

## Derecho penal y Constitución: ¿existe una pretensión al establecimiento de leyes penales, persecución penal e imposición de pena?

Kai Ambos

*Catedrático de Derecho Penal. Georg-August-Universität Göttingen \**

---

AMBOS, KAI. Derecho penal y Constitución: ¿existe una pretensión al establecimiento de leyes penales, persecución penal e imposición de pena? Traducción del alemán de Federico Montero. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2020, núm. 22-15, pp. 1-27.  
<http://criminet.ugr.es/recpc/20/recpc22-15.pdf>

RESUMEN: El artículo indaga acerca de si la facultad punitiva o *ius puniendi* estatal (u *obligatio puniendi*) puede ser derivado a partir de la Constitución. Se argumenta que, si bien las Constituciones usualmente asumen este derecho a castigar, no lo prevén explícitamente ni mucho menos pueden explicarlo. A pesar de ello, la jurisprudencia sostiene (especialmente la alemana) que los deberes de protección penal de las víctimas pueden ser derivados a partir de los derechos constitucionalmente reconocidos y, además, que estos deberes pueden utilizarse como fundamento para la criminalización de conductas. Si bien esta posición encuentra cierto apoyo en la legislación sobre derechos humanos, se argumenta aquí que tal razonamiento no es totalmente convincente y que, por tanto, son necesarias ulteriores reflexiones. En primer lugar, es necesario hacer explícitas las asunciones o premisas básicas sobre las que se asienta el (constitucionalmente fundado) *ius puniendi*, especialmente en relación al papel de las constituciones y los jueces. Luego, en un segundo paso, mostraré sobre la base de la discusión alemana que la pretensión de aquellos que reclaman la aplicación estatal del Derecho penal (los sujetos perjudicados por la comisión de delitos) puede derivarse de la propia esencia de un Derecho penal de culpabilidad; de forma más precisa: de la función de satisfacción, la cual resulta protegida a través del procedimiento a instancia de parte.

PALABRAS CLAVE: derecho penal, *ius puniendi*, *obligatio puniendi*, constitución, criminalización, culpabilidad.

TITLE: **Criminal Law and Constitution: ¿is there a claim to the criminalization, prosecution and punishment?**

ABSTRACT: The paper inquires whether the State's right (or even obligation) to punish can be derived from the Constitution. It argues that Constitutions usually assume this right but do not explicitly provide, let alone explain it. However, protective (affirmative) duties may be derived from the rights part of a constitution and these protective duties may serve as a basis for criminalization. While this is the position of the case law (especially the German one) and finds support in human rights law, it is argued that the reasoning is not fully convincing and therefore further considerations are needed. First, it is necessary to make explicit the basic assumptions on the role of constitutions and judges on which the acceptance of a (constitutional) *ius puniendi* is predicated. Then, in a second step, the combination of a victim-based and effective remedy reasoning which best supports an obligation or at least *ius puniendi* is to be elaborated further.

KEYWORDS: criminal law, *ius puniendi*, *obligatio puniendi*, constitution, criminalization, guilt, criminal responsibility.

Fecha de recepción: 15 septiembre 2020

Fecha de publicación en RECPC: 30 noviembre 2020

Contacto: [kambos@gwdg.de](mailto:kambos@gwdg.de)

**SUMARIO:** I. Ius puniendi y Constitución. II. ¿Derechos de defensa y deberes jurídico-penales de protección? La dicotomía de la espada y el escudo. 1. El Tribunal Constitucional Alemán y el marco jurídico-constitucional del aborto. 2. El “afilarse” la espada. 3. Ius y obligatio puniendi: pretensiones de protección jurídico penal y los derechos humanos. III. Valoración crítica y conclusiones. 1. Cuestiones previas. 2. Deficiencias de la jurisprudencia constitucional y de Derechos Humanos. 3. La combinación entre una argumentación orientada a la víctima y la efectiva garantía de justicia. Bibliografía.

---

\* Catedrático de derecho penal y procesal penal, derecho comparado, derecho penal internacional y derecho internacional público en la Facultad de Derecho de la Georg-August-Universität Göttingen (GAU), Alemania. Juez del Tribunal especial para Kosovo (Kosovo Specialist Chambers), La Haya, Países Bajos. Además es *amicus curiae* del Tribunal para la Paz de la Jurisdicción Especial para la Paz, Bogotá, Colombia. Quisiera agradecer al Prof. Dr. Peter Rackow los comentarios críticos y ampliatorios así como también las adiciones. – Traducción del alemán de Federico Montero, investigador predoctoral de la Universität Pompeu Fabra. – Agradezco a mi doctorando Rodolfo Gonzalez E. por los ajustes al formato de la Revista.

## I. Ius puniendi y Constitución

La idea de una «conexión axiológica entre la función de la pena y la función del Estado»,<sup>1</sup> según la cual -y conforme a la visión de Gustav Radbruch-<sup>2</sup> la propia existencia del Estado implica también su derecho a castigar (a fin de preservarlo), ha experimentado una ampliación completamente autoritaria.<sup>3</sup> Esa idea se encuentra, de forma bastante clara, no solo en el ámbito del Derecho civil sino que también se manifiesta, p. ej., en la jurisprudencia canadiense,<sup>4</sup> en ocasiones, incluso

<sup>1</sup> Mir Puig ZStW 95 (1983), p. 413.

<sup>2</sup> Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 1932, la cita corresponde al Studientausgabe (hrsg. v. Dreier/Paulson), 2.<sup>a</sup> ed., 2003, pp. 151 ss.; especialmente, p. 152: «Una justificación de la pena ajena-al-Estado es [...] una cosa del pasado. Un Estado fundado sobre la voluntad del pueblo, entendida esta como mayoría aritmética o en alguna otra forma de “integración”, ya no es “un otro” para el individuo, sino que más bien se trata de un “todos nosotros”. La justificación de un Estado del pueblo (*Volksstaates*), así entendido, encierra la legitimación de la pena que resulta necesaria para su mantenimiento. La doctrina del fundamento de la pena se fusiona con la doctrina de la justificación del Estado, depurando en una teoría del fin de la pena, esto es, una teoría de la necesidad de pena para el Estado; más precisamente, para el Estado, la sociedad o el ordenamiento estatal». En lo sucesivo, *Schütz Strafe und Strafrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, 1997, p. 13; *Wilfert, Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat*, 2017, p. 30.

<sup>3</sup> El matiz autoritario-positivista respecto del Estado -que presentan las citas reproducidas en las siguientes notas a pie de página-, debe ser visto en el contexto (limitador) de la idea Radbruchiana del Derecho como Justicia (véase Ambos *Nationalsozialistisches Strafrecht*, 2019, pp. 83 ss., con mayores referencias); existe versión española, más extensa, *El mismo*, Derecho penal nacionalsocialista, 2020, pp. 146 ss.

<sup>4</sup> El *Judicial Committee of the Privy Council* (JCPC) -en su función de Tribunal Superior de Apelación para los Territorios Británicos de Ultramar y los Estados de la Commonwealth- y más tarde la *Supreme Court of Canada* (SCC) -fundada en 1875 y desde 1933 el Tribunal de Apelación en Cuestiones Penales- han vinculado la esencia del Derecho penal con la autoridad del Estado (*Proprietary Articles Trade Ass'n v. A.G. Can.*, [1931] 2 DLR, p. 1 (p. 9) [“Criminal law connotes only the quality of such acts or omissions as are prohibited under appropriate penal provisions by authority of the State.”]; *R. c. Miller y Cockriell*, [1975] 63 DLR [3d], p. 193, (p. 272) [“... undoubted right of the State to punish infractions of the law...”]. En la literatura, véase p. ej. Binder, *Univ. de Toronto LJ* 63 (2013) p. 278 (p. 289) (subrayando el significado de una “autoridad punitiva” institucionalizada, que típicamente resulta ser el Estado); también *Chehtman*, *Law and Philosophy* 29 (2010), p. 127 (p. 131) (“necessary link between a legal system being in force and a particular body holding the power to punish offenders”). En este contexto, se le concede al parlamento una facultad legislativa prácticamente ilimitada en el ámbito del Derecho penal, véase *Proprietary Articles Trade Ass'n v. A.-G. Can.*, [1931] 2 DLR, p. 1 (p. 9) con referencia a *A.-G. Ont. v. Hamilton Street Railway*, [1903], 7 Can. C.C., p. 326 (la facultad legislativa para promulgar “criminal law in its widest sense”, y en

con matices hegelianos.<sup>5</sup> En el marco de esa conexión, no resultará extraño que, especialmente en este país, las normas relativas a las competencias jurídicopenales<sup>6</sup> consideren la existencia de ese derecho como algo que la Constitución da por supuesto.<sup>7</sup>

Además de las reglas sobre la competencia, existen diversos preceptos constitucionales<sup>8</sup> que mencionan, o mejor dicho, que están *relacionados con* el Derecho penal. Dichos preceptos parecen tener en cuenta el Derecho penal, pero no le proporcionan (o lo hacen en tan escasa medida como las normas de competencia) un fundamento constitucional *material*<sup>9</sup> a partir del cual derivar tanto las razones objetivas como los límites del derecho del Estado a [o de su eventual deber de] castigar determinadas conductas, investigar los hechos relacionados con ellas e imponer las penas.<sup>10</sup> En una visión de conjunto, y siempre que uno no se de por satisfecho (en sentido *Radbruchiano*) con la idea de que el *ius puniendi* de un Estado democráticamente legitimado «*se da por sobreentendido*»,<sup>11</sup> puede plan-

particular “to make new crimes”); *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada Ltd. et al. v. R.*, [1956] SCR, p. 303 (p. 308) (se habla de una facultad legislativa “for the prevention of crime as well as punishing crime”); *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R., p. 1045 (p. 1070) (“...broad discretion in proscribing conduct as criminal and in determining proper punishment”). La jurisprudencia citada está disponible en el sitio web del *Canadian Legal Information Institute*: <https://www.canlii.org/en/>.

<sup>5</sup> En el caso *Sauvé*, el *ius puniendi* se atribuye a la humanidad o al carácter de ciudadano del acusado y a los deberes que resultan de su reconocimiento (*Sauvé v. Canada [Chief Electoral Officer]*, [2002] 3 S.C.R. p. 519, párr. 47: “... right of the state to punish and the obligation of the criminal to accept punishment is tied to society's acceptance of the criminal as a person with rights and responsibilities”). En este sentido, también Duff, en: Besson/Tasioulas (ed.), *The Philosophy of International Law*, 2010, p. 589 (p. 595): responsabilidad ante la sociedad/comunidad por los “«public» wrongs”.

<sup>6</sup> Véase art. 74.1, N° 1 de la Ley Fundamental o, a modo ejemplificativo, Sección 91, N° 27 de la Constitución canadiense.

<sup>7</sup> *Sax*, en: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), *Die Grundrechte*, Bd. 3, Hbd. 2, Rechtspflege und Grundrechtsschutz, 1959, p. 954 (“se da por sentado”); *Schütz* (nota 2), p. 13; *Stächelin* *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, 1998, p. 82 (“la Ley Fundamental asume que el Derecho penal es algo ya existente”); en la misma línea *Wilfert* (nota 2), p. 31; *Roxin / Greco* *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 5. ed. 2020, § 2, Nm. 1 (“se asume la existencia de un derecho estatal de castigar”); véase también *Klose ZStW* 86 (1974), p. 33 (pp. 55 ss.), que ve en el artículo 74.1 de la Ley Fundamental [de la redacción anterior] una norma que posee un mero “carácter formal que regula las competencias” (p. 59), en resumen: que tanto antes como ahora, el “*ius puniendi* [...] es un derecho estatal “eminente”, presupuesto y autónomo, que se da por sobreentendido y no necesita ninguna otra justificación; que está en vigencia como derecho soberano del Estado y al que, situado en perspectiva, muchos de los súbditos estatales siguen estando ligados” (p. 67), y que el Derecho penal espera ser sustituido por “un Derecho de medidas más exitoso y más humano” (ib.). De la literatura canadiense, p. ej., *Bryant Canadian Encyclopedic Digest, Constitutional Law VIII.9.[e]*, §§ 266 ss., con énfasis en la demarcación de las competencias federales y provinciales; *Funston/Meehan* *Canada's Constitutional Law in a nutshell*, 4. ed. 2013, pp. 88 ss., (el Parlamento podría crear Derecho penal “como lo crea conveniente” [p. 89]).

<sup>8</sup> Véase, p. ej., Arts. 9.2; 46.2; 102; 103.2; 103.3 de la Ley Fundamental.

<sup>9</sup> Claro y convincente, *Klose ZStW* 86 (1974), p. 33 (p. 60). El deber de penalizar la guerra de agresión, contemplado en la Constitución alemana (artículo 26 de la Ley Fundamental), es una excepción a este respecto que, como es sabido, se explica por su trasfondo histórico (así también, *Stächelin* [nota 7], p. 83).

<sup>10</sup> Véase, *Stächelin* (nota 7), p. 82: “La Ley Fundamental no asigna al Estado ningún *ius puniendi* y, en consecuencia, tampoco establece sus límites explícitos”.

<sup>11</sup> Véase, nuevamente, *Klose ZStW* 86 (1974), p. 33 (p. 67).

tearse la cuestión del explícito fundamento que tiene, en el plano constitucional, ese *ius puniendi* estatal<sup>12</sup> (u *obligatio puniendi*).

