

El derecho a un suicidio asistido frente a la prohibición de su fomento como actividad recurrente (§ 217 StGB). Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 26 de febrero de 2020, por Ivó COCA VILA.

Patrimonio y perjuicio en el delito de administración desleal. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 813/2020, de 29 de abril (“Caso Palau de la Música”), por Nuria PASTOR MUÑOZ.

¿El derecho a la irretroactividad penal desfavorable es inmune a la COVID-19? Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema di Cassazione italiana, de 2 de julio de 2020, por Albert ESTRADA I CUADRAS y Riccardo GERMANO.

Del papel de las neurociencias en la dogmática penal. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 814/2020, de 5 de mayo (“Caso del descuartizador de Pioz”), por Andrés Felipe DÍAZ ARANA.

-

* La *Revista Crítica de Jurisprudencia Penal* publica comentarios de sentencias recientes, con especial interés en aquellas que abordan cuestiones relacionadas con los fundamentos del Derecho penal, la teoría del delito y los conceptos comunes de la parte especial. Los autores interesados en escribir un comentario pueden ponerse en contacto con el coordinador de la sección en ramon.ragues@upf.edu.

El derecho a un suicidio asistido frente a la prohibición de su fomento como actividad recurrente (§ 217 StGB)

Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 26 de febrero de 2020

Ivo Coca Vila*

MPI zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht
i.coca-vila@csl.mpg.de

-

1. Introducción

Tras un largo y sereno debate político-jurídico, a finales del año 2015 el legislador alemán criminalizó en el § 217 StGB el fomento del suicidio como actividad recurrente (*geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung*).¹ Con ello, como era de esperar, no logró zanjar el vivo debate doctrinal entre los partidarios y detractores de un precepto que, por primera vez desde la aprobación del Código vigente en Alemania, tipificaba en aquel país ciertas formas de participación en el suicidio. Tras más de cuatro años de especulaciones y pronósticos sobre su constitucionalidad,² el Tribunal Constitucional Federal alemán (*Bundesverfassungsgericht* —en adelante BVerfG—) ha declarado finalmente nulo el referido § 217 StGB, al entender que del derecho general de la personalidad (Art. 2 apdo. 1 GG y Art. 1 apdo. 1 GG) se deriva un derecho a recurrir al auxilio de terceros para ejecutar el suicidio pretendido.³

Esta sentencia, sin lugar a duda, supone un hito fundamental en la concreción del derecho a una muerte autodeterminada en el marco del ordenamiento jurídico alemán y, por ende, está llamada a ejercer una notable influencia en el incipiente debate en torno a la "Proposición de Ley

* Este trabajo se enmarca en el proyecto DER2017-82232-P (AEI/FEDER, UE).

¹ En consonancia con el Proyecto de Ley (*Entwurf eines Gesetzes zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung*, BT-Drs. 18/5373, p. 2), por “*geschäftsmäßig*” no había de entenderse solo el fomento de naturaleza comercial o profesional, sino todo aquel que se ejecutara con la pretensión de constituir una acción de fomento del suicidio recurrente o habitual (“*auf Wiederholung angelegten Handlungen*”). En detalle, BERGHÄUSER, «Geschäftsmäßigkeit i.S. des § 217 StGB», *GA*, 2017, pp. 383 ss.

² Contra la constitucionalidad del precepto, cfr. p.ej., ya SALIGER, «§ 217», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017, nm. 6 ss.; o GAEDE, «Die Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung des Suizids - § 217 StGB», *JuS*, 2016, pp. 385 ss. Para una interpretación (restrictiva) del precepto compatible con la GG, cfr. sin embargo KUBICIEL, «Zur Verfassungskonformität des § 217 StGB», *ZIS*, (6), 2016, pp. 396 ss.; o GÄRDITZ, «Das Verbot der geschäftsmäßigen Sterbehilfe – Anmerkungen zu einem neuen Straftatbestand», *Zfl* (4), 2015, pp. 114 ss. Entre nosotros, cfr. SILVA SÁNCHEZ, «Suicidio alemán y “duelo americano”», *InDret*, (3), 2018, Editorial, p. 1, quien entiende que se trataría de una forma de paternalismo débil aceptable. En el mismo sentido, ROXIN/GRECO, *Strafrecht. AT*, v. I, 5ª ed., Beck, Múnich, 2020, § 2, nm. 33a.

³ BVerfG, Sentencia del Segundo Senado de 26 de febrero de 2020 - 2 BvR 2347/15 -, nm. 1-343.

