

Deberes positivos del Estado y Derecho penal en la jurisprudencia del TEDH

Carmen Tomás-Valiente Lanuza

Universitat de les Illes Balears

*Abstract**

Como parte de su vastísima jurisprudencia sobre las obligaciones positivas del Estado, que imponen a este garantizar a sus ciudadanos el disfrute efectivo de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, desde hace años el Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene desarrollando una serie de deberes estatales referidos al ejercicio del ius puniendi, contruidos no desde la tradicional óptica de la garantía de los derechos del reo, sino desde la protección debida a las potenciales o actuales víctimas del delito: deberes de criminalización de las violaciones más graves de los derechos convencionales, de investigación y enjuiciamiento y de su sanción efectiva con penas suficientes, a los que se une, en un plano diferente, el deber de prevención y evitación fáctica de delitos. El trabajo da cuenta de esta doctrina y pone de relieve sus ambigüedades y riesgos, así como su en algunos extremos difícil compatibilidad con la jurisprudencia del TC español.

Als ein Teil seiner sehr umfassenden Rechtsprechung über positive Staatspflichten, die dem Staat dazu verpflichten, seinen Bürgern einen effektiven Schutz der im Europäischen Vertrag für Menschenrechte anerkannten Rechte zu gewähren, hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte seit Jahren eine Reihe von staatlichen Schutzpflichten in Beziehung auf den ius puniendi entwickelt, die nicht von der gewöhnlichen Perspektive der Garantie der Rechte des Angeklagten aus konstruiert sind, sondern auf der des angemessenen Schutzes der aktuellen oder potentiellen Opfern der Straftat aufbauen: Pflichte zur Kriminalisierung der schwersten Menschenrechtsverletzungen, zu ihrer Aufklärung, Verurteilung, und effektive Bestrafung mit angemessenen Strafen, und auch – auf einer anderen Ebene – die Pflicht zur Vorbeugung und faktischer Verhinderung von Straftaten. Die vorliegende Arbeit berichtet über diese Lehre, hebt ihre Mehrdeutigkeit und ihre Gefahren hervor, sowie unterstreicht, wie sie in einigen Punkten schwer mit der Rechtsprechung des spanischen Verfassungsgerichts in Einklang zu bringen ist.

In the context of its wide doctrine on positive obligations, which impose on the state a duty to guarantee its citizens the effective enjoyment of their rights as recognized by the European Convention of Human Rights, the European Court of Human Rights endorses a range of state obligations regarding the exercise of the its punitive power, which depart from the usual perspective of the rights of the accused and focus instead on the protection due to the actual or potential victims of crime: duties of criminalization of the most serious offences against conventional rights, duties of investigation and trial, and duties to impose effective and sufficient punishments, as well as a state duty to prevent crime. This paper aims at explaining this doctrine, bringing into light its ambiguities and risks, as well as its (at least in some issues) difficult coexistence with the Spanish Constitutional Court's jurisprudence.

* Parte de la investigación para este trabajo se realizó durante una estancia en el Instituto de Criminología de la Universidad de Cambridge financiada con fondos del Proyecto I+D *Ejecución de penas y medidas de seguridad. Tendencias político-criminales en las nuevas reformas penales*, DER2013-47859R, del Ministerio de Educación. Por otra parte, algunas ideas relativas al indulto se han beneficiado de mi asistencia, en tanto miembro del equipo investigador, a seminarios financiados por el Proyecto I+D *Indulto y derecho de gracia: teoría y práctica. Un estudio multidisciplinar* (DER2013-45562-P), también del Ministerio de Educación. El trabajo debe mucho a la generosidad e inteligencia de Lucía Martínez Garay, que no solo me puso sobre la pista de la jurisprudencia del TEDH que constituye su objeto, sino que ha contribuido a mejorar el resultado final con sus sugerencias y comentarios.

Titel: Positive Staatspflichten und Strafrecht in der Rechtsprechung vom Europäische Gerichtshof für Menschenrechte.

Title: Positive State Duties and Criminal Law in the European Court of Human Rights' Jurisprudence.

Palabras clave: deberes estatales positivos, deber de protección, evitación de delitos, derechos de las víctimas,

Stichworte: positive Staatspflichten, Schutzzpflicht, Verhinderung von Straftaten, Opfernrechte.

Keywords: positive state duties, duty to protect, prevention of crime, victim's rights

Sumario

1. Introducción. El deber estatal de protección frente al delito, una vieja cuestión
2. El contexto de las obligaciones estatales en materia penal: la doctrina del TEDH sobre los deberes positivos de protección
3. Deberes positivos del Estado relativos al ejercicio del *ius puniendi*: criminalización, investigación, celebración del proceso, sanción suficiente y ejecución de la pena
 - 3.1. Deberes de criminalización y previsión legal de una pena suficiente
 - 3.2. Deberes de investigación
 - 3.3. Deberes relativos a la celebración del proceso. Obstáculos procesales y prescripción
 - a) Obstáculos procesales
 - b) La cuestión de la prescripción del delito
 - 3.4. Deberes de sancionar suficientemente: el control sobre la calificación y sobre el *quantum* de la pena impuesta
 - 3.5. Deberes de ejecución de la pena
4. Algunas consideraciones
 - 4.1. El verdadero trasfondo de estas obligaciones positivas: ¿prevención general, derechos de la víctima del delito?
 - 4.2. Algunos riesgos e inconsistencias de la construcción
 - 4.3. La compleja relación entre la jurisprudencia del TEDH y la del TC español
 - a) Rasgos generales de la doctrina del TC
 - b) ¿Contradicción en el ámbito de los amparos contra resoluciones absolutorias de delitos contra el honor?
 - c) Cuestiones abiertas
5. El deber estatal de evitar delitos
 - 5.1. El deber de evitar delitos graves previsibles contra personas concretas: el *test Osman*
 - 5.2. El deber de protección de la sociedad
 - 5.3. Algunas consideraciones
6. Conclusiones
7. Tabla de jurisprudencia citada
8. Bibliografía

1. Introducción. El deber estatal de protección frente al delito, una vieja cuestión

Desde hace ya no pocos años, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) viene construyendo un nutrido cuerpo jurisprudencial en torno a ciertas exigencias que la intervención punitiva estatal ha de satisfacer respecto de la previsión normativa, investigación, sanción y evitación de comportamientos gravemente lesivos de derechos individuales reconocidos en el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (BOE núm. 243, de 10.10.1979, en adelante CEDH). Una jurisprudencia –conformada, conviene recalcarlo ya en este momento, desde la perspectiva de la eventual vulneración por el Estado de derechos de la *víctima* del delito, y no, como es habitual en la tarea de control del *ius puniendi* estatal ejercida a nivel constitucional, desde la de eventuales excesos sancionadores lesivos de garantías reconocidas al reo– que me atrevo a calificar de poco conocida (al menos en parte) por la doctrina penal española, y en la que sin embargo anidan numerosas ideas cuyos potenciales efectos sobre el sistema jurídico-penal y procesal merece la pena destacar¹. Dar cuenta de esta construcción del Tribunal de Estrasburgo y sugerir cuando menos algunas de sus muchas implicaciones –no se olvide que se trata de jurisprudencia determinante del sentido de un Convenio de valor constitucional en nuestro sistema *ex art. 10.2 CE*, y dotada de valor informador de la interpretación de la propia Carta Magna – constituirá el objeto principal de este trabajo.

La doctrina que nos ocupa se inserta, como enseguida se verá, en el marco de una construcción de largo alcance y amplio desarrollo en la jurisprudencia del TEDH: la asignación al Estado de múltiples deberes positivos orientados a la garantía efectiva de los derechos convencionales de los ciudadanos, de los que la protección penal constituiría tan solo una parte. Con ello, en puridad, no hace el Tribunal sino asumir una idea (la atribución al Estado de la función de proteger o brindar *seguridad* a sus súbditos-ciudadanos frente a las agresiones de terceros) que no es, como puede suponerse, en absoluto novedosa. De hecho, la función protectora del Estado ha sido destacada con frecuencia como la razón de ser misma del pacto social, en el que los ciudadanos renuncian a la autoprotección propia del estado de naturaleza a cambio precisamente de recibirla del Estado; una idea central en HOBBS² pero presente también después en el pensamiento ilustrado, el primer liberalismo y el constitucionalismo europeo y norteamericano³.

La noción de “seguridad”, con todo, se caracteriza por su notable ambigüedad, y es utilizada también en sentidos que nada tienen que ver con esta acepción del Estado garante o protector. De hecho, tanto en el art. 17 de la Constitución de 1978 como en el propio art. 5 del CEDH (que consagran el derecho al binomio

¹ Conviene precisar, no obstante, que una de las varias manifestaciones de esta jurisprudencia –en concreto la relativa a los deberes de investigación, sobre todo en denuncias por delitos de tortura– sí ha sido objeto de estudio por nuestra doctrina e incluso expresamente incorporada a nuestro acervo constitucional por el TC (sobre ello, *infra* 4.3).

² Analiza con detalle la cuestión en el pensamiento de HOBBS y LOCKE, Klaus GÜNTHER, «Responsability to Protect and Preventive Justice», en ASHWORTH *et al.* (dirs.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, 2013, pp. 75 ss.

³ En este sentido, se advierte contra el (frecuente) error de identificar el liberalismo con una visión de los derechos fundamentales como meras armas de defensa frente al Estado, pues dicha dimensión habría siempre convivido con la asignación a este del deber de protegerlos (vid. especialmente, ISENSEE, *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, 1983, pp. 1-17).

“libertad y seguridad”) se concibe como derecho a no ser privado de libertad por el Estado de modo arbitrario y distinto al previamente previsto por la ley⁴.

La proyección de estas ideas sobre el Derecho penal ha sido, a su vez, múltiple. Por una parte, parece claro que (se haga explícito o no) la idea de que es tarea del Estado proteger a sus ciudadanos subyace a una concepción preventivo-general de la pena centrada en la evitación del delito (un aspecto que por cierto se trasluce en la jurisprudencia del TEDH que vamos a analizar). Por otro lado, el argumento puede sin duda utilizarse como fundamento mismo de las medidas de seguridad⁵, por no hablar ahora de su uso con frecuencia tergiversador en el discurso mediático y político como base desde la que reclamar y legitimar, respectivamente, medidas penales de diversa naturaleza de corte asegurativo como las que desde hace años se vienen expandiendo en el Derecho penal (el Estado no solo puede sino que debe protegernos —a “nosotros” — frente a “ellos” — los criminalmente peligrosos —)⁶.

Por otra parte, el deber de protección y la obligación estatal de evitar delitos constituyen el *prius* de cuyo incumplimiento se ha extraído, en aplicaciones más concretas, consecuencias muy diversas. Así, por ejemplo, la doctrina dominante en Alemania se sirve explícitamente de esta argumentación para fundamentar la asignación de una posición de garantía a los agentes policiales que permite imputar una responsabilidad en comisión por omisión por la no evitación de delitos⁷; entre nosotros se ha recurrido también de modo explícito a esta construcción para argumentar la existencia de un derecho de la víctima a obtener una condena cuando se ha cometido un delito contra un derecho fundamental, con las consecuencias que de ello se derivan para la tarea de la jurisdicción constitucional⁸; o, por citar ya un último ejemplo, en su día el Consejo de Europa basaba el deber estatal de prever compensaciones económicas para las víctimas de delitos violentos, entre otros argumentos, en la idea de que el Estado habría fallado en el desempeño de su cometido de protegerlas frente al delito⁹.

Pues bien, es en este marco en el que se inserta la doctrina del TEDH objeto de este trabajo, que desarrolla la construcción de los deberes positivos del Estado —de proteger y garantizar la efectividad de los derechos convencionales— en relación con diversos aspectos del ejercicio del *ius puniendi* y con algunos otros cometidos estatales (como la evitación de delitos) muy directamente relacionados con él. Tras una contextualización de la construcción en el marco general de los llamados deberes positivos de protección (*infra* 2), estudiaremos en primer lugar el contenido de este vastísimo cuerpo jurisprudencial en lo que al ejercicio del poder punitivo se refiere (epígrafe 3), lo que requiere diferenciar entre deberes de criminalización y de previsión de penas suficientes (3.1), deberes de investigación (3.2), deberes de celebración del proceso (3.3), deberes de imposición

⁴ De tal modo que lo que se consagra es “el derecho a la seguridad en la libertad” (LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Comentario al art. 17», en CASAS BAAMONDE/RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, 2008, p. 370).

⁵ Así, aunque en un plano muy general, por ejemplo FRISCH, «Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal», *InDret*, (3), pp. 21-23.

⁶ Sobre ello más detalladamente *infra* 5.3.

⁷ Referencias concretas a dicha doctrina *infra* 5.

⁸ DOMÉNECH PASCUAL, «Los derechos fundamentales a la protección penal», *REDC*, (78), 2006, pp. 333-343. Volveremos sobre su postura *infra* 4.

⁹ Council of Europe, «Explanatory Report on the European Convention on the Compensation of Victims of Violent Crime», ETS No. 116, 1983, § 9.

de sanciones suficientes (3.4) y deberes de ejecución de las penas (3.5). Una vez realizadas (en el epígrafe 4) una serie de observaciones sobre el verdadero trasfondo de este vasto grupo de obligaciones (4.1), las dificultades que suscita (4.2) y su compleja convivencia al menos en algunos extremos con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español (4.3), se acometerá de modo claramente diferenciado (en el epígrafe 5) el análisis de otra serie de deberes estatales – la evitación fáctica de delitos – objeto de notable expansión en los últimos años, en los que el Tribunal de Estrasburgo ha venido ampliándolos desde un inicial deber estatal de evitar delitos graves contra personas identificables (5.1) a un difuso y mucho más discutible deber de protección de la sociedad (5.2), expansión a la que se formularán una serie de observaciones críticas (5.3).

Comencemos, pues, por contextualizar toda esta construcción en el marco de los llamados deberes positivos de protección.

2. El contexto de las obligaciones estatales en materia penal: la doctrina del TEDH sobre los deberes positivos de protección

Constituye hoy una idea ampliamente aceptada que la verdadera y efectiva garantía de los derechos de los ciudadanos no se conforma con su consideración usualmente denominada “clásica” o “liberal” como instrumentos de defensa *frente* al Estado (al que imponen un deber de abstención), sino que se completa con una segunda dimensión más exigente, según la cual obligan simultáneamente a aquel a emprender determinadas actuaciones positivas destinadas a preservarlos – de tal manera que los derechos deben ser necesariamente protegidos *por* el Estado – y, al menos según algunas construcciones, a favorecer su ejercicio real e igualitario. De alguna manera, el progresivo asentamiento de esta idea va ligado al del propio Estado democrático: en palabras de un monografista, en una auténtica democracia “las violaciones de los derechos humanos por el Estado son la excepción y no la regla, y por lo tanto ha llegado el momento de revertir la perspectiva desde la que se hace el discurso de los derechos humanos, esto es, la visión liberal clásica de la no interferencia estatal (obligación negativa)”¹⁰. En cierto modo, se dice a veces, estos deberes constituirían la contrapartida del poder reconocido al Estado sobre su territorio, esto es, de su propia soberanía¹¹.

La amplísima noción de los deberes estatales positivos se ha desarrollado en muy variados ámbitos y con muy distintos alcances. Así, por ejemplo, es en este contexto en el que nace la teorización de los derechos económicos y sociales, basada en una concepción de la libertad no como mera ausencia de interferencia estatal sino como posibilidad real de disfrute y ejercicio de los derechos, que solo se satisface con la cobertura de unos estándares básicos de bienestar¹². Y en un ámbito muy distinto es también intensamente debatida,

¹⁰ XENOS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, 2012, p. 2.

¹¹ GLANVILLE, «The Antecedents of ‘Sovereignty as Responsibility’», *EJIR*, (17 - 2), 2010, pp. 233 ss.

¹² Así, por ejemplo FREDMAN, *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, 2008, especialmente el capítulo «Human Rights Values Refashioned: Liberty, Equality and Solidarity», en el que además de su propia propuesta repasa la autora las construcciones al respecto de autores como SEN, NUSSBAUM o, con un alcance más limitado, RAWLS.

Distingue entre deberes de protección en sentido estricto – relativos a los derechos de “primera generación” cuyo respeto debe el Estado garantizar frente a intromisiones de terceros –, y derechos económicos y sociales, Dieter GRIMM, «The Protective Function of the State», en NOLTE (ed.), *European and US Constitutionalism*, 2005, pp. 145-6.

por ejemplo, la existencia de un deber de los Estados de intervenir incluso extraterritorialmente para proteger a poblaciones civiles de violaciones masivas de sus derechos más elementales¹³. Se considera superada, en cualquier caso, la distinción según la cual los derechos civiles y políticos requerirían la no interferencia estatal, mientras que los económicos, sociales y culturales implicarían prestaciones positivas: la garantía de los primeros también exigiría del Estado actuaciones de esta segunda índole.

Esta asignación al aparato estatal de un papel protector y hasta cierto punto propulsor de los derechos humanos ha sido especialmente desarrollada en el Derecho Internacional relativo a estos últimos; un repaso a la actividad de organismos internacionales como el Comité de Derechos Humanos, encargado de velar por el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (BOE núm. 103, de 30.4.1977); el Comité competente respecto de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres de 1979 (habitualmente mencionada como CEDAW, sus siglas en inglés), que puede conocer de reclamaciones de particulares de Estados que se hayan adherido al Protocolo Facultativo de 1999; o, muy especialmente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH) competente respecto de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, permite constatarlo con facilidad¹⁴.

El TEDH, por su parte, participa decididamente de esta concepción en lo que se refiere a los derechos reconocidos por el CEDH. La idea en modo alguno se restringe tan solo al desarrollo interpretativo de obligaciones positivas ya expresamente establecidas en el texto del Convenio respecto de algunos derechos concretos que *per se* requieren ya de algún tipo de actuación estatal (por ejemplo, art. 5.2 y 3 – obligación de informar de los motivos de la detención y derecho a ser puesto a disposición de la autoridad judicial y a ser juzgado en un plazo razonable, respectivamente – o art. 6 – diversos derechos relacionados con el proceso equitativo –); reviste un alcance muchísimo mayor, pues de lo que se trata es de entender que cualquier derecho convencional obliga al Estado a emprender las actuaciones razonablemente exigibles para protegerlo – ya sea con carácter general o frente a comportamientos de otros ciudadanos, que es lo que aquí más va a interesarnos – y garantizar su efectividad¹⁵. A partir de esta premisa, una

Especialmente influyente en la doctrina a este respecto es la clasificación de ALEXY, que propone un concepto amplio de derechos subjetivos a prestaciones, comprensivo de derechos a protección, derechos a organización y procedimiento y derechos a prestaciones en sentido estricto (las de tipo fáctico traducibles en dinero y bienes) – *Teoría de los derechos fundamentales*, 1993, pp. 427 ss. –.

¹³ Un tema (la denominada *responsability to protect*) sobre el que se escribe profusamente en los últimos años en la doctrina internacionista. Vid. p. ej. SÁNCHEZ PATRÓN, «La responsabilidad de proteger: ¿hacia una mejor protección de los derechos humanos?» en SOROETA LICERAS (ed.), *La eficacia del Derecho Internacional de los derechos humanos. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, t. XI, 2011, *passim*, en el que se examina el verdadero alcance del compromiso en este sentido asumido en el Documento Final de la Cumbre Mundial de 2005.

¹⁴ Vid. SHELTON/GOULD, «Positive and Negative Obligations», en SHELTON (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, 2013, *passim*, o la revisión centrada en violencia de género realizada por JILL MARSHALL, «Positive Obligations and Gender-based Violence: Judicial Developments», *Int. Comm. L. Rev.*, (10), 2008, *passim*. Respecto de la actividad de la CIDH, entre otros muchos, GONZÁLEZ MORALES, *Sistema interamericano de derechos humanos*, 2013, especialmente pp. 263 ss.; o VIGANÒ, «La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales», *Política Criminal*, (9 – 18), 2014, pp. 438-443.

¹⁵ Se ha señalado con frecuencia, en este sentido, que los deberes estatales de protección (cuyo incumplimiento permite condenar a un Estado, única posibilidad al alcance del TEDH) constituyen la vía para someter al Tribunal conflictos entre particulares. Sobre ello, XENOS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, 2012, pp. 28 ss.

muy amplia jurisprudencia del Tribunal ha ido configurando una enorme cantidad de obligaciones para los Estados, que va extendiéndose, de modo marcadamente casuístico, hasta alcanzar todas las ramas del ordenamiento jurídico: civil, administrativo, procesal, laboral o, en lo que aquí nos interesa, penal¹⁶. Por otra parte, si ello se combina con el hecho de que bajo el sistema de recursos previsto por el CEDH cualquier ciudadano que no haya obtenido en el orden jurisdiccional estatal un “remedio efectivo” a la vulneración de sus derechos puede demandar al Estado ante el Tribunal de Estrasburgo, no hay duda de que el abanico de actividad estatal que queda abierto a revisión es inmenso¹⁷; la jurisprudencia del TEDH constituiría en este sentido un inmejorable ejemplo del fenómeno de la expansión máxima de los derechos constitucionales (en este caso, convencionales)¹⁸.

Tratándose de una construcción jurisprudencial de tan amplio calado, la fundamentación en el texto del Convenio sobre la que toda ella se asienta sorprende por lo escueto: en las sentencias que se preocupan de explicitarla (que en modo alguno son la mayoría), apenas si se menciona el art. 1, cuyo alcance, en todo caso, no es desarrollado con detalle¹⁹. La idea esgrimida por el Tribunal se construye sobre un entendimiento marcadamente teleológico del Convenio: el reconocimiento de los derechos del Título I a toda persona bajo su jurisdicción a que los Estados Contratantes se comprometen en su artículo primero ha de ser, para no quedar vacío de contenido, *efectivo*; y dicha exigencia de efectividad de los derechos requiere, como un elemento inherente, que los propios Estados se impliquen activamente en su protección —en especial, aunque como se ha dicho no solo, frente a los ataques provenientes de otros ciudadanos—²⁰.

¹⁶ Esta evolución corre paralela a (y con toda probabilidad se ha visto influida por) la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán, que —a partir inicialmente de la conocida concepción dual de los derechos fundamentales (asumida también por nuestro TC) no solo como derechos subjetivos sino como “principios o valores objetivos” informadores de todo el ordenamiento— ha ido asignando al Estado una serie de obligaciones positivas destinadas a garantizarlos. Un repaso a las bases y evolución de la construcción del *Bundesverfassungsgericht* ofrece (de modo breve pero útil) Dieter GRIMM, en NOLTE (ed.), *European and US Constitutionalism*, 2005, pp. 144 ss.; o, más ampliamente y con numerosas referencias bibliográficas al estado de la cuestión de los deberes de protección en la doctrina constitucional alemana, CALLIESS, «Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis», *JZ*, 2006, pp. 321-325; igualmente, desde una perspectiva muy crítica, BÖCKENFÖRDE, «Grundrechte als Grundsatznormen», en EL MISMO, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1992, pp. 159-175. Destaca la progresiva evolución de la jurisprudencia del *Bundesverfassungsgericht* en la línea de hacer corresponder estos deberes con derechos subjetivos a exigir su cumplimiento, DOMÉNECH PASCUAL, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, 2006, p. 81.

¹⁷ Insiste especialmente en ello, y en el grado de participación que de este modo se traslada a los ciudadanos, XENOS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, 2012, pp. 3, 4, 18-19, 204-205.

¹⁸ ALEXY, «Sobre los derechos constitucionales a protección», en EL MISMO, *Derechos sociales y ponderación*, 2ª ed., 2009, p. 47. A esta progresiva ampliación de los márgenes de actuación del TEDH en este campo contribuye también su propia configuración expansiva de algunos derechos convencionales, como en el caso, paradigmático a este respecto, de la prohibición de tortura y penas o tratos inhumanos o degradantes del art. 3, o el del respeto a la vida privada y familiar del art. 8 CEDH.

¹⁹ Art. 1 CEDH: “Las Altas Partes Contratantes reconocen a toda persona bajo su jurisdicción los derechos y libertades definidos en el Título I del presente Convenio”.

²⁰ Se ha señalado, con razón, que la literalidad de la versión inglesa del Convenio (según la cual los Estados *shall secure* los derechos convencionales) favorece mejor esta interpretación que la (menos intensa) terminología de la versión francesa (*reconnaître*).

Sobre el papel básico desempeñado por la doctrina de la efectividad como fundamento de los deberes positivos, en un tono más bien crítico, MERRILLS, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, 1993,

Esta actuación del Tribunal no se ha visto por supuesto exenta de críticas, que no difieren demasiado de las que ha tenido que enfrentar la noción misma de los deberes positivos con carácter general, especialmente respecto al reconocimiento del amplio margen de “creación” jurisdiccional que les es inherente. Aunque a menudo se formulan conjuntamente, pueden identificarse dos clases de objeciones en este contexto (que podríamos denominar originalista y democrática). Dejaremos la segunda para más adelante (*infra* 5.2) y nos referiremos, siquiera brevemente, a la primera.

Desde una perspectiva originalista de la interpretación constitucional se ha acusado a la Corte de Estrasburgo de incurrir en una clara desviación de las intenciones de los redactores del Convenio, que (siempre según esta visión) se habrían limitado a pergeñar un texto en clave negativa, a modo de barrera impeditiva de nuevos regímenes totalitarios (invasores de los derechos individuales más elementales) como los que acababan de padecerse en Europa; ni en la concepción original del Convenio, ni en las intenciones de los Estados en el momento de prestar su adhesión, podría identificarse voluntad alguna de asumir deberes positivos como los que el Tribunal ha ido construyendo²¹. Esta visión cerrada y estática de la interpretación constitucional –que como se sabe sí ha tenido su importancia, por ejemplo, en las fases más conservadoras del Tribunal Supremo estadounidense, que de hecho la aplicó de modo explícito en varias conocidas sentencias precisamente para negar el deber estatal de proteger la vida y la salud de sus ciudadanos frente a ataques de terceros– puede con todo considerarse claramente minoritaria; por lo que al TEDH respecta, este suele insistir en una concepción del Convenio como un instrumento abierto, dinámico y evolutivo, que ha de interpretarse de acuerdo con las circunstancias y valores asentados en el momento en que ha de ser aplicado²².

pp. 98 ss., 119 ss. En su momento realizaba el autor una llamada a la cautela a la vista del potencial expansivo de la construcción, potencial que desde luego, como veremos, el tiempo se ha encargado de confirmar.

²¹ La objeción ha sido formulada por ejemplo (y no por casualidad) por autores británicos reacios a la influencia de la jurisprudencia del TEDH sobre su legislación interna –así, por Lord HOFFMANN, «Human Rights and the House of Lords», *MLR*, (62 - 2), 1999–. Al margen de las críticas a las que pueda hacerse acreedor el originalismo *per se*, lo cierto es que la exégesis de los Trabajos Preparatorios realizada por algunos autores pone en duda que esta concepción limitada del alcance del Convenio fuera unánime entre sus redactores; más bien parece deducirse que esta visión convivía con otra más favorable a hacerlo servir como instrumento dinámico que habría de ser interpretado de acuerdo con el momento de su aplicación (vid. NICOL, «Original Intent and the European Convention on Human Rights», *Pub. L.*, 2005, pp. 152 ss.).

²² La idea de la Convención como un “instrumento vivo” mencionada en tantas sentencias. Se refiere expresamente a esta concepción interpretativa como base de los deberes positivos el Juez del TEDH HAJIYEV, «The Evolution of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights - by the European Court of Human Rights», en VV.AA, *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant. Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, 2011, p. 208. Un repaso a su empleo por parte del Tribunal también en otros contextos, en MOWBRAY, «The creativity of the European Court of Human Rights», *HRLR*, (5), 2005, pp. 60-71. Una aplicación expresa de esta idea en el ámbito del ejercicio del *ius puniendi* del que se ocupa este trabajo puede encontrarse en *Sandra Jankovic c. Croacia*, de 5.3.2009, en cuyo § 47, tras exponerse los actos de violencia física cometidos por tres sujetos contra una mujer, se afirma que “el Tribunal considera que actos de violencia como los alegados por la demandante requieren que el Estado adopte medidas positivas adecuadas en la esfera de la protección a través del Derecho penal. En este sentido el Tribunal enfatiza que el Convenio es un instrumento vivo que debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales y que el estándar progresivamente alto que se requiere en el área de la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales se corresponde inevitablemente con una mayor firmeza en la evaluación de vulneraciones de los valores fundamentales de las sociedades democráticas”.

No puede dejar de mencionarse el vivo contraste entre la jurisprudencia del TEDH que vamos a analizar y la actitud del TS norteamericano, que incluso en casos muy llamativos – por ejemplo, de absoluta ineficacia y dejadez de los servicios sociales o policiales en la protección de niños o mujeres frente a la violencia doméstica y de género – viene rechazando la atribución al Estado de papel protector alguno. Resultan a este respecto muy conocidas las afirmaciones del conservador (y declaradamente originalista) Juez Renquish, que en una famosa sentencia de 1989 negaba que el deber estatal de protección pudiera deducirse ni del texto de la XIV Enmienda (la *Due Process Clause*) ni de la historia de su adopción: simplemente, la cláusula “expresa una limitación del poder estatal de actuar, no una garantía de ciertos niveles mínimos de *safety and security*”²³; afirmaciones muy similares – una concepción de los derechos en clave puramente negativa, como derechos de defensa frente al Estado – pueden encontrarse en numerosísimas sentencias de Tribunales de Circuito, y en otras del propio Tribunal Supremo como la muy conocida *Town of Castle Rock, Colorado v. Gonzales*²⁴. Se ha dado así lugar a una doctrina jurisprudencial que en lo que se nos alcanza cabe calificar como bastante uniforme, y que solo admite algunas excepciones a la ausencia de deberes estatales positivos de protección (excepciones cuya interpretación sí da lugar a mayores divergencias): los casos en que el sujeto cuyos derechos estén en peligro se encuentre en una “relación especial” con el Estado (donde el ejemplo más claro es el del interno penitenciario) y aquellos en los que el propio Estado haya generado o contribuido a generar dicho peligro²⁵.

Cabe por supuesto preguntarse, aunque profundizar en ello excedería el propósito de este trabajo, por las razones últimas subyacentes a esta resistencia a asignar al Estado deberes positivos de protección en el sistema norteamericano – que encuentra su paralelo en la escasa o nula asignación de deberes de socorro a los particulares, clásica en el sistema anglosajón y por tanto también identificable en el ordenamiento jurídico del Reino Unido²⁶ –, y en concreto a hacerlo en el nivel constitucional²⁷.

Críticas al margen, lo cierto es que nos encontramos ante una doctrina jurisprudencial totalmente asentada en el quehacer del Tribunal de Estrasburgo, que ha alcanzado también al ejercicio del *ius puniendi*, en relación al cual el Tribunal ha ido perfilando – en una suerte de progresión lógica a partir de la premisa esencial que asigna al Estado el deber de garantizar la efectividad de los derechos convencionales – varias clases de obligaciones estatales, a cuyo análisis dedicamos las páginas que siguen.

Antes de acometer dicho análisis, conviene resaltar la gran amplitud y variedad de obligaciones positivas asignadas al Estado: en modo alguno se reducen estas a la protección de los derechos frente a ataques de terceros. En el ámbito concreto de la protección de la vida (art. 2 CEDH), por ejemplo, el Tribunal ha insistido en numerosas ocasiones en que sobre el Estado pesa la obligación de intervenir (ya sea a través de una regulación apropiada, ya a través del control y la intervención fáctica) respecto de cualquier actividad, pública o privada, en la que aquella puede verse en peligro. De ahí que se haya apreciado responsabilidad de los Estados por no haber actuado con la debida diligencia en contextos tan diversos (por citar tan solo

²³ *DeShaney v. Winnebago County Dep't of Social Services*, 489 US 189 (1989), de 22.2.1989.

²⁴ 545 US 748 (2005), de 27.6.2005.

²⁵ Una visión muy completa (y crítica) de este complejo cuerpo jurisprudencial puede encontrarse en los documentados trabajos de OREN «The State's Failure to Protect Children and Substantive Due Process: *DeShaney* in Context», *NCL Rev.*, (68), 1990, pp. 659 ss.; «Safari into the Snake Pit: The State-Created Danger Doctrine», *Wm & Mary Bill Rts. J.*, (13), 2005, pp. 1165 ss.; y «Some Thoughts on The State-Created Danger Doctrine: *DeShaney* is Still Wrong and *Castle Rock* is More of the Same», *Temp. Polit. & Civ. Rights L. Rev.*, (16 - 1), 2006, pp. 47 ss.

²⁶ Vid. CORRECHER MIRA, «Aproximación a los delitos de omisión en el ámbito jurídico del *common law*», *RGDP*, (19), 2013.