## II. ¿Derechos de defensa y deberes jurídico-penales de protección? La dicotomía de la espada y el escudo

### 1. El Tribunal Constitucional Alemán y el marco jurídico-constitucional del aborto

Por muy obvio o asentado que pueda parecer ahora (y en línea con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán [Bundesverfassungsgericht, BVerfG] sobre el aborto),<sup>13</sup> el enfoque según el cual los derechos a la protección jurídico-penal (los deberes punitivos del Estado) se derivan<sup>14</sup> de los derechos fundamentales del individuo<sup>15</sup> consagrados en la Constitución, sigue planteando problemas que, examinados detenidamente, no se han resuelto de manera concluyente. En particular, con ese enfoque no se ha determinado todavía cuáles de esas garantías deben ser enlazadas con las correspondientes obligaciones de protección. A este respecto, aparentemente, no hay ninguna aclaración que vaya más allá de la siguiente afirmación: cuanto más importante sea el derecho o el bien jurídico constitucionalmente garantizado (y, por lo tanto, a ser protegido por el Estado), más aumenta la posibilidad de establecer un deber estatal de protección jurídico-penal.<sup>16</sup> Sin embargo, se incrementa la incertidumbre cuando tales deberes de protección deben ser derivados a partir de la difusa garantía<sup>17</sup> de la dignidad humana.<sup>18</sup> Además, el propio

<sup>12</sup> Sax, en: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (*supra*, nota 7) p. 955, sin embargo, piensa que la pena, en el sentido estricto de un principio fundamental -“como algo independiente de sus referencias temporales al individuo y a la comunidad”-, no existe en absoluto y quiere interpretarla, en última instancia y en sentido analógico, como una defensa de la sociedad (el delito como *agresión*).

<sup>13</sup> BVerfGE 39, 1 = NJW 1975, p. 573, Principio a): “La vida que se desarrolla en el seno materno se considera un bien jurídico independiente constitucionalmente protegido (Art. 2.II.1, Art. 1.I de la Ley Fundamental). El deber de protección estatal no solo prohíbe la intervención directa del Estado en esa vida en desarrollo, sino que también requiere que el Estado la proteja y la promueva; NJW 1993, p. 1751, Principio 6: “Para cumplir con su deber de protección, el Estado debe adoptar medidas suficientes de carácter normativo y fáctico que conduzcan -teniendo en cuenta los bienes jurídicos en conflicto- a una protección adecuada y, como tal, efectiva (prohibición de infra-protección). Para esto se requiere un concepto de protección que vincule recíprocamente elementos de protección preventiva y represiva.”; detalladamente, pp. 1755 ss.

<sup>14</sup> En última instancia, los derechos requieren protección para ser plenamente efectivos y eficientes, así como también para revelar su relevancia social (en palabras de SCC: para ser “meaningful”, *Dunmore v. Ontario [Attorney General]*, [2001] 3 S.C.R. p. 1016 [p. 1043]).

<sup>15</sup> La problemática de las leyes penales que protegen los bienes jurídicos supra-individuales no puede ser tratada en este marco. Véase, a modo ejemplificativo, sobre la legitimación de un Derecho penal para la protección estatal, *Wilfert* (nota 2), pp. 185 ss.

<sup>16</sup> Véase solo BVerfG NJW 1975, p. 573 (p. 575) (“El deber de protección del Estado debe tomarse tanto más en serio cuanto más alto sea el rango que el bien jurídico en cuestión presente dentro del sistema de valores de la Ley Fundamental”).

<sup>17</sup> El hecho de que el principio supranacional del *ius puniendi* pueda fundamentarse en la idea de los Derechos Humanos Universales, en el sentido kantiano de la comprensión de la dignidad humana (véase Ambos Oxf. J. L., p. 33 [2013], p. 293 [pp. 304 ss.]), no modifica en nada el problema de la selectividad.

<sup>18</sup> Para la derivación de concretos deberes de protección respecto de los crímenes violentos y delitos

Tribunal Constitucional Alemán, en su primera decisión sobre el aborto, estableció que el recurso al Derecho penal era *solo una* de las diversas opciones que, para dar cumplimiento a este deber de protección, están a disposición del Estado.<sup>19</sup> Por lo tanto, determinar cuáles son las medidas concretas de protección que resultan necesarias<sup>20</sup> y, en particular, si la protección de los bienes jurídicos debe gestionarse a través del Derecho penal o del Derecho administrativo sancionador, es una decisión legislativa.<sup>21</sup>

Desde el punto de vista de los fundamentos, la noción de un *deber* estatal y constitucionalmente fundado de proteger bienes jurídicos a través del Derecho penal pone de cabeza la concepción liberal clásica de las garantías constitucionales del individuo (esto es, como derechos de defensa frente a la intervención del propio Estado). Esta duda *principalista*, que ha sido claramente expresada por el voto minoritario de la primera decisión sobre el aborto,<sup>22</sup> resulta aún más pronunciada en el discurso jurídico-constitucional angloamericano.<sup>23</sup> Esto puede explicarse, proba-

comparables contra la integridad física, la libertad y la autodeterminación sexual, a partir de la referencia al Art. 2.2 y en relación con el Art. 1.1 de la Ley Fundamental, véase *BVerfG*, Resolución v. 26.06.2014 - 2 BvR 2699/10, Nm. 8 y 10; *BVerfG* StV 2015, p. 203 (p. 204); JZ 2015, p. 890 (p. 891); también: *BVerfG* NStZ-RR 2015, p. 347 (p. 348).

<sup>19</sup> *BVerfG* NJW 1975, p. 573, Principio d) (“El legislador también puede expresar la desaprobación jurídica del aborto, que resulta exigida por la Constitución, de manera distinta a la amenaza de castigo”).

<sup>20</sup> *BVerfG* NJW 1975, p. 573 (p. 576) (“La forma en que el estado cumple con su obligación de proporcionar una protección efectiva para el desarrollo de la vida es principalmente una cuestión que debe decidir el legislador. Decide qué medidas de protección considera apropiadas y necesarias para asegurar la protección efectiva de la vida”); en la misma línea *BVerfG* NJW 1993, p. 1751 (p. 1754) (“Es tarea del legislador determinar detalladamente el tipo y el alcance de la protección. La constitución establece la protección como un objetivo, pero no su forma detallada.”).

<sup>21</sup> Véase la decisión del EGOWiG de 1968, *BVerfGE* 27, p. 18 (pp. 29 s.), en la que el Tribunal expresa: “Corresponde al legislador, de forma vinculante y tomando en cuenta la situación histórica concreta respectiva, definir la frontera exacta entre el ámbito nuclear del Derecho penal y el ámbito de las meras infracciones administrativas [...]”.

<sup>22</sup> La opinión disidente en *Rupp-v. Brünneck und Simon* (NJW 1975, p. 573 [p. 581 s.]: “se invierte la función de los derechos fundamentales”). En la misma línea, *Schütz* (nota 2), p. 62.

<sup>23</sup> De forma característica, la decisión de la *Supreme Courts* de los Estados Unidos en *DeShaney v. Winnebago County Department of Social Services*, U.S. 489 (1989), p. 189 (p. 195) (“nothing in the language of the Due Process Clause itself requires the State to protect the life, liberty, and property of its citizens against invasion by private actors”). Al respecto, *Grimm*, en: *Nolte* (Hrsg.), *European and US Constitutionalism*, 2005, p. 137 (pp. 138 ss.). La jurisprudencia de la SCC, en relación a la Carta de Derechos y Libertades de Canadá, debe destacarse, muestra una cautelosa apertura hacia la idea de un deber de protección; véase *Delisle v. Canada*, [1999] 2 S.C.R. p. 989 (p. 991) (“The fundamental freedoms protected by s. 2 of the *Charter* do not impose a positive obligation of protection or inclusion on Parliament or the government, except perhaps in exceptional circumstances which are not at issue here.”); además *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, [2001] 3 S.C.R., p. 1016 (p. 1018) (“Ordinarily, the *Charter* does not oblige the state to take affirmative action to safeguard or facilitate the exercise of fundamental freedoms. There is no constitutional right to protective legislation per se. However, history has shown and Canada’s legislatures have recognized that a posture of government restraint in the area of labour relations will expose most workers not only to a range of unfair labour practices, but potentially to legal liability under common law inhibitions on combinations and restraints of trade. In order to make the freedom to organize meaningful, in this very particular context, s. 2(d) of the *Charter* may impose a positive obligation on the state to extend protective legislation to unprotected groups.”). Por supuesto, no se debe sobredimensionar la importancia de las dos decisiones, sobre todo porque la Corte Suprema de Canadá ha subrayado el carácter excepcional de un deber de protección (“except perhaps in exceptional circumstances”) y las características específicas del contexto



blemente, a partir de las diferentes tradiciones constitucionales.<sup>24</sup> En este sentido, el «*dilema de la espada y el escudo*»<sup>25</sup> puede ser reconducido a la siguiente cuestión: por qué las decisiones objetivamente valorativas del legislador constitucional<sup>26</sup> deberían poder justificar la restricción de derechos subjetivos, tal como sucede -en caso de imposición de una pena privativa de libertad- con el derecho a la libertad del condenado (art. 2.2, segunda frase, de la Ley Fundamental).

A pesar de la reflexión anterior, resulta conocido que el Tribunal Constitucional Alemán ha encontrado apoyo en la *prohibición de infra-protección*. Según esta idea, es cierto que el legislador no puede recurrir al mecanismo de la criminalización salvo que no existan otros medios idóneos (razonables) para la protección de los bienes jurídicos; y que, por tanto, el Derecho penal debe concebirse -a la luz del principio de proporcionalidad y de *última ratio*- como la única opción restante disponible.<sup>27</sup> Sin embargo, tampoco por ello se puede abandonar el estándar mínimo de protección requerido por el Derecho (constitucional), pues con ello se violentaría la *prohibición de infra-protección (Untermaßverbot)*.<sup>28</sup> La literatura, por el contrario, rechaza de forma manifiesta que un deber *general* de criminalización pueda derivarse de la Ley Fundamental<sup>29</sup> (como una simple contracara de la viola-

(“very particular context”) del caso *Dunmore*, relativo a la libertad de asociación. Detalladamente (y sobre el trasfondo de la jurisprudencia del *BVerfG*) respecto de la situación jurídica o del caso *MacDonnell/Hughes, Osgoode Hall L.J.* 50 (2013), p. 999 (pp. 1022 ss.), quien considera posible la existencia de deberes de protección de *lege lata* (“it might be argued that the state is constitutionally obligated to identify threats to Charter-protected interests posed by private actors and to address those threats in some way, whether by criminal prohibition, regulation, or administrative action”). Véase también *Weinrib Nat'l J.Const.L.* 17 (2005), pp. 325 ss. (deber de protección derivado de la dignidad humana).

<sup>24</sup> Instructivo, *Grimm*, en: *Nolte* (nota 23), p. 137 (pp. 139 s.), acerca de la necesidad que presentaban las colonias americanas de liberarse de las leyes parlamentarias de la Corona inglesa (p. 140: “To fulfill this function negative rights were sufficient”) y sobre el hecho de que las Constituciones de los particulares Estados alemanes del siglo XIX otorgaban derechos civiles a sus súbditos, en el sentido de una concesión política de los monarcas (pp. 141 s., p. 143: “mere expression of political intent”); *Krieger*, en: *Nolte* (nota 23), p. 181 (pp. 192 s.) se refiere a la idea, marcadamente diferente, de Estado social de bienestar. Totalmente alineado con la línea anglosajona, sin embargo, el Tribunal Constitucional Austríaco, ECR N° 7400/1974, p. 221 (p. 224) con la observación siguiente: “el catálogo de derechos fundamentales de la Ley Fundamental del 21 de diciembre de 1867, RGBI, N° 142, sobre los derechos generales de los ciudadanos [...] se basa en la idea liberal clásica de la concesión de la protección individual contra los actos de la autoridad estatal”. Sobre esto, véase *Grimm* (op. cit.).

<sup>25</sup> El concepto de *Dicotomía Escudo-Espada* se atribuye a la Jueza *Christine van den Wyngaert*; véase *Tulkens JICJ* 9 (2011), p. 577. *Van den Wyngaert* confirmó al autor, por correo electrónico de 24 de agosto de 2018, que desarrolló la dicotomía “in a presentation at Louvain on the occasion of the Journées Jean Dabin in [...] 1982.”

<sup>26</sup> Véase *BVerfG*, NJW 1975, p. 573 (p. 577) (“norma decisivo-valorativa fundamental”); a este respecto, la disidencia en *Rupp-v. Brinneck* u. *Simon* NJW 1975, p. 573 (p. 582).

<sup>27</sup> *BVerfG* NJW 1975, p. 573, Principio d): “En casos extremos, cuando la protección que ofrece la Constitución no puede lograrse de otra manera, el legislador está obligado a utilizar los medios del Derecho penal para garantizar el desarrollo de la vida”; véase también pp. 576 ss.

<sup>28</sup> *BVerfG* NJW 1993, p. 1751, Principio 8: “La prohibición de infra-protección (*Untermaßverbot*) impide una libre renuncia al uso de la legislación criminal y su efecto de protección sobre la vida humana”; véase también p. 1754.

<sup>29</sup> Por ej., *Appel*, *Verfassung und Strafe*, 1998, p. 68, subraya que el Tribunal Constitucional Alemán “no se pronunció en el sentido de que los intereses de la comunidad que son *per se* «dignos de ser protegidos a

ción a la prohibición de infra-protección),<sup>30</sup> por lo que hace hincapié en la necesidad de reconocer una amplia discrecionalidad legislativa.<sup>31</sup>

## 2. El “afilarse” la espada

Al margen de la línea jurisprudencial a la que ha llevado la sentencia sobre el aborto del Tribunal Constitucional Alemán, existen enfoques más recientes sobre la cuestión.<sup>32</sup> Estos enfoques buscan derivar el deber de criminalización o sus reflejos procesales (deberes de persecución y condena) a partir de la Constitución. El denominador común de estos enfoques radica en la idea siguiente: aquello que debería estar en el centro de las consideraciones no es tanto el Estado sino más bien la víctima del delito. Es la víctima quien tiene derecho, frente a las lesiones (graves) de los bienes jurídicos, a una protección estatal efectiva o bien a (re)establecer su confianza en el orden normativo.<sup>33</sup> En consecuencia, ya no se trata (solo) del dilema «escudo-espada», sino de permitir que dicha espada se afile mediante la aceptación de las demandas que el individuo formula al Estado con el objeto de que este aplique el Derecho penal. Se pueden encontrar enfatizaciones diversas en relación a la concreta radicación constitucional de estos derechos de las víctimas (o de las obligaciones correlativas del Estado).

