer Waffen*), 14 de enero de 1981 (BVerfGE 56, 54 - *Fluglärm*), o 30 de noviembre de 1988 (BVerfGE 79, 174 - *Straßenverkehrslärm*)

22. La sentencia cita en este punto expresamente el trabajo de Isensee: *Handbuch des Staatsrechts*, Band V, 1992, § 111 Rdnrn. 165 f., aunque algún otro autor había ya introducido el concepto: Canaris, 1984: 228.

23. Cfr. Hassemer, 2012: 40 y ss.

24. Cfr., críticos con lo que consideran un peligro para la subsistencia de la autonomía de la voluntad, Burkiczak, 2014: 139 y ss., y especialmente Dreier, 2024. Una valoración mucho más positiva de la labor interpretativa del Tribunal Constitucional sobre los derechos fundamentales (en general, no sólo los aspectos que en este trabajo están siendo objeto de consideración) en Bumke, 2019.

25. Quizá resulta interesante destacar que la conocida sentencia del Tribunal Constitucional alemán sobre el clima (de 24 de marzo de 2021, BVerfGE 157, 30), que declaró inconstitucional una parte de la Ley federal sobre el clima de 2019, no lo hace por considerar —como pedían los recurrentes— que el Estado vulnere su deber de protección al no adoptar medidas más intensas para disminuir las emisiones contaminantes. En este punto, recurrió al estándar desarrollado desde la década de 1970 para el control de los deberes de protección y estimó que las medidas adoptadas por Alemania “no son evidentemente inadecuadas” para lograr una contención de dichas emisiones. La razón de declarar inconstitucional una

parte de la ley se basó en considerar que existe una violación de los derechos fundamentales de libertad de las generaciones futuras porque las cantidades de emisiones permitidas hasta el 2030 reducen considerablemente las posibilidades de emisión que quedan para después de ese año, y, por tanto, prácticamente cualquier libertad protegida por los derechos fundamentales se verá en peligro en el futuro.

26. Además de los casos que menciono en el texto, el Tribunal Constitucional alemán aludió también a los deberes de protección en el caso *Gäfgen*, sentencia de 19 de febrero de 2008 (1 BVR 1807/07), un conocido caso de torturas a un detenido, al igual que también lo hizo el TEDH en su sentencia sobre este mismo caso (*Gäfgen c. Alemania*, de 1 de junio de 2010). No obstante, y puesto que es un caso en el que la agresión no proviene de un particular, sino del Estado, y hemos dejado este grupo expresamente fuera de consideración en este trabajo, no me detendré en él.

27. En detalle sobre los antecedentes, los problemas y la regulación actual de esta consecuencia jurídica del delito, cfr. Dessecker, 2004. Un resumen en castellano de la historia de la custodia de seguridad y del cambio que supuso la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 2004, así como la reforma legal del año 2013, en Rinceanu, 2014.

28. La Sentencia de 4-5-2011 (tras la STEDH M v Germany) ya no habla de *Schutzpflicht*, curiosamente (aunque la idea la mencionan algunas de las partes en sus alegaciones), sino que plantea el juicio de proporcionalidad —al que se refiere de manera reiterada— al modo tradicional desde la perspectiva del delincuente. Ello no obstante, contiene una discutible observación sobre la relación entre los derechos fundamentales de la víctima y del acusado a la que me referiré *infra*.

29. <https://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-zur-einf%C3%BChrung-der-nachtr%C3%A4glichen-sicherungsverwahrung-g-sig-15019381/96778>

30. <https://dip.bundestag.de/vorgang/gesetz-zur-einf%C3%BChrung-der-nachtr%C3%A4glichen-sicherungsverwahrung-bei-verurteilungen-nach-jugendstrafrecht/9472?f.deskriptor=Rohheitsdelikt&rows=25&pos=6>

31. Cfr. la descripción en Calliess, 2006:326 y ss., con referencias a la necesidad de encontrar un “equilibrio” entre los derechos de ambas partes enfrentadas.