²⁷ Sobre ello interesante MICHELMANN, quien rechaza por simplificadoras explicaciones de corte ideológico (USA perspectiva conservadora-Europa progresista): «The Protective Function of the State in the United States and Europe: the Constitutional Question», en NOLTE (ed.), *European and US Constitutionalism*, 2005, *passim*.

algunos ejemplos) como el mantenimiento de edificios²⁸; la seguridad de los escolares²⁹; la evitación de suicidios previsibles de personas que se encuentran bajo custodia (presos)³⁰ o bajo otro tipo de dominio estatal (soldados en servicio militar obligatorio³¹); la prevención de desastres naturales³² o de ataques producidos por animales³³; la regulación y control de industrias contaminantes (si bien a menudo este tipo de casos se analizan bajo el prisma del derecho al disfrute de la vivienda enmarcado junto al derecho a la vida privada y familiar en el art. 8 del Convenio)³⁴, y, en general, el control de los nuevos riesgos tecnológicos³⁵, etc.; y en esta misma línea, aunque no hayan dado lugar a ninguna condena, varias sentencias de los últimos años han valorado el alcance del deber positivo del Estado de proteger la vida en supuestos de decisiones médicas de retirar tratamientos a pacientes en condiciones extremas³⁶.

Por su parte, en el ámbito del muy extenso derecho del art. 8, por poner unos ejemplos muy distintos (que permitan dar una idea de la amplitud de esta jurisprudencia y del carácter creativo que a menudo la acompaña), el Tribunal ha considerado, por ejemplo, que su protección obliga a los Estados a prever salvaguardas procedimentales en la adopción de determinadas decisiones especialmente complejas que

²⁸ *Banel c. Lituania*, de 18.6.2013 (muerte de un niño a causa del desprendimiento de un balcón causado por un defectuoso mantenimiento del edificio).

²⁹ *İlbeyi Kemaloglu y Meriye Kemaloglu c. Turquía*, de 10.4.2012: la muerte de un niño de 7 años al intentar regresar solo a su casa durante una tormenta de nieve tras adelantarse el cierre de la escuela, al no haber comunicado las autoridades del colegio el cambio de horario al conductor del autobús escolar.

³⁰ *Keenan c. Reino Unido*, de 3.4.2001 (si bien se condena en concreto por infracción del art. 3), o *Shumkova c. Rusia*, de 14.2.2012. En cambio, no se condena en la reciente *Marro y otros c. Italia*, de 8.4.2014 (muerte por sobredosis en prisión): aunque se parte del deber estatal de proteger a un grupo vulnerable de personas, como son los presos toxicómanos, el mero hecho de que el individuo lograra tener acceso a las drogas no supone una automática responsabilidad del Estado si, como en este caso, existen y se aplican medidas –por mucho que no totalmente eficaces– destinadas a evitarlo (§§ 43-45). Más adelante veremos otros contextos en los que el Tribunal huye de una configuración objetiva de la responsabilidad estatal.

³¹ *Perevedentsevy c. Rusia*, de 24.4.2014.

³² *Budayeva y otros c. Rusia*, de 20.3.2008.

³³ *Berü c. Turquía*, de 11.1.2011 (no se condena por falta de previsibilidad del ataque).

³⁴ Entre otras muchas, *Guerra y otros c. Italia*, Gran Sala, de 19.2.1998, o *Fadeyeva c. Rusia*, de 9.6.2005.

³⁵ No por casualidad se ha afirmado que “los derechos a la protección estatal constituyen los derechos fundamentales típicos de la sociedad del riesgo en la cual se dice que vivimos” (DOMÉNECH PASCUAL, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, 2006, p. 30). Un repaso a las obligaciones positivas estatales en relación con la vida, los distintos contextos de riesgo en los que puede desencadenarse y su alcance en la jurisprudencia del TEDH realiza MCBRIDE, «Protecting Life: a Positive Obligation to Help», *Eur. L. Rev.*, (24), 1999, pp. 43 ss.

³⁶ Recientemente la interesante *Lambert c. Francia*, de 5.6.2015, Gran Sala. En el contexto sanitario, insiste a menudo el Tribunal en la obligación de los Estados de disponer de regulaciones de la actividad hospitalaria protectoras de la vida de los pacientes (vid. entre otras *Erikson c. Italia*, de 26.10.1999, o *Calvelli y Ciglio c. Italia*, de 12.1.2002, Gran Sala); en cuanto a la compleja cuestión del deber de ofrecer a los ciudadanos unos mínimos de atención sanitaria, más que en ese aspecto general (de muy complejo control jurisdiccional, vid. p. ej. *Nitecki c. Polonia*, de 21.3.2002, y sobre todo *Pentiacova y otros c. Moldavia*, de 11.1.2005), el Tribunal se ha centrado en la incompatibilidad con el Convenio derivada de que las autoridades pusieran en riesgo la vida del ciudadano al denegarle una atención médica que sí se proporciona a la población en general (vid. p. ej. *Chipre c. Turquía*, Gran Sala, de 10.5.2001, §§ 216-222).

puedan afectarlo (caso del aborto terapéutico)³⁷, o a regular de forma suficientemente clara las condiciones que lo limiten (suicidio asistido)³⁸.

Por otra parte, aunque en lo que sigue nos centraremos en la protección de los derechos frente a actuaciones *delictivas* de terceros, la obligación estatal se extiende por descontado también a actividades que no lo sean. Baste recordar, a título de ejemplo, la temprana condena a Austria por no haber protegido suficientemente la libertad de reunión del art. 11 al no impedir una contramanifestación que dificultaba el ejercicio de aquella³⁹; dos conocidas condenas a España relacionadas con el disfrute de la vivienda del art. 8, por no haber protegido el derecho ante las emanaciones de una depuradora y por haber tolerado un nivel de contaminación acústica que durante años excedía lo permitido por las propias ordenanzas municipales⁴⁰; otra condena a nuestro país por no haber tomado las medidas adecuadas para posibilitar el derecho a la vida familiar de una madre y su hijo retenido en el extranjero por su progenitor⁴¹; o la condena a Finlandia (también en relación con el art. 8) por no haberse llevado a efecto en un hospital las medidas de seguridad legalmente previstas en el Derecho interno con el fin de impedir accesos indebidos a la historia clínica informatizada (con independencia de que dichos accesos se hubieran producido efectivamente o no)⁴².

3. Deberes positivos del Estado relativos al ejercicio del ius puniendi: criminalización, investigación, celebración del proceso, sanción suficiente y ejecución de la pena

Como se anunciaba en la introducción al trabajo, la aplicación de toda esta construcción al ejercicio del poder punitivo del Estado afecta a los diversos estadios en los que este se concreta y a los distintos poderes estatales competentes en cada uno de ellos. Se establecen así deberes de criminalización y de previsión de penas suficientes (donde el obligado es el legislador: 3.1), deberes de investigación (que atañen a policía, jueces o Ministerio Fiscal encargados de la instrucción: 3.2), deberes de celebración del proceso (que pueden corresponder al aparato judicial pero también al legislador, en este último caso si la declaración de responsabilidad del Estado trae causas de

³⁷ Así, en *Tysiac c. Polonia*, de 20.3.2007, referida a una mujer a la que no se le permitió acceder a un aborto terapéutico (tras un largo periplo por médicos que sostenían diversas opiniones sobre la peligrosidad del embarazo), se estima que la decisión debería estar confiada a un organismo independiente que se pronunciara con celeridad, para evitar así el sufrimiento psicológico y la inseguridad padecida por la embarazada. En sentido similar, *P. y S. c. Polonia*, de 30.10.2012. Sobre deberes positivos en relación con la determinación de la paternidad puede verse p. ej. *Mikulic c. Croacia*, de 7.2.2002 (deber estatal de prever un cauce alternativo a las pruebas genéticas cuando el demandado se niegue a ellas, que permita la determinación de la paternidad en un plazo razonable).

³⁸ *Gross c. Suiza*, de 14.5.2013. Dicha sentencia ha quedado sin embargo sin efecto tras la emitida por la Gran Sala (sentencia de 30.9.2014), aunque no por motivos de fondo sino por haber sido dictada cuando la demandante ya había cometido suicidio (dato desconocido por el Tribunal en aquel momento).

³⁹ *Plattform Ärzte für das Leben c. Austria*, de 21.6.1988.

⁴⁰ *López Ostra c. España*, de 9.12.1994, y *Moreno Gómez c. España*, 16.11.2004, respectivamente. En el § 61 de esta última se insiste de modo especialmente gráfico en que "una regulación para proteger los derechos garantizados sería una medida ilusoria si no se cumple de forma constante y el Tribunal debe recordar que el Convenio trata de proteger los derechos efectivos y no ilusorios o teóricos".

⁴¹ *Iglesias Gil y A.U.I. c. España*, de 29.4.2003 (si bien en este caso podría hablarse de una retención constitutiva de delito por parte del padre).

⁴² *I. c. Finlandia*, de 17.7.2008. Panorámicas generales sobre esta jurisprudencia en torno a los deberes positivos pueden encontrarse, además de en la monografía ya citada de XENOS (*The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, 2012), en MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention of Human Rights by the European Court of Human Rights*, 2004; HAJIYEV, en VV.AA, *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant. Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, 2011, *passim*; DOMÉNECH PASCUAL, *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, 2006, pp. 87-97.

previsiones normativas que establecen obstáculos procesales inadmisibles: 3.3), deberes de imposición de sanciones suficientes (propios de los tribunales: 3.4) y deberes de ejecución de las penas (los cuales atañerían a los tribunales o, en los supuestos en que lo que se considera prohibido es la renuncia al ejercicio del poder punitivo a través del indulto, a los órganos encargados de la concesión de este último: 3.5)⁴³.

Aunque el TEDH no suele servirse de este concepto, toda esta construcción entronca directamente, como es obvio, con la noción de la *prohibición de infraprotección*; una idea que en la doctrina suele aplicarse con mayor frecuencia respecto de deficientes previsiones normativas, pero que también late en las sentencias del TEDH que aprecian responsabilidad de los Estados por no haber satisfecho correctamente el resto de los deberes que estudiaremos.

3.1. Deberes de criminalización y previsión legal de una pena suficiente⁴⁴

Como es sobradamente conocido, mucho antes de que el TEDH se pronunciase al respecto el Tribunal Constitucional alemán había sentado —en su primera sentencia sobre el aborto— la obligación del legislador de proteger penalmente derechos fundamentales y bienes jurídicos de relevancia constitucional (en aquel caso, la vida del *nasciturus*)⁴⁵. Con ello se dio lugar a un intenso debate —especialmente en las doctrina alemana e italiana de los años 80— sobre la admisibilidad de tales obligaciones de criminalización, en las que el papel de los derechos fundamentales mutaría desde su tradicional condición de barreras o límites al *ius puniendi* estatal (que no puede vulnerar los derechos de los ciudadanos en tanto potenciales o actuales *autores* de delitos) para pasar a convertirse en fundamento positivo obligado del mismo (donde la óptica es la de los derechos fundamentales de las potenciales o actuales *víctimas*)⁴⁶.

⁴³ Sobre la jurisprudencia del TEDH relativa a deberes positivos en el ámbito penal, con los límites temporales de las respectivas fechas de publicación, pueden consultarse, además de las monografías de XENOS (*The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, 2012) y MOWBRAY (*The Development of Positive Obligations under the European Convention of Human Rights by the European Court of Human Rights*, 2004), el completo trabajo de VIGANÒ, *Política Criminal*, (9 – 18), 2014, *passim*, así como CHENAL, «Obblighi di criminalizzazione tra sistema penale italiano e Corte Europea dei Diritti dell’Uomo», *Legislazione Penale*, (26), 2006, pp. 171 ss.; EMERSON *et al.*, *Human Rights and Criminal Justice*, 3ª ed., 2012, especialmente capítulo 19, nm. 19-01 a 19-111; mucho más brevemente, ASHWORTH, *Positive Obligations in Criminal Law*, 2013, pp. 196-211.

⁴⁴ Dejamos fuera de consideración aquí los deberes de criminalización de origen supranacional resultantes de la suscripción por el Estado de convenios multilaterales (en el seno de la ONU, Consejo de Europa, etc.), o derivados de su pertenencia a entidades como la Unión Europea. En cualquier caso, al menos en los primeros se aprecia una relevante diferencia con respecto a los que aquí nos ocupan, pues mientras que aquellos son expresamente asumidos —a través del correspondiente mecanismo de ratificación— por órganos estatales con legitimación democrática directa, los deberes deducidos jurisprudencialmente (por el TEDH o, en su caso, por los Tribunales Constitucionales internos) comportan *per se* una reducción del margen de discrecionalidad del legislador democrático (uno de los argumentos, como luego veremos, más utilizados en la crítica a toda esta construcción). Sobre las obligaciones de tutela emanadas del Derecho de la Unión Europea, que ocupan una posición en cierto modo intermedia entre los dos modelos anteriores, ampliamente, SOTIS, «Obligaciones comunitarias de tutela y opción penal: ¿Una dialéctica perpetua?», *RP*, (16), 2005, pp. 138 ss.

⁴⁵ *BVerfGE* 39, 1, de 25.2.1975; la cuestión es redimensionada en la segunda sentencia sobre el aborto, *BVerfGE* 88, 203, de 28.5.1993, en la que se entiende que dicho deber de protección no impide que pueda el legislador modular o incluso excluir la punición (que no el injusto) en función de los conflictos con otros bienes jurídicos.

⁴⁶ Sobre las críticas a la construcción *infra* 5. 2.

Pues bien, desde una perspectiva similar, y aún con mayor firmeza, el TEDH ha sentado en numerosas ocasiones el deber estatal de prever sanciones penales como elemento imprescindible para lograr esa protección *efectiva* de los derechos a la que los Estados se encuentran obligados en función del art. 1 CEDH⁴⁷. La afirmación de este deber sustantivo suele estar, con todo, presidida por la prudencia: en principio, en todo este contexto de los deberes positivos el Tribunal suele cuidarse de proclamar la necesidad de reconocer a los Estados un amplio margen de actuación, y en modo alguno ha de entenderse, por supuesto, que el Tribunal parta de un deber genérico de sancionar penalmente *cualquier* violación de *cualquier* derecho convencional⁴⁸. Como es común a toda esta construcción, el marco general queda indefinido (se reduce a la obligación de los Estados de prever sanciones penales para las violaciones más graves de los derechos convencionales más importantes, los que en estas sentencias suele el Tribunal adjetivar como “valores esenciales”), y a partir de ahí el Tribunal ha ido avanzando al hilo de los supuestos concretos sometidos a su consideración. Así, por ejemplo, en referencia al deber positivo del Estado de garantizar el derecho a la vida privada del art. 8 CEDH, se afirma que “aunque la elección de los medios para asegurar el cumplimiento del art. 8 en el ámbito de la protección de los actos de los individuos entra, en principio, dentro del margen de apreciación del Estado, la disuasión efectiva contra los actos graves, en los que los valores fundamentales y aspectos esenciales de la vida privada están en juego, requiere disposiciones eficientes en la legislación penal”⁴⁹, lo que en otra sentencia le lleva a concluir que “la protección efectiva contra la violación y el abuso sexual requiere medidas de naturaleza jurídico-penal”⁵⁰.

En estas sentencias insiste el Tribunal en que el deber de garantizar una protección efectiva impone a los Estados, en suma, la obligación de contar con un marco legal que *disuada* eficazmente a los ciudadanos de cometer, cuando menos, las violaciones más graves sobre los derechos más importantes, disuasión que solo puede lograrse mediante la previsión de sanciones penales (seguida, como luego veremos, de su aplicación efectiva)⁵¹. Los parámetros de la importancia del derecho y la gravedad de la infracción quedan sin embargo indeterminados –y ciertamente no puede ser de otro modo– de manera que la cuestión, como ya se ha dicho, es abordada de modo casuístico: así, por ejemplo, el Tribunal ha excluido expresamente de la obligatoriedad de sanciones penales los homicidios no intencionales (en el ámbito de la práctica de la Medicina y en otros), para los que puede bastar la reparación civil⁵², punto de partida que en sentencias posteriores ha determinado idéntica conclusión respecto de privaciones de libertad negligentes en el ámbito de la psiquiatría⁵³; en una compleja sentencia de la Gran Sala de 2013, por otra parte, muestra el Tribunal

⁴⁷ Nos encontraríamos aquí ante lo que ALEXY denomina “prestaciones normativas” (*Teoría de los derechos fundamentales*, 1993, pp. 427 ss.).

⁴⁸ Lo destaca VIGANÒ, *Política Criminal*, (9 – 18), 2014, p. 447.

⁴⁹ K.U. c. *Finlandia*, de 2.12.2008, §§ 43 y 45. Lo que ese necesario “marco preventivo” frente a hechos muy graves no requiere es, en cambio, la previsión a favor de la víctima de compensaciones económicas *ex gratia* por parte del Estado (*August c. Reino Unido*, de 21.1.2003, en una demanda relativa a un abuso sexual a un menor, que no es siquiera admitida a trámite).

⁵⁰ M.C. c. *Bulgaria*, de 4.12.2003 (§ 186).

⁵¹ Además de las citadas vid. entre otras muchas *Kilic c. Turquía*, 28.3.2000, § 62.

⁵² *Calvelli y Ciglio c. Italia*, de 12.1.2002, § 51; *Vo c. Francia*, de 8.7.2004; *Byrzykowski c. Polonia*, de 27.6.2006, § 105; *Colak y Tsakiridis c. Alemania*, de 5.6.2009, § 30; *Eugenia Lazar c. Rumanía*, de 16.2.2010, § 87.

⁵³ *Akopyan c. Ucrania*, de 5.6.2014, § 89. En la línea casuística que venimos comentando, no excluye el Tribunal “que la protección efectiva del derecho a la libertad bajo el Convenio pueda exigir *redress* a través del Derecho penal, que

sus propias dudas respecto de ciertos supuestos en el ámbito de la integridad moral del art. 8 del Convenio⁵⁴.

Esta última sentencia constituye una buena muestra de las dificultades que puede implicar para el Tribunal asumir esta tarea de enjuiciar no ya el merecimiento (generador de la mera facultad de sancionar), sino la obligatoriedad de la protección penal del bien jurídico. Aunque se trata de un caso donde la aplicación del Derecho interno resultaba especialmente compleja, interesa recalcar, a los efectos que aquí interesan, que el Tribunal se muestra dispuesto a admitir que en el supuesto del que trae causa la sentencia (cámara de grabación dispuesta por el padrastro en el baño de una adolescente, que no llegó a grabar o en todo caso fue inmediatamente destruida) la protección del derecho no tenía por qué pasar necesariamente por el Derecho penal, aunque finalmente condena a Suecia por no disponer su ordenamiento de ninguna vía (penal pero tampoco civil) de protección adecuada.

Esta idea de que determinadas conductas graves han de encontrarse necesariamente previstas como delitos no suele ser aplicada, con todo, a supuestos de absoluta falta de tipificación de una conducta lesiva (que pocas veces se plantean ante el Tribunal), sino a “defectos” de intervención penal de procedencia más indirecta. Dejaremos para el siguiente apartado la cuestión de los obstáculos de tipo procesal impeditivos de una adecuada protección de la víctima (aunque con frecuencia tanto el Tribunal como la doctrina tiendan a presentarlos en pie de igualdad con la regulación sustantiva⁵⁵), y nos referiremos ahora a aquellos pronunciamientos del Tribunal en los que la insuficiente protección penal del derecho se deriva de deficiencias en la regulación sustantiva, donde pueden apreciarse dos variantes: amplitud excesiva de causas de justificación, por un lado, e injustificable lenidad del marco abstracto de pena, por otra.

a) En primer lugar, la insuficiente satisfacción del deber estatal de protección respecto del derecho puede deberse a previsión de causas de neutralización de la antijuricidad en términos excesivamente amplios. A este respecto pueden mencionarse, por ejemplo, condenas a Estados miembros en relación a la regulación del uso de las armas por parte de las Fuerzas de Seguridad: sobre la premisa de que el deber positivo del Estado de proteger la vida exige un marco normativo que configure una autorización muy limitada del empleo de aquellas, dentro siempre de una estricta proporcionalidad, se ha condenado en diversas ocasiones por regulaciones excesivamente amplias o inconcretas cuya aplicación condujo a la absolución de los agentes estatales⁵⁶. En sentido similar, la Corte ha considerado inadmisibles por contraria al art. 3 del Convenio (prohibición de

pueda comportar, de ser necesario, una obligación positiva del Estado de disponer de disposiciones penales efectivas. Sin embargo, ello depende de las circunstancias de cada caso”.

⁵⁴ *Söderman c. Suecia*, Gran Sala, de 12.11.2013, §§ 83-85, 108. En un ámbito distinto (el de la libertad religiosa del art. 9) véase la reciente *Karahmed c. Bulgaria*, de 24.2.2015: el Tribunal aprecia vulneración de la libertad religiosa del art. 9 CEDH por no haber tomado las autoridades las precauciones necesarias para evitar que la manifestación de un grupo de radicales xenófobos impidiera el rezo en una mezquita (aspecto de prevención fáctica tratado *infra* 5), pero también por no haber juzgado y sancionado a los responsables de actitudes amenazadoras y despectivas contra el islam (como cortar un fez o quemar las alfombras utilizadas para el rezo), fundamentación esta última que parece presuponer la *obligatoriedad de contar con preceptos penales* (de hecho sí previstos el ordenamiento búlgaro, por más que quedasen inaplicados) incriminadores de este tipo de comportamientos (§ 110).

⁵⁵ Así, VIGANÒ, *Política Criminal*, (9 - 18), 2014, pp. 444 ss.

⁵⁶ Así en *Makaratzis c. Grecia*, de 20.12.2004; *Nachova y otros c. Bulgaria*, de 6.7.2005 (ambas de la Gran Sala); o en *Erdoğan y otros c. Turquía*, de 25.4.2006. Una visión de conjunto sobre este extremo ofrece *Giuliani y Gaggio c. Italia*, de 24.3.2011 (Gran Sala), §§ 208 ss.

trato inhumano y degradante) una regulación estatal que bajo el paraguas del derecho de corrección autorice castigos corporales severos a menores⁵⁷.

b) En segundo lugar, el Tribunal ha condenado también en casos en los que, aun existiendo leyes incriminadoras, las penas previstas resultan insuficientes a la luz de la importancia del derecho convencional vulnerado, e inidóneas para producir un verdadero efecto de prevención general: se aprecia con ello una suerte de vulneración del principio de proporcionalidad (en sentido estricto) “por defecto”. Destaca en este último sentido la sentencia del famoso caso *Siliadin c. Francia*, de 26 de julio de 2005, en la que se condenó al país galo por prever unas penas insignificantes para conductas de explotación de trabajadores en condiciones incompatibles con el derecho del art. 4 CEDH⁵⁸. Resulta desde luego excesivo afirmar, como ironiza FLETCHER a propósito de *M.C. c. Bulgaria*, que “el Tribunal de Estrasburgo ha asumido la notable carga de supervisar y reescribir los códigos penales de todos los estados miembros”⁵⁹; pero –por muy de acuerdo que pueda estarse en su objetivo final– sentencias como *Siliadin* generan cuando menos cierta inquietud sobre la potencialmente muy amplia facultad de control que parece quedarle abierta al Tribunal. Sobre ello volveremos infra 4.

3.2. Deberes de investigación

Una vez sentadas las bases anteriores, la lógica argumentativa del Tribunal se encadena del siguiente modo: si de la garantía efectiva de los derechos se trata, no basta con la mera previsión normativa de las sanciones correspondientes, sino que es necesario que los Estados lleven a cabo una adecuada investigación de los hechos idónea para conducir al proceso y la sanción de los autores. Esta idea –que el Tribunal denomina expresamente vertiente “procesal” de los deberes estatales positivos– se ha utilizado sobre todo en relación a los derechos de los arts. 2 y 3 del Convenio (derecho a la vida y prohibición de la tortura y tratos inhumanos o degradantes) y especialmente en casos de homicidios o lesiones cometidos por agentes estatales o grupos paramilitares, en los que la dejación de tales obligaciones resulta más frecuente (actuaciones contra la minoría kurda en Turquía, conflictos en Irlanda del Norte, Chechenia...); en este contexto suele el Tribunal referirse a la necesidad de una investigación capaz de conducir a la identificación y castigo de los culpables, pues de lo contrario, “la obligación de proteger el derecho a la vida y la prohibición de la tortura resultarían, a pesar de su importancia fundamental, ineficaces en la

⁵⁷ *A c. Reino Unido*, de 23.9.1998, comentada por PARSONS, «Human rights and the defence of Chastisement», *J. Crim. L.*, (71), 2006-2007, pp. 308 ss.

⁵⁸ Art. 4.1 CEDH: “Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre”. Art. 4.2: “Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio”. Sobre esta sentencia, entre otros, CHENAL, *Legislazione Penale*, (26), 2006, pp. 184-187; CULLEN, «*Siliadin v. France: Positive Obligations under Article 4 of the European Convention on Human Rights*», *HRLR*, (6 - 3), 2006, pp. 585 ss.; BORONAT TORMO/GRIMA LIZANDRA, «La esclavitud y la servidumbre en el derecho español: a propósito de la STEDH de 26 de julio de 2005 (*Siliadin c/ Francia*): un caso de trabajo doméstico servil», en CARBONELL MATEU *et. al.* (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y Derecho penal*, t. I, 2009, pp. 257 ss., quienes comparten las conclusiones del TEDH respecto del sistema español, cuya insuficiente sanción penal de estas conductas consideran una vulneración del art. 4 CEDH (p. 277).

⁵⁹ FLETCHER, «Justice and Fairness in the Protection of Crime Victims», *LCLR*, (9 - 3), 2005, p. 553.

práctica, y en algunos casos sería posible para los agentes del Estado abusar con virtual impunidad de los derechos de aquellos bajo su control”⁶⁰.

Son numerosísimas las sentencias emitidas a este respecto por el TEDH, que han ido conformando una serie de estándares mínimos del procedimiento de investigación (por autoridad independiente del autor del hecho, sujeto a escrutinio público, en un plazo razonable, realizado de oficio en el caso de actuaciones delictivas de autoridades, que en todo caso deben ser cautelarmente suspendidas de sus funciones, con intervención de las víctimas, etc.)⁶¹. Conviene tener presente, no obstante, que con ser el del abuso estatal directo el núcleo en el que nace y mayoritariamente se aplica, y en el que los estándares se han perfilado de modo más exigente, la obligación de una correcta investigación capaz de determinar responsabilidades se ha establecido y exigido también en contextos distintos, como –entre otros– respecto de muertes acaecidas en hospitales⁶² o en cualquier lugar bajo custodia estatal⁶³, internamientos psiquiátricos dudosos y con empleo de violencia sobre el paciente⁶⁴, o en delitos cometidos entre particulares (abusos sexuales⁶⁵, violencia de género⁶⁶, violencia religiosa⁶⁷, o incluso meras lesiones).

Ahora bien, sobre todo cuando se trata de delitos entre ciudadanos particulares insiste el Tribunal en que tales obligaciones estatales no han de interpretarse en modo alguno en el sentido de que corresponda a la víctima una suerte de derecho a obtener el enjuiciamiento o condena de ninguna persona en particular: “la obligación de investigar no es una obligación de resultados, sino de medios; no toda investigación debe, necesariamente, tener éxito ni llegar a una conclusión que

⁶⁰ *Ali y Aise Duran c. Turquía*, 8.4.2008, § 60. Afirmaciones similares pueden encontrarse en muchas otras de las sentencias que citaremos a continuación.

⁶¹ El punto de partida lo constituye la famosa *McCann c. Reino Unido*, 27.11.1995. Entre muchísimas otras, vid. *Akkoc c. Turquía*, de 10.10.2000; cuatro sentencias contra Reino Unido por actuaciones en Irlanda del Norte, todas ellas de 4.5.2001 (*Hugh Jordan c. Reino Unido*; *Kelly y otros c. Reino Unido*; *McKerr c. Reino Unido*; y *Shanaghan c. Reino Unido*); *Khashiyev y Akayeva c. Rusia*, así como *Isayeva, Yusupova y Bazayeva c. Rusia*, ambas de 24.2.2005; *Sacavuzzo-Hager y otros c. Suiza*, de 7.2.2006; *Durdevic c. Croacia*, de 19.7.2011; *B.S. c. España*, de 24.7.2012 (con condena para España); *Medova c. Rusia*, de 15.1.2009; *Tsechoyev c. Rusia*, de 15.3.2011; *Alikaj y otros c. Italia*, de 29.3.2011; *Gülaydin c. Turquía*, de 12.2.2013; *Mocanu y otros c. Rumanía*, de 17.9.2014, o las recientes *Bouyid c. Bélgica*, Gran Sala, Cámara, de 28.9.2015, y *Turbylev c. Rusia*, de 6.10.2015. En muchas ocasiones, el Tribunal aprecia la responsabilidad internacional del Estado –incluso aunque finalmente se haya producido un proceso y una condena– sobre la base de una enorme dilación del procedimiento; en estos casos suele insistirse en el efecto negativo de esta sobre la eficacia preventiva del proceso (vid. entre otras muchas *Ebcin c. Turquía*, de 1.2.2011).

⁶² Así, en *Eugenia Lazar c. Rumanía*, de 16.2.2010, § 71, se afirma “la necesidad, para el Estado, de instaurar un sistema judicial eficaz e independiente que permita establecer la causa de la muerte de una persona que se encontraba bajo la responsabilidad de unos profesionales sanitarios –tanto si pertenecen al sector público o al privado– y, en su caso, obligarlos a responder de sus actos”.

⁶³ En tales casos, la carga de la prueba de que se satisficieron las obligaciones positivas de proteger la vida recaen sobre el Estado (así, en un caso de muerte por infección de un joven que cumplía el servicio militar, *Metin Gültekin y otros c. Turquía*, de 6.10.2015, §§ 32-36).

⁶⁴ *Bataliny c. Rusia*, de 23.7.2015 (se insiste también aquí en la citada inversión de la carga de la prueba, de tal manera que competía al Estado ofrecer una explicación razonable sobre el origen de las heridas del paciente, § 110-113).

⁶⁵ *MP y otros c. Bulgaria*, de 15.11.2011.

⁶⁶ *Tyagunova c. Rusia*, de 31.7.2012 (especialmente § 65).

⁶⁷ 97 miembros de la Congregación de Testigos de Jehová de Gldani y 4 más c. Georgia, de 3.5.2007; o *Begheluri y otros c. Georgia*, de 7.10.2014, en las que se condena por la total pasividad de las autoridades en la persecución de los autores (extremistas ortodoxos) de graves ataques contra miembros de la confesión religiosa de los Testigos de Jehová (de donde se derivó la vulneración tanto del derecho del art. 3 como de la libertad religiosa del art. 9).

coincida con los hechos que denuncia el demandante”⁶⁸. Lo que se exige es que el Estado haya dado los pasos necesarios razonablemente exigibles para la obtención de pruebas, dentro de un plazo razonable⁶⁹, y de ahí que el Tribunal haya fallado en contra de demandantes en supuestos en los que, tras una investigación correcta y diligente, los hechos alegados no han podido ser probados⁷⁰.

Constituye desde luego una obviedad que quien a través de la denuncia de unos hechos interesa del Estado una intervención punitiva no puede exigir que esta se lleve a efecto (mediante el proceso y la imposición de la pena) si tras una investigación diligente no hallan las autoridades estatales competentes indicios suficientes para incoar un proceso o para (en el seno de este) dar por probados los hechos y/o la autoría del reo. Interpretado en este sentido, un supuesto “derecho de las víctimas al castigo del autor” ha de ser radicalmente rechazado y así lo hace el Tribunal. La cuestión realmente interesante, sin embargo, no es esta, sino otras dos: 1) la de si, cuando existen serios indicios de la comisión del delito por un sujeto, la garantía efectiva del derecho convencional de la víctima vulnerado por el delito exige que se celebre el proceso que lo dilucide; y 2) la de si, una vez declarada judicialmente la comisión del injusto, ostenta la víctima – como parte de la protección efectiva del derecho convencional vulnerado – el derecho a la imposición y cumplimiento de una pena suficientemente severa. Como veremos en las páginas que siguen, que en el fondo de la jurisprudencia del Tribunal no lata el reconocimiento de estos dos últimos derechos resulta (sobre todo en el segundo) mucho más discutible⁷¹.

3.3. Deberes relativos a la celebración del proceso. Obstáculos procesales y prescripción

a) Obstáculos procesales

Aunque a veces se las presente como un bloque con las sentencias referidas en sentido estricto a los “deberes de criminalización”, parece apropiado distinguir como un grupo específico las sentencias en las que la declaración de responsabilidad internacional trae causa de regulaciones estatales de carácter procesal como consecuencia de las cuales comportamientos gravemente lesivos de derechos convencionales no han podido ser juzgados y, por ende, tampoco castigados. Así ocurrió (entre otras sentencias) en un conocido caso de abuso sexual de una discapacitada psíquica que no pudo ser perseguido por una laguna legal en la regulación de la habilitación para denunciar⁷²; en el supuesto, también relativo a delito sexual, en el que la Fiscalía había renunciado a perseguir un hecho denunciado como violación por no haber prueba de la resistencia de la víctima, a partir de una interpretación de esta como requisito imprescindible para procesar y eventualmente sancionar la agresión sexual⁷³; en un famoso pronunciamiento relativo a un

⁶⁸ *MP y otros c. Bulgaria*, de 15.11.2011, § 111; o *Secic c. Croacia*, 31.5.2007, § 54.

⁶⁹ Por no haberlo hecho se condena, por ejemplo, en *Secic*.