En este sentido, *Weigend* pretende arraigar los deberes jurídico-penales de investigación y condena, así como los correspondientes derechos de las víctimas, en un genérico *derecho a la personalidad* de la víctima del delito<sup>34</sup> (el cual se deriva de la libertad general de acción y de la dignidad humana, garantizadas por el art. 2.1 y 1.1 de la Ley Fundamental, respectivamente). Por su parte, en el marco de una línea argumental multi-dimensional, *Holz* trabaja con un amplio deber estatal (objetivo-subjetivo) de conceder seguridad, el cual se debería corresponder, respectivamente, con los derechos de las víctimas a la criminalización y a la prosecución penal.<sup>35</sup>

través del Derecho penal» pudieran ser tomados del «sistema constitucional de valores»; en sentido diferente, *Vogel*, StV 1996, 110 (111 y ss.) (“Los intereses comunitarios que son indudablemente dignos de protección penal [...] son los que forman parte del propio sistema constitucional de valores”); véase también *Lagodny*, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, 1996, pp. 445 y s.; Stächelin (nota 7), pp. 82 y s.; *Schütz* (nota 2), p. 62.

<sup>30</sup> Acerca de la *prohibición de infra-protección*, *Lagodny* (nota 29), pp. 254 y ss.; en cuanto a los criterios de la dimensión de la prohibición de infra-protección en relación con las “normas de conducta obligatorias”, pp. 262 y ss.; véase también *Appel* (nota 29), p. 72; *Wilfert* (nota 2), p. 33.

<sup>31</sup> *Appel* (nota 29), pp. 70 ss.; *Lagodny* (nota 29), pp. 257 ss., 417, 446, 448 (donde se subraya, con razón, que el legislador solo está obligado a “alcanzar la protección con cierto éxito”, es decir, a utilizar los medios que considere apropiados para este fin); especialmente, en p. 541 (“El Derecho constitucional, en última instancia, relega el Derecho penal al lugar donde se dictan las leyes: el debate social que se decide en el parlamento”). Véase, después de todo, *Wilfert* (nota 2), pp. 33 s.

<sup>32</sup> *Holz*, Justizgewährungsanspruch des Verbrechensopfers, 2007, pp. 52 ss., 200 ss.; *Weigend*, RW 2010, 39 (pp. 50 ss.); *Hörnle*, JZ 2015, 893 (pp. 895 ss.).

<sup>33</sup> Acerca de la función de protección de los derechos de las víctimas, también *Lagodny* (nota 29), p. 420 y pp. 448 ss.

<sup>34</sup> *Weigend* RW 2010, 39 (pp. 50 ss.).

<sup>35</sup> *Holz* (nota 32), pp. 54 ss., p. 61, pp. 97 ss., pp. 109 ss., pp. 217 s., pp. 221 s. *Holz* rechaza la opinión

*Last but not least*, Hörnle opta por una visión asentada en una teoría de la pena «normativa y orientada al pasado» y sitúa el punto central de la cuestión en la «justificada satisfacción del interés» de la víctima para luego referirse, en el paso siguiente y de forma respectiva, a Holz y Weigend en lo que respecta al «deber constitucional del Estado» y al «derecho subjetivo a un enjuiciamiento penal efectivo».<sup>36</sup>

Si se mira con atención estos modelos, aparece la siguiente imagen: allí donde el Estado deja sola a la víctima de un delito (grave), cuando las autoridades estatales no investigan o se muestran desinteresadas por la suerte de la víctima, Weigend percibe una violación a los derechos de la personalidad y, lo que es más importante, una violación a la dignidad humana.<sup>37</sup> El hecho de ser afectado por un delito grave, puede llegar a ser “parte de la personalidad” de la víctima.<sup>38</sup> En los casos en que esto ha ocurrido, si las autoridades no tienen en cuenta esa “condición de víctima” de la persona afectada, tratándola “con el debido respeto”, se produce una violación de la dignidad humana. Esto significa que, allí donde la víctima tiene un *derecho*, las autoridades públicas tienen el deber de tomar en serio el caso e investigarlo de forma adecuada. A pesar de que la formulación de cargos contra un determinado acusado es una cuestión que «no tiene que ver ya con la situación jurídica personal de la víctima», lo cierto es que ésta tendría derecho, en caso de determinarse la culpabilidad del acusado, a una «sanción adecuada al injusto del autor».<sup>39</sup> En consecuencia, cuando de forma excepcional la sentencia evidencie -en su parte dispositiva y en su fundamentación- un desprecio por la víctima, entonces la sanción inadecuada del injusto constituye, para el trasfondo del estatus de víctima, un «menosprecio de su persona»,<sup>40</sup> relevante en materia de derechos fundamentales.

Por otro lado, ya ha sido mencionado que Holz desarrolla su posición en varios pasos individuales. En primer lugar, hace suya la idea del deber de protección,<sup>41</sup> poniendo el acento en la obligación estatal de garantizar la seguridad pública (que constituye la base de la legitimidad del Estado).<sup>42</sup> Este deber de garantizar la seguridad (objetiva) de los ciudadanos, se corresponde con el deber estatal de proteger la seguridad subjetiva, es decir, la sensación (subjetiva) de seguridad de los ciuda-

dominante, que entiende la garantía de justicia como algo anclado en el principio del Estado de Derecho (art. 20.3 de la Ley Fundamental); véase pp. 53 ss. y 61, con mayores referencias.

<sup>36</sup> Hörnle, JZ 2015, 893 (pp. 895 s.).

<sup>37</sup> Weigend, RW 2010, 29 (p. 51) (“que la dignidad de una persona puede ser violada cuando, después de haberse convertido en víctima de un delito grave, las autoridades estatales le dicen, sin haber cursado investigación alguna, que a nadie le interesa el asunto y que solo a él le resulta imputable el daño o que él es el verdadero culpable”).

<sup>38</sup> Weigend, RW 2010, 29 (p. 52).

<sup>39</sup> Weigend, RW 2010, 29 (pp. 52 ss.).

<sup>40</sup> Weigend, RW 2010, 29 (p. 53).

<sup>41</sup> Holz (nota 32), pp. 61 ss., especialmente p. 62 s. (“El deber estatal de garantizar la seguridad está constitucionalmente entrelazado con los derechos fundamentales de la libertad”); ib. nota 55.

<sup>42</sup> Holz (nota 32), p. 63 (“como contra-cara del monopolio del uso de la fuerza, el Estado debe, en adelante, proporcionar seguridad”).



danos.<sup>43</sup> Este amplio deber estatal de garantizar la seguridad, tanto objetiva como subjetiva, implica también para el Estado un deber de criminalizar<sup>44</sup> (en todo caso, hasta cierta medida)<sup>45</sup> comportamientos jurídicamente lesivos; lo que a su turno se correspondería también con un derecho subjetivo del ciudadano a las respectivas leyes penales.<sup>46</sup> Una amplia «pretensión a la garantía de seguridad jurídico-penal»<sup>47</sup> se concretaría, desde lo jurídico y de modo simple, mediante la respectiva norma penal que protege el bien jurídico individual<sup>48</sup> y que, a su vez, «concede a la persona realmente lesionada [...] un derecho público subjetivo a la restitución de esta norma, en forma de una sentencia sobre el desvalor ético-social».<sup>49</sup> La posibilidad de que, en el caso concreto, se viole este derecho, activaría finalmente la garantía de acceso a la justicia contenida en el artículo 19.4 de la Ley Fundamental.<sup>50</sup> Detrás del derecho público-subjetivo a obtener una satisfacción, por así decirlo, Holz ve, sobre todo, un «interés (de la víctima) en la restitución de su confianza en la norma».<sup>51</sup>

Estas consideraciones presentan cierta afinidad con varias de las decisiones recientes (de Sala) del Tribunal Constitucional Alemán. En estas decisiones, a pesar de asumir que -en principio- no existe un derecho a la persecución penal,<sup>52</sup> se afirma luego que, excepcionalmente, tal derecho puede reconocerse en casos de delitos graves contra la vida, la integridad física, la autodeterminación sexual y la libertad, así como aquellos cometidos por funcionarios públicos o dirigidos contra víctimas privadas de su libertad.<sup>53</sup> A este respecto, cabe destacar la reiterada afirmación respecto de la existencia de una “pretensión a obtener una persecución penal efectiva”:

...allí donde las personas no están en condiciones de prevenir la comisión de delitos importantes contra sus bienes jurídicos más valiosos -la vida, la integridad física, la autodeterminación sexual y la libertad personal- y una renuncia a la persecución efectiva de tales hechos pueda dar lugar a un cuestionamiento de la confianza en el monopolio estatal de la fuerza y a un clima general de inseguridad jurídica y violencia, sobre la base de las frases 1 y 2 del artículo 2.2, junto con la frase 2 del

<sup>43</sup> Holz (nota 32), pp. 64 ss., p. 79. Para Holz esto se deriva de la naturaleza del concepto de seguridad, que posee cabeza de Jano. (pp. 70 ss.).

<sup>44</sup> Holz (nota 32), pp. 80 ss., 88 ss.

<sup>45</sup> Holz (nota 32), p. 92.

<sup>46</sup> Holz (nota 32), pp. 92 ss.

<sup>47</sup> Holz (nota 32), p. 97.

<sup>48</sup> Holz (nota 32), pp. 109 y ss.

<sup>49</sup> Holz (nota 32), p. 204.

<sup>50</sup> Holz (nota 32), pp. 109 ss., especialmente pp. 114 ss.

<sup>51</sup> Holz (nota 32), p. 135.

<sup>52</sup> BVerfG, Resolución v. 26.6.2014 - 2 BvR 2699/10, Nm. 8; BVerfG StV 2015, p. 203 (pp. 203 s.); JZ 2015, p. 890 (p. 891); NSTZ-RR 2015, p. 347 (p. 348).

<sup>53</sup> BVerfG, Resolución v. 26.6.2014 - 2 BvR 2699/10, Nm. 8; BVerfG StV 2015, p. 203 (p. 204); JZ 2015, p. 890 (p. 891); NSTZ-RR 2015, p. 347 (p. 348).

artículo 1.1 de la Ley Fundamental, puede exigirse la intervención del Estado y sus órganos a través de los medios del Derecho penal.<sup>54</sup>

Esta pretensión también puede surgir:

(...) a partir de una obligación estatal específica de asistencia y custodia con respecto a las personas (...) que le han sido confiadas. Especialmente, en el caso de relaciones jurídicas estructuralmente asimétricas (que en función del art. 2.2 de la Ley Fundamental conceden a los lesionados posibilidades limitadas de defenderse contra injerencias jurídico-penalmente relevantes de sus bienes jurídicos -p. ej., en la aplicación de medidas de seguridad o ejecución de la pena-), a las autoridades de enjuiciamiento penal les incumbe un deber especial de diligencia, el cual deben respetar cuando llevan a cabo las investigaciones y evalúan los resultados encontrados.<sup>55</sup>

(...) también vienen a consideración los casos en los que el reproche se formula a funcionarios públicos que han cometido delitos mientras desempeñaban sus funciones soberanas. Una renuncia a la persecución efectiva de esos delitos, puede socavar la confianza en la integridad de las acciones estatales. Por lo tanto, debe evitarse la impresión de que las investigaciones contra los funcionarios del Estado son menos eficaces, o que se imponen cada vez más exigencias para el enjuiciamiento de tales delitos”.<sup>56</sup>

A continuación, analizaré críticamente esta jurisprudencia en el contexto del desarrollo de mi posición (*infra* III.). En cualquier caso, la opinión del Tribunal Constitucional Alemán según la cual no debe reconocerse un verdadero derecho subjetivo a *determinadas* medidas de investigación, merece ser aprobada. La idea de que las víctimas de los delitos (o bien, en el caso de los homicidios, sus familiares)<sup>57</sup> pueden, p. ej., hacer valer un derecho o pretensión a la imposición de la prisión preventiva contra un acusado en sede judicial, obviamente, no encaja en el modelo del Código Procesal Penal Alemán (a partir de aquí, *StPO*), al margen de todas las revalorizaciones que ha experimentado la parte lesionada o la víctima.<sup>58</sup>

<sup>54</sup> *BVerfG* JZ 2015, p. 890 (p. 891); previamente, ya en esta línea, *BVerfG*, Resolución v. 26.6.2014 – 2 BvR 2699/10, Nm. 10; *BVerfG* StV 2015, p. 203 (p. 204); NSTZ-RR 2015, p. 347 (p. 348), todas las cuales añaden que tal derecho (en el caso de delitos capitales) y de conformidad con el art. 6.1, en relación con el art. 2.2, frase 1 y el art.1.1 de la Ley fundamental, pueden ser ejercidos por familiares cercanos. Crítico en esta medida, *Sachs*, JuS 2015, p. 376 (p. 378) sin una justificación viable. Es interesante que, en su argumentación, el Tribunal Constitucional Alemán EuGRZ 2010, p. 145 (p. 147) haya ido más allá de la mera referencia a un “clima general de inseguridad jurídica y violencia”, refiriéndose a una “situación que en casos individuales conduce a un peligro para la vida y la salud”.

<sup>55</sup> *BVerfG* JZ 2015, p. 890 (pp. 891 s.); NSTZ-RR 2015, p. 347 (p. 348); StV 2015, p. 203 (p. 204): ya previamente, *BVerfG*, Resolución v. 26.6.2014 - 2 BvR 2699/10, Nm. 12.