32. La frase (que lleva incluso a las *Leitsätze*) es la siguiente: “Tomar en consideración el Convenio Europeo de Derechos Humanos no debe conducir a una restricción de la protección de que gozan los derechos fundamentales en virtud de la Ley Fundamental; esto lo excluye el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos (cf. art. 53 CEDH). Este obstáculo a la recepción de los derechos fundamentales puede resultar especialmente relevante en las relaciones multipolares de derechos fundamentales, en las que «más» libertad para un titular de derechos fundamentales significa también «menos» para el otro.”

33. De manera muy interesante habla Donini de un “garantismo tripolar”, pero en un sentido muy distinto al de los “*mehrpolygonen Grundrechtsverhältnissen*” al que nos acabamos de referir (Donini, 2020, pp. 281 y s.).

34. Por ejemplo, en García de la Torre García: “las circunstancias sociales han variado mucho desde que estos textos normativos [scil. constituciones y convenios de derechos humanos] promulgasen sus catálogos de derechos a medios del siglo pasado. El concepto clásico de “injerencia” (Eingriff) no sirve en las condiciones actuales de la vida en comunidad para explicar todas las afectaciones que pueden sufrir los titulares de Derechos Fundamentales” (2014: 86 y ss.).

35. También se ha utilizado, desde luego, el discurso de la necesidad de proteger los derechos fundamentales (y de reconocer un nuevo derecho fundamental a la seguridad) para justificar la intensificación de la represión a través del derecho penal en ámbitos como el terrorismo o en discursos xenófobos frente a la inmigración, así como, en la jurisprudencia sobre todo de la CIDH, frente a graves crímenes del Estado

o tolerados o amparados por este: me remito para ello al completo trabajo de Lazarus en este mismo número, con numerosas referencias, así como a la bibliografía citada *supra* (en el epígrafe 2.). Pero tampoco en estos ámbitos se trata en realidad, si se piensa, de “nuevos” riesgos, sino de nuevos temores frente a formas de criminalidad ya conocidas.

36. Como indica Kinzig, la evolución de las cifras de la delincuencia registrada grave y de la delincuencia sexual no mostraban en modo alguno una tendencia al alza, sino más bien lo contrario, en el momento en que se dictó la sentencia y en los años en que se fueron dictando las leyes que endurecieron progresivamente el régimen de la custodia de seguridad. Que tampoco se realizó ninguna evaluación de los condenados que habían salido en libertad sin que se les impusiera esta custodia de seguridad al no estar todavía prevista en la ley, y que incluso algunos datos apuntaban que respecto de quienes habían ido saliendo en libertad en años anteriores no constaba ninguna reincidencia (Kinzig, 2004, epígrafe II). También Rinceanu subraya que las sucesivas ampliaciones de la custodia de seguridad se debieron a la percepción subjetiva de inseguridad y a la presión de los medios de comunicación, y no a una criminalidad en aumento (2014, pp. 161 y 176, con ulteriores referencias).

37. Cfr. una panorámica en Gómez Fernández, 2021 (sobre la violencia de género) y García Ortiz, 2024 (sobre la violencia sexual).

38. Cfr. por ej., Larrauri, 2021, destacando que dentro del feminismo coexisten corrientes muy diversas al respecto, o las diversas contribuciones en Serra, Garaizábal y Macaya, 2021.

39. Lo que tiene a mi juicio, entre otros inconvenientes, el de que al poner el foco en la necesidad de tutela penal se presta mucha menos atención a otras medidas de protección, quizá más caras y más complicadas, pero seguramente más eficaces; he tratado de ejemplificarlo con el caso de la punición del acoso antiabortista en Martínez Garay, 2025.

40. Respectivamente, en sus SSTC 44/2023, de 9 de mayo, y 19/2023, de 22 de marzo.

41. Tomás-Valiente Lanuza, 2024: 995 y s.; más tibio Lascurain Sánchez, 2023.

42. Aludiendo expresamente a los deberes estatales de proteger la vida derivados de los convenios de derechos humanos, la STC 19/2023, FJ 6. D).

43. Y una situación parecida se da también en la STC 75/2024, que declara la constitucionalidad del nuevo delito de acoso antiabortista (art. 172 quater CP), cuando el tribunal se pronuncia sobre el régimen de perseguibilidad pública que para esta figura ha previsto el legislador (y que es distinto del que rige en otras modalidades de acoso, en las que se requiere denuncia de la víctima); cfr. sobre ello García Ortiz, 2025.