⁷⁰ Así ocurre, por ej., en la citada *MP c. Bulgaria* (demanda interpuesta por familiares y niño que alegaba haber sido objeto de abusos sexuales por su padrastro); *Mantog c. Rumanía*, de 11.10.2007; o *Palic c. Bosnia y Herzegovina*, de 15.2.2011.

⁷¹ Más ampliamente *infra*, 5.

⁷² *X e Y c. Países Bajos*, de 26.3.1985, acaso la sentencia en la que por primera vez se dejan sentadas las premisas de las obligaciones positivas de protección.

⁷³ *M.C. c. Bulgaria*, de 4.12.2003 (especialmente §§ 174-185). Ciertamente, como sugiere en su comentario PITEA («Rape as a Human Rights Violation and a Criminal Offence: the European Court’s Judgment in *M.C. v. Bulgaria*», *J. Int’l Crim. Just.*, (3), 2005, p. 454), la sentencia puede también interpretarse como una intervención del TEDH en clave de Derecho sustantivo, en la medida en que viene a vetar que la resistencia física de la víctima (y por ende su prueba) puedan formar parte de la definición del delito de violación.

supuesto en el que la regulación interna había impedido perseguir determinadas formas de violencia de género al haber sido retirada la denuncia por la víctima⁷⁴; o en una compleja sentencia relativa al art. 8 CEDH, en el que la condena a Finlandia trae causa de que su normativa interna no autorizase al proveedor de Internet a facilitar la identidad por su IP de un sujeto que había publicado en la red un anuncio sexual ficticio con la imagen y datos de un niño de 12 años, lo que impidió juzgar el hecho delictivo⁷⁵. Como se ve, la condena a un Estado en esta dimensión del deber de protección se deriva no tanto de *no haber castigado* penalmente la vulneración del derecho como de tener un marco legal que *no le ha permitido hacerlo*.

Aun a riesgo de incurrir en una obviedad, no está de más recordar que las sentencias del TEDH declarativas de la responsabilidad internacional de un Estado en este contexto no suponen imponer a este obligación alguna de celebrar (o repetir) el proceso y sancionar finalmente por el delito, lo que además de cuestionar la garantía del *non bis in idem* procesal podría terminar suponiendo condenas contrarias el principio de legalidad, cuya observancia es, precisamente, el motivo de la imposibilidad de procesar o condenar de la que traen causa las demandas. El efecto de la apreciación de la vulneración del derecho, mucho más modesto, se reduce tan solo a la satisfacción de una obligación de indemnización a la víctima por parte del Estado en razón de ese defectuoso marco normativo⁷⁶.

b) La cuestión de la prescripción del delito

Dicho lo anterior, no puede dejar de hacerse referencia en este momento a la institución de la prescripción del delito, cuyo carácter problemático en el contexto de estos deberes positivos resulta –en la medida en que, dependiendo de la naturaleza y configuración que se le otorgue en cada ordenamiento, puede impedir ya la celebración del proceso, y en todo caso la imposición de una sanción al comportamiento vulnerador de derechos convencionales– particularmente agudo. Pues bien, a este respecto resulta imprescindible diferenciar en la jurisprudencia del TEDH dos supuestos muy distintos: i) la prescripción a la que se llega por dilaciones indebidas en el procedimiento, en las que la ineficacia o pasividad de las autoridades han jugado un importante papel; y ii) la prescripción en tanto abstractamente prevista por la norma.

i) Son muchas las sentencias del Tribunal relativas a casos en los que a pesar de existir claras evidencias indicativas de la comisión de un delito y de la autoría de uno o varios sujetos (que incluso pueden haberse obtenido a través de una investigación adecuada por la propia policía⁷⁷) el juicio no llega a celebrarse porque las propias dilaciones indebidas de las fases previas conducen

⁷⁴ *Opuz c. Turquía*, de 9.6.2009 –aunque también se condena por otros motivos–. Sobre esta cuestión de la perseguibilidad privada de la violencia de género vid. igualmente *Bevacqua y S. c. Bulgaria*, de 12.6.2008, § 82.

⁷⁵ *K.U. c. Finlandia*, de 2.12.2008. Aunque reconoce expresamente el Tribunal que el caso sometido a su examen no revestía la gravedad del planteado en el previo *X e Y c. los Países Bajos*, se entiende que al involucrar a un menor y hacerle objeto del acercamiento de pedófilos, la garantía de privacidad debería haber cedido para permitir su enjuiciamiento y sanción. Igualmente ha de traerse a colación en este contexto la famosa sentencia *Osman c. Reino Unido*, de 28.10.1998: aunque su doctrina fundamental se refiere al deber policial (fáctico) de evitar delitos (por lo que la analizaremos detenidamente *infra* 5.1, al tratar esta cuestión), lo cierto es que la razón de la condena al Reino Unido se encuentra en la admisión en su sistema jurídico de una cláusula de inmunidad de la policía, que impedía dirimir judicialmente la negligencia policial en la investigación o impedimento de delitos, y que el TEDH considera vulneratoria del derecho de acceso a los tribunales reconocido en el art. 6 CEDH.

⁷⁶ Lo que según FLETCHER parece apuntar al surgimiento de “una nueva clase de Derecho internacional de daños” (*LCLR*, (9 – 3), 2005, p. 553).

⁷⁷ Como era el caso en *Beganovic c. Croacia*, de 25.9.2009.

al cumplimiento de los plazos máximos establecidos por el ordenamiento interno para ello. La mayoría de estos supuestos (no por casualidad) son casos de torturas o malos tratos a detenidos o presos en los que puede claramente percibirse una connivencia del aparato estatal con los autores de los hechos; en ese contexto específico, la insistencia del Tribunal en que no pueda admitirse la prescripción aparece más ligada a la *obligación de castigar* (de la que nos ocupamos en el siguiente epígrafe, en el que trataremos de la importancia concedida por el Tribunal a la efectiva sanción de la tortura) que a la *necesidad de proceso*⁷⁸. Sin embargo, cuando la cuestión se ha planteado en casos relativos a violencia entre particulares, el énfasis no se coloca tanto en la idea de que la conducta debería haber sido sancionada como en que se ha impedido la celebración de *un proceso que permitiera establecer los hechos*, de donde se deriva la imputación al Estado de una lesión del derecho de la víctima previamente vulnerado por el delito –insuficientemente protegido–⁷⁹. Se establece con ello, en realidad, una suerte de derecho de la víctima no a la condena pero sí, de algún modo, *al proceso*.

Más allá del limitado ámbito en el que operan las sentencias que acabamos de comentar, con todo, se abre un campo amplísimo con mucha mayor repercusión práctica: el de las decisiones discrecionales de la Fiscalía. ¿Puede considerarse vulnerado el deber de protección estatal respecto del derecho lesionado por un (supuesto) delito, respecto del que incluso antes del proceso existen claras evidencias, cuando la no celebración de este se deba no a problemas de prescripción imputables al propio Estado, sino simplemente a una falta de acusación del Ministerio Fiscal en ejercicio de la discrecionalidad reconocida por el ordenamiento interno? Alguna sentencia de los últimos años (*Eremia y otros c. República de Moldavia*, de 28 de mayo de 2013) apunta claramente en esta línea⁸⁰.

ii) La siguiente pregunta resulta ineludible. Al margen de casos como los anteriores, ¿*quid* de la prescripción del delito *per se*, en la que, con la previsión normativa de un plazo determinado, renuncia el Estado al ejercicio de la pretensión punitiva? A la luz de la jurisprudencia que venimos analizando, ¿no supone esta figura en sí misma una dejación –en perjuicio de la víctima– de ese deber estatal de aplicar las disposiciones penales protectoras de los derechos convencionales (al menos de los más esenciales)?

Como no podía ser de otro modo, el TEDH se ha pronunciado en numerosas ocasiones en torno a la figura de la prescripción del delito. En la mayoría de ellas, no obstante, lo hace –como es fácil suponer– desde la óptica inversa a la que aquí nos ocupa: la del reo que demanda al Estado por haber sido condenado una vez transcurrido el plazo, o por problemas en todo caso relacionados

⁷⁸ *Abdulsamet Yaman c. Turquía*, de 2.11.2004, § 55; *Hüseyin Simsek c. Turquía*, de 20.5.2008, §§ 66-71; *Turan Cakir c. Bélgica*, de 10.3.2009, § 69; *Paduret c. Moldavia*, de 5.1.2010, § 72; aunque se condena básicamente por una inadecuada investigación, también *Alikaj y otros c. Italia*, de 29.3.2011, § 108.

⁷⁹ Insiste expresamente en este punto –la importancia de la celebración del juicio que establezca los hechos– *Beganovic c. Croacia*, de 25.9.2009, §§ 77 y 78. Se refieren más en general a lo inadmisibles de una prescripción debida a la ineficacia o desidia del sistema de justicia, *Biser Kostov c. Bulgaria*, de 10.1.2012, § 83 (en un caso en el que la prescripción se produce por una inexplicable negativa del Fiscal a presentar la necesaria acusación, reiterada cuatro veces a pesar de haber sido sucesivamente recurrida y corregida judicialmente); *Valiuliene c. Lituania*, de 26.3.2013, § 85; *Dimitar Shopov c. Bulgaria*, de 16.4.2013, § 52; *Alexandr Nikonenko c. Ucrania*, de 14.11.2013, § 45.

⁸⁰ Al tratarse de un caso fronterizo en el que entra también en juego el deber de sancionar, nos referiremos a ella más detenidamente *infra* 4; también entonces comentaremos la relevante *Mehmet Senturk y Bekir Senturk c. Turquía*, de 9.4.2013, en la que, a pesar de concurrir una prescripción tras un procedimiento de diez años, no es esta la verdadera base de la condena. Vid. igualmente *Sandra Jankovic c. Croacia*, de 5.3.2009.

con el cómputo de aquel que conducen a una posible vulneración en su contra del principio de legalidad del art. 7 CEDH (p. ej., la cuestión de la aplicación retroactiva del endurecimiento de los plazos de prescripción)⁸¹. La perspectiva que aquí interesa es, obviamente, la contraria: la del perjudicado o víctima que reclama un juicio/una condena que no puede celebrarse/imponerse por haber transcurrido el plazo legal (y sin que en ello haya intervenido una dilación indebida del procedimiento de alguna manera imputable al Estado).

Reclamaciones desde esta segunda óptica resultan relativamente frecuentes en el ámbito civil, en especial en supuestos de ciudadanos que acuden al TEDH al haber sido rechazadas sus demandas de determinación de paternidad en los tribunales internos por prescripción de los plazos máximos establecidos para interponerlas⁸²; en el ámbito penal, por el contrario, se han planteado pocas veces. En lo que se nos alcanza, solo respecto de un delito –la tortura realizada por funcionarios estatales– existe un pronunciamiento expreso en el que la propia previsión legal de plazos de prescripción se considera incompatible con el Convenio. Así, en efecto, en *Paduret c. Moldavia* se afirma que “en cualquier caso, la prescripción debería ser inaplicable a los actos de maltrato por un agente del Estado”⁸³, lo que expresamente se liga a la imperatividad de que este tipo de comportamientos sean efectivamente castigados, y a la inadmisibilidad de otras figuras destinadas a impedirlo –amnistía o indulto–. Ciertamente es que mucho antes, en *Stubbings y otros c. Reino Unido*, se había suscitado indirectamente la cuestión respecto del delito de abuso sexual sobre menores (delito cuyas especiales características –en particular el que en ocasiones la víctima solo se enfrente a los hechos muchos años después de haberlos sufrido– hace que tenga sentido plantearse la imprescriptibilidad más que en cualquier otro): sin embargo, al tratarse en puridad de una reclamación civil interpuesta una vez transcurrido el plazo de prescripción pero mientras permanecía todavía abierta la vía penal (por tratarse de delitos imprescriptibles en el ordenamiento jurídico del Reino Unido), el Tribunal no necesitó en absoluto adentrarse en el problema que aquí nos interesa: le bastó con afirmar que “el art. 8 no requiere necesariamente que los Estados satisfagan sus obligaciones positivas de asegurar el respeto a la vida privada mediante la provisión de remedios civiles ilimitados en circunstancias en las que las sanciones penales permanecen operativas”⁸⁴.

No podemos dejar de interrogarnos, sin embargo, por cuál hubiera sido la postura del Tribunal en caso de haberse planteado la situación inversa (que hubiera prescrito el delito pero no así la posibilidad de plantear una reclamación civil –insistiendo sin embargo la víctima en su voluntad de obtener una condena penal–, supuesto en el que sí habría de resolverse sobre la prescriptibilidad *per se*), o, incluso, de haberse enfrentado las demandantes a la prescripción en el

⁸¹ Entre otras muchas, *Coeme y otros c. Bélgica*, de 22.6.2000, §§ 146 ss.; o *Kononov c. Letonia*, Gran Sala, de 17.5.2010, §§ 228 ss.

⁸² Tema respecto del que el Tribunal ha indicado la necesidad de que las jurisdicciones estatales actúen con flexibilidad, lo que convierte en inadmisibles una aplicación *tout court* de los plazos de prescripción por parte de los tribunales que les impida valorar en el caso concreto las razones por las cuales la demanda no ha sido presentada previamente, y efectuar la adecuada ponderación entre los intereses de seguridad jurídica protegidos por la prescripción y el derecho a conocer el propio origen biológico, protegido sin duda por el art. 8 CEDH. Vid. en este sentido, entre otras, *Phinikaridou c. Chipre*, de 20.12.2007 (§§ 51 ss.); *Backlund c. Finlandia*, de 6.7.2010, o *Roman c. Finlandia*, de 2.1.2013, § 45.

⁸³ *Paduret c. Moldavia*, de 5.1.2010, § 75.

⁸⁴ *Stubbings y otros c. Reino Unido*, de 22.10.1996, § 67.

ordenamiento interno de ambas vías de reclamación. *Stubbings*, desde luego, nada nos dice sobre cómo resolver la primera situación, pero ya deja más dudas respecto de la segunda, pues una interpretación *a contrario* podría sugerir que la no condena al Estado por vulneración de sus deberes estatales positivos se debió a que la víctima sí tenía a su disposición una vía de reclamación. Habrá que esperar, en todo caso, a la llegada de nuevos casos ante el Tribunal para que este decida si extender la imprescriptibilidad más allá de las torturas (donde reviste un carácter claramente simbólico) o si, por el contrario, prefiere optar – como parece mucho más probable – por permitir que sean los legisladores de los Estados los que sopesen respecto de cada delito la conveniencia o no de, transcurridos determinados plazos, hacer prevalecer los intereses que se encuentran en la base de la figura de la prescripción (intereses que el propio Tribunal identifica ante todo con la seguridad jurídica y las dificultades para llevar a cabo un juicio con todas las garantías para el eventual acusado⁸⁵).

Por elemental respeto al principio de legalidad, resulta obvio que, a diferencia de lo que ocurre en los casos ya citados de reclamación de paternidad, tratándose de un delito el Tribunal no puede exigir a la jurisdicción interna que pondere la conveniencia de ignorar el cumplimiento de los plazos en atención a las circunstancias del caso concreto y a los intereses en conflicto. Y por supuesto, una vez transcurridos los plazos de prescripción, su eventual ampliación para el delito en cuestión a través de una nueva regulación no podría nunca aplicarse con efecto retroactivo⁸⁶. La sanción de un delito que de acuerdo con la legislación interna haya de considerarse prescrito resulta, por tanto, imposible a la luz del Convenio y de la jurisprudencia del Tribunal. Una eventual apreciación de responsabilidad internacional de un Estado por vulneración del derecho convencional que se derivara de la prescriptibilidad del delito no puede más que conducir, como en cualquier otro de los demás supuestos que examinamos, a la obligación estatal de indemnizar a la víctima⁸⁷.

⁸⁵ Sobre los intereses protegidos por la prescripción (que el Tribunal identifica con derechos del eventual acusado más que con otras nociones habitualmente alegadas en este contexto, como la falta de necesidad de pena) vid. *Stubbings y otros c. Reino Unido*, § 51; *Coeme y otros c. Bélgica*, de 22.6.2000, § 146; *Vo c. Francia*, de 8.7.2004, § 51; o *Zebrowski c. Polonia*, de 3.11.2011, § 56.

El TEDH dispondrá en breve de una inmejorable ocasión para pronunciarse sobre todo lo anterior a raíz de la demanda interpuesta por ciudadanos españoles en relación con varios casos de (posibles) delitos de sustracciones de recién nacidos, cometidos a finales de los años sesenta en España y por tanto ya prescritos. Las repercusiones permanentes de tales hechos (que determinan la propia *identidad* de los niños hoy adultos), y la circunstancia de que la prescripción bloquee no solo la exigencia de responsabilidades penales sino (y en este caso, sobre todo) también las posibilidades de investigación más efectivas para conseguir averiguar lo realmente acontecido (las que se asientan en la apertura de diligencias penales), dotan a este caso de un especialísimo interés.

⁸⁶ Expresamente en *Kononov c. Letonia*, de 24.7.2008, § 144 (la posterior sentencia de la Gran Sala sobre el mismo asunto, de 17.5.2010, aun revocatoria de la condena a Lituania, no supone negar este extremo).

⁸⁷ Aunque quizá como efecto de la eventual condena pudiera también derivarse, en el caso español que acaba de citarse, la obligación del Estado de (aunque no pueda haber condena por delito) llevar a cabo una investigación efectiva capaz de determinar los hechos procesalmente. Sobre las posibilidades de que la prescripción no impida un pronunciamiento sobre el injusto culpable del autor, como medio suficiente para restablecer la situación de la víctima, SILVA SÁNCHEZ, «*Nullum crimen sine poena?* Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”», en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (ed.), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, 2009, pp. 24-25.

3.4. Deberes de sancionar suficientemente: el control sobre la calificación y sobre el *quantum* de la pena impuesta

La misma línea argumental que venimos analizando conduce al Tribunal a afirmar que, una vez correctamente investigados, los hechos gravemente lesivos de derechos convencionales han de ser sancionados, y han de serlo — para no incurrir en infraprotección o desproporción de la pena por defecto — de manera “suficiente”; una idea que, de nuevo, ha sido desarrollada especialmente en relación a delitos de homicidio o tortura cometidos por funcionarios estatales — o cuando menos con la aquiescencia del poder —, en los que se insiste especialmente en la necesidad de no dar lugar a una impresión de *impunidad*⁸⁸. Así pues, a diferencia de lo que ocurre en la revisión del “marco legal” de protección del derecho convencional básico (donde la responsabilidad internacional del Estado se deriva no tanto de no haber sancionado como de no disponer del marco legal adecuado que le hubiera permitido hacerlo), aquí la responsabilidad sí trae causa directa de no haber sancionado (suficientemente) cuando se podía hacerlo. Mientras en aquel caso la obligación positiva de prestación normativa recae sobre el legislador, en este caso atañe a los jueces y tribunales internos.

Resulta posible, con todo, diferenciar dos tipos de enfoques de los que se ha servido el TEDH para afirmar la responsabilidad internacional de los Estados en este contexto: a) el que (aunque de modo inconfeso) supone un cuestionamiento de la calificación misma de los hechos realizada por la jurisdicción estatal interna, y b) aquel otro en que, sin entrarse a valorar este último extremo, la atención se centra en la excesiva lenidad de la sanción impuesta, esto es, en la tarea de la determinación de la pena llevada a cabo por el tribunal estatal.

a) Especialmente interesante en la primera de las líneas apuntadas resulta —entre otras cosas porque, aunque protagonizado por autoridades estatales, no se trataba del caso tipo de torturas policiales, sino de graves imprudencias— la sentencia del caso *Ônerylidiz*, en la que se condena a Turquía por un doble incumplimiento de sus deberes positivos de protección del derecho a la vida. Además de una primera vulneración del derecho (pues se estima que las autoridades incumplieron tales deberes por no tomar medidas que neutralizaran el riesgo cierto que para la vida de los habitantes de un poblado de chabolas suponía el vertedero junto al que se instalaron, cuyo derrumbe produjo en efecto la muerte a decenas de personas⁸⁹), el TEDH aprecia una segunda vulneración (que denomina confusamente “procesal”) relacionada con la determinación de la responsabilidad de dichas autoridades en el siniestro. La condena a Turquía en este punto no se basa directamente en la excesiva lenidad del castigo impuesto, sino en el hecho de que en el juicio penal contra dichas autoridades (que terminó con unas mínimas penas de multa) solo se entró a valorar la concurrencia del delito de negligencia en el cumplimiento de las funciones, sin analizar en modo alguno responsabilidades en relación con los fallecimientos⁹⁰. El Tribunal intenta salvar su (expresamente reconocida) falta de competencia para revisar o apreciar la responsabilidad penal

⁸⁸ Entre otras, *Abdulsamet Yaman c. Turquía*, de 2.11.2004, § 55; *Turan Cakir c. Bélgica*, de 10.3.2009, § 69, o *Paduret c. Moldavia*, de 5.1.2010, § 72.

⁸⁹ *Ônerylidiz c. Turquía*, de 30.11.2004, §§ 97-110.

⁹⁰ De modo que, a decir de Estrasburgo, no existe “ningún elemento que demuestre que los tribunales de instancia prestaran la atención deseada a las consecuencias gravísimas del accidente” (§ 116).

según las normas de Derecho interno; pero lo cierto es que su propio razonamiento, en particular su insistencia en la necesidad de que la respuesta estatal alcanzara un efecto preventivo-general⁹¹, permite deducir que lo que en el fondo se sostiene es que debió sancionarse por homicidio (imprudente) y (lo que liga la sentencia también con la vertiente relacionada con la excesiva lenidad sancionatoria) con penas suficientemente altas: incluso si en el juicio se hubiera entrado a valorar la responsabilidad en las muertes, parece claro que el Tribunal hubiera emitido el mismo fallo condenatorio para el Estado turco si finalmente se hubiera absuelto o si se hubieran condenado a meras penas de multa — que de hecho fueron las impuestas en el proceso —.

Una estructura y un trasfondo similar puede apreciarse en la más reciente *Mehmet Senturk y Bekir Senturk c. Turquía*, si bien es cierto que lo deficiente de la argumentación (mucho menos clara que en *Onerlylidiz*) no permite interpretar su alcance con exactitud. El caso atañe a una serie de negligencias de personal sanitario (matronas y médicos) que en diversos hospitales a los que la paciente — embarazada de 8 meses con fuertes dolores — fue trasladada por su marido no detectaron el gravísimo problema que ponía en riesgo su vida; a ello se añadió, como factor decisivo, la actuación de los médicos de un último hospital, que una vez diagnosticada renunciaron a atenderla por no poder satisfacer el pre-pago de su asistencia y la remitieron en ambulancia (en la que falleció) a un hospital gratuito. Tras un juicio penal demorado durante años, se condenó a la mayoría de los implicados por homicidio involuntario a penas de dos años de prisión, luego conmutadas por multas, a lo que se añade, tras un recurso, una definitiva revocación de todas las condenas por prescripción. Detrás de un razonamiento confuso, que también aprecia infracción de la vertiente procesal, en toda la sentencia late claramente, a mi juicio, la idea de que la gravedad de los hechos merecía una condena mayor a la de un mero homicidio involuntario⁹².

b) En otras ocasiones, en cambio (las más), el Tribunal — sin entrar a valorar la corrección de la concreta calificación jurídica de los hechos llevada a cabo por el tribunal estatal — centra su control sobre la determinación de la pena realizada, lo que le conduce a constatar la insuficiencia de la sanción impuesta: sanciones excesivamente suaves, como las pecuniarias o las que terminan siendo suspendidas, incurren en una suerte de desproporcionalidad por defecto, y *de facto* vendrían a determinar la misma impunidad de la tortura o el homicidio policial que la amnistía o el indulto (figuras vedadas por el Tribunal para este tipo de criminalidad, y sobre las que luego volveremos)⁹³. En palabras de VIGANÒ — resumiendo la postura del TEDH —, “similares penas — las cuales, cuando el autor es un agente estatal, transmiten la impresión de una impropia tolerancia,

⁹¹ “De esta forma, no se puede considerar que la manera en que el sistema de justicia penal turco respondió al drama permitiera establecer la plena responsabilidad de los agentes o autoridades del Estado por su papel en esta tragedia, y garantizar la ejecución efectiva de las disposiciones del derecho interno que aseguran el respeto del derecho a la vida, en particular la función disuasoria del Derecho penal” (§ 117).

⁹² *Mehmet Senturk y Bekir Senturk c. Turquía*, de 9.4.2013. Vid. p. ej. § 85 (en el que el Tribunal se ve obligado a señalar que las circunstancias específicas del caso impiden que le resulte aplicable su jurisprudencia previa sobre la no obligatoriedad de la sanción penal del homicidio imprudente), o §§ 97, 104 (“la falta imputable al personal médico de este hospital iba más allá de un simple error o negligencia médica”) o 105. De ahí que se considere vulnerada la vertiente material, y no solo procesal, del art. 2 CEDH. Aunque el motivo de la condena es la investigación inadecuada, se desliza una reticencia a la calificación de la conducta (un disparo mortal en una detención) como homicidio imprudente (luego seguido de prescripción) en *Alikaj c. Italia*, de 29.3.2011, § 109.

⁹³ *Nikolova y Velichkova c. Bulgaria*, de 20.12.2007 (3 años de prisión con suspensión para los policías autores de un homicidio calificado como preterintencional); *Alí y Ayse Duran c. Turquía*, de 8.4.2008 (suspensión de la pena de prisión a policías autores de una paliza mortal en comisaría); *Okkali c. Turquía*, de 17.10.2006 (10 meses de prisión con suspensión para policías que en comisaría golpean a un niño de 12 años); *Darraj c. Francia*, de 4.11.2010 (penas de multa insuficientes para un maltrato policial, incluso considerando la agresividad mostrada por la víctima).

o incluso de colusión por parte del Estado — son consideradas por el Tribunal inidóneas para expresar la solemne reprobación del ordenamiento por la violación del derecho convencional, para asegurar una verdadera eficacia disuasiva en relación a los potenciales futuros autores (los cuales terminarán más bien por contar con una *virtual impunidad*), así como para asegurar un “remedio efectivo” a las víctimas de las violaciones”⁹⁴.

En estos casos de control del *quantum* de la pena efectivamente impuesta, el Tribunal no puede sino entrar en un complicado juego de equilibrios en relación a sus límites competenciales. Comienza por reconocer, en efecto, que su tarea no puede consistir en enmendar la aplicación del Derecho interno realizada por los Tribunales domésticos, no obstante lo cual, como excepción, se reserva la posibilidad de hacerlo (indirectamente: no por la vía imposible de revocar la sentencia, sino por la de declarar la responsabilidad del Estado por una incorrecta actuación) en estos supuestos de manifiesta lenidad sancionatoria. La complejidad de la tarea se pone de manifiesto de modo particularmente agudo en el conocido caso *Gäfgen*⁹⁵, donde la idea que comentamos sirvió de base, junto a otros factores, para condenar al Estado alemán, que — en una compleja sentencia en la que se ponderaron las especialísimas circunstancias del supuesto — había impuesto al policía encausado una pena de multa. En efecto, aunque, según reconoce, “pronunciarse sobre el grado de culpabilidad de la persona en causa (...) o determinar la pena a imponer” son materias que “pertenecen al ámbito exclusivo de competencia de los tribunales penales domésticos”, el Tribunal recuerda que “debe conservar su función de control, e intervenir en el caso en el que existe una desproporción manifiesta entre la gravedad del acto y la sanción impuesta”, pues de lo contrario “el deber que recae sobre los Estados de llevar a cabo una investigación efectiva perdería mucho de su sentido”⁹⁶. Y a pesar de admitir que el caso en cuestión existían numerosas particularidades que lo distinguían de otros supuestos de torturas, la condena a penas de multa “no podría, sea como fuere, ser tenida por una reacción adecuada ante una violación del artículo 3, aun cuando se sitúe en el marco de la práctica del Estado demandado en materia de condenas. Una sanción parecida, manifiestamente desproporcionada a una violación de uno de los derechos esenciales del Convenio, no tiene el efecto disuasorio necesario para prevenir otras transgresiones de la prohibición de malos tratos en situaciones difíciles que pudieran plantearse en el futuro”⁹⁷.

Gäfgen supone, por tanto, una valoración por parte del TEDH de la aplicación del Derecho interno realizada por los tribunales estatales, que se considera vulneratoria del derecho convencional no en función de la corrección de sus argumentos (el Tribunal no entra, en efecto, a pronunciarse sobre si las causas de disminución de la culpabilidad del funcionario policial determinantes de la reducida condena fueron o no correctamente aplicadas, esto es, no cuestiona la calificación jurídica

⁹⁴ VIGANÒ, *Política Criminal*, (9 - 18), 2014, p. 452.

⁹⁵ *Gäfgen c. Alemania*, Gran Sala (que revoca la anterior no condenatoria) de 1.6.2010. El caso original (amenazas de torturar a un detenido vertidas por un jefe policial con el fin de conseguir que confesara el paradero de un niño al que había secuestrado y, según se comprobó después, asesinado) tuvo una inmensa repercusión mediática en Alemania, donde como es sabido contribuyó a abrir un intenso debate sobre la legitimidad de la tortura en supuestos extremos. Vid. entre otros el interesante comentario de GREER, «Should Police Threats to Torture Suspects Always Be Severely Punished? Reflections on the *Gäfgen* Case», *HRLR*, (11 - 1), 2011, pp. 67 ss.

⁹⁶ *Gäfgen c. Alemania*, § 123.

⁹⁷ *Gäfgen c. Alemania*, § 124. En términos idénticos o muy similares, *Nikolova y Velichkova c. Bulgaria*, de 20.12.2007, §§ 62-63; *Darraj c. Francia*, de 4.11.2010, §§ 48-49; *Beganovic c. Croacia*, 25.6.2009, §§ 77-78; *Ali y Aise Duran c. Turquía*, 8.4.2008, § 66.

de los hechos *per se*), sino en función de la naturaleza y *quantum* de la pena impuesta, que para no incurrir en la prohibida infraprotección ha de encerrar un suficiente potencial preventivo-general, suficiencia cuya valoración recaerá en el propio TEDH.

Resta para terminar este apartado plantearnos en qué medida la construcción que acaba de examinarse resulta trasladable a delitos contra la vida o graves atentados a la integridad física y moral realizados en contextos ajenos a la actuación de representantes estatales (el caso *Mehmet*, en puridad, ocupa una posición intermedia al tratarse de médicos de la sanidad pública). La respuesta positiva a este interrogante la ofrece el Tribunal, respecto del homicidio, al menos en *Vosylius y Vosyliene c. Reino Unido*, en la que, tras recordar la inexistencia de una obligación absoluta de que todas las acusaciones concluyan con una condena o una pena particular, el Tribunal se muestra “dispuesto a aceptar que una pena manifiestamente inadecuada para el homicidio pudiera resultar en una condena al Estado por no haber cumplido su obligación positiva a la luz del art. 2 del Convenio”⁹⁸. Por otro lado, en *Eremia y otros c. República de Moldavia*, de 28 de mayo de 2013, relativa a violencia de género⁹⁹, parece sugerirse la misma idea, si bien es verdad que en la sentencia se concitan varias de las dimensiones del deber de protección: la de procesar a aquel contra quien se tienen claros indicios, la de castigarle y la de evitar delitos futuros (de la que nos ocuparemos enseguida).

El protagonista venía sometiendo a su esposa e hijas a un reiterado maltrato físico y psicológico, acompañado de continuas amenazas, que motivaron, además de multas administrativas, la imposición de dos sucesivas órdenes de alejamiento, quebrantadas en varias ocasiones. A pesar de todo ello, la Fiscalía decidió suspender la investigación contra él y exonerarle totalmente de responsabilidad con la condición de que no cometiera ninguna otra infracción durante un año, lo que en opinión del Tribunal “tuvo el efecto de protegerle contra la responsabilidad penal, en lugar de disuadirle de cometer nuevos actos de violencia contra la primera demandante, dando como resultado su *impunidad virtual*”¹⁰⁰. Se condena por tanto a Moldavia por “su incapacidad para adoptar medidas eficaces contra él”, adecuadas para evitar posteriores delitos sobre su mujer e hijas, “y para *garantizar su castigo* en virtud de las disposiciones legales aplicables”¹⁰¹.

3.5. Deberes de ejecución de la pena

Por último, idénticos argumentos a los empleados para rechazar condenas excesivamente suaves han sido empleados por el TEDH – también, y en este caso exclusivamente, en el marco de las torturas estatales – para considerar contraria al Convenio la aplicación de figuras que puedan conducir a la no ejecución de la pena. Todos los deberes anteriormente mencionados carecerían de

⁹⁸ *Vosylius y Vosyliene c. Reino Unido*, de 3.9.2013, § 29. La sentencia trae causa de una demanda (finalmente desestimada) interpuesta por los familiares de la víctima de un homicidio (producido por un solo puñetazo) que consideraban benigna en exceso la condena del autor a cuatro años de prisión. En sentido muy similar, *Alikaj y otros c. Turquía*, de 29.3.2011, § 95.

⁹⁹ La condición de policía del autor de los delitos no desempeña ningún papel en la argumentación del tribunal (únicamente se menciona a efectos de entender que ello daba a las autoridades estatales unas mayores posibilidades de actuación contra él que no se aprovecharon debidamente, §§ 62-63).