<sup>56</sup> *BVerfG* JZ 2015, p. 890 (p. 892). Ya antes conforme a esta línea, *BVerfG*, Resolución v. 26.6.2014 - 2 BvR 2699/10, Nm. 11; *BVerfG* StV 2015, p. 203 (p. 204); también *BVerfG* NSTZ-RR 2015, p. 347 (p. 348).

<sup>57</sup> Véase, por ejemplo, *Weigend*, RW 2010, 39 (pp. 39 ss. con mayores referencias).

<sup>58</sup> Acertada en los resultados, también *Hörnle* JZ 2015, p. 893 (p. 894), de manera tal que su referencia a la falta de una “distancia emocional” de los potenciales titulares de la pretensión o derecho parece problemática, pues la agitación emocional o, dado el caso y de forma especial, la ausencia de conocimientos técnicos también repercute en la jurisprudencia de los procedimientos a instancia de parte previstos de *lege lata*, en

Por otra parte, del art. 19.4 de la Ley Fundamental<sup>59</sup> se desprende que, en pleno sentido *holziano*, el efectivo derecho a una investigación y persecución jurídico-penal debe ser sometido a control judicial.<sup>60</sup>

### 3. *Ius y obligatio puniendi: pretensiones de protección jurídico penal y los derechos humanos*

El derivar verdaderos deberes de criminalización, investigación, persecución y castigo (y sus correspondientes derechos subjetivos) a partir de las garantías jurídico-constitucionales relacionadas con las víctimas, también ha encontrado paralelismos en la jurisprudencia de Derechos Humanos.

Al igual que las Constituciones Nacionales, las Convenciones de Derechos Humanos respectivas (el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos del 16 de diciembre de 1966 -PIDCyP-,<sup>61</sup> la Convención Americana sobre Derechos Humanos del 22 de noviembre de 1969 -CIDH-<sup>62</sup> y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales del 4 de noviembre de 1950 -CEDH-),<sup>63</sup> tampoco contienen referencias normativas *expresas* respecto de la criminalización, investigación, persecución y castigo de conductas. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte-IDH), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y el Comité de Derechos Humanos de la ONU (CDH), pretenden extraer los correspondientes deberes a partir de las cláusulas «*ensure*» y «*right-to-remedy*» contenidas en esas convenciones, o bien

los cuales se obliga al Ministerio Público a presentar cargos (véase el art. 175 del Código Procesal Penal Alemán). De este modo (a diferencia de lo sostenido por Hörnle, op. cit.), se puede discutir la existencia de un verdadero derecho al procesamiento (véase más abajo el texto principal correspondiente a las notas 118 ss.)

<sup>59</sup> Resulta interesante que en Canadá exista un derecho funcionalmente equivalente, en forma de art. 24.(1) de la Carta. Si los derechos reconocidos a los ciudadanos canadienses en la Carta son violados en el extranjero mediante, p. ej., encarcelamiento ilegal o trato inhumano por parte de otro Estado, le corresponde al Estado canadiense tomar medidas -como resultado de la garantía a la pretensión de justicia bajo el 24.1 de la Carta (ver *Canada [Prime Minister] v. Khadr*, [2010] 1 S.C.R. 44, (47))- para proteger activamente a sus ciudadanos (véase *Khadr v. Canada [Prime Minister]*, [2009] FC (Federal Court) p. 405, párr. 50 ss. [párr. 64: “Canada had a duty to protect Mr. Khadr from being subjected to any torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, from being unlawfully detained, and from being locked up for a duration exceeding the shortest appropriate period of time.”], párr. 71 ss. [Deber de protección como “principle of fundamental justice”]). Sobre esto (con especial consideración del Derecho Internacional) *Orange Nat.'l J. Const. L.* 28 (2011), p. 207 (p. 208 y p. 232: “the courts should acknowledge that a new model of ‘sovereignty as responsibility provides a constitutional obligation for states to act to protect individuals’); más reservado aún *Forcese U.N.B.L.J.* 57 (2007), p. 102 (pp. 112 y ss.) con la evaluación de que “no clear legal obligation to protect exists in Canadian public law”.

<sup>60</sup> Véase §§ 172 y ss. StPO y la referencia del *BVerfG* a la posibilidad de ejercer el procedimiento a instancia de parte: *BVerfG*, Resolución v. 26.6.2014 – 2 BvR 2699/10, Rn. 11; *BVerfG*, StV 2015, 203 (204); *JZ* 2015, 890 (892); *NStZ-RR* 2015, p. 347 (pp. 348 ss.).

<sup>61</sup> BGBl 1973 II, p. 1534.

<sup>62</sup> OAS Treaties Series B-32.

<sup>63</sup> European Treaties Series Nº 5.

de las reglas relativas al *Fair-Trial*.<sup>64</sup> Por lo demás, tales deberes de protección podrían derivarse, en ocasiones, de la propia salvaguarda de los Derechos Humanos.<sup>65</sup> A este respecto, la jurisprudencia sobre Derechos Humanos también ha ido mutando, dejando de cumplir una función de escudo para empezar a cumplir una función de espada.<sup>66</sup> Esta mutación, como ya se ha señalado respecto de la legislación constitucional-nacional sobre derechos fundamentales, invierte la función defensiva tradicional de los Derechos Humanos. Tales prerrogativas ya no limitan el *ius puniendi* estatal, sino que deben utilizarse para fundamentar un deber estatal de protección de bienes jurídicos a partir del Derecho penal y, también, las respectivas pretensiones de las víctimas.<sup>67</sup>

En este sentido, fue pionera la sentencia de la Corte-IDH en el caso *Velásquez-Rodríguez*.<sup>68</sup> Allí se afirma que la cláusula de «*garantía*» prevista en el art. 1.1 de la CADH, obliga a «*organizar el aparato del Estado y todas las estructuras por las que se ejerce el poder público*» de manera tal que sea posible «*prevenir, investigar y sancionar cualquier violación de los derechos reconocidos en la Convención*», así como también «*intentar restablecer el derecho infringido y proporcionar la compensación necesaria por los daños y perjuicios que resulten de dicha violación*». <sup>69</sup> La Corte-IDH ha reafirmado este entendimiento en una serie de decisiones posteriores,<sup>70</sup> las cuales han sido fundamentadas también sobre el art. 8.1 y 8.25 de la CADH.<sup>71</sup> Por último, la jurisprudencia de la Corte-IDH sobre los deberes estatales de persecución penal en casos de desaparición, ejecuciones extrajudiciales y tortura, es de suma importancia.<sup>72</sup> En este sentido, en el caso *Rodríguez Vera y*

<sup>64</sup> Art. 2.1, alt. 2, 3 y 14 del PIDCyP; art. 1.1, alt. 2, 25 y art. 8.1 CIDH; art. 1.13 y 6 CEDH.

<sup>65</sup> Análisis detallado del *Seibert-Fohr* Prosecuting Serious Human Rights Violations, 2009. En relación a una obligación de castigar, derivada del Derecho internacional consuetudinario y que recae sobre los Estados en los que tienen lugar los hechos constitutivos de *core crimes*, p. ej. *Werle/Vormbaum* Transitional Justice, 2018, pp. 43 ss.; véase también Ambos, en: *Haldemann/Unger* (ed.), *The UN Principles to Combat Impunity*, 2018, Principio 19, párr. 18 ss., AVR 37 (1999), p. 318 (pp. 319 y ss.).

<sup>66</sup> Véase, *supra* nota 25.

<sup>67</sup> *Malarino*, en: *Gil/Maculan* (Dir.), *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, 2017, p. 23 (24).

<sup>68</sup> CorteIDH, Sentencia 29.7.1988 (*Velásquez-Rodríguez v. Honduras*). Detalladamente sobre esta resolución, *Ambos/Malarino* (coord.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, 3 Bd., 2010, 2011 y. 2013), disponible en: <http://www.cedpal.uni-goettingen.de/index.php/investigacion/grupo-latinoamericano-de-estudios-sobre-derecho-penal-internacional>; anteriormente, *Ambos*, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, 2ª ed., 1999, pp. 66 ss.

<sup>69</sup> CorteIDH, Sentencia 29.7.1988 (*Velásquez-Rodríguez v. Honduras*), par. 166; traducción al alemán en: *EuGRZ* 1989, p. 157 (p. 171).

<sup>70</sup> Véase solo CorteIDH, Sentencia 14.3.2001 (*Barrios Altos v. Perú*), párrafos 41 ss.; Sentencias, 25.10.2012 (*Massacres of El Mozote and nearby Places v. El Salvador*), párrafos 143 ss.; Sentencia, 26.11.2013 (*Osorio Rivera y Familiares v. Perú*), párr. 177; Sentencia 19.5.2014 (*Veliz Franco y otros v. Guatemala*), párrafos 183 y 250 ss.

<sup>71</sup> Brevemente: CorteIDH, Sentencia 15.3.2018 (**Herzog y otros v. Brasil**), párrafo 312; para jurisprudencia más antigua, véase *Seibert-Fohr* (nota 65), pp. 55 ss.

<sup>72</sup> *Ferrer Mac-Gregor/Pelayo Möller*, en: *Steiner/Uribe* (Hrsg.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2014, p. 42 (p. 48).

*otros vs. Colombia*<sup>73</sup> se decidió que el deber estatal de respetar los Derechos Humanos protegidos en la Convención y garantizar su ejercicio (art. 1.1 y 2 CADH) obliga a los Estados contratantes a perseguir los injustos penales que impliquen una infracción a la Convención.<sup>74</sup>

De manera similar, el TEDH ha ido ampliando su comprensión de la CEDH, originalmente más “conservadora” (en el sentido de acotada a la función de escudo, que se limita a garantizar derechos negativos [del individuo] frente al Estado). A partir de esa ampliación, se afirma que sobre los Estados signatarios deberían recaer deberes positivos de protección (la función de espada), incluida la promulgación de leyes penales<sup>75</sup> y la realización de investigaciones estatales eficaces con el fin de identificar y castigar a los responsables.<sup>76</sup> Es de particular interés en nuestro contexto que, a juicio del Tribunal y cuando se trata de graves violaciones a los Derechos Humanos, entre esos deberes del Estado se encuentra el de materializar una garantía efectiva de justicia y, por tanto, también un *derecho* de la víctima.<sup>77</sup> Si bien la jurisprudencia inicial del TEDH había rechazado la posibilidad de fundamentar derechos de las víctimas recurriendo al derecho a un juicio justo,<sup>78</sup> lo cierto es que el TEDH, en 2009, invocó esta base en relación al derecho a ser oído en juicio.<sup>79</sup> Concretamente, el Tribunal de Estrasburgo decidió que una investigación penal, para ser “efectiva”, debe ser adecuada al caso, lo que presupone que “*it must be capable of leading to the establishment of the facts and, where appropriate, the identification and punishment of those responsible*”.<sup>80</sup> En general, en casos

<sup>73</sup> Tras poner fin el ejército a una toma de rehenes por parte de las FARC, 11 personas que habían estado en el Palacio de Justicia “desaparecieron” (1985).

<sup>74</sup> CorteIDH, Sentencia, 14.11.2014 (*Rodríguez Vera et al. v. Colombia*), párr. 459 (“In light of Articles 1(1) and 2 of the Convention, States have a general obligation to ensure respect for the human rights protected by the Convention, and the duty to prosecute wrongful acts that violate rights recognized in the Convention is derived from this obligation”).

<sup>75</sup> TEDH, Sentencia v. 26.3.1985 (*X e Y v. Niederlande*), Sentencia 27; Sentencia v. 28.3.2000 (*Kaya v. Türkei*), Nm. 85; Sentencia (Gran Sala) v. 17.1.2002 (*Calvelli und Ciglio v. Italien*), Nm. 51; Sentencia v. 24.6.2008 (*Issak v. Türkei*), Nm. 106; Sentencia (Gran Sala) v. 12.11.2013 (*Söderman v. Schweden*), Nm. 82. Para todo ello, véase también *Holz* (nota 32), p. 89; Ambos, AVR 37, 1999, p. 318 y pp. 321 s.

<sup>76</sup> Véase solo TEDH, Sentencia v. 27.9.1995 (*McCann et al. v. Großbritannien*), Nm. 161; Sentencia v. 28.3.2000 (*Kaya v. Türkei*), Nm. 102; Sentencia v. 13.12.2012 (*El-Masri v. ehem. jugosl. Republik Mazedonien*), Nm. 182; Sentencia (Gran Sala) v. 12.11.2013 (*Söderman v. Schweden*), Nm. 83; Sentencia v. 27.5.2014 (*Marguš v. Kroatien*), Nm. 125, 127; Sentencia v. 24.6.2014 (*Husayn [Abu Zubaydah] v. Polen*), Nm. 540 ss. y consecuentes. Véase también *Ambos*, Derecho Penal Europeo 2018, pp. 217 ss. (en referencia al art. 2, 3 CEDH), con mayores referencias.

<sup>77</sup> TEDH, Sentencia v. 19.2.1998 (*Kaya v. Türkei*), Nm. 107; *Husayn (Abu Zubaydah) v. Polen*, (*supra*, nota 76), Nm. 540 ss.

<sup>78</sup> TEDH, Resolución v. 16.5.1985 (*Wallén v. Schweden*), N° 10877/84, Nm. 185 (“Accordingly, the applicant has no right under Article 6 para 1 of the Convention to have criminal proceedings instituted against the artist in question.”); Sentencia v. 5.10.1999 (*Grams v. Deutschland*), N° 33677/96 (sin Nm. [“That requirement can be distinguished from those under Article 6 of the Convention, which does not guarantee the right to bring a prosecution against third parties”]).

<sup>79</sup> TEDH, Sentencia v. 3.10.2009 (*Kart v. Türkei*), N° 8917/05, Nm. 87 y 111, donde, frente al trasfondo de la inmunidad parlamentaria, se subraya que “the applicant’s right to have his case heard by a court as secured under Article 6 § 1.”