44. Nada de lo que afirmo debe interpretarse en el sentido de que me parezca inadecuado reconocer el derecho al aborto como derecho fundamental. Lo que discuto es que pueda hacerlo el tribunal constitucional si la constitución no lo menciona. Quien tiene capacidad para hacerlo es el poder constituyente reformando la ley fundamental, o el ejecutivo y el legislativo firmando y ratificando convenios en que dicho derecho se consagre (arts. 10.2 y 94 CE). Mientras tanto, por supuesto que es constitucionalmente *posible* (y, a mi juicio, conveniente y correcta) una legislación como la actualmente contenida en la LO 2/2010. Lo que no creo que pueda afirmarse es que sea constitucionalmente *obligada*.

45. Y de las medidas de seguridad como medio de prevención, pero al final estas son igualmente coactivas y pueden ser tan restrictivas de derechos y libertades, que se confunden en no pocas ocasiones fácilmente con las penas.

BIBLIOGRAFÍA

- Alfaro Águila-Real, Jesús (1993): «Autonomía privada y derechos fundamentales», *Anuario de derecho civil*, 46 (1), 57-122.
- Alonso Rimo, Alberto (2024): *El diálogo como derecho. Bases para la concepción y aplicación de un modelo extensivo de justicia restaurativa*, Madrid: Dykinson.
- Bilbao Ubillos, Juan María (2017): «La consolidación dogmática y jurisprudencial de la *Drittwirkung*: una visión de conjunto», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 21, 43-74.
- Borowski, Martin (2020): «La *Drittwirkung* ante el trasfondo de la transformación de los derechos morales en derechos fundamentales», *Revista Derecho del Estado*, 45, 3-27.
- Bumke, Christian (2019): «Die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik in der deutschen Staatsrechtslehre unter dem Grundgesetz», *Archiv des Öffentlichen Rechts*, 144 (1), 1-80.
- Burkiczak, Christian (2014): «Grundrechtswirkungen zwischen Privaten. Zur Drittwirkungs- und Schutzpflichtenrechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts», en: Y. Yvonne Becker, y F. Lange, *Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, Berlin: De Gruyter.
- Calliess, Christian (2006): «Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis», *Juristenzeitung*, 7/2006, 321-330.
- Canaris, Claus-Wilhelm (1984): «Grundrechte und Privatrecht», *Archiv für die civilistische Praxis*, 184, 201-246.
- Clérico, Laura (2010): «El examen de proporcionalidad: ente el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto», en: M. Carbonell y P. P. Grández Castro (coords.), *El principio de proporcionalidad en el Derecho contemporáneo*, Lima: Palestra editores, 115-156.
- Cuerda Arnau, María Luisa (2010): «Dogmática, derechos fundamentales y justicia penal: análisis de un conflicto», *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, 8, 121-140.
- Dessecker, Axel (2023): «Comentario a los §§ 66-66c StGB», en U. Kindhäuser, U. Neumann, Paeffgen, Hans-Ullrich, F. Saliger (Eds.), *Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch* (2), Baden-Baden: Nomos.
- Dickson, Brice (2020): «The limitations of a criminal law approach in a transitional justice context», en: L. Lavrysen y N. Mavronicola (eds.): *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford: Hart, 223-245.
- Díez Ripollés, José Luis (2005): «De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: Un debate desenfocado», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 07-01, 1-37.
- Doménech Pascual, Gabriel (2006a): *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, Madrid: CEPC.
- (2006b): «Los derechos fundamentales a la protección penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 27, 333-372.
- (2025): «Una teoría asimétrica de las obligaciones positivas de protección penal derivadas de los derechos fundamentales», *Teoría y Derecho*, en este mismo número.
- Donini, Massimo (2022): «Le due anime della riparazione come alternativa alla pena-castigo: riparazione prestazionale vs. riparazione interpersonale», *Cassazione Penale*, 6/2022, 2027-2042.
- Donini, Massimo (2020): «Pena agita e pena subita. Il modello del delitto riparato», en: Bondi et al (eds.), *Studi in onore di Lucio Monaco*, Urbino University Press, 265-287.
- Dreier, Horst (2013): «Vorbemerkungen vor Art. 1 GG», en El mismo (ed.), *Grundgesetz. Kommentar*, 3ª ed., vol. I, Mohr Siebeck, 42-53.
- Dreier, Horst (2024): «Grundrechtsexpansion – Zur Entwicklung der Grundrechte in 75 Jahren Grundgesetz», *Die Öffentliche Verwaltung*, 10, 413-425.
- García de la Torre García, Faustino (2024): *Las obligaciones estatales de tutela penal: Fundamentos constitucionales del derecho penal en el Estado democrático de derecho*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- García Magna, Deborah (2018): *La lógica de la seguridad en la gestión de la delincuencia*, Madrid etc.: Marcial Pons.