¹⁰⁰ *Eremia y otros contra República de Moldavia*, de 28.5.2013, § 65, cursiva añadida.

¹⁰¹ *Eremia y otros contra República de Moldavia*, de 28.5.2013, § 66.

sentido si en cualquier caso al final del camino aguardara la suspensión, la sustitución o el indulto de la pena impuesta¹⁰².

4. Algunas consideraciones

La jurisprudencia del TEDH que acabamos de analizar es susceptible de generar reacciones encontradas. No puede negarse su carácter atractivo; y ello no solo en razón de los sentimientos de solidaridad que pueda generar la situación de la víctima en la mayoría de los casos en los que se aprecia la responsabilidad de los Estados (que pueda hacernos proclives a saludar favorablemente un pronunciamiento condenatorio por parte del TEDH)¹⁰³, sino también porque la construcción del Tribunal ofrece una respuesta ajustada a muchas de nuestras intuiciones sobre lo que parece claramente inadmisibles en ordenamientos que se pretenden respetuosos de los derechos humanos: previsiones normativas que permiten expresamente castigos corporales severos a menores o que no sancionan más que con penas irrisorias la sumisión a un estado de semi-esclavitud; policía, fiscales o instructores que no investigan, tribunales que no sancionan o gobiernos que indultan el homicidio, la tortura, el maltrato policial o la violencia de género; o –por sugerir un ejemplo hipotético al que a veces ha acudido la doctrina– un legislador que, pongamos por caso, decidiera despenalizar el homicidio.

De otro lado, sin embargo, la construcción no puede sino suscitar inquietud. Inquietud no solo derivada (que también) de la amplitud del poder que parece quedar en manos del Tribunal de Estrasburgo a la luz del progresivo ensanchamiento de los ámbitos de la actividad (e inactividad) estatal sometidos a su control, sino (y sobre todo) relacionada con los múltiples interrogantes que empiezan a abrirse en el momento en que nos planteamos el traslado de toda esta doctrina al orden interno y a la tarea de nuestra propia jurisdicción constitucional: y es que la premisa de que una insuficiente protección penal de un derecho convencional/fundamental supone su vulneración por el Estado lleva consigo el germen de una profunda transformación de la relación entre derechos fundamentales y *ius puniendi* y, con ello, del objeto de control del ejercicio de este último por parte del Tribunal Constitucional.

Acometeremos ahora la tarea de valorar esta doctrina: como paso previo, se intentará desentrañar el verdadero trasfondo que late bajo estas obligaciones en materia penal (4.1), para poner de manifiesto después algunos de los problemas que plantean *per se* (4.2) y en relación con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, con la que colide en varios aspectos (4.3).

¹⁰² En este sentido véanse todas las sentencias citadas *supra* notas 97 y 98, así como *Alikaj y otros c. Italia*, de 29.3.2011, § 99 (con la particularidad de referirse expresamente también como delito no indultable al homicidio cometido por un agente del Estado). Esta jurisprudencia del TEDH bastaría para condenar a España en relación con los indultos que se conceden en delitos de torturas (27 entre 1996 y 2014, según datos de la exhaustiva estadística recogida en <http://www.elindultometro.es>, última visita 26.1.2016), algunos de ellos tan polémicos como el doble indulto dispensado en 2012 a cuatro *Mossos d'Esquadra* objeto de acendrada crítica, entre otros, por el Manifiesto firmado con ocasión de su concesión por más de 200 jueces y magistrados (fechado el 29.11.2012 y accesible desde http://politica.elpais.com/politica/2012/11/29/actualidad/1354185949_939117.html, última visita 26.1.2016).

¹⁰³ Excepcional en este sentido es el caso *Gäfgen*, en el que obviamente ocurre todo lo contrario.

4.1. El verdadero trasfondo de estas obligaciones positivas: ¿prevención general, derechos de la víctima del delito?

Un análisis crítico de la jurisprudencia que venimos comentando, de sus implicaciones y de sus eventuales inconsistencias requiere como paso previo, a mi entender, la determinación del trasfondo que realmente la alimenta, quizás más oscuro de lo que inicialmente pudiera parecer. ¿Resulta plausible que estas obligaciones positivas en materia penal respondan ante todo a consideraciones de prevención general negativa –que son las reiteradamente mencionadas de modo expreso por el Tribunal–? ¿O estamos en realidad, como ha interpretado alguna doctrina, ante un reconocimiento de cuando menos ciertos derechos de la víctima del delito a la intervención punitiva del Estado?¹⁰⁴ De ser este el caso, ¿de qué concretos derechos de la víctima estaríamos hablando? ¿A la celebración de un proceso en el que se establezcan los hechos? ¿A que el autor sea condenado con una pena suficiente? ¿A que cumpla la pena?

Ha de decirse, para empezar, que el Tribunal se muestra muy reacio a establecer derechos subjetivos de las víctimas correlativos a las obligaciones que hemos analizado. Ello es especialmente claro en el ámbito de las obligaciones de criminalización, en las que el deber estatal se traduce, como hemos explicado ya, en una obligación de medios al servicio del objetivo de la prevención general, a través de un marco normativo que (según se reitera en numerosas sentencias) resulte adecuado para disuadir de modo efectivo a los ciudadanos de llevar a cabo vulneraciones graves de aquellos. No se trataría aquí de proteger a la víctima de un concreto delito ya acontecido, sino, en puridad, a las víctimas potenciales de delitos futuros que el Estado tiene el deber de intentar evitar a través de la conminación con penas suficientes. En este nivel, la tarea del Tribunal parece acusar la influencia de las construcciones de la doctrina y la jurisprudencia constitucional alemanas, y más en concreto, de la teorización de una segunda dimensión de los derechos fundamentales, añadida a la de derechos de defensa frente al Estado, como valores objetivos a cuyo servicio ha de encontrarse toda la actividad estatal. Es esta segunda dimensión, en definitiva, la que permite afirmar un deber estatal a esa prestación normativa que no pase por un correlativo derecho subjetivo de los ciudadanos (de esas potenciales y desconocidas víctimas) a exigirla.

¹⁰⁴ Entre otros, FLETCHER, *LCLR*, (9 - 3), 2005, p. 553-4, donde destaca el contraste a este respecto con la jurisprudencia del TS estadounidense; SILVA SÁNCHEZ, en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (ed.), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, 2009, p. 35, donde se refiere a las sentencias del TEDH más fundamentales sobre deberes de criminalización como imposiciones al legislador nacional del deber de “promulgar leyes penales que protejan de modo suficiente a las víctimas”; o muy claramente STARMER, «Human Rights, Victims and the Prosecution of Crime in the 21st Century», *Crim. L. Rev.*, (11), 2014, pp. 777 ss. Tal entendimiento se aprecia igualmente de modo palmario en el trabajo de DOMÉNECH PASCUAL, *REDC*, (78), 2006, pp. 333 ss., donde de hecho el autor adopta la jurisprudencia del TEDH como una de las bases de su construcción favorable a considerar la pretensión de protección penal (y la condena del autor) como elemento ínsito en el derecho fundamental de la víctima vulnerado por el delito.

Interesante en su momento la interpretación de ROBBERS respecto de la temprana *X e Y c. Países Bajos*, de 16.3.1985, que a su juicio significaba “el reconocimiento de una posición de garantía del Estado respecto de la integridad de los bienes jurídicos más esenciales de sus ciudadanos, a cuya concreción, de ser necesario en la forma de persecución penal, posee el individuo un derecho subjetivo” («Strafpflichten aus der Verfassung», en LÜDERSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, t. I, 1998, p. 151).

Debe reconocerse, con todo, que la lógica interna que gobierna el sistema de demandas ante el TEDH conduce en este punto a una insalvable paradoja: por mucho que desee mantenerse el recurso argumentativo a la prevención general, la intervención del Tribunal *solo puede desencadenarse a raíz de la demanda interpuesta por el ciudadano víctima de un delito concreto* —siempre bajo el presupuesto de no haber obtenido del Estado miembro una reparación suficiente a la vulneración de su derecho convencional—. De este modo, a la postre lo cierto es que la responsabilidad internacional del Estado parece derivarse de disponer de un marco normativo defectuoso que le ha impedido no tanto prevenir como *castigar el concreto delito cometido sobre la persona concreta* —que va a percibir por ello una compensación económica—, lo que, como decimos, de algún modo relativiza la idea rectora de la prevención general¹⁰⁵.

Sobre el papel, el Tribunal opta por mantener el discurso de la prevención general también en las otras dos manifestaciones del deber estatal que hemos analizado: la necesidad de una investigación capaz de establecer los hechos y conducir al enjuiciamiento de los culpables —que de tratarse de agentes estatales autores de torturas u homicidios no podrían beneficiarse de amnistías, prescripción o indultos— y la imposición efectiva de un castigo que ha de ser suficiente para lograr el objetivo de disuasión de cara a la colectividad. Sin embargo, lo cierto es que en la construcción de estas otras dos clases de obligaciones positivas resulta indudable la influencia sobre Estrasburgo de la jurisprudencia de la CIDH, nacida, como se sabe, en relación con violaciones muy graves y a menudo masivas de los derechos humanos, realizadas directamente por el propio aparato de poder estatal o como mínimo con su anuencia; una jurisprudencia en la que, junto a la idea de corte retribucionista de *lucha contra la impunidad* (según la cual la justicia impone que delitos de esta clase no puedan quedar sin castigo) los *derechos de las víctimas* han jugado un papel esencial¹⁰⁶, con un progresivo asentamiento de nociones como el derecho de estas a conocer la verdad de los hechos,

¹⁰⁵ Lo resalta VIGANÒ, *Política Criminal*, (9 – 18), 2014, pp. 448-449, 454.

¹⁰⁶ Sobre las doctrinas penales de la lucha contra la impunidad y del derecho de las víctimas al castigo del autor vid. SILVA SÁNCHEZ, en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (ed.), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, 2009, *passim*. El primer punto de vista puede en cierto modo apreciarse en la sentencia del TEDH *Kolk y Kislyiv c. Estonia*, de 17.1.2006 (donde se inadmite la demanda de dos condenados por crímenes contra la humanidad —deportaciones— cometidos 63 años antes), y sobre todo en *K.-H.W c. Alemania*, de 22.3.2001, en la que el demandante (policía de la antigua RDA condenado tras la reunificación por haber matado a un ciudadano que intentaba atravesar la frontera a nado) alegaba la vulneración del principio de legalidad al haber sido condenado por una conducta autorizada por el ordenamiento jurídico de la RDA. En su rechazo a la demanda —cuyo núcleo atañe a un tema clásico de la teoría del Derecho, como es el de la sanción de crímenes que en el momento de su comisión se adecuaban a la legalidad vigente en un régimen no democrático— el Tribunal no solo considera perfectamente adecuada la condena (afirmando rotundo que una legislación como la del régimen dictatorial no puede ser considerada siquiera “ley” en el sentido del art. 7 del Convenio), sino que parece incluso sugerir su obligatoriedad, al recordar el deber estatal positivo de proteger la vida a través de la previsión y efectiva aplicación de un marco legal destinado a prevenir y sancionar el homicidio (§§ 89-90; en idéntico contexto y similares términos *Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania*, también de 22.3.2001, §§ 80-89). No parece, con todo, que fueran consideraciones preventivo-generales las que guiaran en este caso el ejercicio del *ius puniendi* por parte de la reunificada Alemania, como tampoco la sugerencia de su obligatoriedad apreciable en la sentencia del TEDH, sino, más bien, la ya citada idea de —por razones de justicia material— evitar la impunidad de estos homicidios.

o el efecto reparador que para ellas comporta la condena de los culpables y el reproche que en ella se expresa¹⁰⁷.

Pues bien, la influencia de esta perspectiva sobre el TEDH se detecta sin duda en el mismo campo en el que nace y se desarrolla la jurisprudencia de la CADH: la de los delitos de homicidio, torturas y desapariciones cometidos por agentes estatales (con mucha frecuencia, aunque desde luego no únicamente, en relación con el conflicto kurdo en Turquía). En estos contextos de absoluta desigualdad estructural entre víctima y autor, en los que es más posible que se produzca la desidia del aparato de justicia en la investigación de los hechos y la identificación de los culpables, resultaría imprescindible obligar al Estado a implicarse activa y diligentemente en dicha tarea. Sería por tanto la peculiaridad de este tipo de situaciones, interpreta algún autorizado autor, lo que explicaría la intensidad que el Tribunal imprime a los deberes de investigación a cargo del Estado – imprescindible, en definitiva, para asegurar la efectividad de la tutela jurisdiccional de la víctima del delito –, e, incluso, el significado autónomo concedido a la imposición de una pena suficiente, condena a la que se estaría confiriendo una función abiertamente reparatoria, que, en palabras de VIGANÒ, lo sería “en el sentido de restitución a la víctima – por medio del proceso y de la condena de los responsables – de aquella dignidad de sujeto de derecho que los autores del crimen habían conculcado”; una pena, en suma, llamada “a proclamar solemnemente (...) que la razón estaba de parte de la víctima, y el injusto de parte del condenado”¹⁰⁸.

4.2. Algunos riesgos e inconsistencias de la construcción

Procede ahora realizar algunas reflexiones sobre lo acertado de la construcción que nos ocupa. Partiré, para comenzar, de la admisión como correcta de una premisa inicial: la de asignar al Estado una función protectora de los derechos de sus ciudadanos (y restrinjámonos ahora a los fundamentales/convencionales). Cuestiones obviamente distintas (y no prejuzgadas por la anterior) atañen a la modalidad que dicha protección haya de revestir y a la asignación a uno u otro órgano de la legitimidad para controlar que efectivamente se preste en términos suficientes – lo que, en caso de que se estime imprescindible la intervención penal, supone asignar a dicho órgano una función “promotora” del empleo del *ius puniendi*–. Declarar la obligación de los Estados de proteger la salud o la vida de sus ciudadanos a través, por ejemplo, de reglamentaciones administrativas o del desempeño de la labor de policía (entendida en sentido amplio) posee unas implicaciones muy diferentes a imponer que ello deba hacerse a través del Derecho penal, como las tiene la apreciación de responsabilidad del Estado por su insuficiente compromiso en una y otra modalidad.

¹⁰⁷ Sobre la necesidad de las víctimas de estas violaciones de sentir que “cuentan”, y la mitigación – a través de la culpabilización de los autores – del sentimiento de culpa que a menudo las acompaña vid. MALAMUD GOTI, «What’s Good and Bad about Blame and Victims», *LCLR*, (9 - 3), 2005, p. 644.

¹⁰⁸ VIGANÒ, *Política Criminal*, (9 - 18), 2014, p. 465 (todo el razonamiento en pp. 460-466). Según el autor, sería también esta perspectiva de la tutela judicial efectiva de la víctima del concreto delito la que explicaría la afirmación por el TEDH – como *prius* imprescindibles de aquella – de deberes positivos de criminalización y la de la incompatibilidad con el Convenio de determinadas causas de justificación o de no punibilidad (p. 462). Parece diferir de dicha interpretación, sin embargo, en su trabajo más breve «Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH», *Diritto Penale Contemporaneo*, 2010, pp. 15-16.

Abordaremos los problemas planteados por las obligaciones positivas en materia penal de carácter sustantivo (deberes de criminalización, sanción suficiente y ejecución de la pena), que son las a mi juicio verdaderamente conflictivas (las obligaciones de tipo procesal, en cambio, no ofrecen excesivas dificultades, entre otras cosas porque permiten una conexión muy directa también con el derecho al proceso del art. 6 CEDH).

a) En cuanto a las *obligaciones estatales de criminalización*, la doctrina crítica con esta construcción – y con la prohibición de infraprotección (penal) que le sirve de base – ha puesto de manifiesto sus diversas debilidades. Al margen del diagnóstico de encontrarnos ante un cambio de paradigma en el papel desempeñado por los derechos convencionales/fundamentales – y por el principio de proporcionalidad – respecto del poder punitivo estatal (de límites negativos a criterios de legitimación positiva)¹⁰⁹; y más allá de la discusión sobre la premisa que sustenta la construcción (la mayor o incluso exclusiva eficacia protectora del Derecho penal)¹¹⁰, las objeciones a mi juicio más sólidas tienen que ver con la *legitimación* del órgano de control (los Tribunales Constitucionales o, en este caso, un Tribunal internacional) para realizar las siempre complejas ponderaciones que subyacen a la tarea legiferante en materia penal: consideraciones de este tipo, frecuentes como es sabido en el análisis de la aplicación del principio de proporcionalidad como parámetro de la constitucionalidad de las normas punitivas, pueden esgrimirse aún con mayor fuerza cuando de lo que se trata es de la vulneración del principio por defecto¹¹¹. Como ha señalado con acierto MAÑALICH RAFFO, si la legitimación de la fundamentación de la pena debe ser siempre más exigente que la de la impunidad, la prohibición de exceso y la de defecto no deberían considerarse equivalentes; y si la norma punitiva se encuentra siempre especialmente necesitada de legitimación, no parece apropiado que se la imponga al legislador la jurisdicción (constitucional o internacional), caracterizada por su carácter contramayoritario¹¹². Por otra parte, en cuanto al control de constitucionalidad de las normas en nuestro ordenamiento, debe observarse la paradoja que implica el hecho de que tan solo pueda declararse la inconstitucionalidad por defecto de protección de la norma despenalizadora, pero no de la norma “inexistente”, a lo que debe añadirse lo inadecuado de la consecuencia final de la anulación de una norma del primer tipo: “la vigencia

¹⁰⁹ Destacado, entre otros, por BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, «Derechos fundamentales y Derecho penal», *REJ*, (9), 2007, pp. 47-54; CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, *La garantía constitucional de la inocencia*, 2003, pp. 52 ss.; LASCURAIN SÁNCHEZ, «¿Cuándo penar, cuánto penar?», en EL MISMO/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad penal: fundamentos, límites, consecuencias*, 2014, pp. 285-328; MAÑALICH RAFFO, «La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas: ¿protección de los derechos fundamentales mediante el Derecho penal?», *RDH*, (11), 2005, pp. 245-249. Sobre los rasgos específicos (o la falta de ellos) del análisis de la infraprotección, BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., 2007, pp. 806-811; GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 2015, pp. 91-94. Un repaso a los parámetros utilizados en la doctrina y jurisprudencia constitucionales alemanas puede encontrarse en GAVARA DE CARA, «El control de las omisiones del poder público en materia de derechos fundamentales», *RDP*, (69), 2007, pp. 114-116.

¹¹⁰ Que como es obvio puede variar en función de la conducta de la que se trate; así, p. ej., la ausencia de comprobación empírica por parte del Tribunal Constitucional alemán de la (discutible) eficacia preventiva del Derecho penal respecto de la interrupción del embarazo fue uno de los motivos de crítica de sus sentencias al respecto incluso por autores que, como es el caso de TIEDEMANN, no rechazaban la construcción del deber de criminalización en sí misma («Constitución y Derecho penal», *REDC*, (33), 1991, pp. 165-166).

¹¹¹ Recordemos las dificultades a las que se enfrentó el Tribunal para realizar dicha tarea en la ya citada *Söderman c. Suecia*, Gran Sala, de 12.11.2013 (*supra* 3.1).

¹¹² MAÑALICH RAFFO, *RDH*, (11), 2005, pp. 257-258.

de una ley —la que penaba y ahora vuelve a penar— sin legislador: una ley que nadie quiere, que ya nadie sostiene”¹¹³.

b) Las objeciones referidas al amplísimo poder que esta construcción termina concediendo al TEDH se agudizan si cabe con respecto a su facultad de controlar la *imposición* (por los tribunales internos de cualquier Estado parte del CEDH) *de una pena suficiente*. Parece indudable, de nuevo, que la idea procede de los contextos excepcionales en los surge la jurisprudencia de la CIADH (lucha contra la impunidad, en el marco de la llamada justicia de transición, respecto de graves violaciones de derechos humanos por parte del propio Estado). Pues bien, al margen de las críticas a las que dicha jurisprudencia de la completa irrenunciabilidad del castigo puede hacerse acreedora *per se*¹¹⁴, lo cierto es que resulta complejo restringirla tan solo a contextos de ese tipo (que podríamos equiparar, en el caso europeo, a violaciones estatales muy graves y más o menos sistemáticas como las producidas en el caso de Turquía). Por mucho que los defensores de extender la tarea del TEDH al control del (insuficiente) ejercicio del *ius puniendi* insistan en su carácter excepcional y en la necesidad de reconocer a legislador y (en lo que ahora interesa) jueces un amplio margen de apreciación —de tal manera que la revisión por el TEDH quedara constreñida a “circunstancias realmente extremas”¹¹⁵—, lo cierto es que una vez se ha renunciado a la idea de los derechos fundamentales como exclusivos derechos de defensa frente al Estado, y se acepta (como premisa básica de toda la construcción de los deberes positivos de protección) la de que son igualmente violados por aquel cuando omite otorgarles una protección (penal) suficiente frente a las vulneraciones entre particulares, carece de toda lógica restringir dicho control tan solo a la criminalidad estatal grave contra los derechos humanos (y a su manifestación por antonomasia en el delito de tortura); y ello es así, como antes se indicaba, tanto si partimos de la perspectiva de la prevención general (orientada a la protección de potenciales víctimas a través del castigo suficientemente disuasorio) como de la de la víctima del concreto delito (insuficientemente protegida en tanto este no ha sido no suficientemente castigado). Sentencias como las ya citadas

¹¹³ LASCURAÍN SÁNCHEZ, «¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional», *InDret*, (3), 2012, p. 28. Extremadamente crítico con el poder que otorgan a la jurisdicción constitucional construcciones de los derechos fundamentales que los conviertan en fuente de obligaciones positivas para el legislador, BÖCKENFÖRDE, en *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1992, pp. 185-199. Conviene precisar, por cierto, que las objeciones formuladas al deber estatal de criminalizar (y a someter su control a la jurisdicción constitucional) no empecen a reconocer la legitimidad de dicha revisión cuando sí es el legislador quien decide la incriminación de una conducta pero lo hace de modo discriminatorio, manteniendo fuera de ella conductas cuyo factor de diferenciación con la sancionada se construye únicamente sobre el sexo, religión, raza, etc. (infra o subinclusión que vulneraría no tanto el principio de proporcionalidad como el de igualdad); sobre esta última posibilidad, en relación con la inconstitucionalidad de determinados tipos penales vigentes en materia de violencia de género, vid. MOLINA FERNÁNDEZ («Desigualdades penales y violencia de género», *AFDUAM*, (13), 2009, pp. 80-83), quien plantea los casos de subinclusión objetivamente discriminatoria como supuestos especialmente claros de una prohibición de defecto en el uso del *ius puniendi* que, aun reconociéndola como muy problemática, tampoco excluye enteramente.

¹¹⁴ Puestas de manifiesto por alguna doctrina no alineada con la generalizada “buena prensa” de la doctrina de la impunidad. Así, una voz tan autorizada como NINO («The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context: the Case of Argentina», *Yale L. J.*, (100), 1990-1991, pp. 2619 ss.) llamaba ya la atención en su momento sobre los riesgos de desconocer las peculiaridades de cada proceso de transición, de tal modo que la exigencia incondicionada de responsabilidades pueda resultar contraproducente en procesos en que no se haya producido todavía un asentamiento firme del nuevo régimen democrático; en un sentido muy similar, ya con referencia a la CIDH, MALARINO, «Transición, Derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del Derecho penal en procesos de transición», *RDPC*, (9), 2013, pp. 205 ss.

¹¹⁵ DOMÉNECH PASCUAL, *REDC*, (78), 2006, pp. 364-365.

Ônerylidiz c. Turquía (de 30.11.2004: insuficiente condena penal por las muertes acaecidas como consecuencia de absoluta falta de control administrativo sobre asentamientos de chabolas en un lugar peligroso), o *Mehmet Senturk y Bekir Senturk c. Turquía* (de 9.4.2013: insuficiente intervención punitiva en un caso de denegación de asistencia sanitaria con peligro para la vida), así como *Eremia y otros c. República de Moldavia* (de 28.5.2013, donde la responsabilidad del Estado trae causa, al menos en parte, de una insuficiente punición en un supuesto de violencia de género) apuntan en ese sentido¹¹⁶.

Podría todavía argumentarse, es cierto, que sentencias como las mencionadas siguen manteniéndose en ese (reducido) círculo de la protección de víctimas (¿las del delito, las potenciales?) especialmente desfavorecidas (por una extrema pobreza que las deja inermes ante la desidia de la Administración en el cuidado de su seguridad o su salud, o por una situación de desigualdad estructural frente al autor como en el caso de la violencia de género). Pero ni ello es conceptualmente necesario dadas las premisas de las que parte el Tribunal, ni tampoco es cierto que Estrasburgo se haya limitado tan solo a estos contextos de desigualdad estructural. Recordemos, por ejemplo, que en *Vosylius y Vosyliene c. Reino Unido* el Tribunal se mostraba “dispuesto a aceptar que una pena manifiestamente inadecuada para el homicidio pudiera resultar en una condena al Estado por no haber cumplido su obligación positiva a la luz del art. 2 del Convenio”¹¹⁷ (una afirmación general no constreñida a homicidios cometidos en contextos especiales); por otra parte, la reciente sentencia *Ibrahim Dermatas c. Turquía* —que afirma la responsabilidad internacional de Turquía por vulneración del art. 3 CEDH en un supuesto relativo al proceso, condena y finalmente prescripción de la pena impuesta a dos sujetos por propinar un puñetazo con fractura de mandíbula y pérdida de un diente a un guardia forestal— constituye una buena muestra en este mismo sentido¹¹⁸.

A todo lo anterior cabe añadir el problema puesto de manifiesto con toda claridad en la sentencia *Gäfnen*: resulta de todo punto criticable que consideraciones de prevención general negativa (o incluso positiva) puedan sin más ser empleadas *tout court* como argumento para declarar insuficiente una condena cuya aminoración respondió a una cuidadosa valoración de la culpabilidad por parte de los tribunales domésticos. Parece desconocer el Tribunal que el efecto preventivo no debe pretender conseguirse a costa del principio de culpabilidad —cuyas exigencias sí fueron ponderadas por el tribunal juzgador—, al margen de que aquel puede también ser alcanzado con la declaración del hecho como antijurídico (recordemos que la sentencia alemana no consideró justificada la amenaza de tortura por estado de necesidad). En el momento en que la necesidad de la pena “suficiente” en términos preventivos (¿valorada por el TEDH de acuerdo con

¹¹⁶ Sobre tales sentencias *supra* 4.4.

¹¹⁷ *Vosylius y Vosyliene contra Reino Unido*, de 3.9.2013, § 29.

¹¹⁸ Sentencia de 28.10.2014. El razonamiento resulta confuso, pues junto al reconocimiento de que el respeto del derecho “no requiere necesariamente una condena” (§ 27), se alude también a la necesidad de *evitar la impunidad* (§ 35), que en este caso se habría producido por prescripción (devida en puridad, como precisa el voto particular disidente, a un alargamiento del proceso que no parecía imputable a la Administración sino a una sucesión de leyes en la regulación material de la conducta). Se trata, a mi juicio, de un caso intermedio entre el control del cumplimiento estatal de las obligaciones procesales y una cierta obligación de imponer un castigo efectivo. De particular interés resulta el voto particular de los jueces Sajó y Keller, que entrelazan su crítica con la a su juicio inadmisibile amplitud en la sentencia del alcance del derecho protegido por el art. 3 del Convenio.

qué criterios?) pase por la desconsideración de principios garantísticos en favor del reo, comienza el Tribunal a pisar un terreno ciertamente pantanoso.

c) En cuanto a las obligaciones estatales de *ejecución de la pena* —básicamente, prohibición del indulto, aunque las reflexiones que vamos a realizar alcanzarían también a otros supuestos de renuncia del ejercicio del poder punitivo, como la prescripción o la amnistía—, también pueden realizarse algunas objeciones, que a su vez enlazan con la dificultad de mantener el poder revisor del Tribunal en los confines de lo excepcional en los que él mismo (y la propia doctrina antes citada) quiere en principio situarse.

Si partimos del enfoque centrado en los derechos de las víctimas del delito acontecido —que no olvidemos es el más (por no decir el único) compatible con la regulación procesal de las demandas de ciudadanos ante el TEDH— no termina de entenderse por qué las limitaciones impuestas por Estrasburgo al poder discrecional de los Estados de renunciar a tal ejercicio (imprescriptibilidad e imposibilidad de indultar o amnistiar delitos de tortura) habrían de constreñirse únicamente a este tipo de delitos. Quizás la víctima del delito cometido por el propio Estado necesite más que otras la declaración solemne de que el Derecho “está de su parte” (precisamente porque tal cosa puede ser puesta en duda cuando es el propio poder público quien vulnera sus derechos); pero también la víctima de un delito ordinario grave (homicidio, lesiones, detención ilegal, agresión o abuso sexual, etc.) puede percibir el proceso o incluso la imposición efectiva de la pena como algo necesario para poner fin a lo que FLETCHER denomina la relación de “dominación” creada por el delito y para reestablecer la igualdad con el delincuente vulnerada por aquel¹¹⁹; de hecho, la teorización más influyente en los últimos años sobre el derecho de la víctima a la condena del autor, formulada por REEMTSMA en términos no muy distantes de los del autor norteamericano (el ejercicio del *ius puniendi*, aun siempre de titularidad estatal, como evitación de la prolongación para la víctima del daño derivado del delito) nace precisamente en relación a la delincuencia ordinaria¹²⁰. La crítica a la renuncia al ejercicio del *ius puniendi* (o al ejercicio “insuficiente”) formulada en clave de derechos de las víctimas respecto de violaciones graves de derechos humanos por parte del propio Estado resulta, en suma, “perfectamente generalizable”, y “valdría del mismo modo para una amnistía que favoreciera a los miembros de una banda terrorista, para la prescripción de los delitos de un asesino en serie o para el indulto de cualquier delito común grave”, hasta el punto de que “con base en ellas puede sostenerse de modo general la imprescriptibilidad, inindultabilidad y la inamnestiabilidad al menos de los delitos violentos graves”¹²¹. La afirmación de un derecho de (algunas) víctimas a la ejecución efectiva de la pena resulta, pues, difícilmente sostenible: si “el reconocimiento de derechos implica la obligación de universalizar ese reconocimiento a todas las situaciones similares”¹²², no parece que el factor de la

¹¹⁹ FLETCHER, «The Place of Victims in the Theory of Retribution», *Buff. Crim. L. Rev.*, (3), 1999-2000, pp. 57-58.

¹²⁰ En concreto, con ocasión del delito de secuestro del que fue víctima el propio autor. Vid. HASSEMER/REEMTSMA, *Verbrechensopfer, Gesetz und Gerechtigkeit*, 2002, pp. 112 ss., especialmente pp. 128-137; o PRITTWITZ, «The Resurrection of the Victim in Penal Theory», *Buff. Crim. L. Rev.*, (3), 1999-2000, pp. 109 ss., que matiza la postura de REEMTSMA al situar el legítimo interés de la víctima en una reacción pública al delito no tanto en el castigo efectivo como en la declaración pública del hecho injusto (p. 129).

¹²¹ SILVA SÁNCHEZ, en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (ed.), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, 2009, p. 31.

¹²² NINO, *Yale L. J.*, (100), 1990-1991, p. 2621.

autoría “estatal” del delito implique una diferencia de entidad suficiente como para no extender el citado derecho a las víctimas de delincuencia ordinaria igualmente grave. Piénsese, sin ir más lejos, en el indulto concedido en 2013 por el Gobierno español a un sujeto condenado nada menos que a trece años de privación de libertad por un homicidio doloso-eventual (en concurso con otros delitos)¹²³, origen de una auténtica conmoción en la opinión pública y posteriormente objeto de anulación por un dividido Pleno de la Sala Tercera del TS¹²⁴. Desde la perspectiva que comentamos (protección de los derechos de las víctimas, reparación, etc.), ¿qué justifica entender prohibido el indulto de torturas o maltrato policial, y no este?¹²⁵

Sin llegar a tales extremos, lo que sí parece claro es que la construcción misma del TEDH (sobre todo entendida en clave de derechos de la víctima) podría ser utilizada como fundamentación de un endurecimiento del régimen jurídico de la prescripción. Si a la regulación de esta institución subyace siempre una ponderación de intereses, el afianzamiento de la idea de que la renuncia al castigo por parte del Estado afecta (cuando menos) al derecho fundamental de la víctima del delito no castigado, puede propiciar —sobre todo si se rechaza que exista derecho fundamental alguno (del autor del delito) a un marco normativo que la favorezca— un régimen jurídico más “potenciador” de aquel (y más restrictivo por tanto de los intereses del autor del hecho). Dicho de otro modo, el enfoque no es el mismo si se parte de la prescripción como la renuncia del Estado a su *derecho* de castigar —enfoque evidenciado, p. ej., en la STC 157/1990—¹²⁶, que si se interpreta como una “autodescarga” de su *deber* de hacerlo, óptica desde la que dichas instituciones pueden devenir en “sospechosas”. Precisamente por detectar en la sentencia un enfoque de este tipo, los jueces disidentes a *Ibrahim Dermittas c. Turquía* (que recordemos se refería no a criminalidad estatal sino a unas meras lesiones entre particulares) puntualizan que “la prescripción no puede dar lugar en sí misma a una presunción de abuso: protege los derechos del acusado contra los retrasos indebidos”¹²⁷. Igualmente consideraciones cabría aplicar, por otra parte, a la figura del indulto¹²⁸.