<sup>80</sup> TEDH, Sentencia v. 26.4.2016 (*Cangöz et al. v. Türkei*), Nm. 114; véase también Sentencia v.



de violaciones graves a los Derechos Humanos, el reconocimiento de deberes de protección y la exigencia de investigaciones eficaces se han convertido en una constante en la jurisprudencia del TEDH.<sup>81</sup>

Por último, el Comité de Derechos Humanos de la ONU asume también el compromiso positivo del Estado de investigar y castigar a los autores de presuntas violaciones a los Derechos Humanos.<sup>82</sup> La falta de investigaciones podría constituir, como tal, una violación del Pacto pues el Comité también ha observado que, en casos de violaciones graves a los Derechos Humanos, un procedimiento puramente administrativo no resulta suficiente y que es necesario iniciar un procedimiento penal.<sup>83</sup> Si bien es cierto que el Comité, a diferencia del TEDH, no percibe la existencia de un *derecho* de las víctimas a la persecución penal, al menos implícitamente reconoce que las investigaciones minuciosas son una forma de materializar la garantía de acceso a la justicia.<sup>84</sup> En el pasado reciente, ha confirmado su posición sobre el derecho a un «*effective remedy*», al decidir que una violación a los Derechos Humanos debe ser investigada de manera inmediata, minuciosa e imparcial por las autoridades competentes y que deben adoptarse las medidas apropiadas contra la persona responsable.<sup>85</sup> Esto abarca también las investigaciones jurídico-penales como recurso efectivo de las víctimas directas y sus familiares, lo que daría lugar a que la persona responsable fuera juzgada en el marco de un proceso propio de un Estado de Derecho.<sup>86</sup>

Lo anterior demuestra que, al menos en relación a los derechos fundamentales y a pesar de todos los reparos *principalistas*, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán respecto de la derivación de deberes de protección jurídico-

30.3.2016 (*Armani da Silva v. Großbritannien*), Nm. 229; Sentencia (anterior) v. 14.4.2015 (*Mustafa Tunç and Fecire Tunç v. Türkei*), Nm. 172; Sentencia v. 24.3.2011 (*Giuliani und Gaggio v. Italien*), Nm. 301.

<sup>81</sup> Para jurisprudencia reciente, véase TEDH, Sentencia v. 17.11.2015 (*M. Özel et al. v. Türkei*), Nm. 187 ss.; sentencia v. 15.10.2015 (*Abakarova v. Russland*), Nm. 70 (secc. V); Sentencia v. 29.9.2015 (*Zoltai v. Ungarn und Irland*), Nm. 27 ss.; más recientemente TEDH, *LR v North Macedonia* App no 38067/15 (23.01.2020) párrafos 86-95; TEDH, *MMB v Slovakia* App no 6318/17 (26.11.2019) párrafos 58-80; TEDH, *Volodina v Russia* App no 41261/17 (9.07.2019) párrafos 71-101.

<sup>82</sup> P. ej., *Comité de Derechos Humanos*, Comentario General N° 20 (1992), párrafos 13 ss.; Comentario General N° 31 (2004), párrafos 15, 18; *Saker v. Algeria*, Comunicación N° 992/2001 (30.03.2006), párrafo 11; *Nijaru v Cameroon*, Communication no 1353/2005 (19.03.2007) párrafo 8; *Marcellana and Gumanoy v Philippines* Communication no 1660/2007 (30.10.2008), párrafo 7. Para un desarrollo de la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos de la ONU, *Seibert-Fohr* (nota 65), pp. 11 ss.

<sup>83</sup> Véase, p. ej., *Comité de Derechos Humanos*, *Bautista de Arellana v. Colombia*, Comunicación N° 563/1993 (27.10.1995), párrafos 8.2, 10; *Coronel et al. v. Colombia*, Comunicación N° 778/1997 (24.10.2002), párrafos 6.2, 10.

<sup>84</sup> Véase *Seibert-Fohr* (nota 65), pp. 22 ss., especialmente, 25 (“Committee regularly distinguishes between the right to an effective remedy pursuant to art. 2[3], including an investigation and compensation, and the general State party obligation to prosecute the crimes and prevent similar violations”).

<sup>85</sup> Véase, p. ej., *Comité de Derechos Humanos*, *MacCallum v. South Africa*, Comunicación N° 1818/2008 (2.11.2010), párr. 6.7.; *Sathasivam/Saraswathi v. Sri Lanka*, Comunicación N° 1436/2005 (8.07.2008), párrafos 6.3, 6.4.

<sup>86</sup> Véase, p. ej. *Comité de Derechos Humanos*, *Ernesto Benitez Gamarra v. Paraguay*, Comunicación N° 1829/2008 (30.05.2012) párrafos 7.5, 9; *Zyuskin v. Russian Federation*, Comunicación N° 1605/2007 (24.08.2011), párr. 13.

penales<sup>87</sup> se ha convertido en una práctica ya establecida, tanto en el marco nacional como en el internacional (prescindiendo en particular del sistema jurídico del *Common Law*). Concretamente, la jurisprudencia del TEDH muestra, por así decirlo, una tendencia más subjetiva<sup>88</sup> que la praxis del Derecho constitucional nacional. En particular, la jurisprudencia del TEDH revela dicha tendencia subjetiva al considerar que la garantía de protección jurídica del art. 13 del CEDH es esencial para la “subjetivación” de la obligatoria «*dimensión de protección que poseen las garantías del CEDH*»<sup>89</sup> y que, en última instancia, tiene la misma función que el derecho (nacional) de acceso a la justicia.<sup>90</sup> A la vista de ello, no es de extrañar que, en el contexto dado, tanto las decisiones más recientes del Tribunal Constitucional Alemán (antes mencionadas)<sup>91</sup> como también la doctrina<sup>92</sup> se remitan a la jurisprudencia del TEDH.

### III. Valoración crítica y conclusiones

#### 1. Cuestiones previas

Una vez expuesto lo anterior, si se da un paso atrás y se observa el panorama general, puede apreciarse que el hecho de derivar, a partir de los derechos fundamentales, la existencia (y subjetivación) de un deber estatal de proteger los bienes jurídicos mediante el derecho penal, puede depender de determinadas valoraciones o precondiciones básicas que, al menos implícitamente, dan forma a las decisiones judiciales relevantes:

- En primer lugar, la idea de que la “espada” jurídico-penal puede ser un medio eficaz para la materialización de los derechos fundamentales/humanos<sup>93</sup> y que, aun cuando los derechos individuales han sido tradicionalmente concebidos como *límites* del Derecho penal, de ellos pueden derivarse también deberes jurídico-penales de protección.
- En segundo, la disposición (siempre dentro de los límites que marca el principio de la separación de poderes, esto es, salvaguardando la posición

<sup>87</sup> Véase *Michelman*, en: *Nolte* (nota 23), p. 156 (p. 167): La idea del deber de protección “appears to be of mainly German origin”. Acerca de la dimensión del deber de protección en la jurisprudencia del TEDH, *Holz* (nota 32), pp. 98 ss.

<sup>88</sup> Véase *Holz* (nota 32), p. 100 (“La dimensión del deber de protección de las garantías del Convenio Europeo de Derechos Humanos se *subjetiviza* plenamente... no hay distinción entre los deberes de protección jurídico-objetivo y jurídico-subjetivo”).

<sup>89</sup> Similar *Holz* (nota 32), p. 104.

<sup>90</sup> Véase a este respecto el idéntico alcance del art. 13 de la CEDH, por una parte, y del párr. 4 del artículo 19 de la Ley Fundamental, por otro; *Frowein NVwZ* 2002, p. 29 (p. 30): “El artículo 13 de la CEDH contiene el mismo derecho fundamental que el artículo 19 IV de la Ley Fundamental”.

<sup>91</sup> *BVerfG*, Resolución v. 26. Junio 2014 - 2 BvR 2699/10, Nm. 15; *BVerfG StV* 2015, 203 (204); *NStZ-RR* 2015, p. 347 (p. 348).

<sup>92</sup> *Holz* (nota 32), p. 89 y pp. 98 ss.; en sentido crítico *Weigend*, *RW* 2010, p. 39 (pp. 46 ss.).

<sup>93</sup> Críticamente, a este respecto, *Gärditz JZ* 2015, p. 896 (p. 899).

y la función del Poder Legislativo)<sup>94</sup> a aceptar un desarrollo jurisprudencial respecto de cuestiones fundamentales –nótense el dilema *escudo-espada!*-).<sup>95</sup>

Supuestas estas condiciones previas, que a su vez dependen de evaluaciones jurídico-políticas y no [del todo] cuestionables dogmáticamente, a continuación desarrollaremos nuestra propia concepción respecto de la cuestión clave, a saber: *si* y, en caso afirmativo, *cómo* se puede fundamentar la existencia de un derecho *subjetivo* a la criminalización, persecución y castigo.

## 2. Deficiencias de la jurisprudencia constitucional y de Derechos Humanos

Las citadas decisiones (de Sala) del Tribunal Constitucional Alemán fundamentan la existencia de tal derecho subjetivo como defensa frente a «*la puesta en cuestión de la confianza en el monopolio estatal del uso de la fuerza*» o a partir del «*clima general de inseguridad jurídica y violencia*». <sup>96</sup> Esto, sin embargo, no es convincente por varias razones. En primer lugar, las pre-condiciones para el surgimiento de los derechos subjetivos que así se formulan son muy difusas.<sup>97</sup> En el plano de un potencial derecho comparado global, es probable que un «*clima general de inseguridad jurídica y violencia*» describa formas de anarquía o condiciones generales en Estados (parcialmente) fallidos. Si el punto de conexión del Tribunal Constitucional Alemán se interpreta en sentido empírico, tal situación no se produce si no es a partir de un cierto número de delitos (en sí mismos graves).<sup>98</sup> En segundo lugar, mediante la vinculación a un sentimiento *general* de inseguridad, se plantea la siguiente cuestión: *a quién* deben concederse los respectivos derechos subjetivos. En última instancia, todo ciudadano de una comunidad dominada por ese clima (general) de inseguridad, independientemente de su condición de víctima o de una preocupación concreta, tendría que tener derecho a demandar la persecución penal. Esto sería claramente un sinsentido y, además, impracticable.<sup>99</sup> Por

<sup>94</sup> *R. v. Mills*, [1999] 3 SCR, p. 668 (p. 712) (“...this court has an obligation to consider respectfully Parliaments attempt to respond to such voices.”); véase también *Irwin Toy v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 SCR p. 927 (p. 993) (“Thus, as courts review the results of the legislature’s deliberations, particularly with respect to the protection of vulnerable groups, they must be mindful of the legislature’s representative function.”). Sobre la postura de la *Appeals Court*, véase *R. v. Miller and Cockriell*, 63 D.L.R. (3d), p. 193 (p. 246) (“...not open to this Court, or any other Court, to substitute its opinion on a matter of fact for that of ‘Her Majesty, by and with the advice and consent of the Senate and House of Commons of Canada’...”).

<sup>95</sup> *MacDonnell/Hughes* Osgoode Hall L.J. 50 (2013), p. 999 (p. 1037).

<sup>96</sup> *Supra*, nota 54 y nota 56 (“Sacudir la confianza en la integridad del accionar estatal...”); en una línea similar, *Holz* (*supra*, texto principal de la nota 41 y ss.).

<sup>97</sup> En última instancia, sigue sin aclarar si se trata de un estado de cosas susceptible de constatación empírica, o si se trata de una desestabilización normativa teórico-(penal)ideal. Correctamente, *Gärditz* JZ 2015, p. 896 (p. 897); véase también Weigend, RW 2010, p. 39 (p. 48).

<sup>98</sup> Críticamente, también *Hörnle*, JZ 2015, p. 893 (p. 895) (“extraordinario”, “Estado injusto”).

<sup>99</sup> Críticamente, *Hörnle*, JZ 2015, p. 893 (p. 895) (“Falla de razonamiento”); *Gärditz*, JZ 2015, p. 896 (p. 897).

último, pero no por ello menos importante, tampoco se proporciona una explicación acerca de por qué los derechos de las víctimas solo deberían existir en caso de delitos contra la vida y la libertad y no, p. ej., en caso de delitos contra la propiedad.<sup>100</sup> Si se cometen delitos contra la propiedad a gran escala (p. ej., en una situación de guerra civil), es probable que se produzca un clima de inseguridad. En la medida en que el Tribunal Constitucional Alemán siga argumentando a partir de la idea de la incapacidad del individuo para «*defenderse de delitos penales sustanciales contra sus intereses legales más personales*»,<sup>101</sup> un derecho subjetivo (de la víctima individual específicamente afectada) a la persecución penal ya no podrá ser fundamentado de manera convincente, pues en el momento en que se plantea la cuestión del derecho (de la víctima) a obtener una persecución penal, los intereses de esta ya han sido violados. Esto es particularmente obvio en casos de homicidio, sobre los que se asentaron tres de las decisiones de la Sala, pues el derecho a la vida de la víctima no puede ser restituido y el de sus familiares no se ha visto afectado por el hecho.<sup>102</sup> Un deber jurídico penal de protección solo puede continuar vigente en relación con peligros que continúan existiendo,<sup>103</sup> como aquellos casos penitenciarios (también tratados por el Tribunal Constitucional Alemán)<sup>104</sup> en los que puede comprobarse su plausibilidad cuando una víctima sobrevive al delito y sigue sufriendo los efectos –psicológicos– de la agresión, pues allí debe restablecerse su confianza en el orden normativo o en su propia seguridad.<sup>105</sup> Sin embargo, en lo que respecta a este último grupo de casos, no es en absoluto seguro que el Derecho penal, mejor dicho el proceso penal, sea capaz de proporcionar una ayuda decisiva en la superación de las experiencias traumáticas de las víctimas.<sup>106</sup>

En el fondo, todas las debilidades de argumentación de las respectivas resoluciones del Tribunal Constitucional Alemán parecen radicar en que, a diferencia de otra decisión de la Sala que distingue entre deber de protección y deber de investigación,<sup>107</sup> estas no diferencian de forma adecuada entre [a] la obligación estatal de protección preventiva respecto de peligros y [b] el eventual deber (subjetivado en

<sup>100</sup> Críticamente a este respecto, también *Gärditz*, JZ 2015, p. 896 (p. 898).