- García Ortiz, Andrea M. (2024): «Violencia sexual y obligaciones de tutela penal: una mirada antipunitivista», en: V. Cervelló Donderis y A. Colás Turégano (Dir.). *Salud mental y género: el debate entre el punitivismo y la despenalización*, Valencia: Tirant lo Blanch, 537-576.
- (2025): «La sentencia del Tribunal Constitucional 75/2024 y su impacto en la perseguibilidad semi-pública», *Revista General de Derecho Penal*, 43, 1-29.
- Gil Gil, Alicia (2011): «Las aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al Derecho penal Internacional. Coincidencias y diferencias con la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en: Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional. *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Konrad Adenauer Stiftung, 311-343.
- (2016): «Sobre la satisfacción de la víctima como fin de la pena», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 4, 1-40.
- Gil Gil, Alicia y Maculan, Elena (2019): «La Justicia penal en los escenarios posconflicto», *Revista UNIS-CI*, 51 (Ejemplar dedicado a: Homenaje a la Profesora Paloma García Picazo (In Memoriam)), 227-252.
- Gómez Fernández, Itziar (2021): «Volodina contra Rusia (i) y s. M. contra Croacia: la jurisprudencia incompleta del TEDH en materia de consentimiento, riesgo y violencias contra las mujeres», *IgualdadES*, 5, 311-348.
- Greco, Luís (2017): «Por que inexitem deveres absolutos de punir», *Católica Law Review*, 1(3), 115-126.
- Hassemer, Winfried (2012): «La constitucionalidad de los modelos de despenalización del aborto en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán», en S. Huerta Tocildo, y M. Pérez Manzano (dirs.). *Cuestiones actuales de la protección de la vida y la integridad física y moral*. Cizur Menor: UAM – Thomson Reuters Aranzadi, 22-43.
- Hesse, Konrad (1994): «Die verfassungsrechtliche Kontrolle der Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten des Gesetzgebers», en: Däubler-Gmelin, H. et al. *Gegenrede. Aufklärung – Kritik – Offenheit. Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz*, Baden-Baden: Nomos, 541-559.
- Isensee, Josef (1983): *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Berlin: Dunker & Humblot.
- (2011): «§ 191 A. Zwei Grundrechtsfunktionen im Koordinatensystem der Dogmatik», en: Isensee, J. y Kirchhof, P. (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren. 3ª ed.
- Jakobs, Günther (2003): «Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo», en: G. Jakobs y M. Cancio Meliá, *Derecho penal del enemigo*, Madrid: Thomson-Civitas.
- Kinzig, Jörg (2004): «Umfassender Schutz vor dem gefährlichen Straftäter? - Das Gesetz zur Einführung der nachträglichen Sicherungsverwahrung», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 2004(12), 655-660.
- Larrauri, Elena (2021): «La intervención penal para resolver un problema social», *Revista Argentina de teoría Jurídica (Universidad Torcuato Di Tella. Escuela de Derecho)*, 08, 24-45.
- Lascurain Sánchez, Juan Antonio (2023): «Jugando a las siete y media: el control constitucional de la ley penal», publicado en *Almacén de Derecho* el 22 de mayo de 2023 <<https://almacenederecho.org/jugando-a-las-siete-y-media-el-control-constitucional-de-la-ley-penal>> consultado por última vez el 1/1/2025).
- Lavrysen, Laurens y Mavronicola, Natasa (eds.). (2020) *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford etc.: Hart Publishing.
- Lazarus, Liora (2025): «El derecho a la seguridad en tiempos iliberales», *Teoría y Derecho*, en este mismo número.
- Martínez Garay, Lucía (2017): «¿Seguridad jurídica o seguridad de los bienes jurídicos? Sobre el nuevo papel de los derechos fundamentales en el discurso jurídico-penal». En Vives Antón / Cuerda Arnau / Górriz Royo (eds.), *Acción significativa, comisión por omisión y dogmática penal (dos seminarios)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 267-292.
- (2020): «Terrorismo, proporcionalidad, seguridad y derechos fundamentales», en J.L. González Cusac (Dir.) / J. León Alapont (Coord.), *Estudios Jurídicos en memoria de la Profesora Doctora Elena Górriz Royo*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 513-531.