4.3. La compleja relación entre la jurisprudencia del TEDH y la del TC español

Dada la subordinación —*ex art. 10 CE*— de la tarea interpretativa del TC a la realizada por el TEDH, necesariamente hemos de cuestionarnos sobre las implicaciones de esta última en nuestro propio ordenamiento en relación al control de constitucionalidad de las leyes y, en especial, de la actuación de la jurisdicción penal ordinaria en vía de amparo. Implicaciones especialmente complejas si

¹²³ RD 1668/2012, de 7 de diciembre, por el que se indulta a don Ramón Jorge Ríos Salgado (BOE núm. 5 de 5.1.2013). La pena fue conmutada por dos años de multa.

¹²⁴ STS, Pleno, 20.11.2013 (Ar. 8339; MP: Rafael Fernández Valverde), que fundamenta la anulación —en ejercicio de un control que únicamente puede revestir carácter formal— en la falta de especificación en el RD de las razones de “justicia, equidad o utilidad pública” para la concesión exigidas por el art. 11 de la Ley de Indulto de 1870.

¹²⁵ Los efectos sin duda especialmente negativos del indulto de la tortura respecto de la prevención general posibilitarían, en cambio, una mejor defensa del carácter no indultable de estos delitos desde dicha perspectiva.

¹²⁶ STC 157/1990, de 18.10.1990, FFJJ 3 y 4.

¹²⁷ Voto particular de los jueces Sajó y Keller a *Ibrahim Dermittas c. Turquía*, de 28.10.2014 (§ 24).

¹²⁸ Sin renunciar a las premisas básicas acogidas de forma muy mayoritaria (ausencia de un derecho de la víctima al castigo del autor), sí puede apreciarse en nuestro sistema un cierto “giro victimológico” puesto de manifiesto en la intensificación de la intervención de aquella en todas las fases del proceso e incluso en la de la toma de decisiones sobre la ejecución de la pena —vid. la Exposición de Motivos de la reciente Ley 4/2015 de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE núm. 101, de 28.4.2015), y preceptos como el art. 13—. Aunque dicha norma no ha regulado expresamente la intervención de la víctima en el procedimiento de concesión de indulto, existen propuestas doctrinales en el sentido de modificar la Ley de 18 de junio de 1870 reguladora del ejercicio de la gracia de indulto (BOE núm 175, de 24 de junio de 1870), para requerir en todo caso (y no solo, como en la actualidad sucede *ex art. 15.2ª*, en los delitos perseguibles a instancia de parte) que la víctima sea oída en dicho trámite (DÍAZ LÓPEZ, «La participación de la víctima en el indulto», *La ley penal*, (113), 2015, pp. 8 ss., donde aboga por vehicular esta intervención a través de la mediación).

tenemos en cuenta que sobre todo en este segundo ámbito nos encontramos ante orientaciones que, si no totalmente dispares (puesto que el TC ha incorporado sin problemas las exigencias de Estrasburgo sobre deberes de investigación, de nuevo en el marco de las denuncias de torturas), sí presentan importantes divergencias cuando menos en algunos extremos.

Traslademos ahora a nuestro sistema de control de constitucionalidad afirmaciones como las de la sentencia *Vosylius*. Si la “suficiencia” de la pena se convierte (por más que constriñéndonos a casos excepcionales) en un parámetro de valoración de la lesión (por el Estado) del derecho fundamental, ¿supondría tal cosa la necesidad de reconocer legitimación activa a la víctima para interponer recurso de amparo contra una condena susceptible de calificarse de “manifiestamente inadecuada” y, *a fortiori*, contra una absolución? Repasemos primero la jurisprudencia de nuestro Tribunal al respecto (puntos a y b) para sugerir, después, algunas reflexiones (punto c).

a) Rasgos generales de la doctrina del TC

El núcleo central de la postura del Tribunal lo constituye su rechazo frontal a cualquier derecho sustantivo de la víctima al castigo del autor –supuesto derecho que se identificaría, en expresión utilizada con frecuencia, con un inadmisibles “principio de legalidad invertido”–. Las numerosas sentencias en las que el TC ha descartado este tipo de aproximaciones aducen para ello (además del argumento de la imposibilidad de fundamentar una pretensión punitiva directamente en la CE, que en todo caso necesitaría la mediación de la ley) razonamientos alusivos a la titularidad exclusivamente pública del *ius puniendi* y de la pena misma, o al sentido básico que informa los derechos fundamentales: desde este último punto de vista, se insiste en que la idea de que albergar en estos una pretensión punitiva distorsionaría por completo su carácter de derechos de libertad. No se trata en absoluto, por supuesto, de que nuestro TC niegue *per se* la asignación al Estado de deberes positivos de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos; lo que se rechaza es el salto conceptual de extender dichos deberes a la esfera punitiva, en la que se opta claramente por mantener los derechos fundamentales en su tradicional cometido de servir de barrera de contención a los eventuales excesos estatales, esto es, a su concepción como “derechos de defensa”. En este sentido, en la a estos efectos fundamental STC 41/1997 señalaba por ejemplo el Tribunal que “el hecho innegable de que la pena puede erigirse en medio de tutela de los derechos fundamentales, cuando la vulneración frente a la que se solicita dicha tutela sea constitutiva de infracción criminal”, “por sí sólo, ni supone que exista un derecho fundamental a obtener la condena penal de otra persona, ni hace posible que el Tribunal Constitucional ampare las presuntas lesiones de los derechos fundamentales anulando Sentencias de fondo absolutorias y firmes dictadas por la jurisdicción penal en el ejercicio de sus competencias”; argumentos de carácter sustantivo a los que añade el Tribunal el relativo a los límites competenciales de la jurisdicción constitucional, que tiene vedado entrar a valorar la calificación jurídica de los hechos realizada por los tribunales ordinarios so pena de invadir el ámbito asignado a estos por la propia Carta Magna¹²⁹. Puede deducirse de todo ello, por tanto, la existencia de un primer punto de

¹²⁹ STC 41/1997, 2ª, 10.3.1997, FJ 3 (vid. asimismo FJ 4). Ya antes de dicha sentencia existían numerosos pronunciamientos en esta línea, como la interesante STC 157/1990, de 18.10.1990, ya citada, relativa a la renuncia estatal al *ius puniendi* a través de la prescripción, FFJJ 3 y 4, o la STC 199/1996, de 3.12.1996, FJ 5. Posteriormente,

fricción entre la doctrina del Tribunal Constitucional y la del TEDH, que como hemos venido explicando sí alberga una pretensión de protección penal en los derechos convencionales por mucho que, como también se ha comentado, se recubre del ropaje de la prevención general y (formalmente) se rechace la noción del derecho de la víctima al castigo del autor¹³⁰.

Descartado un enfoque de la cuestión en clave de los derechos sustantivos¹³¹, la jurisprudencia del Tribunal dirime las cosas en términos de los derechos procesales cobijados en la tutela judicial efectiva del art. 24 CE. Quien alega haber sido víctima de un delito no es titular de ningún derecho sustantivo a la condena; tan solo le corresponde el derecho a la acción penal (encontrado en el derecho a la jurisdicción del art. 24) y a obtener una resolución judicial motivada – como expresión de la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos que forma parte de las garantías procesales de la tutela judicial efectiva del art. 24¹³² –. Más allá de dicha necesidad de motivación, las posibilidades de control de constitucionalidad son mínimas, pues se reducen a la posibilidad teórica de otorgar el amparo tan solo en casos extremos en los que se hubiera producido una resolución manifiestamente irracional (en lo que atañe al razonamiento jurídico) o el denominado “error patente” (en el ámbito de la valoración de la prueba)¹³³. Un razonamiento en clave de tutela judicial efectiva que como tal resulta aplicable, puede observarse, tanto al enjuiciamiento de un delito que lesione un bien jurídico comprendido en un derecho fundamental como a cualquier otra pretensión formulada ante los tribunales.

Curiosamente, la sentencia más emblemática de toda esta doctrina – la reiteradamente citada STC 41/1997, relativa al conocido *caso Blume*, en la que el TC denegó que la absolución de varios funcionarios dictada por una AP en un proceso por delito de detenciones ilegales vulnerara el derecho fundamental a la libertad y seguridad de los sujetos pasivos luego recurrentes en amparo – dio lugar a un pronunciamiento del TEDH condenatorio para España (*Riera Blume y otros c. España*, de 14 de octubre de 1999). Resulta llamativa, por

siempre con cita de la 41/1997, la doctrina se reitera, entre otras, en SSTC 74/1997, de 21.4.1997, FJ 5; 178/2001, de 17.9.2001, FJ 2.b); 81/2002, de 22.4.2002, FJ 2; 141/2006, de 8.5.2006, FJ 3; o en ATC 365/2008, de 17.11.2008, FJ 3.

¹³⁰ En ese breve repaso de la jurisprudencia del TC no puede dejar de mencionarse que su enorme reticencia a controlar en sede de amparo la suficiencia de la concreta tutela penal otorgada a los derechos fundamentales en vía jurisdiccional ordinaria no se corresponde con un rechazo igualmente rotundo a la idea de los deberes de criminalización, esto es, a la de que bienes constitucionales (como en el supuesto de la interrupción del embarazo que de hecho dio lugar a la asunción de esta idea, aun en términos muy poco desarrollados, en la STC 53/1985, de 11.4.1985) o derechos fundamentales deban ser penalmente protegidos. Vid. en concreto FJ 7, donde esta doctrina (heredera de la sentada por el *Bundesverfassungsgericht*) sirve de base para declarar la inconstitucionalidad parcial de la ley despenalizadora al entenderse que los requisitos procedimentales en ella contemplados no proporcionaban una protección suficiente al *nasciturus*. Respecto de los posibles efectos de esta doctrina sobre la constitucionalidad de una ley de plazos me permito remitir a mi trabajo «La jurisprudencia constitucional española sobre el aborto», en SHAPIRO *et al.*, *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*, 2009, pp. 107-116.

¹³¹ Las sentencias penales absolutorias no suponen, se dice expresamente, “ninguna resolución sobre los derechos fundamentales sustantivos de quienes ejercen la acusación” (STS 41/1997, de 10.3.1997, FJ 6).

¹³² Así, entre otras muchas, en STC 232/1998, de 1.12.1998 (FJ 3); STC 41/1997, de 10.3.1997 (FJ 5); o ATS 365/2008, de 17.11.2008 (FJ 3).

¹³³ STC 141/2006, de 8.5.2006, FJ 3. En el ámbito de la prueba, la vulneración del art. 24.1 CE “sólo se dará cuando se trate de un error determinante de la decisión adoptada, atribuible al órgano judicial, predominantemente fáctico e inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales” (FJ 4). Señala el TC que “al igual que no existe ‘un principio de legalidad invertido’, que otorgue al acusador un derecho a la condena penal cuando concurran sus presupuestos legales (...), tampoco existe una especie de ‘derecho a la presunción de inocencia invertido’, de titularidad del acusador, que exija la constatación de una conducta delictiva cuando la misma sea la consecuencia más razonable de las pruebas practicadas” (FJ 3). En idéntico sentido, ATC 467/2006, de 20.12.2006, FJ 3.

cierto, la ausencia en la sentencia de cualquier referencia a la doctrina de los deberes positivos; textualmente, el fallo condena a España por una vulneración positiva (y no omisiva) del derecho a la libertad y seguridad del art. 5 del CEDH, derivada simplemente del hecho de que funcionarios públicos privaran de libertad a los recurrentes de forma injustificada: al no tratarse de una conducta entre particulares, sino protagonizada por autoridades estatales, el TEDH no necesitó recurrir a aquella construcción para afirmar la vulneración del derecho. Con todo, se dijera expresamente o no, la sentencia no hizo otra cosa que revisar la calificación jurídica de los hechos y considerar, a la postre, que *debió condenarse* en vía ordinaria (y que, por ende, el TC hubiera debido apreciar la vulneración del derecho sustantivo inherente a la absolución), lo cual bien pudiera haberse expresado en los términos propios de la doctrina de los deberes positivos: es decir, que el Estado vulneró el derecho convencional *por no haber condenado penalmente* a quien con su conducta lo lesionó¹³⁴.

Esta doctrina es también aplicada a la fase de denuncia, diligencias de investigación y decisión judicial sobre la continuación del proceso, continuación a la que quien alega haber sido víctima de un delito carece de derecho alguno; lo que *ex art. 24.1* sí le corresponde, en cambio, es el derecho a la práctica de las investigaciones razonablemente exigibles, y a la motivación suficiente y razonable (no arbitraria ni incurra en error patente) de las resoluciones judiciales de terminación anticipada del procedimiento penal¹³⁵. Ha de matizarse, con todo, que incluso desde esta perspectiva netamente procesal no carece de importancia cuál sea el bien jurídico o derecho en su caso vulnerado por los hechos objeto de denuncia, pues las exigencias derivadas de la tutela judicial efectiva —en este caso las referidas a investigación exigible y a motivación del archivo— se ven reforzadas cuando inciden en un derecho fundamental sustantivo. Sobre esta base, previamente formulada en numerosas sentencias con un carácter más general, el Tribunal ha otorgado (sobre todo a partir de la sentencia 224/2007), una especial relevancia a la conexión entre el art. 24 y el art. 15 CE, lo que ha supuesto una progresiva elevación de los estándares exigidos a la investigación de denuncias por delitos de torturas —lesivos de un derecho fundamental de capital importancia—, a los que se incorporan sin mayor dificultad las exigencias formuladas a este respecto por el TEDH¹³⁶.

b) ¿Contradicción en el ámbito de los amparos contra resoluciones absolutorias de delitos contra el honor?

Esta doctrina tan radicalmente contraria a albergar una pretensión de protección penal (que en todo caso requeriría, obviamente, la mediación de la ley) como parte de los derechos fundamentales sustantivos contrasta con la jurisprudencia del propio Tribunal en un concreto ámbito: el del control en amparo de sentencias absolutorias recaídas en procesos penales por delitos contra el honor, cuando el recurso es interpuesto por la parte acusadora al considerar que la absolución vulnera el derecho fundamental sustantivo del art. 18 CE. Una jurisprudencia cuyo

¹³⁴ TEDH, *Riera Blume y otros c. España*, de 14.10.1999. La sentencia es objeto de una velada (o no tanto) crítica por el magistrado Vives Antón (ponente por cierto de la STC 41/1997) en su voto particular a la STC 21/2000, de 31.1.2000, donde señala que tendría difícil el TEDH explicar por qué a él no le son aplicables las mismas limitaciones competenciales que sí se lo son al TC.

¹³⁵ Entre otras muchas SSTC 175/1989, de 30.10.1989, FFJJ 1-4; 297/1994, de 14.11.1994, FJ 6; 111/1995, de 4.7.1995, FFJJ 3 y 4 (relativa al ejercicio del derecho a interponer denuncia por un interno penitenciario); 31/1996, de 27.2.1996, FJ 10; 177/1996, de 11.11.1996, FJ 11; 138/1997, de 22.7.1997, FJ 5; 115/2001, de 10.5.2001, FJ 11; 129/2001, de 4.6.2001, FJ 2; 178/2001, de 17.9.2001, FJ 2.b); y 63/2002, de 11.3.2002, FFJJ 3 y 4.

¹³⁶ STC 224/2007, de 22.10.2007 (FJ 3), o, desarrollando el planteamiento, STC 34/2008, de 25.2.2008 (FJ 3 ss.). Sobre todo ello RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, «Terrorismo, enemigos y tortura», *Teoría y Derecho*, (3), 2008, pp. 109-112.

análisis, siquiera breve, requiere diferenciar al menos dos cuestiones relevantes: primero, qué justifica, en su caso, la diferencia de trato de estos supuestos y el que el TC sí se considere aquí competente para entrar a valorar la resolución absolutoria, y junto a ello, qué es lo que debería constituir el objeto de tal valoración; y, segundo, qué efectos cabría reconocer a la sentencia en su caso otorgante de amparo.

Respecto de la primera de las cuestiones planteadas, y pese a que algún autor haya entendido esta jurisprudencia como una clara contradicción (no justificada) de la doctrina general representada por la STC 41/1997¹³⁷, en este tipo de supuestos sí puede identificarse un factor característico (ausente en el enjuiciamiento de un homicidio, unas lesiones o una agresión sexual), que abre la puerta a la revisión de la sentencia ordinaria absolutoria en sede constitucional: la presencia de un conflicto entre dos derechos fundamentales (libertad de expresión o información, y derecho al honor) cuya correcta delimitación en términos constitucionales ha de servir como base imprescindible para la calificación última de los hechos. Pues bien, siempre que la sentencia de amparo se constriña — como con acierto ha explicado LASCURAÍN SÁNCHEZ — a revisar (en un plano de cierta abstracción) si el tribunal ordinario partió de una correcta delimitación de las fronteras entre ambos derechos (lo que de ser el caso habría de conducir a afirmar la constitucionalidad de la sentencia, incluso aunque el TC pudiera discrepar de la aplicación de tales parámetros en el plano concreto), nos encontraríamos ante un verdadero control de constitucionalidad de la sentencia absolutoria, respetuoso de los límites competenciales entre jurisdicción ordinaria y constitucional, y lógicamente compatible con la doctrina constitucional antes reseñada¹³⁸.

Por coherencia con lo anterior, dicha posibilidad de analizar en sede de amparo si una sentencia absolutoria en vía penal supone o no una vulneración de derechos fundamentales sustantivos del sujeto pasivo (que es quien impetra dicha tutela) ha de sostenerse igualmente respecto de aquellos supuestos en los que la *ratio* de la absolución se encuentre en una determinada configuración de un derecho fundamental, ya sea del autor (que en vía ordinaria se haya considerado prevalente sobre el derecho vulnerado por el delito y haya por ello conducido a la justificación *ex art.* 20.7 CP)¹³⁹, ya sea de la propia víctima¹⁴⁰.

¹³⁷ Así, DOMÉNECH PASCUAL, *REDC*, (78), 2006, pp. 338-343.

¹³⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, «El proceso penal como proceso de amparo del derecho al honor: comentario a la STC 21/2000», *RDPC*, (7), 2001, pp. 405-441, pp. 427-433, donde argumenta detalladamente su preferencia por dicho estándar abstracto del control de constitucionalidad en estos casos (lo que le conduce a cuestionar el fallo estimatorio del amparo de la sentencia objeto de su comentario).

¹³⁹ Piénsese, p. ej., en una omisión del deber de procurar tratamiento médico a un hijo menor por adscripción de los padres a la doctrina de la curación por la fe, justificada en instancia como ejercicio de la libertad religiosa en resolución luego anulada en amparo por considerarse excesivo el ámbito de juego concedido a aquella en detrimento de los bienes jurídicos del menor.

¹⁴⁰ Piénsese, p. ej., en un tratamiento médico arbitrario impuesto por un facultativo en forma típica del delito de coacciones, que en vía ordinaria se hubiera considerado justificado por estado de necesidad (en su modalidad de auxilio necesario) al valorarse la vida del paciente (y sujeto pasivo) como bien jurídico de importancia superior al derecho a negarse a consentir un tratamiento. Dado que este último goza en consolidada jurisprudencia constitucional de la consideración de derecho fundamental (parte de la integridad física del art. 15 CE), resulta lógico que corresponda al TC valorar la configuración de sus confines (y en particular la cuestión de si derecho alcanza también los casos en que la negativa a la medida terapéutica ponga en riesgo evidente la vida del paciente), pues precisamente de ello depende la absolución; de ahí que — en caso de estimarse incorrecta la configuración adoptada en la vía de ordinaria — tenga sentido entender que la sentencia absolutoria vulneraba el derecho de la víctima.

En cuanto a los efectos de las sentencias que conceden el amparo en estos supuestos – y al margen ahora de la discutida configuración del concepto de “contraamparo” en la doctrina constitucional –, tras haber ensayado varias alternativas, a partir de la STC 21/2000, de 31.1.2000, se consolidó la opción de otorgarles efectos meramente declarativos: rechaza el Tribunal que el amparo pueda suponer la devolución de las actuaciones y la celebración de un nuevo juicio acorde con la delimitación constitucional correcta de los derechos (opción por la que se decantó la STC 78/1995, de 22.5.1995)¹⁴¹ y aún con mayor contundencia descarta que de la sentencia se pudiera derivar la anulación de la absolució dictada en apelación y la confirmación de la condena dictada en primera instancia (efecto acordado en STC 170/1994, de 7.6.1994), opciones ambas que habían generado una intensa crítica doctrinal basada en consideraciones de seguridad jurídica del reo (la absolució en vía ordinaria goza ya del *status* de cosa juzgada) y prohibición del *bis in idem* procesal, así como desde la perspectiva del sentido mismo del recurso de amparo como garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos frente al Estado, que se vería contrariado de ser aquel utilizado como medio de prolongación del *ius puniendi*¹⁴². Con la STC 21/2000, por tanto, se abandonan definitivamente tales vías y se opta, como se decía, por – de acuerdo con lo ya sugerido por el magistrado Vives Antón en su voto particular a la sentencia 78/1995 – atribuir a la concesión del amparo el efecto meramente declarativo de la infracción, al que se anudaría además el potencialmente indemnizatorio (pues con él se abriría a quien lo ha obtenido la posibilidad de reclamar la correspondiente compensación en la vía correspondiente).

c) Cuestiones abiertas

La incompatibilidad (si no absoluta, sí en aspectos importantes) entre las interpretaciones del TEDH y del TC abre numerosos interrogantes. Para empezar, el de si ante recursos de amparo del sujeto pasivo de un delito basados en lo indebido de una absolució (o en la imposición de una pena excesivamente reducida) *debería* el TC asumir la tarea de revisión –al margen de la

A este respecto resulta interesante (por más que no del todo convincente en la fundamentación del fallo desestimatorio) la STC 177/1996, de 11.11.1996, relativa al recurso planteado por un militar que (en ejercicio de lo que el propio TC reconoce como su derecho fundamental del art. 16 CE) se negó a tomar parte en un acto de carácter religioso, y que solicita el amparo frente al auto judicial de archivo de la querrela presentada por él contra sus superiores por delito contra la libertad religiosa.

¹⁴¹ Favorecida también, tal y como consta en la reproducción de los debates habidos en las I Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional (contenida en VV.AA., *La sentencia de amparo constitucional*, 1996), por XIOL RIUS (pp. 112-113), y con matices por HUERTA TOCILDO (p. 113); la autora vuelve sobre el tema en LA MISMA, «El derecho fundamental al honor y el llamado contraamparo», en CARBONELL MATEU *et al.* (coord.), *Constitución, derechos fundamentales y Derecho penal*, t. I, 2009, pp. 1013 ss., especialmente pp. 1023-1027.

¹⁴² Una postura que en gráfica expresión de HUERTA podría describirse como “del Tribunal Constitucional nadie que haya entrado absuelto puede salir condenado” (en VV.AA., *La sentencia de amparo constitucional*, 1996, p. 1023). Vid. CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, «El recurso de amparo y la reforma peyorativa de derechos fundamentales: el denominado “contraamparo”», *REDC*, (47), 1996, pp. 147-148 en nota 26; EL MISMO, *La garantía constitucional de la inocencia*, 2003, pp. 66-72; Ignacio Díez-PICAZO GIMÉNEZ, «Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo», en VV.AA., *La sentencia de amparo constitucional*, 1996, pp. 58-59; FOLGUERA CRESPO, «La protección penal de los derechos fundamentales», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, (210), 1995, pp. 1 ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *RDPC*, (7), 2001, pp. 433-438 (con argumentos a favor de mantener el efecto declarativo también en los casos de concesión de amparo por vulneración de los derechos procesales de la parte acusadora, supuestos en los que sin embargo el TC opta por la retroacción de las actuaciones para la repetición total o parcial del procedimiento); en esta misma línea crítica con la diferenciación de soluciones también DOMÉNECH PASCUAL, *REDC*, (78), 2006, pp. 342-343, 366.

conclusión a la que llegara en cada caso – por obligarle a ello la jurisprudencia del TEDH. Como es sabido, la Constitución (y su interpretación por el TC) prevalece sobre el Convenio (y su interpretación por el TEDH) en todo aquello que confiera mayor protección a los derechos fundamentales; pero lo discutible aquí es precisamente cuál de las dos interpretaciones resulta más favorable a aquellos. Y en cualquier caso, de llevarse a cabo, ¿qué criterios habrían de operar en la valoración? ¿Se habría de controlar la corrección de la aplicación de eximentes y atenuantes? ¿Podría el TC valorar, por ejemplo, la solidez de la apreciación de imprudencia –a menudo determinante de una pena de prisión suspendible–, si existieran, por ejemplo, evidencias de dolo eventual?¹⁴³ A menos que el TC optase por inadmisibles argumentaciones “à la Gäfgen”, esto es, por un mero recurso a la inidoneidad de la pena impuesta a efectos preventivo-generales, parece imposible que dicha tarea pudiera ejercerse sin extralimitarse de sus competencias e invadir las reservadas a la jurisdicción ordinaria por el art. 117.3 CE –uno de los argumentos, como hemos visto, esgrimidos por el propio Tribunal para rechazar esta construcción–.

¿*Quid* de las consecuencias de una eventual declaración de vulneración del derecho por infraprotección? En el caso de una sentencia en tal sentido por parte del TEDH, la cuestión queda zanjada, como se ha señalado repetidamente, con la imposición del pago de una reparación económica al demandante por parte del Estado infractor –a diferencia de lo que sucede, por cierto, en el caso de la CIDH, cuyas sentencias sí han propiciado en muchos casos nuevos enjuiciamientos¹⁴⁴–.

Una situación que no se ve modificada, a mi entender, por la reciente reforma de la regulación del recurso de revisión del art. 954 operada por la Ley 41/2015, de 15 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales (BOE núm. 239, de 6.10.2015). En efecto, a pesar de que el nuevo ap. 3 abre la posibilidad de interponer dicho recurso contra las sentencias que el TEDH haya declarado vulneradoras de algún derecho del CEDH (“siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión”)¹⁴⁵, el recurso no resultaría factible en nuestro caso, pues (al margen de que implicara la celebración de un nuevo proceso contrario a la garantía del *non bis in idem* procesal) supondría obviamente una revisión *contra reo*, incompatible con el sentido que informa la regulación de dicho recurso, concebido solo en su favor. Si la aparición de pruebas que permitirían la condena (o la elevación de la pena) del ciudadano ya absuelto (o condenado a pena menor) por sentencia firme no pueden dar paso a la revisión de la sentencia –evidencia de que en ocasiones el ordenamiento prima la seguridad jurídica por encima de las exigencias de justicia material o, si queremos verlo así, de los intereses de la víctima del delito en la condena del autor–, carecería de sentido permitir la revisión como consecuencia de la apreciación de infraprotección por parte del TEDH.

¹⁴³ Véase *supra* 4 lo comentado en relación a SSTEDH como *Öneryıldız c. Turquía*, de 30.11.2004, o *Mehmet Senturk y Bekir Senturk c. Turquía*, de 9.4.2013.

¹⁴⁴ Véase, por todas, *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*, de 26.9.2006: “El Estado no podrá argumentar prescripción, irretroactividad de la ley penal, ni el principio *ne bis in idem*, así como cualquier excluyente similar de responsabilidad, para excusarse de su deber de investigar y sancionar a los responsables” (§ 151); “las exigencias de la justicia, los derechos de las víctimas y la letra y espíritu de la Convención Americana desplaza la protección del *ne bis in idem*” (§§ 154).

¹⁴⁵ Piénsese, p. ej. en una sentencia como *Riera Blume*, en que la condena para España trajera causa de una sentencia “infraprotectora” de un derecho convencional, y en un eventual recurso de revisión interpuesto por la víctima del delito.

Pues bien, en el improbable caso de que como consecuencia de la jurisprudencia de Estrasburgo se produjera un cambio de rumbo de nuestro TC a este respecto, los efectos de una sentencia otorgante de amparo no podrían ser otros, entiendo, que los meramente declarativos (y potencialmente indemnizatorios) admitidos por el propio Tribunal (por requerirlo así la garantía de la seguridad jurídica y el *non bis in idem procesal* a favor del autor del hecho) en el muy específico campo de las sentencias sobre vulneraciones del derecho al honor¹⁴⁶. Un efecto, a la postre, muy similar –al margen de que en el caso del TEDH la indemnización sí es directamente asignada por la sentencia, mientras que en el TC se configura como una mera reclamación posible ante los tribunales ordinarios– al derivado de las sentencias de Estrasburgo.

5. El deber estatal de evitar delitos

Como última dimensión de la construcción teórica de los deberes positivos de protección en la jurisprudencia del TEDH se alza una obligación que el Estado ha de satisfacer ya en el plano fáctico: la de evitar lesiones a los derechos convencionales más importantes. Recordemos de nuevo que en modo alguno se debate aquí sobre responsabilidad individual de ningún funcionario o agente estatal (y menos aún sobre si esta debe tener carácter penal). De lo único que se trata es de resolver si y en qué circunstancias el Estado vulnera un derecho convencional de un ciudadano (vida, integridad física o moral, intimidad) por no haber puesto medidas que hubieran podido evitar un delito contra él por parte de un tercero; vulneración que, de ser apreciada, conduce simplemente a una declaración de responsabilidad internacional que se traduce en el deber del Estado condenado de satisfacer una indemnización al demandante.

Ya se hizo referencia al principio de estas páginas al hecho de que la obligación estatal de proteger a los ciudadanos evitando que se les haga víctimas de delitos ha sido utilizada de modo diverso en la doctrina penal. En el caso de la doctrina alemana dominante se recurre a ella, en esa dimensión de la que acabamos de decir que *no* se ocupa el TEDH, como fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de agentes policiales por la no evitación de delitos, idea también aceptada por el BGH (por mucho que su aplicación en la práctica real sea escasa)¹⁴⁷.

Entre quienes se han ocupado del tema con mayor profundidad –y más allá de la existencia del deber de evitar delitos consagrado en el Derecho administrativo policial, que *per se* no se considera base suficiente de una eventual posición de garante–, el debate en torno a la asignación de esta última a los funcionarios policiales entronca con la profundización en las relaciones individuo-Estado derivadas del contrato social y, en concreto, en el alcance de los deberes estatales que de él se derivan en cuanto a la protección de sus ciudadanos (una vez descartado un genérico deber estatal de *control* de estos como fuentes de peligro). En este sentido, el sector doctrinal favorable a la posición de garantía de los agentes entiende el deber de

¹⁴⁶ Propuesta enérgicamente defendida por DOMÉNECH PASCUAL (*REDC*, (78), 2006, pp. 361-366), que la entiende aplicable a las demás vulneraciones (palmarias) del derecho de la víctima a una suficiente protección penal de su derecho fundamental.

¹⁴⁷ El debate en Alemania no se limita, en todo caso, a la pasividad policial ante el delito (por mucho que sea este el supuesto más estudiado), sino que se inscribe en un contexto más general relativo a la determinación de la posición de garantía de los funcionarios, ya sea (según los casos) como garantes de protección o como garantes de control. Junto al de los agentes policiales, los otros supuestos objeto de mayor interés y controversia se refieren al funcionario con competencias en la protección del medio ambiente y al funcionario de los servicios sociales respecto de menores.

proteger y brindar seguridad a los ciudadanos como el núcleo esencial de la actividad estatal — incluso como la justificación misma del Estado —: por el contrato social los individuos renuncian a su libertad para autoprotegerse ilimitadamente a cambio precisamente de un sistema de seguridad colectiva que proteja sus bienes jurídicos (ante todo, de los ataques delictivos de los demás)¹⁴⁸.

Un detenido análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo permite apreciar, según creo, una evolución de no poca relevancia en el campo que ahora nos ocupa: a unas obligaciones estatales inicialmente perfiladas de modo muy estricto (medidas exigibles para evitar un *concreto* delito cuya comisión contra una persona *concreta* resultaba previsible), que estudiaremos *infra* 5.1, se comienzan a añadir — en algunas sentencias más recientes que analizaremos *infra* 5.2, muy poco estudiadas por la doctrina — deberes de protección *de la sociedad* frente al sujeto *genéricamente* peligroso, que resultan a mi entender mucho más objetables (*infra* 5.3). Veámoslo.