<sup>101</sup> *Supra*, nota 54.

<sup>102</sup> Críticamente, *Weigend*, RW 2010, p. 39 (pp. 48 s.); *Hörnle*, JZ 2015, p. 893 (p. 894) (“la injerencia en el bien jurídico personalísimo del interesado... ya ha terminado”); también con referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH, *Malarino* (nota 67), p. 43.

<sup>103</sup> *Hörnle*, JZ 2015, p. 893 (p. 894).

<sup>104</sup> *Supra*, nota 55.

<sup>105</sup> Véase, *Weigend*, RW 2010, p. 39 (p. 49).

<sup>106</sup> También críticamente, *Weigend* RW 2010, p. 39 (p. 50): “En última instancia, habría que llegar a la conclusión de que, en la gran mayoría de los casos, el inicio de un procedimiento penal no constituye el medio elegido para restablecer la sensación de seguridad de la persona lesionada”.

<sup>107</sup> *BVerfG* EuGRZ 2010, p. 145 (p. 147) (“... protección frente a la injerencia antijurídica de otros... De eso se distingue una pretensión frente al Estado para la investigación efectiva de muertes sospechosas”). Nótese sin embargo la crítica de *Hörnle*, JZ 2015, p. 893 (p. 894) según la cual la diferenciación previamente enfatizada se mantiene luego de manera consistente.

una pretensión correspondiente) de ejercer la protección de los bienes jurídicos de forma represiva a través del Derecho penal.<sup>108</sup> Ambos planos parecen confundirse cuando su objeto se hace radicar, al mismo tiempo -o mejor dicho, en la misma medida-, en la prevención de delitos graves contra los intereses personales, el restablecimiento de la confianza en el orden normativo y la seguridad general mediante la aplicación del derecho penal.<sup>109</sup>

Sin embargo, una explicación plenamente satisfactoria de la subjetivación de deberes penales para la protección de bienes jurídicos, tampoco es ofrecida por la jurisprudencia correspondiente en materia de Derechos Humanos (considerada en perspectiva).<sup>110</sup> En última instancia, sigue siendo vaga respecto a la derivación exacta de esos derechos, y esto resulta, sin embargo, necesario para determinar el alcance de las pretensiones de las víctimas. Una confusión de la perspectiva preventiva y represiva, similar a la que se presenta en la ya discutida jurisprudencia reciente del Tribunal Constitucional Alemán, parece inherente al hecho de que el TEDH pretende decidir retrospectivamente sobre la violación de garantías del Convenio.<sup>111</sup> En todo caso, las resoluciones pertinentes alternan entre la perspectiva de deberes objetivos de “garantía” y la perspectiva de derechos subjetivos de las víctimas, sin profundizar en ello.<sup>112</sup> De una forma dogmáticamente insegura y, en última instancia, pragmática, las resoluciones parecen apuntar -sobre todo- a lograr un “efecto preventivo intimidatorio” a través de las investigaciones estatales en los casos de fallecimiento de presos. Este efecto debería ser garantizado (orientación a los resultados) por la posibilidad de denuncia creada a partir de la vía de la subjetivación,<sup>113</sup> esgrimiendo para ello -y a voluntad discrecional- tanto argumentos deontológicos como consecuencialistas.<sup>114</sup>

### 3. *La combinación entre una argumentación orientada a la víctima y la efectiva garantía de justicia.*

Una *subjetivada obligatio puniendi*, en última instancia, solo puede encontrar apoyo en una combinación entre la argumentación orientada a la víctima y la dirigida a la garantía efectiva de acceso a la justicia. Sobre esta base, la posibilidad

<sup>108</sup> Críticamente, tanto Hörnle, JZ 2015, p. 893 (p. 894) como Sachs, JuS 2015, p. 376 (p. 377), señalan que las características de una situación de peligro o de un clima de inseguridad jurídica en la BVerfG EuGRZ 2010, p. 145 (p. 147), se siguen yuxtaponiendo alternativamente, pero también luego de forma cumulativa.

<sup>109</sup> *Supra*, nota 54.

<sup>110</sup> Una crítica general a la CortelIDH puede encontrarse en Malarino (nota 67), pp. 23 ss. (pp. 37 ss.); en relación al TEDH, véase Weigend, RW 2010, p. 39 (pp. 47 ss.); Hörnle, JZ 2015, p. 893 (p. 894).

<sup>111</sup> Véase Weigend, RW 2010, p. 39 (p. 47) (la derivación y el contenido de la pretensión... oscuro).

<sup>112</sup> Malarino (nota 67), pp. 39 s.

<sup>113</sup> Breve, Gärditz JZ 2015, p. 896 (p. 899): “La vinculación *subjetivante* con el art. 2 de la CEDH sirve sobre todo para abrir la facultad de recurrir y, en este sentido, se trata más bien de un artimaña procesal para poder juzgar en casos de ‘desaparición forzada’ o directamente de homicidio, puesto que, en caso contrario, la privación general de derechos y la arbitrariedad estatal amenazarían en los salos oscuros sin justicia”.

<sup>114</sup> Malarino (nota 67), p. 42.



de la instancia de parte -tal y como está prevista en los §§ 172 ss. del *StPO*-<sup>115</sup> puede ser ampliada.<sup>116</sup> Es cierto que esto no expresa ningún principio jurídico exclusivamente objetivo,<sup>117</sup> pues el incoar dicho procedimiento depende únicamente de la decisión subjetiva de la parte perjudicada (que en su caso puede no estar enterada).<sup>118</sup> Así pues, el procedimiento a instancia de parte – y, *a fortiori*, la *actio popularis* que en algunos sistemas procesales (por ejemplo, España) existe junto a la iniciación de procesos penales por parte del Estado – puede ser visto como instrumento orientado a la protección jurídica efectiva (art. 19.4 de la Ley Fundamental) que, en tanto anticipación específicamente penal, encaja en el sistema de coordenadas normativo de la Ley Fundamental y sirve para proteger los derechos *subjetivos* de la víctima (que, a su vez, pueden derivarse del principio de legalidad y del monopolio del Estado en materia de enjuiciamiento).<sup>119</sup> Un ordenamiento procesal que prevé tal derecho (como el *StPO*) debe tener en cuenta que, una vez cometido el hecho punible y por así decirlo, la respectiva pretensión punitiva del Estado se solapa con la posición jurídica subjetiva de la parte perjudicada/víctima.<sup>120</sup> Dicho ordenamiento reconoce un *derecho subjetivo* a que se realicen investigaciones (penales)<sup>121</sup> y a la interposición de una acción pública,<sup>122</sup> detrás del

<sup>115</sup> Véase ya, *supra* notas 60 ss. Sobre el trasfondo del origen del § 172 ss. StPO, véase *Machalke* Die Funktion des Oberlandesgerichts im Klageerzwingungsverfahren, 1996, pp. 35 ss., y, en el contexto dado, en particular *Hall/Hupe*, JZ 1961, p. 360 (p. 362); véase también, *infra*, nota 123.

<sup>116</sup> Véase, *Hörnle*, JZ 2015, p. 893 (p. 894).

<sup>117</sup> Si se quisiera ver esto de una manera diferente, habría una necesidad urgente de reforma, especialmente porque el procedimiento a instancia de parte es extremadamente raro (en términos de cantidad de procedimientos terminados) y, en mi opinión, en la práctica nunca tiene éxito. En este contexto, el procedimiento de ejecución forzada, en particular, no puede explicarse de forma convincente como un aseguramiento (exclusivo) del principio de legalidad. Véase a este respecto, específicamente, *Kirstgen* Das Klageerzwingungsverfahren, 1989, p. 49 (“No cabe suponer que, si el legislador realmente hubiera querido un efectivo aseguramiento del principio de legalidad, hubiera proporcionado solo un elemento tan imperfecto como el procedimiento de instancia de parte”); también *Gössel*, en: FS Dünnebie, 1982, p. 121 (y 143 con mayores referencias).

<sup>118</sup> Véase, *Maiwald* GA 1970, p. 33 (pp. 51 s.) (no hay una orientación “hacia un control objetivamente efectivo del cumplimiento del principio de legalidad”, “ya que la persona perjudicada puede abstenerse de ser procesada por motivos no objetivos y arbitrarios”).

<sup>119</sup> Convincente, *Roxin/Schünemann* Strafverfahrensrecht, 29ª ed., 2017, § 41 Nm. 2.

<sup>120</sup> *Hall/Hupe*, JZ 1961, p. 360 (p. 362) (“... paralelismo de las pretensiones punitivas del Estado y del perjudicado...”); claramente además, *Kalsbach* Die gerichtliche Nachprüfung von Maßnahmen der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren, 1967, p. 96 (“Dentro de los límites del principio de legalidad, el perjudicado tiene un derecho público sustantivo a que, si las investigaciones proporcionan una causa suficiente para ello [§ 170.I], el abogado del Estado (StA) haga lugar a su solicitud de enjuiciamiento público. En principio, este derecho está reconocido en el § 172; *Maiwald* GA 1970, 32 (52) (el perjudicado tiene “una pretensión personal de satisfacción que va más allá de la pretensión punitiva -casi anónima- del Estado”); algo impreciso *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 14ª ed. 2018, Nm. 344 (también “protección de la parte perjudicada que tiene un interés en que el delito del cual ha sido víctima sea realmente perseguido”); similar *Jans*, Die Aushöhlung des Klageerzwingungsverfahrens, 1990, p. 12 (también “la consecución de los intereses de la parte perjudicada”).

<sup>121</sup> Argumento del § 173.3 StPO: El Tribunal Superior de Justicia (OLG) *puede* ordenar investigaciones para establecer una sospecha suficiente de un delito (véase, p. ej., *HK-GS/Pflieger/Ambos*, 4ª ed. 2017, § 173 Nm. 2). En la medida en que sea evidente que éstas dan lugar a suficientes sospechas, el OLG *ordenará* investigaciones (*Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, 62ª ed. 2019, § 173 Nm. 3, con mayores referencias). [Das

cual se encuentran derechos subjetivos que surgen precisamente de la comisión del delito. Si se supone que el procedimiento a instancia de parte se fundamenta en un derecho subjetivo a las investigaciones (o a la interposición de una acción), la búsqueda de una adecuada descripción respecto de quién resulta ser la “parte perjudicada” que puede incoar la acción del procedimiento a instancia de parte (que actualmente no está determinado por la ley), refleja la cuestión de la titularidad del derecho subjetivo (sustantivo) subyacente. Esto debería poder aplicarse en el siguiente sentido: se concede al Estado un derecho -al menos también- subjetivamente fundamentado a la sanción cuando alguien (es decir, una persona física o jurídica)<sup>123</sup> ha *lesionado directamente un bien jurídico*,<sup>124</sup> o bien cuando «se menoscaban de tal manera sus intereses legítimos que su demanda por la persecución penal surge como reconocimiento de la necesidad de retribución».<sup>125</sup>

Así, también las recientes resoluciones de las más altas instancias judiciales asumen como punto de partida que la jurisprudencia constitucional actual «*obliga [...], en la ejecución de procedimientos a instancia de parte conforme a los §§ 172 y ss. del StPO*», «*a controlar*» el «*cumplimiento de la pretensión del ciudadano a una persecución penal efectiva*», que «*representa una concreción del deber estatal de protección del art. 2.2, frases 1 y 2, junto con el art. 1.1, frase 2 de la Ley Fundamental*».<sup>126</sup> Por otra parte, en la medida en que se afirme (a menudo de forma bastante apodíctica, pero en cualquier caso de forma objetivamente breve) que el procedimiento a instancia de parte sirve exclusivamente para salvaguardar el principio de legalidad,<sup>127</sup> esto no explica por qué solo un grupo limitado de personas puede instar este procedimiento, ni por qué no se ha previsto ningún otro procedi-

*OLG kann Ermittlungen zum hinreichenden Tatverdacht anordnen (vgl. etwa HK-GS/Pfliederer/Ambos, 4.. 2017, § 173 Rn. 2). Soweit ersichtlich ist, dass diese den hinreichenden Tatverdacht erwarten lassen, wird das OLG Ermittlungen veranlassen (Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 62. Aufl. 2019, § 173 Rn. 3 m.w.N.).*

<sup>122</sup> Véase § 175 StPO.

<sup>123</sup> Véase Meyer-Goßner/Schmitt (nota 121), § 172 Nm. 10.

<sup>124</sup> Véase Meyer-Goßner/Schmitt (nota 121), § 172 Nm. 9, con mayores referencias.

<sup>125</sup> *Ib. Schmidt*, Lehrkommentar zur StPO II, 1957, § 171 Nm. 12 con mayores referencias; conforme también *Roxin/Schünemann* (nota 119), § 41 Nm. 5 (hoy opinión dominante); crítico, *LR/Graalman-Scheerer*, StPO, 27ª ed. 2018, § 172 Nm. 48. Véase aquí, bajo la perspectiva histórico-jurídico, *Hall/Hupe*, JZ 1961, p. 360 (p. 362) con referencia a las materias del *StPO* (*Hahn*, Die gesamten Materialien zur StPO, 1888). Además, *Maiwald* GA 1970, p. 32 (p. 52), ve la definición mencionada en el texto principal como una transcripción de un “reclamo personal de satisfacción arraigado en la función del ordenamiento jurídico-penal de proteger los bienes jurídicos”.