Orgánica de regulación de la eutanasia”, recientemente presentada en el Congreso de los Diputados (BOCG de 31 de enero de 2020, Núm. 46-1).⁴ En todo caso, el objetivo central de estas líneas es tan solo dar cuenta sumariamente de las razones que han llevado al BVerfG a considerar incompatible con la Ley Fundamental (*Grundgesetz* —en adelante GG—) el § 217 StGB. A tal fin, se expone en primer lugar la voluntad del legislador reformista alemán y los rasgos esenciales del precepto en el que aquella se materializó (2). Acto seguido, se presentan de un modo puramente descriptivo los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Karlsruhe para declarar su nulidad (3). Este comentario concluye con una breve reflexión crítica sobre la fundamentación desarrollada por el BVerfG para anular el § 217 StGB (4).

2. El fomento del suicidio como actividad recurrente (§ 217 StGB)

Desde la aprobación del vigente StGB en Alemania en el año 1871 y hasta la entrada en vigor del § 217 StGB a finales del año 2015, toda forma de intervención en un suicidio resultaba impune en virtud del principio de accesoriedad de la participación (§§ 26, 27 StGB). Dado que el castigo de la inducción o de la complicidad presupone un hecho principal antijurídico, siendo el suicidio un hecho no antijurídico, toda forma de intervención habría de quedar impune. Abierta quedaría tan solo la posibilidad de imputar al tercero un delito omisivo por no evitar el suicidio, ya sea en tanto que garante (§ 13 StGB), ya sea considerando la situación del suicida inconsciente un “accidente” (*Unglücksfall*) en el sentido requerido por el delito de omisión del socorro debido (§ 323c StGB).⁵

La introducción del § 217 StGB no pretendía, siempre según el legislador reformista, acabar con la impunidad general de la participación en el suicidio, sino garantizar el derecho fundamental a la vida y a la autodeterminación frente al peligro que supone la eventual adopción de una decisión suicida heterocondicionada.⁶ En particular, dicho párrafo perseguía un doble objetivo: por un lado, evitar que el auxilio al suicidio se convirtiera en la “oferta de un servicio de asistencia sanitaria” más.⁷ La creciente popularidad de asociaciones dedicadas al fomento del suicidio (“*Exit*” y “*Dignitas*” en Suiza, “*Sterbehilfe Deutschland*” en Alemania) estaría contribuyendo a una “normalización social del suicidio asistido”, a un “efecto de habituación”, en definitiva, a generar un clima favorable al suicidio que, en última instancia, podría despertar en ciertas personas la sensación de que ante determinadas circunstancias vitales (enfermedades graves, vejez etc.) el suicidio es la forma socialmente esperada o adecuada de poner punto y final a la propia existencia.⁸ Por otro lado, el legislador alemán buscaría con la introducción del § 217 StGB proteger el carácter verdaderamente autónomo de la decisión del potencial suicida frente a

⁴ Cfr. ya CARBONELL MATEU, «El castigo de la ayuda al suicidio es inconstitucional (al menos, en Alemania)», *DMD*, (82), 2020, pp. 10 ss.

⁵ Aunque la jurisprudencia alemana más reciente del BGH (5 StR 132/18 y 5 StR 393/18) tiende a negar también el castigo de quien no evita un suicidio autorresponsable a través de formas delictivas omisivas. Vid. al respecto el comentario de GRÜNEWALD, «Straflose Suizidassistentz – eine Besprechung von BGH 5 StR 132/18 und BGH 5 StR 393/18», *JR*, (4), 2020, pp. 167 ss.

⁶ Así, cfr. BT-Drs. 18/5373, p. 2. En cambio, SALIGER, «§ 217», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017, nm. 3, quien entiende que el § 217 StGB no protege ni la vida ni la autonomía, sino “la marca a fuego moral de una cultura de la muerte libre como un estado político-socialmente indeseado, así como la estabilización del respeto social de la vida humana. La norma penal quiebra así la distinción entre Derecho penal y moral constitutiva del Derecho penal de un Estado de Derecho desde la Ilustración”.

⁷ BT-Drs. 18/5373, p. 2.