5.1. El deber de evitar delitos graves previsibles contra personas concretas: el *test Osman*

La sentencia absolutamente central a este respecto, adoptada expresamente como punto de partida por todas las posteriores, es la sentencia de la Gran Sala *Osman c. Reino Unido*, en la que se dirimía la demanda presentada por los padres de un niño asesinado por un profesor que había desarrollado con él una obsesión enfermiza, y que antes de cometer el hecho había dado claras muestras de un comportamiento cuando menos muy irregular y sospechoso, lo que había conducido a sus padres a contactar en numerosas ocasiones con la policía — a pesar de lo cual finalmente se produjo el delito —. El núcleo del caso consistía, por tanto, en dirimir hasta qué punto la no evitación por los servicios estatales de un delito contra un derecho convencional supone que es el propio Estado el que — con su omisión — también vulnera este último. Pues bien, el Tribunal declara el deber positivo del Estado de impedir la vulneración de los derechos (consecuencia, de nuevo, de la obligación asumida en el Convenio de asegurar su disfrute efectivo), pero la perfila de un modo claramente restrictivo — con el que después se ha dado en llamar *test Osman* —: siempre ciñéndose al objeto de la demanda (no evitación de un delito contra la vida), declara que el derecho sería vulnerado si las autoridades “no hicieron todo lo que se podía razonablemente esperar de ellas para impedir la materialización de un riesgo cierto e inmediato para la vida, del que tenían, o deberían tener, conocimiento”. Para apreciar la vulneración, el tribunal “tiene que estar convencido de que dichas autoridades sabían, o habrían debido saber¹⁴⁹ en el momento, que uno o varios individuos estaban amenazados de manera real e inmediata en su vida por actos criminales de un tercero, y que no tomaron, dentro del marco de sus atribuciones, las medidas que, desde un punto de vista razonable, habrían sin duda paliado este riesgo”¹⁵⁰. A estas bases de la existencia del deber

¹⁴⁸ Ampliamente, PAWLIK, «El funcionario policial como garante de impedir delitos», *InDret*, (1), 2008, *passim*, especialmente pp. 13-19. En la misma línea, entre otros, KÜHL, *AT*, 7ª ed., 2012, § 18 nm. 83 ss., nm. 84; ROXIN, *AT II*, 2003, § 32, nm. 85 ss., nm. 93-95; o WEIGEND, «§ 13», *LK*, t. 1, 12ª ed., 2007, nm. 30-31.

¹⁴⁹ Sobre la importancia de formular el pronóstico a partir no solo de la información de la que se disponía sino también de aquella que se debería haber adquirido, Mandy BURTON, «Failing to Protect Victim's Rights and Police Liability», *MLR*, (72 - 2), pp. 272 ss.

¹⁵⁰ *Osman c. Reino Unido*, Gran Sala, de 28.10.1998, § 116. El resultado de la aplicación de este estándar en el concreto caso *Osman* fue favorable al Estado — se entendió que del comportamiento del protagonista no se deducían indicios suficientes que hicieran previsible los delitos que finalmente cometió —, pero no sin discusión: el voto particular de la minoría deja constancia de una discrepancia a la que se adhirieron no pocos comentaristas (así p. ej. GAVAGHAN,

se le añaden otros matices que lo perfilan: el Tribunal declara la necesidad de tener en cuenta, además de la necesidad de respetar los derechos de los ciudadanos, “las dificultades para la policía de ejercer sus funciones en las sociedades contemporáneas”, así como “la imprevisibilidad del comportamiento humano” y “las opciones operacionales a tomar en términos de prioridades y de recursos”, por lo que “hay que interpretar esta obligación de manera que no se imponga a las autoridades un peso insoportable y excesivo. Así, toda presunta amenaza contra la vida no obliga a las autoridades, a la vista del Convenio, a tomar medidas concretas para prevenir su realización”¹⁵¹.

Una vez sentadas estas premisas respecto del alcance del deber estatal en la prevención de delitos, la sentencia *Osman* rechaza la admisibilidad de “cláusulas de inmunidad” a favor de la policía que bloqueen un examen adecuado del caso en los tribunales; el derecho al acceso a estos reconocido al ciudadano por el art. 6 del Convenio prohíbe el establecimiento de una barrera de tal índole, pues debe ser posible dirimir judicialmente las responsabilidades derivadas –de ser este el caso– del incumplimiento de los deberes policiales. Ese fue de hecho el motivo de la condena al Reino Unido, puesto que la aplicación de la cláusula de inmunidad policial (previamente sentada por la *House of Lords* en un caso muy similar) había comportado precisamente ese efecto impeditivo¹⁵².

La tarea revisora del Tribunal se centra, por tanto, en valorar la diligencia en la actuación de las autoridades en la comprobación del riesgo y/o en la adopción de las medidas pertinentes para neutralizarlo o disminuirlo. A este último respecto, en numerosas sentencias posteriores a *Osman* clarifica el Tribunal que la condena al Estado no requiere la certeza de que los hechos hubieran sido distintos si se hubiera actuado correctamente, pues basta con comprobar que las medidas “podrían haber dado lugar a un cambio en el resultado o a mitigar el daño”¹⁵³; la puntualización

«Dangerous Patients and Duties to Warn: a European Human Rights Perspective», *Eur. J. Health Law*, (14), 2007, p. 124).

¹⁵¹ *Osman c. Reino Unido*, Gran Sala, de 28.10.1998, § 116, en afirmaciones reiteradas en toda la jurisprudencia posterior. Véase p. ej. *Paul y Audrey Edwards c. Reino Unido*, de 14.3.2002, §§ 54-55, en la que una deficiente transmisión de información entre policía, psiquiatras y responsables de un centro penitenciario determina que a la víctima le sea asignada la misma celda que a un preso muy peligroso, que la asesina.

¹⁵² *Osman c. Reino Unido*, Gran Sala, de 28.10.1998, §§ 147-154. La cláusula de inmunidad, en efecto, protegía a la policía (si no total, sí muy ampliamente) de demandas civiles por negligencia en la investigación o impedimento de delitos; sentada en su día por la *House of Lords* en consolidada jurisprudencia, pretendía justificarse por *policy reasons* (básicamente la evitación de un ejercicio en exceso defensivo de la función policial, en el que el temor a reclamaciones condujera a malgastar tiempo y recursos en la investigación de riesgos improbables, con la consiguiente disminución de la eficacia del servicio). El tema ha sido muy debatido en la doctrina penal del Reino Unido de los últimos años, que se muestra crítica con la tendencia de sus tribunales a continuar aplicando una inmunidad *de facto* de la policía en este tipo de reclamaciones, o en todo caso una interpretación todavía más estricta de los términos ya por sí muy delimitados del *test Osman*. Véase p. ej. MCVOR, «Getting Defensive about Police Negligence: the Hill Principle, the Human Rights Act 1998 and the House of Lords», *CLJ*, (69 - 1), 2010, pp. 133 ss.; u HOYANO, «Policing Flawed Police Investigations: Unravelling the Blankett», *MLR*, (62 - 6), 1999, pp. 912 ss.

En una sentencia relativamente reciente, no obstante, el TEDH ha confirmado la aplicación del baremo *Osman* previamente realizada por la *House of Lords* en el caso *van Colle*, en el que se negó negligencia en la previsión del riesgo por parte de la policía. El punto interesante de dicha sentencia radica en si, como reclamaba la demandante (esposa de un ciudadano asesinado por un individuo contra el que iba a actuar como testigo), el baremo para activar el deber de protección estatal ha de ser menos exigente al haber contribuido el Estado de alguna manera (llamándole a testificar) a la situación de peligro de la víctima. El TEDH responde negativamente a dicho interrogante, y considera que lo relevante es examinar *per se* la existencia del peligro y la vulnerabilidad de la víctima (*van Colle c. Reino Unido*, de 13.11.2012).

¹⁵³ Entre otras muchas, *Opuz c. Turquía*, de 9.6.2009, § 136. En realidad, la condena a un Estado no requiere siquiera que el delito se haya llegado a producir, sino que basta con que no se haya proporcionado la debida protección;

es desde luego relevante, puesto que exime a los demandantes de probar una relación de causalidad que casi siempre podrá ser puesta en duda. Por otra parte, como es obvio, el deber de evitación no se refiere únicamente a delitos futuros de comisión previsible, sino que *a fortiori* alcanza también a lesiones repetidas del derecho convencional de las que las autoridades tenían (o debían tener) conocimiento.

Osman constituye pues el punto de partida de una muy amplia jurisprudencia posterior, que afecta –como obligados a dar cumplimiento a dicho deber– no solo a los funcionarios policiales, sino a autoridades estatales de diverso signo: servicios sociales encargados de la protección de menores, autoridades escolares o militares, administración penitenciaria, autoridades militares o, incluso, el legislador.

En efecto: aunque normalmente se trata, como se ha dicho, de revisar las concretas actuaciones llevadas (o no) a cabo por las autoridades cuando se detecta la posibilidad de que un sujeto delinca contra otro, en algún caso la no adopción de mecanismos adecuados dirigidos a la evitación del delito por parte de las autoridades estatales puede traer causa del propio marco normativo vigente: así sucedía (en parte) en la relevante *Opuz c. Turquía*, de 9 de junio de 2009, cuyo ordenamiento vetaba la posibilidad de actuar de oficio en episodios de violencia de género en los que las lesiones quedasen por debajo de una cierta entidad si la víctima retiraba la denuncia, factor este que se consideró *per se* –al margen de que la condena se basara también en la no adopción de otras medidas posibles– vulnerador del deber de protección¹⁵⁴. En otro caso de violencia de género, *A c. Croacia*, de 14 de octubre de 2010, y aunque en realidad no fuera este el motivo de la condena, el Tribunal entendió que la protección de la víctima hubiera podido ser más efectiva si el ordenamiento jurídico croata hubiera permitido tratar como un todo los episodios de violencia reiterados durante años, y no, como fue el caso, asignando sucesivamente sanciones de relativa poca gravedad por cada hecho separado¹⁵⁵. Y no puede dejar de mencionarse la más reciente y conocida *O’Keeffe c. Irlanda*, de 28 de enero de 2014, que en relación con abusos sexuales cometidos en un colegio religioso, condena ante todo por la existencia de un marco legal deficiente, que no contaba con medidas adecuadas de detección y comunicación de la información, lo que fue determinante de que los abusos (más allá de un caso concreto) se continuaran produciendo. A este respecto insiste el Tribunal en que el Estado no puede hacer dejación de sus deberes de control por delegación en organismos privados o en particulares: en el caso de Irlanda, a pesar de conocerse el problema de los abusos sexuales en las escuelas religiosas, el Estado continuó confiando los servicios educativos a gestores no estatales, renunciando a cualquier mecanismo de control efectivo por su parte¹⁵⁶.

En relación a esta proyección sobre el legislativo del deber estatal positivo de evitar delitos, y aunque ello no haya sido objeto de sentencia alguna (al menos hasta donde alcanza nuestro conocimiento de la

interesante en ese sentido *R.R. y otros contra Hungría*, de 4.12.2012, en la que se condena por haber excluido del programa de protección de testigos a los familiares de un miembro de una red mafiosa colaborador de la policía sin haberles proporcionado medidas alternativas realistas de protección. Vid. igualmente *Selahattin Dermis c. Turquía*, de 23.6.2015, §§ 27-31.

¹⁵⁴ Según el Tribunal, la imposibilidad legal de actuar contra el autor de violencia doméstica en esos supuestos “no satisfacía las exigencias inherentes a las obligaciones estatales positivas de establecer y aplicar efectivamente un sistema que sancione todas las formas de violencia doméstica y de ofrecer suficientes *safeguards* a las víctimas” (§ 145). Haber podido procesarlo y actuar contra él ya en esas lesiones iniciales hubiera cuando menos disminuido el riesgo de que más adelante llevara a efecto alguno de los delitos con los que amenazó (matar a la madre de su mujer), si bien el Tribunal condena también por lo que se considera una insuficiente respuesta a las amenazas vertidas sobre la víctima. Insiste en la importancia de este aspecto de la sentencia y en que la voluntad contraria de la mujer no pueda impedir la adopción de medidas de protección, Cheryl HANNA, «Health, Human Rights, and Violence Against Women and Girls: Broadly Redefining Affirmative State Duties After *Opuz v. Turkey*», *HICLR*, (34 - 1), 2011, p. 130.

¹⁵⁵ *A c. Croacia*, de 14.10.2010, § 76.

¹⁵⁶ *O’Keeffe c. Irlanda*, Gran Sala, de 28.1.2014, §§ 150-151, 162, 168.

inabarcable jurisprudencia del TEDH), la construcción del Tribunal podría colocar cuando menos bajo sospecha la opción político-criminal (vigente en ordenamientos como el español) favorable a la impunidad de los actos preparatorios individuales, que en tanto se mantengan por debajo del inicio de la ejecución o momentos inmediatamente previos a esta y no vayan acompañados de amenazas ni de la consumación de ningún delito independiente – como posesión ilícita de armas – no permiten al Estado (por mucho que evidencien una clara intención de atentar contra los bienes jurídicos de una persona identificada) activar medidas cautelares de protección de la (posible futura) víctima.

¿Y a los médicos? La cuestión reviste interés. De hecho, en la estela del intenso impacto causado por *Osman* en el Reino Unido (país cuya cultura jurídica, como ya se ha dicho, ha sido siempre muy reacia a establecer deberes de solidaridad o protección) algún autor ha interpretado que el deber estatal de evitar delitos en ella formulado afectaría también a los psiquiatras del Servicio Nacional de Salud, quienes a partir de esta sentencia se encontrarían sujetos al deber de evaluar con la debida diligencia el peligro de que un determinado paciente llegase a cometer agresiones sobre personas concretas – a partir, por ejemplo, de las confesiones del propio sujeto sobre sus fantasías o intenciones en ese sentido –, para, en caso de apreciar la seriedad de dicho riesgo, ponerlo en conocimiento de terceros potenciales víctimas y/o de la Policía (que a su vez debería adoptar las medidas pertinentes)¹⁵⁷. La cuestión no es desde luego novedosa, y lleva décadas preocupando a expertos en Medicina legal y Ética médica (además de, como es lógico, a los profesionales, que a menudo se enfrentan a este dilema). De hecho, en Estados Unidos – donde no son desconocidas demandas de responsabilidad civil a psiquiatras por no haber comunicado el riesgo representado por un enfermo si finalmente este comete una agresión grave – a partir de una famosa sentencia del TS de California¹⁵⁸ numerosos Estados regularon expresamente deberes de los profesionales en este sentido, de tal modo que en casos de peligro (cuya evaluación diligente queda también sujeta a revisión) deviene obligatorio quebrantar el deber de confidencialidad¹⁵⁹.

No parece, con todo, que la posición del Tribunal de Estrasburgo evolucione en esta dirección, al menos en lo que se trasluce de la decisión *Colak y Tsakiridis c. Alemania*, que en 2009 se ocupó de un supuesto muy relacionado con todo lo anterior y en el que merece la pena detenerse: se trataba, en efecto, de un médico de familia que por expresa prohibición de su paciente no había comunicado a la pareja de este su condición de seropositivo¹⁶⁰. Cuando finalmente lo hizo, una vez fallecido el

¹⁵⁷ GAVAGHAN, *Eur. J. Health Law*, (14), 2007, *passim*. Sobre la posibilidad de extender dicho deber también a psiquiatras de la sanidad pública, EL MISMO, «A Tarasoff for Europe? A European Human Rights Perspective on the Duty to Protect», *Int. J. Law Psychiat.*, (30), 2007, pp. 258, 266. Una traslación similar de la doctrina *Osman* a los profesionales de la Medicina y especialmente de la Psiquiatría puede encontrarse entre nosotros en PARDO LÓPEZ, «Intimidad personal, protección de datos sanitarios e intromisiones legítimas: una proyección hipotética de la doctrina Tarasoff sobre el ordenamiento jurídico español», *AdD*, (25), 2007, pp. 200, 204 ss.

¹⁵⁸ En realidad se trata de dos sentencias: *Tarasoff v. Regents of the University of California*, 118 Cal.Rptr. 129 (Cal 1974), y 551 P.2d 334 (Cal 1976).

¹⁵⁹ Además de en el trabajo de PARDO LÓPEZ (*AdD*, (25), 2007, especialmente en pp. 185-192), una informada y útil panorámica al respecto puede encontrarse en WALCOTT *et al.*, «Current Analysis of the Tarasoff Duty: an Evolution towards the Limitation of the Duty to Protect», *Behavioral Sciences and the Law*, (19), 2001, pp. 325 ss., en el que se ponen de manifiesto las diversas formulaciones y matices de estos llamados *Tarasoff duties* en normativa y jurisprudencia de los distintos Estados, así como su interpretación por los tribunales y lo que los autores consideran su aplicación decreciente en los últimos años.

¹⁶⁰ La reflexión sobre los deberes de protección en el contexto del ejercicio de la Medicina no se limita, en efecto, a los relacionados con la peligrosidad del paciente psiquiátrico; también se proyecta, p. ej., sobre las enfermedades infecto-contagiosas (y muy especialmente el caso del virus VIH y la comunicación a la pareja de la persona

enfermo, se comprobó que la mujer también estaba infectada, si bien no se pudo probar si el contagio se había producido antes o después de que el facultativo conociera la enfermedad de su paciente (peritajes de expertos indicaban la mayor probabilidad de que la transmisión hubiera sido anterior)¹⁶¹. El problema de esta sentencia radica, a mi juicio, en que el Tribunal no se pronuncia con claridad sobre la cuestión central, al no plantearse, en puridad, la aplicación al médico del *test Osman*. En efecto: de haber sido este el punto de partida, la cuestión hubiera debido girar en torno a si aquel, en tanto agente del servicio estatal de salud, había tomado las medidas adecuadas y razonablemente exigibles para evitar la materialización de un riesgo grave del que tenía o hubiera debido tener conocimiento (un posible contagio que, no debe olvidarse, hubiera sido obviamente constitutivo de delito por parte del marido). Que la actuación protectora en este caso colidía con el deber de confidencialidad es, por supuesto, evidente; pero ya al formular su postura en *Osman* deja claro el Tribunal que los deberes de protección pueden entrar en conflicto con otros intereses, debiendo realizarse una ponderación (exigir al Estado lo “razonable”) que queda también sujeta a la revisión del Tribunal. Desde este enfoque, por tanto, la sentencia hubiera debido pronunciarse sobre el fondo del tema (conflicto entre protección y confidencialidad) siempre, por supuesto, valorando las circunstancias del caso concreto. No fue ese en absoluto, sin embargo, el enfoque del Tribunal. De hecho, la doctrina *Osman* ni siquiera se menciona; *el médico no es considerado aquí, en suma, “Estado”*¹⁶². A pesar de asumir como punto de partida que el derecho implicado fuera el art. 2, lo que se analiza es si el marco normativo interno proporcionaba a la demandante remedio suficiente en los tribunales para una posible negligencia médica¹⁶³.

seropositiva, como el caso del TEDH comentado en el texto), o las patologías de origen genético, supuesto este último en el que la intimidad del afectado puede colidir con los intereses de sus familiares biológicos (vid. arts. 47.5, 48.2 y 49.2 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, BOE núm. 159, de 4.7.2007). Este último precepto, referido a los casos en que el paciente prefiere no conocer los resultados de las pruebas, dispone que “cuando esta información sea necesaria para evitar un grave perjuicio para la salud de sus familiares biológicos, se podrá informar a los afectados o a su representante legalmente autorizado” (la cursiva es mía), pero no resuelve los casos en los que el afectado sí conoce los resultados y no quiere que sean comunicados a ninguna otra persona. Sobre dichos conflictos puede consultarse mi trabajo «La vulneración de la intimidad en el ámbito de los datos sanitarios: algunos supuestos problemáticos desde la óptica penal», en TOMÁS-VALIENTE LANUZA (dir.), *La salud: intimidad y libertades informativas*, 2006, pp. 265-272; sobre la aplicación a ellos de la doctrina *Tarasoff* en Estados Unidos, PARDO LÓPEZ, *AdD*, (25), 2007, pp. 191-192, con indicaciones bibliográficas.

¹⁶¹ *Colak y Tsakiridis c. Alemania*, de 5.6.2009. En el procedimiento civil seguido a raíz de la demanda presentada por la esposa por negligencia médica, el *Oberlandsgericht* de Frankfurt consideró que el médico había valorado incorrectamente el peso del deber de confidencialidad, y que debió haber avisado a la esposa. Esta ponderación del conflicto, con ser incorrecta, no comportó sin embargo un error médico evidente o craso que hubiera justificado un escrutinio estricto del nexo entre su conducta omisiva y la infección de la mujer (caso en el cual la carga de la prueba del carácter previo del contagio hubiera recaído sobre él); siendo así, la carga de probar que el contagio fue posterior competía a la demandante, que no pudo aportar pruebas suficientes en ese sentido.

¹⁶² Y no siempre es así en la jurisprudencia del Tribunal: en la ya citada *Mehmet Senturk y Bekir Senturk c. Turquía*, de 9.4.2013, sí se parte absolutamente de una visión de los médicos (bien es verdad que en el contexto de una atención hospitalaria en urgencias) como agentes del Estado, de tal manera que correspondía el Tribunal “investigar si las autoridades nacionales hicieron todo lo que razonablemente se podía esperar de ellas, y en concreto, si cumplieron de manera general con su obligación de proteger la integridad física de la paciente, concretamente administrándole los cuidados médicos apropiados” (§ 89).

¹⁶³ A este respecto, concluye el Tribunal que el ordenamiento alemán le permitía acudir tanto a la vía civil (en la que la cuestión había sido cuidadosamente analizada) como a la penal (en la que el estado de necesidad del § 34 constituía un marco adecuado para realizar la necesaria ponderación de los intereses en conflicto), y que los tribunales aplicaron las normas de Derecho interno relativas a su demanda civil de modo acorde con el espíritu del Convenio (*Colak y Tsakiridis c. Alemania*, de 5.6.2009, §§ 30-36).

Pero volvamos al desarrollo posterior de la doctrina *Osman* y a los ámbitos en que sí ha sido aplicada. Gran parte de las sentencias condenatorias en este contexto se refieren a supuestos de violencia de género¹⁶⁴, campo especialmente sensible en el que el parámetro de la debida diligencia en la actuación estatal (básicamente policial, aunque también de los tribunales) se encuentra muy asentado en instrumentos internacionales dirigidos precisamente a asegurar la intervención estatal protectora de las víctimas y la erradicación de esta forma de discriminación de las mujeres¹⁶⁵. Pero con ser quizás el más frecuente, el de la violencia de género no es, ni mucho menos, el único campo de aplicación: existen sentencias condenatorias por la inactividad de las autoridades penitenciarias para proteger a un preso de los malos tratos infligidos por otros¹⁶⁶; la no evitación policial de homicidios en los que la pasividad parece obedecer a la connivencia con los autores (que es, por cierto, la tipología de casos que con mayor frecuencia han llegado a la Corte Interamericana de Derechos Humanos), algo especialmente frecuente, de nuevo, en la específica situación del sudeste turco¹⁶⁷; la inactividad de un conjunto de servicios sociales y administrativos ante malos tratos repetidos cometidos por menores contra un discapacitado mental¹⁶⁸; la insuficiente reacción de las autoridades escolares ante abusos sexuales cometidos por profesores¹⁶⁹; la desatención y falta de actuación contundente de los servicios sociales respecto de niños sometidos a abusos o condiciones de absoluto abandono por parte de sus padres¹⁷⁰; o la insuficiente previsión de las autoridades respecto de las actuaciones violentas y xenófobas en que podría derivar una manifestación de un grupo radical ante una mezquita¹⁷¹.

Un repaso al tipo de supuestos que con más frecuencia han dado lugar a sentencias condenatorias en este contexto permite comprobar que en la mayoría de las ocasiones nos encontramos ante víctimas pertenecientes a colectivos (mujeres víctimas de violencia de género, minorías raciales, políticas o religiosas, discapacitados, presos, menores en situación de riesgo o abandono) que en función del contexto se encuentran especialmente expuestos a patrones de discriminación o violencia; en este tipo de casos, puede argumentarse, el Estado se encuentra especialmente obligado a actuar, precisamente para neutralizar — mediante la evitación de actos delictivos contra ellos, aunque también desde luego mediante otro tipo de intervenciones extrapenales— la perpetuación de tales desigualdades estructurales¹⁷². Conviene insistir también, sin embargo, en que la afirmación del deber estatal de evitar delitos no se ha constreñido a este tipo de contextos: la sentencia *Osman*, paradigma de toda esta construcción, es buena prueba de ello.

¹⁶⁴ *Kontrová c. Eslovaquia*, de 31.5.2007; *Bevacqua y S. c. Bulgaria*, de 12.6.2008; *Opuz c. Turquía*, de 9.6.2009; *A c. Croacia*, de 14.10.2010; *Kalucza c. Hungría*, de 24.4.2012 (en la que se rechaza que la presencia de agresiones mutuas en la pareja sea motivo suficiente para denegar la orden de protección, que en tal caso debería imponerse a ambos implicados, § 66).

¹⁶⁵ Ampliamente Jill MARSHALL, *Int. Comm. L. Rev.*, (10), 2008, *passim*. Sobre el empleo de este estándar por la CIDH, en el contexto de la escalofriante violencia contra las mujeres en Ciudad de Juárez, ABRAMOVICH, «Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *ADH*, 2010, pp. 171-182.

¹⁶⁶ *Premininij c. Rusia*, de 10.2.2011; o *Cesnulevicius c. Lituania*, de 10.1.2012.

¹⁶⁷ De hecho, en estos supuestos no por casualidad a la condena por falta de protección se añade la derivada de una posterior insuficiencia en la investigación de los hechos (p. ej. en *Mahmut Kaya c. Turquía*, y *Kiliç c. Turquía*, ambas de 28.3.2000; *Medova c. Rusia*, de 15.1.2009).

¹⁶⁸ *Dordevic c. Croacia*, de 24.7.2012 (autoridades estatales que no intervienen de modo suficiente para evitar un acoso cometido durante años por menores de edad sobre un discapacitado psíquico de su barrio).

¹⁶⁹ En la ya citada *O’Keefe c. Irlanda*, Gran Sala, de 28.1.2014.

¹⁷⁰ *Z y otros c. Reino Unido*, de 10.5.2001 (Gran Sala), o *E y otros c. Reino Unido*, de 26.11.2002.

¹⁷¹ *Karaahmed c. Bulgaria*, de 24.2.2015.

¹⁷² Vid. ABRAMOVICH, *ADH*, 2010, pp. 170-171.

Hasta aquí, como vemos, el Tribunal delimita las obligaciones positivas del Estado con unos contornos relativamente estrictos: adopción de medidas razonablemente exigibles (según el estándar de la debida diligencia) para neutralizar un riesgo claro e inmediato de que un ciudadano cometa (o siga cometiendo) un delito sobre los bienes fundamentales de una (o unas) persona concreta, cuando se tenía o debería haber tenido conocimiento del mismo. No se trata, por tanto, de un deber estatal de proteger o brindar seguridad a sus ciudadanos (a la sociedad en su conjunto) en sentido genérico, sino de la obligación de protegerlos frente a *concretos delitos* que se están produciendo o cuya futura comisión aparece como probable. Ese era, sin duda, el sentido de la jurisprudencia inicialmente sentada en *Osman* (posteriormente desarrollada en esos otros ámbitos que hemos mencionado), y así fue valorada por la doctrina en su momento, que se ocupó de destacar ese limitado alcance¹⁷³.

Sin embargo, lo cierto es que el potencial expansivo que anida en el concepto mismo del deber de protección ha ido empujando su operatividad hacia contextos muy diversos de los inicialmente delimitados: la jurisprudencia más reciente del Tribunal se ha referido ya, en varias ocasiones, a la “protección de la sociedad” como elemento generador de un deber positivo del Estado (si bien, como veremos, la vulneración de dicho deber es después técnicamente argumentada –de modo un tanto engañoso– como la del concreto derecho de la persona que finalmente ha resultado víctima). No nos referimos ahora, por supuesto, a esa amplísima panoplia de deberes que han venido siendo perfilados en relación a actividades o industrias peligrosas (en donde se trata de controlar riesgos para la vida o salud de la población pero no de evitar delitos), sino de sentencias en las que se parte sin ambages de un deber estatal de controlar a personas (criminalmente) peligrosas. Repasaremos primero los contextos en que se ha advertido esta evolución –que como es habitual en la jurisprudencia del Tribunal obedece a un avance marcadamente casuístico, al hilo de las demandas sobre las que ha de resolver–, para realizar después algunas consideraciones.

5. 2. El deber de protección de la sociedad

Los pronunciamientos del TEDH que ahora interesan pueden sistematizarse en torno a tres tipos de situaciones.

a) Delitos perpetrados por personas a las que el propio Estado ha dotado de armas, aunque los hechos lesivos se cometan fuera de servicio (*Gorovenky y Bugara c. Ucrania*, o *Saso Gorgiev c. la antigua República Yugoslava de Macedonia*). En estos supuestos no se trata tanto, en puridad, de un deber estatal de controlar a sujetos criminalmente peligrosos como del de controlar debidamente a quién se dota de instrumentos que lo son *per se*, como las armas de fuego: aunque se admite que el comportamiento de los protagonistas de ambos casos (policías) no resultaba previsible, el Tribunal afirma que compete al Estado prever y aplicar rigurosamente un sistema que evite el uso indebido

¹⁷³ Vid. p. ej. GAVAGHAN, *Eur. J. Health Law*, (14), 2007, pp. 121-122, 129; HOYANO, *MLR*, (62 - 6), 1999, pp. 935-936; MCBRIDE, *Eur. L. Rev.*, (24), 1999, pp. 45-50.

de las armas reglamentarias, así como poner en práctica un sistema de selección del personal policial especialmente cuidadoso¹⁷⁴.

b) Delitos cometidos durante permisos o libertad condicional por personas condenadas por delitos violentos (*Bromiley c. Reino Unido*¹⁷⁵; *Mastromatteo c. Italia*¹⁷⁶; *Maiorano y otros c. Italia*¹⁷⁷; y *Choreftakis y Choreftaki c. Grecia*¹⁷⁸). Las cuatro sentencias parten en efecto de un sustrato fáctico común: reclamaciones al Estado respectivo por parte de los familiares de personas que han sido asesinadas por un preso durante el disfrute de algún beneficio penitenciario.

En el modo en el que se aborda el caso *Bromiley* resulta evidente que todavía no se ha dado el paso hacia esa “protección de la sociedad” que ahora interesa destacar. El hecho de que la demanda ni siquiera se admita se basa, en efecto, en la aplicación del parámetro *Osman*, una de cuyas premisas (la de que exista un riesgo identificable *para una persona concreta*) es casi de imposible cumplimiento en casos de estas características¹⁷⁹. El salto, casi inadvertido, se produce a partir de *Mastromatteo*; tanto en ella como en las dos posteriores admite el Tribunal, como no podía ser de otro modo, que no nos encontramos aquí ante el contexto *Osman*, sino que de lo que aquí se trata es de la protección general de la sociedad de eventuales comportamientos violentos de sujetos que cumplen pena privativa de libertad por delitos de esa índole.

Pues bien, en los tres casos llama poderosamente la atención que la revisión de la actuación estatal por parte del Tribunal no se limita a constatar si la concesión del beneficio penitenciario se realizó de acuerdo con el parámetro de la debida diligencia (que aquí se identifica con una cuidadosa valoración de, ante todo, el comportamiento del interno durante su estancia en prisión, y de los indicios de peligrosidad que de él pudiera deducirse), sino que previamente se acomete un análisis del respectivo *marco normativo interno* sobre su concesión (período de seguridad, plazo para la concesión, estadísticas de reincidencia)¹⁸⁰. Un análisis que en los tres casos concluyó que las respectivas regulaciones preveían “medidas suficientes para asegurar la protección de la sociedad”, pero que en uno de ellos estuvo muy cercano a la calificación contraria¹⁸¹.

¹⁷⁴ En *Saso Gorgiev c. la antigua República Yugoslava de Macedonia*, de 19.4.2012, §§ 42-43, 49, 50-51, resulta difícil, a mi juicio, establecer esa negligencia estatal a la que el Tribunal siempre liga la apreciación de responsabilidad. Más sencillo resulta en cambio en *Gorovenky y Bugara c. Ucrania*, de 12.1.2012, en la que el agente presentaba problemas con la bebida que eran conocidos por sus superiores, a pesar de lo cual continuaba portando un arma.

¹⁷⁵ *Bromiley c. Reino Unido* de 23.11.1999.

¹⁷⁶ *Mastromatteo c. Italia*, de 24.10.2002.

¹⁷⁷ *Maiorano y otros c. Italia*, de 15.12.2009.

¹⁷⁸ *Choreftakis y Choreftaki c. Grecia*, de 17.1.2012.

¹⁷⁹ Junto a la inexistencia de falta de diligencia en la comprobación de la posibilidad de que el sujeto cometiera un delito contra la vida (había regresado a prisión sin problemas en dos permisos previos), se aduce como motivo de inadmisión de la demanda la falta de previsibilidad de que pudiera estar en riesgo la vida de la hija de los demandantes.

¹⁸⁰ Análisis más exhaustivo en *Choreftakis* (§§ 54-61), presente también en *Mastromatteo* (§§ 72-73) y superficial en *Maiorano* (§ 112).

¹⁸¹ En concreto en *Choreftakis* (§§ 54-61), en donde se presta especial atención al hecho de que la normativa griega impidiera que las autoridades penitenciarias pudieran tomar en consideración —transcurrido un determinado plazo— las sanciones disciplinarias recaídas durante la prisión. En opinión del Tribunal tal cosa dificultó (y de ahí las reservas) la valoración de la peligrosidad del interno, si bien no la impidió por completo en la medida en que se admitían otros informes al respecto (y de ahí que finalmente no se condenara a Grecia, por no ser el mencionado

Una vez declarado satisfactorio el régimen interno de concesión, el test de la debida diligencia en el otorgamiento del beneficio arroja diferentes resultados¹⁸². En los casos en que la concesión se estima correcta a la luz de los datos de los que se disponía *ex ante*, el Tribunal no condena al Estado, rechazando que la responsabilidad en este contexto deba necesariamente ser objetiva¹⁸³.