<sup>126</sup> Tribunal Superior de Justicia (OLG) Bremen StV 2018, p. 268 (p. 270), en referencia al *BVerfG* NJW 2015, p. 150 (= StV 2015, p. 203) y p. 3500; NStZ-RR 2015, p. 347; en conformidad, *Zöller* StV 2018, p. 274 (p. 275) en referencia comparativa a las “obligaciones positivas”, que el TEDH deriva del art. 2.1 del CEDH (para mayores detalles, véase: FS Kühne, 2013, p. 629 [pp. 632 ss.]). Finalmente, véase también *BVerfGE* 116, p. 1 (p. 11) (“La Ley Fundamental garantiza una amplia protección jurídica solo para proteger los derechos subjetivos...”) y v. *Münch/Kunig/Krebs*, GG, 6ª ed. 2012, art. 19, Nm. 64 ss.; *Maunz/Dürig/Schmidt/Aßmann*, GG, 72ª ed., julio de 2014, p. 3, art. 19.4, Nm. 116, acerca de que -desde una perspectiva constitucional- la concesión de una garantía de protección judicial, en el sentido del artículo 19.4 de la Ley Fundamental, presupone un derecho subjetivo.

<sup>127</sup> Véase, p. ej., *LR/Graalman-Scheerer* (nota 125), § 172 Nm. 1: “según la opinión general, [el procedimiento de instancia de parte] sirve para controlar el principio de legalidad”.

miento de instancia popular para los casos de delitos sin partes perjudicadas individuales.<sup>128</sup>

En cuanto a la *calidad* de estos derechos, parece necesario asumir que se trata de derechos subjetivos *jurídico-constitucionales*. De esta forma, el derecho subjetivo a una investigación o a instar una acción judicial, compite con los derechos (subjetivos) de libertad que son garantizados, al autor del hecho, por el Derecho constitucional.<sup>129</sup> Estos deben poder existir, como tales y frente a los derechos del acusado, independientemente de la regulación del *procedimiento* a instancia de parte. Sin embargo, estos derechos no pueden fundamentarse sobre una base preventivo-general. Todos estos enfoques encuentran dificultades prácticamente insuperables a la hora de limitar de manera comprensible el círculo de potenciales titulares de derechos.<sup>130</sup> El hecho de adoptar una visión retrospectiva, como muestra ya este aspecto, no tiene por qué concebirse como un retroceso, siempre y cuando se lo haga en el contexto dado y se asientan los derechos subjetivos de investigación, persecución, acusación y castigo en el punto de partida del principio de culpabilidad (anclado aquí en los art. 1.1 y 2.1 de la Ley Fundamental).<sup>131</sup> Solo en la medida en que el hecho del autor pueda ser reprochado, tendrá el Estado la posibilidad de imponerle una pena (*nulla poena sine culpa*).<sup>132</sup> Y, al mismo tiempo, solo puede hablarse de una «*justificada y reconocida necesidad de retribución*»<sup>133</sup> cuando existe reprochabilidad. La tesis reza: el principio de culpabilidad ya tiene un lado subjetivo porque su requisito objetivo -la reprochabilidad de la lesión del Derecho (en tanto presupuesto de la pena estatal)- constituye la razón que justifica la creación un derecho subjetivo a la investigación, persecución, acusación y castigo. Es precisamente este contenido objetivo el que se comunica o transmite en el proceso penal, en particular a través del principio de legalidad, y que finalmente se activa mediante el reclamo de la garantía de acceso la justicia (también anclada en el derecho constitucional) en la forma de un procedimiento a instancia de parte (artículo 19.4 de la Ley Fundamental).<sup>134</sup>

Ahora, si del principio de culpabilidad se derivan derechos subjetivos de investigación y eventual enjuiciamiento, especialmente canalizados por vía del principio

<sup>128</sup> Véase, en este sentido, únicamente *MüKo/Kölbel*, StPO, 1ª ed. 2016, § 172 Nm. 2, con mayores referencias.

<sup>129</sup> Este pensamiento recuerda el problema de la espada y el escudo; véase *supra* el texto principal en la nota 25 y consecuentes.

<sup>130</sup> ¿Por qué, por ejemplo, los familiares de un conductor de un vehículo blindado asesinado en un robo tienen un derecho subjetivo a las investigaciones, pero no los colegas del muerto, que cada nuevo día asumen los mayores riesgos asociados a su profesión de convertirse en víctimas de un crimen violento? Véase ya el texto principal de la nota 102.

<sup>131</sup> *BVerfGE* 25, 269 (285); también *BVerfGE* 20, 323 (331); 50, 125 (133); 50, 205 (214 f.); 128, 326 (376); 123, 267 (413); 133, 168 (197).

<sup>132</sup> Similar, *Frisch*, NStZ 2013, 249 (250) con mayores referencias.

<sup>133</sup> *Supra*, texto principal de la nota 125.

<sup>134</sup> Véase, nuevamente, *Roxin/Schünemann* (nota 119), § 41 Nm. 2.

de legalidad y la instancia de parte, entonces este modelo debe estar en condiciones de poder explicar (en el plano constitucional) las restricciones del principio de legalidad y del procedimiento a instancia de parte. A este respecto, se pueden distinguir varios grupos de casos. En primer lugar, las normas relativas a la suspensión de la persecución penal (como los §§ 153 y 153a del *StPO*) están asentadas sobre la idea de una culpabilidad mínima o de algún otro modo compensada. Aquí no se puede hablar (o en su caso, ya no se puede *seguir hablando*) de una necesidad justificada de retribución por parte de la víctima. Por el contrario, un sobreseimiento por bagatela (conforme al § 153 del *StPO*) queda particularmente descartado si la culpabilidad, según la medida de la infracción del deber o las repercusiones imputables del hecho, no es significativamente inferior a la media;<sup>135</sup> o si, a pesar del bajo nivel de culpabilidad, existe un interés público en la persecución penal debido a que el hecho ha producido consecuencias extraordinarias que no pueden atribuirse al acusado de modo culpable.<sup>136</sup> Estos criterios se corresponden con un interés justificado, o al menos comprensible, de la víctima en la retribución del hecho. En lo que respecta al § 153a del *StPO*, es probable que la «necesidad de retribución»<sup>137</sup> reconocida originariamente como justificada desaparezca si el acusado se somete a determinadas sanciones que, aun cuando no sean de carácter penal, «sirvan para satisfacer el injusto cometido»<sup>138</sup>. Las acciones privadas, por otra parte, conciernen a los casos en los que, conforme a las circunstancias, se puede solicitar a la víctima que se haga cargo de la realización de su propio interés.<sup>139</sup>

Si las constelaciones anteriormente vistas pueden agruparse bajo un denominador común, esto es, la reducción en el interés legítimo del Estado en la persecución penal, entonces una disposición como la del § 153c *StPO* genera que los intereses estatales en la persecución penal entren en juego con *intereses contrapuestos (en su mayoría) públicos*, algunos de los cuales «se encuentran más allá de la justicia penal».<sup>140</sup> Sin embargo, disposiciones como la del § 153d *StPO*, no pueden explicarse en términos procesales y, por lo tanto, inevitablemente deben ser objeto de reparos desde la perspectiva procesal penal.<sup>141</sup> En particular, los casos en que «la consideración de intereses políticos extra-criminales pueden tener incidencia,

<sup>135</sup> Véase HK-GS/Pfordte (nota 121), § 153 Nm. 2.

<sup>136</sup> BGHSt 10, 259 (p. 263 s.); HK-GS/Pfordte (nota 121), § 153 Nm. 3; Meyer-Goßner/Schmitt (nota 121), § 153, Nm. 7.

<sup>137</sup> *Supra*, nota 125.

<sup>138</sup> Véase Meyer-Goßner/Schmitt (nota 121), § 153a, Nm. 12.

<sup>139</sup> Esto queda especialmente claro en el N° 86.2 del *RiStBV*, en donde se hace referencia a la afectación del “círculo vital de la persona lesionada” o si “puede esperarse” que se interponga una acción privada. Si este es el caso, no se puede decir que sea necesaria la implementación de un derecho subjetivo a la persecución por parte del Estado.

<sup>140</sup> Véase SK-StPO/Weßlau/Deiters, 5ª ed., 2016, § 153c Nm. 1; Bock, GA 2010, p. 589 (p. 591).

<sup>141</sup> Claramente al respecto, Rüping, Das Strafverfahren, 3ª ed., 1997, Nm. 342: “jurídico-estatalmente dudoso”.

*incluso en delitos graves»*<sup>142</sup> solo admiten ser presentados como una cuestión de proporcionalidad en la persecución penal<sup>143</sup> cuando se afirma que la pretensión de evitar riesgos para la paz *jurídica* está alineada con la evitación de los inconvenientes de la política (exterior).<sup>144</sup> Probablemente resulte más convincente traer a colación que ciertos puntos de vista ajenos al procesal penal pueden resultar decisivos para ampliar, consecuentemente, el horizonte de consideraciones, permitiendo así la vinculación entre los intereses penales y los extra-penales.<sup>145</sup> Esto conduce a un «principio de ponderación de intereses» como «principio general del Derecho que rige por necesidad lógico-material».<sup>146</sup> Se trata de una «ponderación de intereses que va más allá del Derecho penal y da prioridad a ciertos intereses del Estado por sobre los objetivos de la política criminal».<sup>147</sup> Cuando este sea el caso, la parte perjudicada debe aceptar que su interés en la persecución penal (en su caso, legítimo) no será materializado a través del Estado. En el caso de ciudadanos perjudicados esto puede justificarse sobre la base de la idea estatal-contractual, según la cual la persona lesionada, necesariamente, tiene o *debe tener* un interés en el mantenimiento del «orden estatal», del que en última instancia también se beneficia. En este sentido, se puede establecer de manera plausible un paralelismo fundamental entre los intereses estatales y los intereses individuales en juego.<sup>148</sup> Este paralelismo entre la ponderación extrapenal de los intereses públicos y el plano de los

<sup>142</sup> Véase Bock, GA 2010, p. 589 (p. 590).

<sup>143</sup> En su caso, que el enjuiciamiento de un delito grave pueda, en las circunstancias actuales, perturbar las relaciones diplomáticas de la República Federal Alemana o determinados objetivos de política exterior del Gobierno Federal (véase SK-StPO/Weßlau/Deiters [nota 143], § 153c Nm. 1), nada tiene que ver con el hecho de *si es necesario el enjuiciamiento del acusado* o si bastan medidas menos drásticas (por ejemplo, un procedimiento disciplinario). Tampoco se trata de la prohibición de supra-protección (*Übermaßverbot*): después de sopesar todas las circunstancias (en la medida en que sean relevantes), puede ser razonable que se exija al acusado la carga de soportar el proceso penal (sobre el principio de proporcionalidad en el proceso penal; véase, p. ej., LR-StPO/Kühne, 27ª ed., 2016, Introducción I, Nm. 97, con mayores referencias). Esto, por supuesto, no significa que no existan consideraciones de política exterior que puedan impedir el proceso. El hecho de que la política (exterior) y las consideraciones jurídicas pueden efectivamente divergir se alcanza a ver, p. ej., en la decisión sobre los aviones no tripulados de la Tribunal Superior Administrativo (OVG) de Münster, Sentencia v. 19.3.2019 - 4 A 1361/15 (<[http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg\\_nrw/j2019/4\\_A\\_1361\\_15\\_Urteil\\_20190319.html](http://www.justiz.nrw.de/nrwe/ovgs/ovg_nrw/j2019/4_A_1361_15_Urteil_20190319.html)>), párrafo 564: “La calificación de una persona o de un objeto como un objetivo militar legítimo en el contexto de un conflicto armado o del ejercicio del derecho de legítima defensa no constituye una decisión política que esté excluida de antemano a un control judicial, sino una cuestión del derecho internacional” [“Die Qualifizierung einer Person oder eines Objekts als legitimes militärisches Ziel im Rahmen eines bewaffneten Konflikts oder in Wahrnehmung des Selbstverteidigungsrechts ist keine politische Entscheidung, die einer gerichtlichen Kontrolle von vornherein entzogen wäre, sondern eine Frage des Völkerrechts”].

<sup>144</sup> Así, Rieß NStZ, 1981, p. 2 (pp. 5 s.); sin embargo, de manera diferente, en: FS Dünnebier, 1982, p. 149 (p. 156).

<sup>145</sup> Véase a este respecto Rieß, en: FS Dünnebier, 1982, p. 149 (p. 156), donde se explica (plausiblemente) que el principio de proporcionalidad requiere “como punto de referencia, una persona individual afectada”, “a partir de cuya carga se pueda medir la «proporcionalidad»”.

<sup>146</sup> Rieß es: FS Dünnebier, 1982, p. 149 (pp. 156 s.).

<sup>147</sup> Así, Bloy GA, 1980, p. 161 (p. 178); LR-StPO/Beulke, 26. ed., 2008, § 153d Nm. 1 con mayores referencias, habla de una “manifestación del pensamiento del estado de necesidad”.