⁸ BT-Drs. 18/5373, p. 2.

la influencia de quienes se encuentran en una situación de conflicto de intereses al dedicarse habitualmente o de forma recurrente a ofrecer y practicar la ayuda al suicidio. “La implicación de auxiliares al suicidio que persiguen unos intereses propios específicos podría influir en la conformación de la voluntad y en la toma de decisión de las personas afectadas”.⁹ Y adviértase que no se trata este de un conflicto de intereses basado necesariamente en el ánimo de lucro de quien ofrece recurrentemente auxilio al suicidio: el mero interés en realizar de forma recurrente tal actividad colocaría al ofertante en una situación de conflicto de interés potencialmente peligrosa para la vida y autonomía de quien se plantea acabar con su vida.¹⁰

Así las cosas, el legislador alemán optó por incorporar en el año 2015 el § 217 StGB (fomento del suicidio como actividad habitual) con el siguiente tenor literal:

“(1) El que, con la intención de fomentar el suicidio de otra persona como parte de una actividad recurrente, le proporcione, facilite o consiga la oportunidad para ello será castigado con una pena de prisión de hasta tres años o una multa. (2) Los partícipes están exentos de pena si su actuación no forma parte de una actividad recurrente y son parientes o allegados de la otra persona a la que se refiere el apartado 1”.¹¹

La doctrina alemana, muy crítica con la configuración dogmática del tipo,¹² coincide unánimemente en que el ahora anulado § 217 StGB constituía un delito (autónomo) de peligro abstracto, consumado en el mismo momento en el que el tercero fomenta el suicidio de otra persona.¹³ El primer apartado del precepto contenía el núcleo del injusto, articulado a partir de tres conductas típicas: el proporcionar, facilitar o conseguir una ocasión (concreta) para el suicidio.¹⁴ En todo caso, la tipicidad quedaba siempre condicionada al hecho de que tales comportamientos se produjeran como parte de una actividad recurrente, habitual u organizada (*geschäftsmäßig*); lo que no significa, sin embargo, que el autor tuviera que actuar necesariamente en el ejercicio de su profesión (*Gewerbsmäßigkeit*) o con un ánimo de enriquecimiento o lucro (*Gewinnerzielungsabsicht*).¹⁵ Ello, a ojos del legislador alemán, hubiera privado de todo sentido político-criminal a un precepto que no luchaba contra la “usura” en el “mercado de la muerte”, sino que, más bien, quería combatir el auxilio prestado por personas que, de un modo no remunerado e integradas en organizaciones sin ánimo de lucro, llevan a cabo tal actividad de forma recurrente.¹⁶ Por su parte, el segundo apartado del precepto preveía una

⁹ BT-Drs. 18/5373, p. 11.

¹⁰ BT-Drs. 18/5373, p. 11.

¹¹ § 217 StGB: Geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung. (1) Wer in der Absicht, die Selbsttötung eines anderen zu fördern, diesem hierzu geschäftsmäßig die Gelegenheit gewährt, verschafft oder vermittelt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Als Teilnehmer bleibt straffrei, wer selbst nicht geschäftsmäßig handelt und entweder Angehöriger des in Absatz 1 genannten anderen ist oder diesem nahesteht.

¹² Cfr. p.ej., GRÜNEWALD, «Zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung», *JZ*, (19), 2016, pp. 938 ss.

¹³ *Pars pro toto* SALIGER, «§ 217», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017, nm. 4.

¹⁴ Sobre la difícil delimitación de estas tres (sub)modalidades típicas, en profundidad, SALIGER, «§ 217», *NK*, 5ª ed., 2017, nm. 15 ss.

¹⁵ Cfr. SAFFERLING, «§ 217», en MATT/RENZIKOWSKI (eds.), *StGB*, 2ª ed., 2020, nm. 9.

¹⁶ En profundidad, SALIGER, «§ 217», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017, nm. 19 ss.

causa personal de exclusión de la pena para aquellos parientes y allegados del potencial suicida que participaban en el delito sin la intención de fomentar el suicidio ajeno de forma recurrente.¹⁷

3. Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 26 de febrero de 2020

El BVerfG ha concluido finalmente en su Sentencia de 26 de febrero de 2020 que el § 217 StGB es incompatible con la GG y, por lo tanto, nulo. Aunque en la sentencia aquí en comento el BVerfG da respuesta conjunta a varios recursos de amparo (médicos, abogados, asociaciones eutanásicas...), aquella gira fundamentalmente en torno al recurso presentado por dos ciudadanos gravemente enfermos que pretendían poner fin a su vida recurriendo a la ayuda de terceros que ofrecían auxilio al suicidio de forma recurrente.¹⁸ La declaración de inconstitucionalidad es la consecuencia última de la asunción por parte del BVerfG de las siguientes tres premisas: en primer lugar, que existe en el marco del ordenamiento jurídico alemán un derecho a recurrir al auxilio al suicidio ofrecido por terceros; en segundo lugar, que el —ahora ya nulo— § 217 StGB constituye una grave injerencia en tal derecho; y, finalmente, en tercer lugar, que esta grave injerencia no supera el filtro de proporcionalidad constitucional, en particular, no resulta proporcional en sentido estricto (adecuado) atendiendo a los intereses individuales y colectivos en juego.