No es esta, por cierto, la perspectiva dominante en los Tribunales españoles, que en vía contenciosa sí tienden a la afirmación de la responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración en estos supuestos, obligando al resarcimiento de la víctima incluso en los casos en que la concesión del beneficio penitenciario se hubiera realizado de modo enteramente ajustado a los requisitos legales – buen comportamiento previo del penado, ausencia de indicios de peligrosidad, etc. –. La base argumental (que me parece enteramente acertada además de muy sugerente para otros contextos) es la de que el riesgo *inevitable* inherente a la concesión de beneficios (que forman parte de la orientación constitucional del sistema penitenciario y se conceden por el interés público en la resocialización de los presos) no puede hacerse recaer exclusivamente sobre la víctima del delito, sino que ha de ser soportado *solidariamente* por el conjunto de la sociedad¹⁸⁴. Argumento este último, por cierto, esgrimido por el Juez Bonello en su voto particular a *Mastromatteo*, donde se refiere a la “socialización del riesgo”.

c) Delitos cometidos por personas mentalmente enfermas y criminalmente peligrosas (*Branko Tomasic y otros c. Croacia*¹⁸⁵ y *Bljakaj y otros c. Croacia*¹⁸⁶).

La sentencia *Bljakaj* atañe a un sujeto con historial de violencia doméstica y problemas mentales, en proceso de divorcio, que comunica a un empleado de su banco (y seguidamente al policía que por aviso de este último le visita en su casa) que va a suicidarse y a “hacer algo de lo que se hablaría”. A pesar de que de inmediato se inicia un procedimiento urgente para ingresarle, se le deja permanecer en su domicilio; esa misma mañana, va en busca de su mujer e intenta matarla, y finalmente asesina a la abogada de esta en su despacho. La sentencia sitúa el caso en el ámbito de los deberes estatales positivos en relación a la protección de la sociedad “contra eventuales actos violentos de una persona con una perturbación mental perceptible”¹⁸⁷; aun con las cautelas que en este tipo de casos suele expresar (dificultades de previsión del comportamiento humano, no imposición de una excesiva carga a los aparatos estatales, respeto al proceso debido y a los derechos de los ciudadanos), termina concluyendo el Tribunal que existía un riesgo real e inmediato (de que cometiera algún delito, ha de entenderse, puesto que el que finalmente consumó no podía

un fallo “tan evidente” como para hacer incompatible su regulación con las obligaciones estatales de protección de la sociedad). Ha de destacarse en todo caso lo estrecho del margen por el que se adopta la sentencia (4 magistrados contra 3, que formulan voto particular).

¹⁸² Se condena en *Maiorano*, por lo que se consideran indicios evidentes de peligrosidad del sujeto que no fueron correctamente apreciados, a lo que se suman otros factores, como el de que la policía no comunicara a las autoridades competentes determinadas vulneraciones de los términos de la libertad condicional de las que tuvo conocimiento (§§ 113 ss.).

¹⁸³ Expresamente en *Mastromatteo*, § 95: “El artículo 2 del Convenio no impone a los Estados la obligación de prever una indemnización en base a una responsabilidad objetiva”.

¹⁸⁴ Vid. sobre todo STS, 3ª, 16.12.1997 (Ar. 9422; MP: Juan Antonio Xiol Rius); y partir de ella STS, 3ª, 4.6.2002 (Ar. 6292; MP: Enrique Lecumberri Martí); y SSAN, S. Contencioso-Administrativa, de 8.2.2006 (Ar. 264945, MP: Fernando Benito Moreno), y 11.10.2006 (Ar. 245405, MP: Ángel Novia Fernández). Al respecto GONZÁLEZ ALONSO, «Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez por delitos cometidos por condenados en libertad condicional, en tercer grado penitenciario o en disfrute de un permiso penitenciario», *Diario La Ley*, (6896), 2008.

¹⁸⁵ *Branko Tomasic y otros c. Croacia*, de 15.1.2009.

¹⁸⁶ *Bljakaj y otros c. Croacia*, de 18.9.2014.

¹⁸⁷ *Bljakaj y otros c. Croacia*, de 18.9.2014, § 121.

considerarse previsible) y que las autoridades tuvieron o debieron tener conocimiento de ello, por lo que debería haberse dispuesto un ingreso forzoso esa misma mañana, haciendo uso de la posibilidad a tal efecto prevista por el Derecho interno¹⁸⁸.

De un sujeto parcialmente inimputable, y de las medidas que hubieran debido adoptarse respecto de él, trata la a mi juicio importante sentencia *Branko Tomasic*, cuyos hechos requieren un relato con cierto detalle. El protagonista, un hombre violento, es condenado por continuas amenazas de muerte dirigidas a su pareja e hija; la pena es de 5 meses de prisión, a los que se añade una medida de seguridad de tratamiento psiquiátrico obligatorio en virtud de un desorden de personalidad que disminuía aunque no anulaba su capacidad de responsabilidad. Inicialmente el tribunal de instancia –siguiendo la recomendación del psiquiatra– estableció que la medida habría de durar el tiempo necesario, incluso una vez transcurrida la pena de prisión; pero el tribunal de apelación, de acuerdo con la legislación interna que así lo requería, limitó la duración del tratamiento a la misma que la pena privativa de libertad. En cualquier caso, el tratamiento (que solo duró dos meses al no haberse comenzado hasta una vez resuelto el recurso sobre el límite máximo de su duración) no implicó la administración de ningún tipo de medicación, sino que consistió en meras conversaciones con diverso personal (no psiquiatras) de la prisión; según el relato de los hechos, no se formuló tampoco ningún plan de tratamiento, y antes de poner en libertad al sujeto no se realizó evaluación alguna de su estado ni del nivel de riesgo de que llevara a cabo sus amenazas. Unas semanas después de ser puesto en libertad, el sujeto mató a su esposa e hija y se suicidó. El caso afecta, por tanto, a un riesgo previsible contra personas concretas –y desde esta óptica *Osman*, y no la de la genérica protección de la sociedad, es analizado por el Tribunal–, pero sus consideraciones sobre la medida de seguridad de tratamiento psiquiátrico compulsivo aconsejan su análisis en este momento.

El Tribunal declara la responsabilidad de Croacia por muchos factores, entre los que se encuentra la falta de diligencia en la administración del tratamiento o la no comprobación del nivel de peligrosidad del interno antes de ponerlo en libertad. Pero, de nuevo (al igual que en las sentencias relativas a la libertad condicional antes estudiadas), se hace también referencia al marco normativo interno sobre la ejecución de la medida de tratamiento, que se tacha de deficiente. La razón declarada para ello es su excesiva indeterminación, que deja la ejecución del tratamiento compulsivo excesivamente en manos de las autoridades penitenciarias; pero veladamente desliza también el tribunal una crítica (o así creo que puede interpretarse) a la limitación de la duración de la medida. Así, inmediatamente después de señalar la excesiva indeterminación de la legislación penitenciaria a este respecto, se añade:

“El Tribunal también repara en que el tribunal de primera instancia ordenó la medida de tratamiento psiquiátrico compulsivo sobre M. durante su encarcelamiento y después si fuera necesario, tal y como fue recomendado por el psiquiatra. Sin embargo, el tribunal de apelación redujo la medida a la duración de la

¹⁸⁸ *Bljakaj y otros c. Croacia*, de 18.9.2001, §§ 120-134.

condena de prisión dado que bajo la ley croata no es posible extender el tratamiento psiquiátrico compulsivo más allá del tiempo de la sentencia para aquellos que lo necesiten”¹⁸⁹.

Ahí lo deja el Tribunal: pero no por implícita resulta la sugerencia menos clara¹⁹⁰.

5.3. Algunas consideraciones

Este giro jurisprudencial, cuya importancia ha pasado —en lo que se nos alcanza— prácticamente desapercibida por la doctrina, merece, por supuesto, algún comentario¹⁹¹.

Como es de todos conocido, las necesidades de protección de la sociedad frente al riesgo de comisión de delitos constituyen la base conceptual en torno a la que se ha venido articulando un modelo de Derecho penal asegurativo cada vez más consolidado (si bien en distintos grados) tanto en ordenamientos anglosajones como europeo continentales; un modelo que se plasma ya en la propia configuración de los tipos (a través, por ejemplo, de un continuo adelantamiento de las barreras de protección) o en la regulación de los beneficios penitenciarios (período de seguridad) y, de modo especialmente notorio, también en el ámbito de las medidas de seguridad, como muestra la progresiva expansión en el Derecho comparado de medidas postpenitenciarias de diversa índole aplicables a sujetos respecto de los que persiste un pronóstico de peligrosidad — custodia de seguridad alemana, medidas contra los delincuentes sexuales en muchos estados norteamericanos, libertad vigilada en nuestro ordenamiento —, o medidas restrictivas de derechos predelictuales, que en algunas regulaciones — como en el caso de la *anti-social behaviour order* y la *risk of sexual-harm orders* vigentes en el Reino Unido¹⁹²— se enmascaran como meras ordenes restrictivas civiles; consideraciones asegurativas de este tipo juegan también un importante papel, por otra parte, en determinadas formas de pena, como la *Imprisonment for Public Protection* vigente

¹⁸⁹ *Branko Tomasic y otros c. Croacia*, de 15.1.2009, § 59. Vid. igualmente *Hajduova c. Eslovaquia*, de 30.11.2010, en la que se condena por la inactividad del tribunal que impone a un sujeto una medida de internamiento psiquiátrico posterior al delito de violencia de género, pero que omitió ordenar y asegurar su ejecución una vez fue puesto en libertad por el hospital (casi de inmediato) sin haberse llevado a cabo tratamiento alguno —después de lo cual siguió la reiteración de sus amenazas y agresiones—.

¹⁹⁰ La cuestión de la cesación de una medida de seguridad de internamiento a un sujeto inimputable late también en la sentencia *Ruiz Rivera c. Suiza*, de 18.2.2014, relativa a los requisitos sobre todo temporales de la evaluación psiquiátrica del interno (en el caso, autor de un asesinato especialmente violento) previos a dicha decisión. Resulta particularmente interesante el voto particular de la jueza Keller (con adhesión del juez Popovic), quien entiende (§ 23) que tras su liberación condicional (que critica en tanto precedida del diagnóstico de un solo profesional) el Estado hubiera debido tomar las medidas necesarias para proteger a la sociedad, subrayando la eventual responsabilidad estatal en la que se hubiera incurrido en caso de que, debido a la falta de aquellas, el sujeto hubiera cometido un nuevo delito.

¹⁹¹ La cuestión no es por ejemplo mencionada en el trabajo de VIGANÒ, a pesar de que sí cita las sentencias *Branko Tomasic*, *Mastromatteo* y *Maiorano* (*Política Criminal*, (9 - 18), 2014, p. 445 nota 49), y lo mismo puede decirse de la monografía de MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention of Human Rights by the European Convention of Human Rights*, 2004, p. 22; sí advierte la existencia del nuevo paradigma de la “protección de la sociedad”, pero sin extraer conclusiones de ello, XENOS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, 2012, pp. 86-87.

¹⁹² Muy acertadamente criticadas, entre otros, por ZEDNER, «Seeking Security by Eroding Rights: The Side-stepping of Due Process», en GOOLD/LAZARUS (eds.) *Security and Human Rights*, 2007, pp. 257 ss., o ASHWORTH, «Criminal Law, Human Rights and Preventative Justice», en MCSHERRY et al. (eds.), *Regulating Deviance: the Redirection of Criminalisation and the Futures of Criminal Law*, 2009, pp. 87 ss.

en el Reino Unido entre 2003 y 2012¹⁹³, la propia institución de la cadena perpetua o la prisión permanente revisable introducida en nuestro ordenamiento por la LO 1/2015. No es este el lugar para adentrarnos en la valoración de este modelo, cuyos costes han sido suficientemente destacados por la doctrina¹⁹⁴; ciñéndome a lo que ha sido el hilo conductor de este trabajo, me limitaré tan solo a destacar la incidencia que en este panorama puede representar la jurisprudencia del TEDH que acabamos de examinar.

Llama poderosamente la atención, por cierto, la asimetría con que el deber estatal de protección de la sociedad es utilizado en los ordenamientos anglosajones: muy cicateramente (en especial en Estados Unidos) cuando se dirime la responsabilidad *del Estado* por no haberlo satisfecho, y de modo tremendamente amplio cuando de lo que se trata es de justificar su proyección coercitiva sobre el real o potencial *delincuente*¹⁹⁵.

a) Ha de señalarse, para empezar, que el propio concepto de la “seguridad de la sociedad” como fuente *per se* de obligaciones positivas para los Estados sugiere muchas dudas respecto de su encaje en el conjunto del Convenio y en el cauce por el que ha transcurrido la construcción de aquellas en la jurisprudencia del Tribunal. Nos encontramos aquí, en cierto modo, ante una paradoja paralela a la que identificábamos anteriormente cuando nos referíamos a las alusiones a la prevención general con las que con frecuencia el Tribunal justifica los deberes de criminalización y sanción y su difícil encaje con la articulación procesal de la demanda y el fallo sobre la base de la vulneración de un concreto derecho convencional de una persona que pueda ser considerada “víctima”¹⁹⁶. En las sentencias que ahora nos ocupan acontece algo similar: lo que se valoran son supuestas deficiencias estatales en la protección de la seguridad de la sociedad (que como tal no se encuentra entre los derechos convencionales), pero tanto la demanda como el fallo (como no puede ser de otro modo) se articulan en torno a una vulneración específica del derecho de una concreta víctima por un individuo peligroso.

b) La jurisprudencia del Tribunal que acabamos de analizar no debe interpretarse como si se tratara de (o anunciara) un retroceso respecto de una postura previa más restrictiva en relación a la admisibilidad de las medidas de seguridad más discutibles (las que recaen sobre sujetos imputables peligrosos) o determinadas penas, pues lo cierto es que, aunque el Tribunal ha emitido diversas sentencias correctoras de algunas regulaciones nacionales al respecto (señaladamente, de la custodia de seguridad alemana), ello no ha obedecido a un rechazo del fondo de las mismas, sino a cuestiones secundarias relativas a su aplicación retroactiva o al modo de cumplimiento¹⁹⁷. En lo que atañe a las medidas de seguridad de este tipo, ya antes de las sentencias a que nos estamos refiriendo, por tanto, no cabía esperar que el Tribunal funcionase como muro de contención del

¹⁹³ Una pena privativa de libertad —introducida por la *Criminal Justice Act* de 2003— de duración indeterminada para delincuentes cuya puesta en libertad dependía de que no representasen ya más que un mínimo riesgo de reincidencia.

¹⁹⁴ Entre los trabajos más recientes, en concreto sobre el papel de la peligrosidad criminal —y su complejo pronóstico— en todo este entramado asegurativo destaca la aportación de MARTÍNEZ GARAY, «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret*, (2), 2014.

¹⁹⁵ LAZARUS, «Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect or Coerce?», en ROBERTS/ZEDNER (eds.), *Principled Approaches to Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Professor Andrew Ashworth*, 2012, notas 74 ss.

¹⁹⁶ *Supra* 4.1.

¹⁹⁷ *Infra* en el texto.

núcleo sustantivo de estas regulaciones (un papel que, al menos en lo que a España respecta – caso de llevarse a término iniciativas como la introducción de la custodia de seguridad, plasmada en el Anteproyecto de Reforma de CP de 2012 y finalmente abandonada – podría esperarse con mucho mayor fundamento de nuestro Tribunal Constitucional).

El propio tenor del art. 5 del Convenio no constituye un baluarte sólido en este sentido: no hay que olvidar que en él se contempla (letra *e*) la legitimidad de la privación de libertad, realizada conforme al procedimiento establecido por la ley, de “una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo”. Si la alusión a la persona alcohólica y a la toxicómana resulta discutible, la legitimidad de la privación de libertad del vagabundo resulta (medie o no un procedimiento legalmente establecido) francamente inadmisibles¹⁹⁸.

El primero de los supuestos mencionados dio lugar en 2005 a una muy interesante sentencia (*Enhorn c. Suecia*) en tanto trataba de una privación de libertad de una persona infectada por VIH que, bajo el ropaje de un internamiento civil, no constituía otra cosa que una medida de seguridad predelictual, pues a petición de los médicos fue adoptada por los tribunales sobre la base de que el enfermo, persona con cierta tendencia al consumo de alcohol y poca conciencia de enfermedad, era susceptible de incurrir en un comportamiento sexual desordenado que contagiara a otras personas – lo que obviamente hubiera constituido delito –, razón por la cual estuvo privado de libertad, en períodos discontinuos dadas sus varias fugas, un total de dieciocho meses. En su sentencia, condenatoria para Suecia, el Tribunal favorece una interpretación restrictiva del art. 5.1.e) del Convenio, que solo justifica la privación de libertad del enfermo en razón de su necesidad, esto es, cuando no existiera otro medio para evitar la propagación de la enfermedad (cosa que se entiende no concurría en este caso, en el que no se habían intentado suficientemente medidas alternativas)¹⁹⁹. A mi juicio, sin embargo, el argumento se queda corto: cuando, como es el caso del VIH, el posible contagio de la enfermedad depende básicamente de un acto de voluntad del sujeto (tener una relación sexual sin protección), el ingreso hospitalario forzoso dirigido a impedirle cualquier posibilidad en ese sentido supone ni más ni menos que una medida de seguridad de internamiento predelictual a mi entender totalmente inadmisibles. La argumentación del Tribunal, que aunque restrictiva no se pronuncia ni mucho menos en estos términos, confirma lo comentado *supra* – esto es, que el Tribunal no ha atacado el fondo de medidas asegurativas más que cuestionables –²⁰⁰.

Por lo que a la custodia de seguridad alemana se refiere, la misma ha dado lugar a varias condenas para Alemania, que como se sabe no traen causa de la inadmisibilidad de la figura *per se* sino de la aplicación retroactiva por los tribunales germanos del plazo indefinido de duración (vigente en la actualidad) a custodias acordadas durante la vigencia de la regulación previa que fijaba este en un máximo de diez años²⁰¹. En todas estas sentencias late, a mi entender, un punto de insalvable contradicción. Y ello porque en su argumentación a favor de apreciar vulneración del derecho a la libertad del art. 5 CEDH el Tribunal no prescinde en ningún momento (incluso antes de entrar a analizar la del principio de legalidad ínsito en el art. 7) del hecho de que la prolongación de la custodia se hubiera realizado sobre la base de una aplicación retroactiva, lo cual, a la hora de encajar la privación de libertad en alguna de las justificaciones previstas por el art. 5.1, impide ampararlas bajo el paraguas de la sentencia condenatoria por delito tal y como viene exigido por el art. 5.1.a); y es en este contexto, en el que de alguna manera se parte ya de que existe una vulneración del art. 5 (en directa conexión con la del principio de legalidad), en el que se introduce

¹⁹⁸ A mi juicio nos encontraríamos aquí ante una de esas disposiciones de textos constitucionales (a los que el Convenio puede equipararse) que contradicen el propio espíritu de la norma fundamental.

¹⁹⁹ *Enhorn c. Suecia*, de 25.1.2005, § 44.

²⁰⁰ Véase ASHWORTH, en MCSHERRY *et al.* (eds.), *Regulating Deviance: the Redirection of Criminalisation and the Futures of Criminal Law*, 2009, pp. 93 y 102, con mención expresa de esta sentencia.

²⁰¹ *Seminal M. c. Alemania*, de 17.12.2009, y con posterioridad, entre otras, las citadas en la siguiente nota.

expresamente el argumento según el cual el deber estatal de proteger a la sociedad y a los ciudadanos de los delitos que eventualmente pudiera cometer el reo considerado peligroso no puede pretender satisfacerse a costa de los derechos convencionales de este último²⁰². Resultaría deseable, sin embargo, que la figura de la custodia fuera examinada por el Tribunal *per se* —también en ausencia de problemas de retroactividad y habiendo sido dictada en la sentencia condenatoria por delito— precisamente desde ese prisma: el de los límites del supuesto deber estatal de proteger a la sociedad que impone el que se lleve a efecto a costa de la libertad de quien (aun ya condenado por un delito) todavía no ha realizado esos ulteriores y muy discutiblemente previsibles hechos delictivos²⁰³. Dicho de otro modo: aunque una lectura superficial de estas matizaciones al deber estatal de protección pudieran hacer pensar que en ellas se encuentra la razón de las condenas a Alemania en estas sentencias, lo cierto es que no operan sino como meros refuerzos (incluso prescindibles) de la lesión derivada de la aplicación retroactiva; pero paradójicamente son precisamente estas consideraciones (desarrolladas con una profundidad que no podemos pretender en estas páginas) las que a mi entender permiten poner en duda la figura misma de la custodia.

Lo que sí puede constatarse, como por otra parte cabía esperar, es que —una vez desarrollada la variante del deber estatal de proteger a la sociedad frente al delincuente peligroso— en los últimos años el Tribunal ha recurrido a esta idea para *reforzar* la admisibilidad de algunos de estos recursos punitivos. Así, de nuevo con la perspectiva ya mencionada de atacar diversos aspectos procedimentales pero no el fondo de la figura en sí misma, en varias sentencias, algunas recientes, el Tribunal acude expresamente al deber de protección (con cita expresa de *Mastromatteo* y las que la siguen) para legitimar la prisión perpetua (si bien con el importante matiz, como se sabe, de vincular su admisibilidad a la previsión de mecanismos reales de revisión que permitan considerarla redimible). Dejemos constancia, por su interés, del razonamiento esgrimido a este respecto por la Gran Sala en *Vinter, Bamber y Moore c. Reino Unido*, reproducido posteriormente en *Bodein c. Francia*, ambas sobre esta concreta clase de pena:

“En primer lugar, una condena a cadena perpetua no se convierte en irredimible por el mero hecho de que en la práctica pueda ser cumplida en su totalidad. No se plantea ninguna cuestión de acuerdo con el artículo 3 en el caso de que una pena de cadena perpetua sea de iure y de facto redimible (...). En este sentido, el Tribunal enfatizaría que no se plantearía ninguna cuestión desde el punto de vista del artículo 3 si, por ejemplo, un recluso condenado a cadena perpetua tuviera el derecho, de acuerdo con el derecho nacional, a que se considerase su puesta en libertad pero esta fuera desestimada sobre la base de que continúa siendo un peligro para la sociedad. Esto es así porque, en primer lugar, *los Estados tienen la obligación, de conformidad con el Convenio, de tomar medidas para proteger a sus ciudadanos ante los delitos violentos* y, en segundo lugar, porque el Convenio no prohíbe a los Estados que impongan a un condenado por un delito grave una pena de prisión de duración indeterminada *y lo mantengan en prisión mientras sea necesario para la protección de la*

²⁰² La idea (enunciada de modo más simple en el § 116 de *Osman*) se desarrolla respecto de la custodia de seguridad en *Jendrowiak c. Alemania*, de 14.4.2011, §§ 37-38, o en *O.H. c. Alemania*, de 24.11.2011, §§ 93-94.

Aunque la vastedad de la jurisprudencia de Estrasburgo sobre dicho derecho a la libertad impide su estudio en este trabajo, sí parece poder decirse que, a diferencia de lo que acaba de señalarse en relación con medidas de seguridad privativas de libertad, la postura del Tribunal ha sido tradicionalmente más garantista respecto de la detención policial “preventiva”; interesante a este respecto *Schwabe y M.G. contra Alemania*, de 1.12.2011, relativa a una detención de varios días —judicialmente autorizada— realizada durante la celebración de una cumbre del G-7, en la que se rechaza la concurrencia de necesidad de proteger la seguridad pública de delitos inminentes —art. 5.1 c) CEDH— y se insiste en la idea ahora comentada de la limitación del deber estatal de protección, con cita expresa de *Jendrowiak* (§ 85). En esta misma línea el voto particular conjunto de los jueces Tulkens, Spielmann y Garlicki a la sentencia de la Gran Sala *Austin y otros c. Reino Unido*, de 15.3.2012.

²⁰³ Sobre todo ello el trabajo ya citado de MARTÍNEZ GARAY, *InDret*, (2), 2014.

sociedad (...) ²⁰⁴. Asimismo, evitar que un delincuente vuelva a reincidir es una de las “finalidades esenciales” de una pena de prisión [y aquí la sentencia cita expresamente *Mastromatteo, Maiorano y Choreftakis*]. Estas cuestiones son especialmente relevantes en casos de personas condenadas por asesinato u otros delitos graves contra las personas. El mero hecho de que estos reclusos hayan cumplido ya un periodo largo de pena de prisión no debilita la obligación positiva del Estado de proteger a la sociedad; los Estados pueden ²⁰⁵ cumplir con esta obligación manteniendo en prisión a estos reclusos mientras continúen representando un peligro para la sociedad” ²⁰⁶.

c) La cuestión, sin embargo, no es ahora la de limitar o no este tipo de regulaciones en caso de que los Estados decidan adoptarlas. De lo que se trata es, más bien, de hasta qué punto esta jurisprudencia –enfocada no en el análisis de las medidas que el Estado *puede* legítimamente adoptar en aras de la protección de la sociedad, sino en la determinación de lo que el Estado *debe* hacer para garantizarla – encierra un potencial expansivo que pueda incluso impulsar avances en esta línea, concebidos no ya como legítimos, sino como obligados; todo ello desde una perspectiva que no se enfoca sobre las limitaciones (potencialmente lesivas) que tal normativa puede comportar respecto de los derechos del reo o del sujeto considerado peligroso, sino desde la óptica de la necesaria protección que tales disposiciones han de garantizar a la sociedad frente a dichos sujetos (potencialmente insuficiente).

En ese sentido, el análisis acometido por el Tribunal de la normativa penitenciaria de los respectivos Estados demandados en las sentencias relativas a delitos cometidos por presos que disfrutaban de un beneficio penitenciario no deja de suscitar cierta inquietud, y lo mismo sucede con el contenido en la sentencia *Branko Tomasic* sobre las medidas de seguridad impuestas a un sujeto semiimputable ²⁰⁷. Es cierto, desde luego, que esta jurisprudencia no debe extrapolarse más allá de lo que sus propios términos permiten, especialmente si se atiende a la prudencia y moderación de la que normalmente hace gala el Tribunal en cuanto al respeto de un amplio margen de discrecionalidad de los Estados en el diseño de su política criminal y penitenciaria. Pero con todo y con eso, *Mastromatteo* y las sentencias que siguen su estela permiten perfectamente concebir una posible condena a un Estado por (y me mantengo en los límites del caso tratado en estas sentencias) una regulación de la libertad condicional que fuera estimada insuficientemente protectora de los intereses de la sociedad frente al individuo peligroso (así estuvo a punto de acontecer en *Choreftakis*), una valoración cuyos parámetros quedan absolutamente indeterminados (si allí se

²⁰⁴ En este punto la sentencia cita dos precedentes en los que (aunque muy brevemente) se mencionaba ya el deber de protección como criterio de legitimación de sentencias indeterminadas sobre menores autores de graves delitos “si es necesario para la protección de la sociedad (*protection of the public*)” (*T c. Reino Unido*, de 16.12.1999, §§ 97, y *V c. Reino Unido*, de igual fecha, § 98, ambas de la Gran Sala y referentes a un conocido caso de asesinato de un niño de dos años cuyos dos autores contaban a su vez con diez años de edad en el momento de los hechos).

²⁰⁵ Es de lamentar que la traducción no oficial de la sentencia al castellano cometa el grave error de traducir el término de la versión oficial inglesa *may* como “deben”. En el texto he introducido la traducción correcta, esto es, que los Estados “pueden” optar por mantener el recluso peligroso en prisión, lo que obviamente conlleva un matiz esencial; hasta qué punto ulteriores desarrollos del deber de protección puede evolucionar hacia un posible “deben” es objeto de comentario *infra* en el texto.

²⁰⁶ *Vinter, Bamber y Moore c. Reino Unido*, de 9.7.2013 (Gran Sala), § 108; y *Bodein c. Francia*, de 13.11.2014, § 54; o, muy recientemente, en *Kaytan c. Turquía*, de 15.9.2015, § 61. Véase también *James, Wells y Lee c. Reino Unido*, de 18.9.2012 (que aunque no incluye referencias expresas al deber de protección, sí parte de la legitimidad de la privación indeterminada de libertad cuando sea necesaria para la protección de la sociedad).

²⁰⁷ *Supra* 2.

trató de la imposibilidad de tener en cuenta tras un determinado plazo las sanciones disciplinarias recaídas durante la privación de libertad, en otros supuestos puede tratarse de otros totalmente distintos). Y no resulta descabellado pensar en algo similar respecto de una cuestión tan relevante (y polémica) como la limitación temporal de las medidas de seguridad sobre sujetos inimputables o semiimputables: esa última “observación” del Tribunal en la sentencia *Branco Tomasic*, implícitamente crítica con la limitación del tratamiento psiquiátrico compulsivo al período de duración de la condena privativa de libertad, viene a sugerir la idea de que en caso de peligrosidad criminal derivada de alteraciones mentales la protección de la sociedad requeriría la eliminación de tales límites y la prolongación de la medida hasta que aquella sea neutralizada²⁰⁸.

d) Ciertamente es lo más probable que la prudencia del Tribunal y su tendencia a respetar en gran medida el margen de actuación de los Estados –salvo en casos excepcionales– minimicen las posibilidades de que llegue a emitir sentencias rotundas en los términos anteriores, y aún más que se llegara a condenar a un Estado por no tener previstas en su ordenamiento determinado tipo de medidas de seguridad (por ejemplo, postpenitenciarias)²⁰⁹. También ha de reconocerse, por supuesto, que –tal y como ya se ha comentado– la relación entre el deber estatal de protección y las medidas de seguridad no constituye ninguna novedad. Aun así, el mero hecho de que un operador jurídico de la relevancia del Tribunal de Estrasburgo utilice este discurso del *deber* de proteger a la sociedad frente al individuo peligroso –situándolo en el contexto no ya de lo justificable, sino de lo *obligado* a la luz del Convenio– encierra (además del riesgo de ser utilizado de modo demagógico) un importante potencial de legitimación y de refuerzo del modelo de Derecho penal de la seguridad antes comentado, con los costes para los derechos individuales inherentes a esta concepción.

6. Conclusiones

A lo largo de este trabajo se ha pretendido dar a conocer con cierta profundidad el vasto cuerpo jurisprudencial emanado del TEDH respecto de las obligaciones positivas del Estado en materia penal, cuyo contenido, no obstante su innegable relevancia, puede calificarse de poco difundido entre los penalistas. Una construcción que, como hemos tenido ocasión de comprobar, arroja más sombras que luces, y que suscita algunos interrogantes de difícil respuesta en relación con la tarea de control que se supone habría de realizar (antes de llegarse al Tribunal de Estrasburgo) nuestra propia jurisdicción constitucional.

²⁰⁸ La cuestión es, como se sabe, muy discutida en nuestra doctrina, que se divide entre los partidarios de mantener la exigencia de proporcionalidad con la entidad del delito cometido (actualmente consagrada en el Código penal a través de la prohibición de una duración superior a la pena privativa asignada a este) y quienes rechazan este límite ajeno a la lógica de la figura misma de la medida de seguridad. Entre los trabajos recientes sobre el tema ALONSO RIMO, «Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (A propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad)», *EPC*, (29), 2009, pp. 107 ss.

²⁰⁹ Pensemos, por ejemplo, en una demanda presentada (en razón de la vulneración del deber estatal de protección) por una víctima de una agresión sexual cometida, una vez cumplida una condena previa por un delito de estas características, por un sujeto que en el momento de ser liberado había sido valorado como criminalmente peligroso, pero cuya estancia en prisión no podía ser prolongada en razón de la legislación interna.

Nada rechazable contiene en sí misma, desde luego, la atribución al Estado de un deber (jurídicamente exigible) de proteger los bienes jurídicos más fundamentales de los ciudadanos; con todo, una cosa es derivar de esta idea la necesidad de establecer y desarrollar mecanismos tuitivos como parte de las políticas públicas, y otra distinta que ello haya de traducirse en un deber constitucional de ejercer el poder punitivo sobre quienes lesionen dichos bienes o derechos. Fuera de los deberes de investigación y de, en caso de existir indicios racionales, enjuiciamiento del autor –reconducibles al art. 6.1 CEDH y al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE–, la construcción del Tribunal se enfrenta, pese a su apariencia en principio sugerente, a dificultades de no poco calado.