<sup>148</sup> Interés/prentensión de persecución penal vs. interés en la salvaguarda del orden estatal (del cual la parte lesionada también se beneficia).



derechos subjetivos o los intereses individuales es más difícil establecer cuando se trata de víctimas que son personas externas a la sociedad (como p. ej. en la decisión sobre el vehículo aéreo no tripulado del Tribunal Administrativo Superior de Münster, así como en otros casos penales que resultan comparables). A este respecto, el criterio de los intereses superiores en conflicto tendrá que ser tratado de manera restrictiva, a fin de evitar una depreciación sustancial de las posiciones constitucionales y de los Derechos Humanos de las personas lesionadas.<sup>149</sup>

La clasificación de las distintas alternativas para la suspensión del procedimiento, asentadas en intereses extra-penales, muestra una cierta intersección con la siguiente pregunta: ¿en qué medida los derechos subjetivos a la persecución penal y el castigo pueden derivarse del principio de culpabilidad? Porque tanto aquí como allá, existen criterios que están en un primer plano (o, en su caso, decisivamente en primer plano) y que, a diferencia de las decisiones de suspensión conforme a los §§ 153, 153a del *StPO*, nada tienen que ver con el caso concreto. En cuanto a la pregunta sobre la pretensión subjetiva de penalización, entra en juego el principio de proporcionalidad: los comportamientos que todavía no han sido penalizados, en vista de la injerencia que ello supone para la libertad general de acción, solo pueden ser conminados con pena si, debido a su peligrosidad, esto se considera indispensable para lograr el objetivo de la protección de la sociedad.<sup>150</sup> Además, el rango del bien jurídico a proteger es de especial importancia: si es de un rango particularmente alto, el legislador tiene abierta la posibilidad para penalizar todas las posibles formas de ejecución del delito, especialmente aquellas que impliquen un delito de resultado, ya sea de lesión o de peligro. Si se trata de bienes jurídicos menos significativos o de bienes jurídicos difusos, se debe hacer especial hincapié en el desvalor de acción y, por tanto, solo se pueden penalizar las formas de agresión más peligrosas.<sup>151</sup> Desde el punto de vista de las personas afectadas por tales conductas (que en caso de penalización se transformarían en víctimas), esto significa que un derecho subjetivo a tal penalización no puede entrar en consideración en todos aquellos casos en los que, en función de las disposiciones mencionadas, el Estado carece ya de la posibilidad de penalizar.

A la inversa, los criterios jurídico-penales anteriores (derivados del deseo de protección de los bienes jurídicos sobre la base de un merecimiento y necesidad de pena, pero limitados por el principio de proporcionalidad) pueden leerse como indicio de una fundamentalmente correcta interpretación de la Constitución. Según

<sup>149</sup> Por lo tanto, recurrir al § 153d del *StPO* será más adecuado cuando se trate de constelaciones de casos individuales que presenten caracteres similares a los del estado de necesidad, es decir, que permitan acciones de puesta en libertad a favor de terceros cuyos bienes jurídicos -mejor dicho, derechos fundamentales o Derechos Humanos- estén en juego (véase *Meyer-Goßner/Schmitt* (nota 124), § 153d, Nm. 1 en relación con el § 153c Nm. 15), pero no tanto cuando ello equivalga, en última instancia, a sancionar las prácticas infractoras en curso.

<sup>150</sup> Véase *Jescheck/Weigend*, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, pp. 50 s.

<sup>151</sup> Véase, p. ej., *Stalking Rackow*, GA, 2008, p. 552 (p. 556 ss.) con mayores referencias.

esta interpretación, sería posible establecer legítimamente una legislación penal en la que, en el ámbito del bien jurídico *vida* o de bienes jurídicos relacionados con la dignidad humana, se considere a la criminalización de conductas como una obligación. Una vez establecido que la criminalización de una determinada conducta resulta indispensable,<sup>152</sup> la opción estatal de reaccionar a través de la amenaza de pena puede convertirse en un correspondiente deber, p. ej., si la conducta en cuestión lesiona o pone en peligro bienes jurídicos «no negociables»<sup>153</sup> y la persona (potencialmente) lesionada está particularmente indefensa frente a ella.<sup>154</sup>

## Bibliografía

- AMBOS, K. (2020), *Derecho penal nacionalsocialista: continuidad y radicalización*, Valencia.
- AMBOS, K. (2019), *Nationalsozialistisches Strafrecht*, Baden-Baden.
- AMBOS, K. (2018), *Derecho Penal Europeo*, Madrid.
- AMBOS, K. (2018), “Duties of States with regard to the administration of justice”, en Haldemann F.; Unger T. (eds.): *The UN Principles to Combat Impunity*, Oxford, pp. 205-218.
- AMBOS, K. (2013), *Treatise on International Criminal Law. Volume I: Foundations and General Part*, Oxford.
- AMBOS, K. (1999), *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, 2ª ed., Buenos Aires.
- AMBOS, K. (1999), „Völkerrechtliche Bestrafungspflichten bei schweren Menschenrechtsverletzungen“, *AVR* (37), pp. 318-356.
- AMBOS, K.; MALARINO, E.; STEINER, C. (coord.) (2013), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, t. 3, Bogotá.
- APPEL, I. (2019), *Verfassung und Strafe*, Berlin.
- BEULKE, W. (2008), „§§151-212b“, en Löwe; Rosenberg: *Die Strafprozeßordnung*, 26º ed., t. 5, Berlin.
- BEULKE W.; SWOBODA B. (2018), *Strafprozessrecht*, 14ª ed., Heidelberg.
- BINDER, G. (2013), “The Authority to Proscribe and Punish Offenses Against International Law,” *Univ. de Toronto LJ* (63), pp. 278-309.
- BLOY, R. (1980), „Zur Systematik der Einstellungsgründe im Strafverfahren“, *GA*, pp. 161-183.
- BOCK, D. (2010), „Verfahrenseinstellung bei Auslandsberührung Die Nichtverfolgung von aus dem Ausland heraus begangenen Taten (Distanztaten) gemäß § 153 c III stopp“, *GA*, 589-597.
- BRYANT, M. (2016), “Constitutional Law”, en Phillip Jones D.; De Villars A.: *Canadian Encyclopedic Digest*, VIII.9.[e], Ontario.

<sup>152</sup> Véase *supra*, nota 150.

<sup>153</sup> En los casos susceptibles de ponderación (en particular, también la regla del § 34 StGB) o de bienes jurídicos relacionados con la dignidad humana, la libertad de acción del autor del hecho debe ser restringida ya desde un principio.

<sup>154</sup> Esta idea se dibuja de forma particularmente clara en aquellos casos de indefensión constitutiva (jurisprudencia sobre el aborto del *BVerfG*), pero también puede ser plausible en los casos de inferioridad organizativa-estructural, p. ej., en el caso de hechos cometidos por funcionarios públicos o en caso de crimen organizado o criminalidad política, que confrontan al individuo con estructuras de poder capaces de erosionar el orden estatal y, por lo tanto, erosionar la -si se quiere- “protección básica” de Derecho.

- CHEHTMAN, A. (2010), "The extraterritorial scope of the right to punish", *Law and Philosophy* (29), pp. 127-157.
- DUFF, A. (2010), "Authority and Responsibility in International Criminal Law", en Besson, S.; Tasioulas, J. (eds.): *The Philosophy of International Law*, Oxford, pp. 589-604.
- FERRER MAC-GREGOR, E.; PELAYO MÖLLER, C. (2014), Capítulo I - Enumeración de deberes, en Steiner C.; Uribe P. (eds.): *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, Bogotá, pp. 42-98.
- FRISCH, W. (2013), „Schuldgrundsatz und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz“, *NStZ*, pp. 249-304.
- FROWEIN, J.A. (2002), „Der europäische Grundrechtsschutz und die deutsche Rechtsprechung“, *NVwZ*, pp. 29 y ss.
- FUNSTON, B.; MEEHAN, E. (coord.) (2013), *Canada's Constitutional Law in a nutshell*, 4<sup>th</sup> ed., Toronto/Ontario.
- GÄRDITZ, K. (2015), „Anmerkung“, *JZ*, pp. 896-900.
- GÖSSEL, K. H. (1982), „Überlegungen zur Bedeutung des Legalitätsprinzips im rechtsstaatlichen Strafverfahren“, en Hanack, E.-W. (ed.), *FS-Dünnebieber*, Berlin, 121-148.
- GRAALMANN-SCHEERER, K. (2018), „§§449-495“, en Löwe; Rosenberg: *Die Strafprozeßordnung*, 27<sup>a</sup> ed., t. 9, Berlin.
- GRIMM, D. (2005), "The protective function of State", en Nolte, G. (coord.): *European and US Constitutionalism*, Cambridge, pp. 137-156.
- HAHN, K. (1888), *Die gesamten Materialien zur StPO*, Aalen.
- HALL, K.; HUPE, E. (1961), „Die Wiederholung des Klageerzwingungsverfahrens“, *JZ* (11-12), pp. 360-364.
- HOLZ, W. (2007), *Justizgewährungsanspruch des Verbrechensopfers*, Berlin.
- HÖRNLE, T. (2015), „Anmerkung“, *JZ*, pp. 893-896.
- JANS, S. (1990), *Die Aushöhlung des Klageerzwingungsverfahrens*, Frankfurt am Main.
- JESCHECK, H.; WEIGEND, T. (1996), *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5<sup>a</sup> ed., Berlin.
- KALSBACH, T. (1967), *Die gerichtliche Nachprüfung von Maßnahmen der Staatsanwaltschaft im Ermittlungsverfahren*, Berlin.
- KIRSTGEN, J. (1989), *Das Klageerzwingungsverfahren*, Bonn.
- KLOSE, P. (1974), „Ius puniendi und Grundgesetz“, *ZStW* (86), 33-67.
- KRIEGER, H. (2005), „Comment“, en Nolte, G. (coord.): *European and US Constitutionalism*, Cambridge, pp. 181-194.
- KÜHNE, (2016), „§§1-47“, en Löwe; Rosenberg: *Die Strafprozeßordnung*, 27<sup>a</sup> ed., t. 1, Berlin.
- LAGODNY, O. (1996), *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte*, Tübingen.
- MACDONNELL, V.; HUGHES, J. (2013), "The German Abortion Decisions and the Protective Function in German and Canadian Constitutional Law", *Osgoode Hall L.J.* (50), pp. 999-1050.
- MACHALKE, A. (1996), *Die Funktion des Oberlandesgerichts im Klageerzwingungsverfahren*, Aachen.
- MAIWALD, M. (1970), "Die Beteiligung des Verletzten am strafverfahren", *GA*, pp. 32-56.
- MALARINO, E. (2017), "Las víctimas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Gil, A.; Maculan, E. (dirs.): *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, Madrid, pp. 23-46.
- MAUNZ; DÜRIG; SCHMIDT; ABMANN (2014), *Grundgesetz*, 72<sup>a</sup> ed., München.

- MEYER-GÖBNER, L.; SCHMITT, B. (2019), *Strafprozessordnung*, 62ª ed., München.
- MICHELMAN, F. (2005), "The protective function of the state in the United States and Europe: the constitutional question", en Nolte, G. (coord.): *European and US Constitutionalism*, Cambridge, pp. 156-180.
- MIR PUIG, S. (1983), „Funktion der Strafe und Verbrechenslehre im sozialen und demokratischen Rechtsstaat“, *ZStW* (95), pp. 413-458.
- KÖLBEL, (2016), „§170 stopp“, en *Münchener Kommentar StPO*, München.
- MÜNCH; KUNIG; KREBS (2012), *Grundgesetz: Kommentar*, 6ª ed., München.
- PFLIEGER et al. (2017), *Gesamtes Strafrecht*, 4ª ed., Baden-Baden.
- RACKOW, P. (2008), „Der Tatbestand der Nachstellung (§ 238 StGB). Stalking und das Strafrecht“, *GA*, pp. 552-568.
- RADBRUCH, G. (2011), *Rechtsphilosophie. Studienausgabe*, Dreier, R.; Paulson, S. (eds.), 2.ª ed., Heidelberg.
- RIEB, P. (1981), „Die Zukunft des Legalitätsprinzips“, *NStZ*, pp. 2-9.
- RIEB, P. (1982), „Legalitätsprinzip - Interessenabwägung - Verhältnismäßigkeit Über die Grenzen von Strafverfolgungsverzicht und Strafverfolgungsverschärfung zur Aufrechterhaltung des inneren Friedens“, en Hanack, E.-W.: *FS-Dünnebieber*, Berlin, pp. 149-170.
- ROXIN, C.; GRECO L. (2020), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. 1, 5 ed., München.
- ROXIN, C.; SCHÜNEMANN, B. (2017), *Strafverfahrensrecht*, 29ª ed., München.
- RÜPING, H. (1997), *Das Strafverfahren*, 3ª ed., München.
- SACHS, M. (2015), „Grundrechte: Anspruch des Opfers auf Strafverfolgung des Täters“, *JuS* (4), pp. 376-378.
- SAX (1959), „Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche“, en Bettermann; Nipperdey; Scheuner (coord.): *Die Grundrechte*, t. 3, Berlin, pp. 954 y ss.
- SCHMIDT, E. (1957), *Lehrkommentar zur StPO II*, Göttingen.
- SCHÜTZ, C. (1997), *Strafe und Strafrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, Sinzheimer.
- SEIBERT-FOHR, A. (2009), *Prosecuting Serious Human Rights Violations*, Oxford.
- STÄCHELIN, G. (1998), *Strafgesetzgebung im Verfassungsstaat*, Berlin.
- WEIGEND, T. (2010), „Die Strafe für das Opfer“? – Zur Renaissance des Genugtuungsgedankens im Straf- und Strafverfahrensrecht“, *RW* (1), pp. 39-57.
- WEINRIB, L. (2005), "Human dignity as a rights-protecting principle", *Nat J. Const. L.* 17, pp. 325-345.
- WERLE, G.; VORMBAUM, M. (2018), *Transitional Justice*, Berlin/Heidelberg.
- WEBLAU, E.; DEITERS, M. et al. (2016), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, 5ª ed., Köln.
- WILFERT, M. (2017), *Strafe und Strafgesetzgebung im demokratischen Verfassungsstaat*, Heidelberg.
- ZÖLLER, M. (2013), „Die Bedeutung staatlicher Schutzpflichten für das Recht auf Leben nach Art. 2 EMRK“, en Esser R., et. al.: *FS-Kühne*, Heidelberg, pp. 629-646.
- ZÖLLER, M. (2018), „Klageerzwingungsverfahren; Anspruch auf effektive Strafverfolgung, Anmerkung zu OLG Bremen, Beschl. v. 18.08.2017 – 1 Ws 174/16“, *StV*, pp. 268-275.