- (2025): «Los derechos fundamentales a protección penal como excusa para la inacción: el ejemplo del aborto y del acoso antiabortista», en A. Llabrés Fuster et al (coords.), *Estudios Penales en homenaje al Profesor Juan Carlos Carbonell Mateu*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Maultzsch, Felix (2012): «Die Konstitutionalisierung des Privatrechts als Entwicklungsprozess – Vergleichende Betrachtungen zum deutschen und amerikanischen Recht», *Juristenzeitung*, 21/2012, 1040-1050.
- Muñoz de Morales Romero, Marta (2020). *Derecho penal europeo*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pace, Alessandro (2015): «La función de seguridad en la legalidad constitucional», *Revista de Derecho Político*, 92, 13-26.
- Pastor, Daniel. R. (2011): «La ideología penal de ciertos pronunciamientos de los órganos del sistema interamericano de derechos humanos: ¿Garantías para el imputado, para la víctima o para el aparato represivo del Estado?», en: Grupo Latinoamericano de Estudios sobre Derecho Penal Internacional, *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*. Konrad Adenauer Stiftung, 491-516.
- Persak, Nina (2020): «Positive Obligations in View of the Principle of Criminal Law as a Last Resort», en L. Lavrysen y N. Mavronicola (eds.): *Coercive Human Rights. Positive Duties to Mobilise the Criminal Law under the ECHR*, Oxford: Hart, 141-159.
- Rinceanu, Johanna (2014): «El futuro de la custodia de seguridad en Alemania», en L. A. Arroyo Zapatero (coord.), *Securitarismo y derecho penal: por un derecho penal humanista*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha: Tirant lo Blanch, 159-176.
- Roxin, Claus y Greco, Luis (2020): *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I: Die Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München: Beck.
- Serra, Clara; Garaizábal, Cristina y Macaya, Laura (coords.) (2021): *Alianzas rebeldes: un feminismo más allá de la identidad*, Manresa: Bellaterra.
- Silva Sánchez, Jesús María (2008): «Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la «lucha contra la impunidad» y del «derecho de la víctima al castigo del autor»», *Derecho Penal y Criminología (Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas)*, 29 (86-87: Ejemplar dedicado a: Memorias. XXX Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Treinta años de evolución del derecho penal), 149-171.
- Stern, Klaus (2011): «§ 185 C. Systembildende Elemente der Freiheitsgrundrechte», en: J. Isensee y P. Kirchhof (eds.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren. 3ª ed.
- Störing, Lars P. (2008): *Das Untermaßverbot in der Diskussion. Untersuchung einer umstrittenen Rechtsfigur*. Berlin: Dunker & Humblot.
- Tomás-Valiente Lanuza, Carmen (2016): «Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 3, 1-73.
- (2021): «El interés de la víctima en el castigo del autor (acción penal, ejecución de la pena, indulto)», *Revista General de Derecho Penal*, 35, 1-47.
- (2024): «El derecho a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos: breves reflexiones sobre la STC 19/2023», en M. Gómez Tomillo et al (coords.), *“Liber amicorum” en homenaje a la profesora Mercedes Alonso Álamo*, Ediciones Universidad de Valladolid, 991-1000.
- Tulkens, Françoise (2011): «The paradoxical relationship between Criminal Law and Human Rights», *Journal of International Criminal Justice*, 9 (3), 577-596.
- Viganó, Francesco (2014): «La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales», *Política criminal*, 9 (8), 428-476.