Es innegable que la idea puede resultar atractiva en aquellos casos en que la “inactividad punitiva” del poder público se oriente a encubrir sus propios abusos (paradigmática la no persecución efectiva de la tortura) o cuando afecte a minorías desfavorecidas (por motivos religiosos, raciales, económicos, etc.) de un modo que permita leer la falta de intervención sancionadora como la expresión última de una discriminación sustentada por el propio Estado. Con todo, el trabajo ha permitido comprobar, según creo, varias cosas: una, que la jurisprudencia del TEDH ha aplicado estos deberes en escenarios que van mucho más allá de este tipo de supuestos; otra, que esta progresiva expansión se ve favorecida por la falta de una fundamentación clara de todo este entramado, pues más allá de la conexión explicitada entre la protección de los derechos y el efecto preventivo-general de normas y condenas penales, en el fondo de toda esta jurisprudencia parece latir la idea del derecho de la víctima al castigo del autor (solo la víctima del delito puede demandar al Estado incumplidor ante el TEDH, y obtener de él la reparación efectiva en caso de éxito de su pretensión), algo tremendamente discutible y por lo demás incompatible con la doctrina desde hace años sentada por el TC. A todo ello se añaden, por lo demás, los problemas de legitimación y competencia del órgano destinado a controlar la adecuada satisfacción de estos “deberes penales” (que va de suyo debiera ser, antes de la intervención del TEDH, el TC), pues nos encontramos ante una tarea que resulta difícil cuando no imposible llevar a cabo sin suplantar el papel del legislador democrático (si de obligaciones de criminalización se trata) o de los tribunales ordinarios (si es que se pretende que queden sujetas a revisión la suficiencia de las condenas –revisión que a su vez implica a veces, aun soterradamente, la de la propia calificación de los hechos– y su efectiva ejecución).

También en el campo de la evitación fáctica de delitos se ha podido constatar una evolución preocupante de la construcción del Tribunal de Estrasburgo, que más allá del deber de evitar concretos delitos previsibles contra personas identificables viene evolucionando hacia la admisión de un mucho más genérico deber de protección de la sociedad. Concebir el deber de protección estatal del modo en que comienza a hacerlo el TEDH en el plano de la prevención del delito supone que la noción de seguridad va abandonando su carácter de bien colectivo pero extraconstitucional –un bien cuya promoción a través de las políticas públicas ha de sujetarse al respeto de los derechos fundamentales de los individuos– para adquirir los tintes de un derecho fundamental en sí mismo –lo que obviamente refuerza su posición en el juego de equilibrios con respecto a

aquellos —²¹⁰. Sin embargo, como ha señalado precisamente en este contexto GÜNTHER, la lógica de los derechos fundamentales en el nivel constitucional (en el Derecho penal más que en ningún otro ámbito) radica en servir de escudo al individuo frente a los potenciales abusos de la mayoría²¹¹; atribuir a esta última (considerada como sociedad) derechos de protección frente a la minoría de individuos peligrosos y convertir su garantía en obligación estatal susceptible de control por el TEDH no engarza con el sentido del CEDH y de la declaración de derechos que contiene.

7. Tabla de jurisprudencia citada

A) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

<i>Fecha y Sala</i>	<i>Demanda</i>	<i>Partes</i>
26.3.1985	8978/80	<i>X e Y c. Países Bajos</i>
21.6.1988	10126/82	<i>Plattform Ärzte für das Leben c. Austria</i>
9.12.1994	16798/90	<i>López Ostra c. España</i>
27.09.1995, Gran Sala	18984/91	<i>McCann y otros c. Reino Unido</i>
22.10.1996	22083/93, 22095/93	<i>Stubbings y otros c. Reino Unido</i>
19.2.1998, Gran Sala	14967/89	<i>Guerra y otros c. Italia</i>
23.9.1998	100/1997/884 /1096)	<i>A c. Reino Unido</i>
14.10.99	37680/97	<i>Riera Blume y otros c. España</i>
28.10.1998, Gran Sala	87/1997/871/1083	<i>Osman c. Reino Unido</i>
26.10.1999	37900/97	<i>Erikson c. Italia</i>
23.11.1999	33747/96	<i>Bromiley c. Reino Unido</i>
16.12.1999, Gran Sala	24724/94	<i>T c. Reino Unido</i>
16.12.1999, Gran Sala	24888/94	<i>V c. Reino Unido</i>
28.3.2000	22492/93	<i>Kiliç c. Turquía</i>

²¹⁰ TUORI, «Ultima Ratio as a Constitutional Principle», *Oñati Socio-Legal Series*, (3 - 1), 2013, pp. 12-13.

²¹¹ Klaus GÜNTHER, en ASHWORTH *et al.* (dirs.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, 2013, p. 91; igualmente en p. 88, donde señala: “el trasfondo histórico de las convenciones y declaraciones de derechos humanos hace obvio que la responsabilidad de proteger derechos humanos ante las violaciones por parte de terceros a través del Derecho penal y la justicia preventiva se relaciona con casos graves. Una de las características destacadas de estos casos es que exigen la protección de una minoría contra la mayoría asentada en el poder público. Estos derechos son ‘esencialmente derechos contra la mayoría’”.

28.3.2000	22535/93	<i>Mahmut Kaya c. Turquía</i>
22.6. 2000	32492796, 32547/96 32548/96, 33210/96	<i>Caso de Coëme y otros c. Bélgica</i>
10.10.2000	22947/93, 22948/93	<i>Akkoc c. Turquía</i>
22.3.2001, <i>Gran Sala</i>	34044/96, 35532/97, 44801/98	<i>Streletz, Kessler y Krenz c. Alemania</i>
3.4.2001	27229/95	<i>Keenan c. Reino Unido</i>
4.5.2001	24746/94	<i>Hugh Jordan c. Reino Unido</i>
4.5.2001	30054/96	<i>Kelly y otros c. Reino Unido</i>
4.5.2001	28883/95	<i>McKerr c. Reino Unido</i>
4.5.2001	37715/97	<i>Shanaghan c. Reino Unido</i>
10.5.2001, <i>Gran Sala</i>	29392/95	<i>Z y otros c. Reino Unido</i>
10.5.2001, <i>Gran Sala</i>	25781/94	<i>Chipre c. Turquía</i>
12.1.2002, <i>Gran Sala</i>	32967/96	<i>Calvelli y Ciglio c. Italia</i>
7.2.2002	53176/99	<i>Mikulic c. Croacia</i>
14.3.2002	46477/99	<i>Paul y Audrey Edwards c. Reino Unido</i>
21.3.2002	65653/01	<i>Nitecki c. Polonia</i>
24.10.2002	37703/97	<i>Mastromatteo c. Italia</i>
26.11.2002	33218/96	<i>E y otros c. Reino Unido</i>
21.1.2003	36505/02	<i>August c. Reino Unido</i>
29.4.2003	56673/00	<i>Iglesias Gil y A.U.I. c. España</i>
4.12.2003	39272/98	<i>M.C. c. Bulgaria</i>
8.7.2004	53924/00	<i>Vo c. Francia</i>
2.11.2004	32446/96	<i>Abdulsamet Yaman c. Turquía</i>
16.11.2004	4143/02	<i>Moreno Gómez c. España</i>
30.11.2004	48939/99	<i>Önerylidiz c. Turquía</i>
11.1.2005	66289/01	<i>Pentiacova y otros c. Moldavia</i>

25.1.2005	56529/00	<i>Enhorn c. Suecia</i>
24.2.2005	57942/00, 57945/00	<i>Khashiyev y Akayeva c. Rusia</i>
24.2.2005	57947/00, 57948/00, 57949/00	<i>Isayeva, Yusupova y Bazayeva c. Rusia</i>
9.6.2005	55723/00	<i>Fadeyeva c. Rusia</i>
26.7.2005	73316/01	<i>Siliadin c. Francia</i>
17.1.2006	23052/04	<i>Kolk y Kislyiy c. Estonia</i>
7.2.2006	41773/98	<i>Sacavuzzo-Hager y otros c. Suiza</i>
25.4.2006	19807/92	<i>Erdoğan y otros c. Turquía</i>
27.6.2006	11562/05	<i>Byrzykowski c. Polonia</i>
17.10.2006	52067/99	<i>Okkali c. Turquía</i>
20.3.2007	5410/03	<i>Tysiac c. Polonia</i>
3.5.2007	50091/99	<i>97 miembros de la Congregación de Testigos de Jehová de Gldani y otros c. Georgia</i>
31.5.2007	40116/02	<i>Secic c. Croacia</i>
11.10.2007	2893/02	<i>Mantog c. Rumanía</i>
20.12.2007	23890/02	<i>Phinikaridou c. Chipre</i>
20.12.2007	7888/03	<i>Nikolova y Velichkova c. Bulgaria</i>
8.4.2008	42942/02	<i>Ali y Aise Duran c. Turquía</i>
20.5. 2008	68881/01	<i>Hüseyn Simsek c. Turquía</i>
31.5.2007	7510/04	<i>Kontrova c. Eslovaquia</i>
12.6.2008	71127/01	<i>Bevacqua y S. c. Bulgaria</i>
17.7.2008	20511/03	<i>I c. Finlandia</i>
24.7.2008	36376/04	<i>Kononov c. Letonia</i>
20.3.2008	15339/02, 11673/02, 15343/02, 20058/02, 21166/02	<i>Budayeva y otros c. Rusia</i>

2.12.2008	2872/02	<i>K.U. c. Finlandia</i>
15.1.2009	25385/04	<i>Medova c. Rusia</i>
15.1.2009	46598/06	<i>Branko Tomasic y otros c. Croacia</i>
5.3.2009	38478/05	<i>Sandra Jankovic c. Croacia</i>
10.3.2009	44256/06	<i>Turan Cakir c. Belgica</i>
9.6.2009	33401/02	<i>Opuz c. Turquía</i>
25.6.2009	46423/06	<i>Beganovic c. Croacia</i>
15.12.2009	28634/06	<i>Maiorano y otros c. Italia</i>
17.12.2009	19359/04	<i>M. c. Alemania</i>
5.1.2010	33134/03	<i>Paduret c. Moldavia</i>
16.2.2010	32146/05	<i>Eugenia Lazar c. Rumanía</i>
17.5.2010, Gran Sala	36376/04	<i>Kononov c. Letonia</i>
1.6.2010, Gran Sala	22978/05	<i>Gäfgen c. Alemania</i>
6.7.2010	36498/05	<i>Backlund c. Finlandia</i>
14.10.2010	55164/08	<i>A c. Croacia</i>
4.11.2010	34588/07	<i>Darraaj c. Francia</i>
30.11.2010	2660/03	<i>Hajduova c. Eslovaquia</i>
11.1.2011	47304/07	<i>Berü c. Turquía</i>
1.2.2011	19506/05	<i>Ebcin c. Turquía</i>
10.2.2011	44973/04	<i>Preminyin c. Rusia</i>
15.2.2011	4704/04	<i>Palic c. Bosnia y Herzegovina</i>
15.3.2011	39358/05	<i>Tsechoyev c. Rusia</i>
24.3.2011	23458/02	<i>Giuliani y Gaggio c. Italia</i>
29.3.2011	47357/08	<i>Alikaj y otros c. Italia</i>
14.4.2011	30060/04	<i>Jendrowiak c. Alemania</i>
19.7.2011	52442/09	<i>Durdevic c. Croacia</i>
3.11.2011	34736/06	<i>Zebrowski c. Polonia</i>
15.11.2011	22457/08	<i>M.P. y otros c. Bulgaria</i>

24.11.2011	4646/08	<i>O.H. c. Alemania</i>
1.12.2011	8080/08, 8577/08	<i>Schwabe y M.G. c. Alemania</i>
10.1.2012	32662/06	<i>Biser Kostov c. Bulgaria</i>
10.1.2012	13462/06	<i>Cesnulevicius c. Lituania</i>
12.1.2012	36146/05, 42418/05	<i>Gorovenky y Bugara c. Ucrania</i>
17.1.2012	46846/08	<i>Choreftakis y Choreftaki c. Grecia</i>
14.2.2012	9296/06	<i>Shumkova c. Russia</i>
15.3.2012, Gran Sala	39692/09, 40713/09, 41008/09	<i>Austin y otros c. Reino Unido</i>
10.4.2012	19986/06	<i>Ilbeyi Kemaloglu y Meriye Kemaloglu c. Turquía</i>
19.4.2012	49382/06	<i>Saso Gorgiev c. la antigua República Yugoslava de Macedonia</i>
24.4.2012	57693/10	<i>Kalucza c. Hungría</i>
24.7.2012	47159/08	<i>B.S. c. España</i>
24.7.2012	41526/10	<i>Dordevic c. Croacia</i>
31.7.2012	19433/07	<i>Tyagunova c. Rusia</i>
18.9.2012	25119/09, 57715/09 57877/09	<i>James Wells y Lee c. Reino Unido</i>
30.10.2012	57375/08	<i>P. y S. c. Polonia</i>
13.11.2012	7678/09	<i>van Colle c. Reino Unido</i>
4.12.2012	19400/11	<i>R.R. y otros c. Hungría</i>
2.1.2013	13072/05	<i>Röman c. Finlandia</i>
12.2.2013	37157/09	<i>Gülaydin c. Turquía</i>
26.3.2013	33234/07	<i>Valiuliene c. Lituania</i>
9.4.2013	13423/09	<i>Mehmet Senturk y Bekir Senturk c. Turquía</i>
16.4.2013	17253/07	<i>Dimitar Shopov c. Bulgaria</i>

28.5.2013	3564/11	<i>Eremia c. República de Moldavia</i>
18.6.2013	14326/11	<i>Banel c. Lituania</i>
14.5.2013	67810/10	<i>Gross c. Suiza</i>
9.7.2013, <i>Gran Sala</i>	66069/10, 130/10 3896/10	<i>Vinter, Bamber y Moore c. Reino Unido</i>
3.9.2013	61974/11	<i>Vosylius y Vosyliene c. Reino Unido</i>
12.11.2013, <i>Gran Sala</i>	5786/08	<i>Söderman c. Suecia</i>
14.11.2013	54755/08	<i>Alexandr Nikonenko c. Ucrania</i>
28.1.2014, <i>Gran Sala</i>	35810/09	<i>O'Keefe c. Irlanda</i>
18.2.2014	8300/06	<i>Ruiz Rivera c. Suiza</i>
8.4.2014	29100/07	<i>Marro y otros c. Italia</i>
24.4.2014	39583/05	<i>Perevedentsevy c. Rusia</i>
5.6.2014	12317/06	<i>Akopyan c. Ucrania</i>
17.9.2014, <i>Gran Sala</i>	10865/09, 45886/07, 32431/08	<i>Mocanu y otros c. Rumanía</i>
18.9.2014	74448/12	<i>Bljakaj y otros c. Croacia</i>
30.9.2014, <i>Gran Sala</i>	67810/10	<i>Gross c. Suiza</i>
7.10.2014	28490/02	<i>Begheluri y otros c. Georgia</i>
28.10.2014	25018/10	<i>Ibrahim Dermidas c. Turquía</i>
13.11.2014	40014/10	<i>Bodein c. Francia</i>
24.2.2015	30587/13	<i>Karahmed c. Bulgaria</i>
5.6.2015, <i>Gran Sala</i>	46043/14	<i>Lambert y otros c. Francia</i>
23.6.2015	15028/09	<i>Selahattin Dermidas c. Turquía</i>
23.7.2015	10060/07	<i>Bataliny c. Rusia</i>
15.9.2015	27422/05	<i>Kaytan c. Turquía</i>
28.9.2015, <i>Gran Sala</i>	23380/09	<i>Bouyid c. Bélgica</i>
6.10.2015	4722/09	<i>Turbylev c. Rusia</i>

6.10.2015	17081/06	<i>Metin Gültekin y otros c. Turquía</i>
-----------	----------	--

B) Tribunal Constitucional español

<i>RTC y Sala</i>	<i>Fecha</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STC 53/1985, Pleno	11.4.1985	<i>Gloria Begué Cantón/Rafael Gómez Ferrer Morant</i>
STC 175/1989, 2ª	30.10.1989	<i>José Luis de los Mozos y de los Mozos</i>
STC 157/1990, Pleno	18.10.1990	<i>Miguel Rodríguez Piñero y Bravo-Ferrer</i>
STC 297/1994, 1ª111/1995, 1ª	14.11.1994	<i>Vicente Gimeno Sendra</i>
STC 111/1995, 1ª	4.7.1995	<i>Enrique Ruiz Vadillo</i>
STC 31/1996, 1ª	27.2.1996	<i>Pedro Cruz Villalón</i>
STC 177/1996, 2ª	11.11.1996	<i>Carles Viver Pi-Sunyer</i>
STC 199/1996, 1ª	3.12.1996	<i>Enrique Ruiz Vadillo</i>
STC 41/1997, 2ª	10.3.1997	<i>Vives Antón</i>
STC 74/1997, 2ª	21.4.1997	<i>Rafael de Mendizábal Allende</i>
STC 138/1997, 1ª	22.7.1997	<i>Pedro Cruz Villalón</i>
STC 232/1998, 2ª	1.12.1998	<i>Carles Viver Pi-Sunyer</i>
STC 21/2000, 2ª	31.1.2000	<i>Carles Viver Pi-Sunyer</i>
STC, 129/2001, 1ª	4.6.2001	<i>Pablo Cachón Vilar</i>
STC 115/2001, Pleno	10.5.2001	<i>Pablo García Manzano</i>
STC 178/2001, 2ª	17.9.2001	<i>Vicente Conde Martín de Hijas</i>
STC 63/2002, 1ª	11.3.2002	<i>María Emilia Casas Baamonde</i>
STC 81/2002, 2ª	22.4.2002	<i>Pablo Cachón Vilar</i>
STC 141/2006, 1ª	8.5.2006	<i>María Emilia Casas Baamonde</i>
ATC 467/2006, Sec. 1ª	20.12.2006	—————
STC 224/2007, 2ª	22.10.2007	<i>Ramón Rodríguez Arribas</i>

<i>STC 34/2008, 1ª</i>	25.2.2008	<i>María Emilia Casas Baamonde</i>
<i>ATC 365/2008, 2ª</i>	17.11.2008	_____

C) Tribunal Supremo y Audiencia Nacional

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ar</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
<i>STS, 3ª, 16.12.1997</i>	9422	<i>Juan Antonio Xiol Rius</i>
<i>STS, 3ª, 4.6.2002</i>	6292	<i>Enrique Lecumberri Martí</i>
<i>SAN, S. Contencioso-Administrativa 8.2.2006</i>	264945	<i>Fernando Benito Moreno</i>
<i>SAN, S. Contencioso-Administrativa 11.10.2006</i>	245405	<i>Ángel Novia Fernández</i>
<i>STS, Pleno, 20.11.2013</i>	8339	<i>Rafael Fernández Valverde</i>

D) Tribunales extranjeros e internacionales

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>Repertorio</i>	<i>Partes</i>
<i>Tribunal Const. RFA, 25.2.1975</i>	<i>BVerfGE 39,1</i>	_____
<i>TS California</i>	<i>118 Cal.Rptr. 129 (1974)</i>	<i>Tarasoff v. Regents of the University of California</i>
<i>TS California, 1.7.1976</i>	<i>131 Cal.Rptr. 14 (1976)</i>	<i>Tarasoff v. Regents of the University of California</i>
<i>TS Federal EEUU, 22.2.1989</i>	<i>489 US 189</i>	<i>DeShaney v. Winnebago County Dep't of Social Services</i>
<i>T. Const. RFA, 28.5.1993</i>	<i>BVerfGE 88, 203</i>	_____
<i>TS Federal EEUU, 27.6.2005</i>	<i>545 US 748</i>	<i>Town of Castle Rock, Colorado, v. González</i>
<i>CIDH, 26.9.2006</i>	<i>Serie C, caso núm. 154</i>	<i>Almonacid Arellano y otros Vs. Chile</i>

8. Bibliografía

ABRAMOVICH (2010), «Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario de Derechos Humanos*, pp. 167 ss.

ALEXY (2009), «Sobre los derechos constitucionales a protección», en EL MISMO, *Derechos sociales y ponderación*, 2ª ed., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, pp. 45 ss.

————— (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

ALONSO RIMO (2009), «Medidas de seguridad y proporcionalidad con el hecho cometido (A propósito de la peligrosa expansión del Derecho penal de la peligrosidad)», *Estudios Penales y Criminológicos*, (29), pp. 107 ss.

ASHWORTH (2013), *Positive Obligations in Criminal Law*, Hart, Oxford.

————— (2009), «Criminal Law, Human Rights and Preventative Justice», en MCSHERRY/NORRIE/BRONITT (eds.), *Regulating Deviance: the Redirection of Criminalisation and the Futures of Criminal Law*, Hart, Oxford/Portland, pp. 87 ss.

BASCUÑÁN RODRÍGUEZ (2007), «Derechos fundamentales y Derecho penal», *Revista de Estudios de la Justicia*, (9), pp. 47 ss.

BERNAL PULIDO (2007), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 3ª ed., CEPC, Madrid.

BÖCKENFÖRDE (1992), «Grundrechte als Grundsatznormen», en EL MISMO, *Staat, Verfassung, Demokratie*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, pp. 159 ss.

BORONAT TORMO/GRIMA LIZANDRA (2009), «La esclavitud y la servidumbre en el derecho español: a propósito de la STEDH de 26 de julio de 2005 (Siliadin c/ Francia): un caso de trabajo doméstico servil», en CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/ORTS BERENGUER/CUERDA ARNAU (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y Derecho penal*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 257 ss.

Mandy BURTON (2009), «Failing to Protect Victim’s Rights and Police Liability», *Modern Law Review*, (72 - 2), pp. 272 ss.

CAAMAÑO DOMÍNGUEZ (2003), *La garantía constitucional de la inocencia*, Tirant lo Blanch, Valencia.

————— (1996), «El recurso de amparo y la reforma peyorativa de derechos fundamentales: el denominado “contraamparo”», *Revista española de Derecho constitucional*, (47), pp. 125 ss.

CALLIESS (2006), «Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoligen Verfassungsrechtsverhältnis», *JuristenZeitung*, pp. 321 ss.

CORRECHER MIRA (2013), «Aproximación a los delitos de omisión en el ámbito jurídico del *common law*», *Revista General Derecho Penal*, (19).

CHENAL (2006), «Obblighi di criminalizzazione tra sistema penale italiano e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo», *Legislazione Penale*, (26), pp. 171 ss.

CULLEN (2006), «*Siliadin v. France*: Positive Obligations under Article 4 of the European Convention on Human Rights», *Human Rights Law Review*, (6 - 3), pp. 585 ss.

Juan Alberto DÍAZ LÓPEZ (2015), «La participación de la víctima en el indulto», *La ley penal*, (113), pp. 8 ss.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (1996), «Reflexiones sobre el contenido y efectos de las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en recursos de amparo», en VV.AA., *La sentencia de amparo constitucional*, CEC, Madrid, pp. 17 ss.

DOMÉNECH PASCUAL (2006), «Los derechos fundamentales a la protección penal», *Revista española de Derecho constitucional*, (78), pp. 333 ss.

————— (2006), *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, CEPC, Madrid.

EMERSON/ASHWORTH/MACDONALD (2012), *Human Rights and Criminal Justice*, 3ª ed., Sweet & Maxwell, Londres.

FLETCHER (2005), «Justice and Fairness in the Protection of Crime Victims», *Lewis & Clark Law Review*, (9 - 3), pp. 547 ss.

————— (1999-2000), «The Place of Victims in the Theory of Retribution», *Buffalo Criminal Law Review*, (3), pp. 51 ss.

FOLGUERA CRESPO (1995), «La protección penal de los derechos fundamentales», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, (210), pp. 1 ss.

FREDMAN (2008), *Human Rights Transformed: Positive Rights and Positive Duties*, OUP, Oxford.

FRISCH (2007), «Las medidas de corrección y seguridad en el sistema de consecuencias jurídicas del Derecho penal», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (3).

GAVAGHAN (2007), «Dangerous Patients and Duties to Warn: a European Human Rights Perspective», *European Journal of Health Law*, (14), pp. 113 ss.

————— (2007), «A Tarasoff for Europe? A European Human Rights Perspective on the Duty to Protect», *International Journal of Law and Psychiatry*, (30), pp. 255 ss.

GAVARA DE CARA (2007), «El control de las omisiones del poder público en materia de derechos fundamentales», *Revista de Derecho Político*, (69), pp. 95 ss.

GLANVILLE (2010), «The Antecedents of 'Sovereignty as Responsibility'», *European Journal of International Relations*, (17 - 2), pp. 233 ss.

GONZÁLEZ ALONSO (2008), «Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez por delitos cometidos por condenados en libertad condicional, en tercer grado penitenciario o en disfrute de un permiso penitenciario», *Diario La Ley*, (6896).

GONZÁLEZ BEILFUSS (2015), *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor.

GONZÁLEZ MORALES (2013), *Sistema internamericano de derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia.

GREER (2011), «Should Police Threats to Torture Suspects Always Be Severely Punished? Reflections on the *Gäfgen* Case», *Human Rights Law Review*, (11 - 1), pp. 67 ss.

Dieter GRIMM (2005), «The Protective Function of the State», en NOLTE (ed.), *European and US Constitutionalism*, CUP, Cambridge, pp. 137 ss.

Klaus GÜNTHER (2013), «Responsability to Protect and Preventive Justice», en ASHWORTH/ZEDNER/TOMLIN (dirs.), *Prevention and the Limits of the Criminal Law*, OUP, Oxford, pp. 69 ss.

HAIJIEV (2011), «The Evolution of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights - by the European Court of Human Rights», en VV.AA., *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant. Mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, Bruylant, Bruselas, pp. 207 ss.

HASSEMER/REEMTSMA (2002), *Verbrechensopfer, Gesetz und Gerechtigkeit*, C.H. Beck, Múnich.

Cheryl HANNA (2011), «Health, Human Rights, and Violence Against Women and Girls: Broadly Redefining Affirmative State Duties After *Opuz v. Turkey*», *Hastings International & Comparative Law Review*, (34 - 1), pp. 127 ss.

LASCURAÍN SÁNCHEZ (2014), «¿Cuándo penar, cuánto penar?», en EL MISMO/RUSCONI (dirs.), *Proporcionalidad penal: fundamentos, límites, consecuencias*, Ad Hoc, Buenos Aires, pp. 285 ss.

————— (2012), «¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (3).

————— (2008), «Comentario al art. 17», en CASAS BAAMONDE/RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Madrid, pp. 366 ss.

————— (2001), «El proceso penal como proceso de amparo del derecho al honor: comentario a la STC 21/2000», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (7), pp. 405 ss.

HOFFMANN (1999), «Human Rights and the House of Lords», *Modern Law Review*, (62 - 2), pp. 159 ss.

HOYANO (1999), «Policing Flawed Police Investigations: Unravelling the Blankett», *Modern Law Review*, (62 - 6), pp. 912 ss.

HUERTA TOCILDO (2009), «El derecho fundamental al honor y el llamado contraamparo», en CARBONELL MATEU/GONZÁLEZ CUSSAC/ORTS BERENGUER/CUERDA ARNAU (coords.), *Constitución, derechos fundamentales y Derecho penal*, t. I, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1013 ss.

ISENSEE (1983), *Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates*, Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York.

KÜHL (2012), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7ª ed., Vahlen, Múnich.

LAZARUS (2012), «Positive Obligations and Criminal Justice: Duties to Protect or Coerce?», en ROBERTS/ZEDNER (eds.), *Principled Approaches to Criminal Law and Criminal Justice: Essays in Honour of Professor Andrew Ashworth*, OUP, Oxford.

MALAMUD GOTI (2005), «What's Good and Bad about Blame and Victims», *Lewis & Clark Law Review*, (9 - 3), pp. 629 ss.

MALARINO (2013), «Transición, Derecho penal y amnistía. Reflexiones sobre la utilización del Derecho penal en procesos de transición», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (9), pp. 205 ss.

MAÑALICH RAFFO (2005), «La prohibición de infraprotección como principio de fundamentación de normas punitivas: ¿protección de los derechos fundamentales mediante el Derecho penal?», *Revista Derecho y Humanidades*, (11), pp. 245 ss.

Jill MARSHALL (2008), «Positive Obligations and Gender-based Violence: Judicial Developments», *International Community Law Review*, (10), pp. 143 ss.

MARTÍNEZ GARAY (2014), «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (2).

MCBRIDE (1999), «Protecting Life: a Positive Obligation to Help», *European Law Review*, (24), pp. 43 ss.

MCIVOR (2010), «Getting Defensive about Police Negligence: the Hill Principle, the Human Rights Act 1998 and the House of Lords», *Cambridge Law Journal*, (69 - 1), pp. 133 ss.

MERRILLS (1993), *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press, Manchester/Nueva York.

MICHELMANN (2005), «The Protective Function of the State in the United States and Europe: the Constitutional Question», en NOLTE (ed.), *European and US Constitutionalism*, CUP, Cambridge, pp. 156 ss.

MOLINA FERNÁNDEZ (2009), «Desigualdades penales y violencia de género», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (13), pp. 57 ss.

MOWBRAY (2005), «The creativity of the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, (5), pp. 57 ss.

————— (2004), *The Development of Positive Obligations under the European Convention of Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart, Oxford.

NICOL (2005), «Original Intent and the European Convention on Human Rights», *Public Law*, pp. 152 ss.

Carlos S. NINO (1990-1991), «The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put into Context: the Case of Argentina», *Yale Law Journal*, (100), pp. 2619 ss.

OREN (2006), «Some Thoughts on The State-Created Danger Doctrine: *DeShaney* is Still Wrong and *Castle Rock* is More of the Same», *Temple Political & Civil Rights Law Review*, (16 - 1), pp. 47 ss.

————— (2005), «Safari into the Snake Pit: The State-Created Danger Doctrine», *William & Mary Bill of Rights Journal*, (13), pp. 1165 ss.

————— (1990), «The State's Failure to Protect Children and Substantive Due Process: *DeShaney* in Context», *North Carolina Law Review*, (68), pp. 659 ss.

PARDO LÓPEZ (2007), «Intimidad personal, protección de datos sanitarios e intromisiones legítimas: una proyección hipotética de la doctrina Tarasoff sobre el ordenamiento jurídico español», *Anales del Derecho*, (25), pp. 181 ss.

PARSONS (2006-2007), «Human Rights and the Defence of Chastisement», *Journal of Criminal Law*, (71), pp. 308 ss.

PAWLIK (2008), «El funcionario policial como garante de impedir delitos», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (1).

PITEA (2005), «Rape as a Human Rights Violation and a Criminal Offence: the European Court's Judgment in *M.C. v. Bulgaria*», *Journal of International Criminal Justice*, (3), pp. 447 ss.

PRITTWITZ (1999-2000), «The Resurrection of the Victim in Penal Theory», *Buffalo Criminal Law Review*, (3), pp. 109 ss.

ROBBERS (1998), «Strafpflichten aus der Verfassung», en LÜDERSSEN (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?*, t. I, Nomos, Baden Baden, pp. 147 ss.

RODRÍGUEZ MONTAÑÉS (2008), «Terrorismo, enemigos y tortura», *Teoría y Derecho*, (3), pp. 98 ss.

ROXIN (2003), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. II, C. H. Beck, Múnich.

SÁNCHEZ PATRÓN (2011), «La responsabilidad de proteger: ¿hacia una mejor protección de los derechos humanos?» en SOROETA LICERAS (ed.), *La eficacia del Derecho Internacional de los derechos humanos. Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián*, t. XI, UPV, Bilbao, pp. 253 ss.

SHELTON/GOULD (2013), «Positive and Negative Obligations», en SHELTON (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, OUP, Oxford, pp. 562 ss.

SILVA SÁNCHEZ (2009), «Nullum crimen sine poena? Sobre las doctrinas penales de la “lucha contra la impunidad” y del “derecho de la víctima al castigo del autor”», en GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (ed.), *Víctima, prevención del delito y tratamiento del delincuente*, Comares, Granada, pp. 17 ss.

SOTIS (2005), «Obligaciones comunitarias de tutela y opción penal: ¿Una dialéctica perpetua?», *Revista penal*, (16), pp. 138 ss.

STARMER (2014), «Human Rights, Victims and the Prosecution of Crime in the 21st Century», *Criminal Law Review*, (11), pp. 777 ss.

TIEDEMANN (1991), «Constitución y Derecho penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (33), pp. 145 ss.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA (2009), «La jurisprudencia constitucional española sobre el aborto», en SHAPIRO/DE LORA/TOMÁS-VALIENTE, *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, pp. 87 ss.

————— (2006), «La vulneración de la intimidad en el ámbito de los datos sanitarios: algunos supuestos problemáticos desde la óptica penal», en LA MISMA (dir.), *La salud: intimidad y libertades informativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 243 ss.

TUORI (2013), «Ultima Ratio as a Constitutional Principle», *Oñati Socio-Legal Series*, (3 - 1), pp. 6 ss.

VIGANÒ (2014), «Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del TEDH», *Diritto Penale Contemporaneo*, pp. 15 s.

————— (2014), «La arbitrariedad del no punir. Sobre las obligaciones de tutela penal de los derechos fundamentales», *Política criminal*, (9 - 18), pp. 428 ss.

WALCOTT/CERUNDOLO/BECK (2001), «Current Analysis of the Tarasoff Duty: an Evolution towards the Limitation of the Duty to Protect», *Behavioral Sciences and the Law*, (19), pp. 325 ss.

WEIGEND (2007), «§ 13», en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Leipziger Kommentar*, 12ª ed., t. I, De Gruyter, Berlín.

XENOS (2012), *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, Routledge, Londres/Nueva York.

ZEDNER (2007), «Seeking Security by Eroding Rights: The Side-stepping of Due Process», en GOOLD/LAZARUS (eds.), *Security and Human Rights*, Hart, Oxford/Portland, pp. 257 ss.