3.1. El derecho a valerse del auxilio al suicidio ofrecido por terceros

La cadena argumental desplegada por el BVerfG en contra de la constitucionalidad del § 217 StGB arranca con un enérgico reconocimiento del derecho general de la personalidad (*allgemeine Persönlichkeitsrecht*). Este derecho fundamental especial, creado jurisprudencialmente a partir de los derechos fundamentales al libre desarrollo de la personalidad (Art. 2 apdo. 1 GG) y de la dignidad humana (Art. 1 apdo. 1 GG), protegería la identidad inconfundible (personalidad) del ser humano en todos los ámbitos de la vida. O en palabras del propio BVerfG, el “derecho general de la personalidad protege como derecho de libertad ‘innominado’ elementos de la personalidad que no son objeto de garantías de libertad específicas de la Ley Fundamental, pero que en su significado constitutivo para la personalidad no son de menor importancia que aquellas”.¹⁹

A partir de aquí, por un lado, afirma el Tribunal que el derecho general de la personalidad, en tanto que expresión de la autonomía personal, comprende un derecho a una muerte autodeterminada (*Recht auf selbstbestimmtes Sterben*). Este derecho, a su vez, incorporaría un derecho al suicidio. Es decir, el derecho general de la personalidad, y más concretamente, el derecho a una muerte autodeterminada, no solo encierra un derecho a rechazar medidas curativas tendentes a evitar la muerte en caso de enfermedad, sino que “se extiende también a la decisión del individuo de poner fin a su vida con sus propias manos. El derecho a quitarse uno mismo la vida garantiza que el individuo pueda configurar su propia imagen de forma autodeterminada y, con ello, preservar su personalidad”.²⁰ El BVerfG hace asimismo especial hincapié en que este derecho al suicidio, en contra de lo que frecuentemente se afirma, no puede

¹⁷ BT-Drs. 18/5373, p. 20.

¹⁸ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020.

¹⁹ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 205.

²⁰ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 209.

limitarse con base a lo que denomina “situaciones heterodefinidas”.²¹ En particular, no cabe negar tal derecho a quien no padece una enfermedad grave o incurable, pues tal derecho “existe en todas las fases de la existencia humana”.²² Es decir, también las personas física y mentalmente sanas tienen derecho a acabar con su vida. “El enraizamiento del derecho a una muerte autodeterminada en la garantía de la dignidad humana del art. 1 apdo. 1 GG implica precisamente que la decisión autorresponsable sobre el fin de la propia vida no precisa de ulterior fundamentación o justificación”.²³ Así las cosas, “la decisión del individuo de poner fin a su propia vida de acuerdo con su comprensión acerca de la calidad de vida y el sentido de su propia existencia debe ser respetada —desde el principio— por el Estado y la sociedad como un acto de autodeterminación autónoma”.²⁴ Y en contra de esta contundente aseveración, siempre según el BVerfG, no cabría afirmar que el acto de suicidio es incompatible con la dignidad de quien se suicida.²⁵ La “dignidad del ser humano no es el límite a la autodeterminación personal, sino su fundamento: el ser humano perdura como personalidad autorresponsable, reconocido como sujeto; su pretensión de valor y respeto solo se ve asegurada en la medida en que pueda determinar su existencia conforme a sus propios parámetros autoimpuestos”.²⁶

El BVerfG no solo fundamenta en la sentencia en comento la existencia de un derecho general al suicidio. Dado que la GG garantiza el desarrollo de la personalidad en un contexto de interacción con terceros, entiende además dicho Tribunal que el referido derecho “incluye también la libertad de buscar la ayuda de terceros y de valerse de la ayuda ofrecida” para ejecutar el suicidio proyectado.²⁷ En clara consonancia con una concepción interaccional de los derechos humanos, según la cual el punto de referencia en la determinación de los derechos (fundamentales) no es el individuo aislado, sino este en su relación con sus conciudadanos,²⁸ el BVerfG afirma lo siguiente: “si la salvaguarda de un derecho fundamental depende de la participación de terceros y el libre desarrollo de la personalidad depende con ello de la cooperación de otra persona, el derecho fundamental extiende su protección igualmente frente a una prohibición dirigida a los terceros que libremente ofrecen su apoyo”.²⁹ Así pues, la libertad de quitarse la propia vida implica también la libertad de buscar a un tercero que esté dispuesto a auxiliarle en el suicidio y de valerse de la ayuda ofrecida por aquel.³⁰ Esto, en contra de lo que pudiera parecer, no

²¹ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 210.

²² BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 210.

²³ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 210.

²⁴ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 210.

²⁵ Cfr. sin embargo HILLGRUBER, «Die assistierte Selbsttötung – ein absolutes Freiheitsrecht? Anmerkung zu BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 26. Februar 2020 – 2 BvR 2347/15–», *ZfL*, (3-4/2019), 2020, p. 386.

²⁶ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 211.

²⁷ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 212.

²⁸ Al respecto cfr. HARTMANN, «Anmerkung», *JZ*, (12), 2020, pp. 642 s., quien entiende que el BVerfG incurre en una contradicción performativa: por un lado, asume una concepción de los derechos fundamentales puramente individualista, para derivar del derecho general de la personalidad un derecho al suicidio. Al mismo tiempo, sin embargo, acoge una perspectiva interaccionalista a fin de justificar que el prohibir a terceros el fomento del suicidio asistido supone una injerencia en el derecho de quien pudiera querer valerse de tales ofertas.

²⁹ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 213.

³⁰ Aunque el BVerfG no lo reconoce expresamente, de su argumentación se deriva necesariamente que también el homicidio a petición regulado en Alemania en el § 216 StGB supone una lesión del derecho a suicidarse a través de la ayuda de terceros. En mi opinión, de la argumentación esgrimida por el BVerfG en esta sentencia se deriva también la inconstitucionalidad del § 216 StGB. En la medida en que un ciudadano

significaría sin embargo que el Estado esté obligado a poner a disposición de quien pretende suicidarse tal auxilio: “nadie [ni siquiera un médico]⁵¹ puede ser obligado a prestar auxilio a un suicidio”.⁵²

3.2. El § 217 StGB como (grave) injerencia en el derecho a una muerte autodeterminada

Sentado lo anterior, el BVerfG entiende, ahora ya en un segundo lugar, que el § 217 StGB constituye una injerencia especialmente grave en el derecho general de la personalidad de quienes precisan del auxilio al suicidio para ejecutar sus planes. Son dos, básicamente, las razones que fundamentarían esta conclusión. Por un lado, la norma prohibitiva sancionada en el § 217 StGB, pese a que se dirija primariamente a quienes fomentan el auxilio al suicidio, supone una injerencia mediata o indirecta en el derecho a una muerte autodeterminada de quien precisa de tal ayuda. “También las medidas estatales que producen un efecto mediato o fáctico pueden menoscabar derechos fundamentales y, por lo tanto, deben estar suficientemente justificadas constitucionalmente”.⁵³ Dado que el fomento del suicidio de manera recurrente habría de acarrearle al infractor de la nueva prohibición la imposición de una pena, el § 217 StGB eliminaría la posibilidad de recurrir a tales ofertas y, por ende, tornaría *de facto* imposible el ejercicio del derecho al suicidio de quienes precisan del auxilio externo ofrecido en el marco de una actividad recurrente. Y frente a esta conclusión no cabría afirmar (cínicamente) que siempre es posible un suicidio sin la ayuda de terceros, como lo demostraría la estadística anual de suicidios no auxiliados en Alemania: a ojos del BVerfG, en realidad, existe un derecho a poder morir en unas condiciones determinadas.⁵⁴ “El individuo que quiere poner fin a su vida de manera autodeterminada con la ayuda de un tercero que actúa de forma habitual se ve obligado a recurrir a alternativas con el considerable riesgo de no poder realizar su decisión dada la falta de otras posibilidades razonables o exigibles (*zumutbar*) para un suicidio indoloro y seguro”.⁵⁵

Y por otro lado, el BVerfG fundamenta la especial gravedad de la injerencia en el hecho de que la autodeterminación sobre la propia vida tiene un significado existencial para la identidad personal, la individualidad y la integridad, por lo que estaría aquí en juego el contenido de garantía de un derecho fundamental íntimamente vinculado con la dignidad humana como valor supremo.⁵⁶ La injerencia en el derecho a una muerte autodeterminada resultaría especialmente grave y, por ende, los requisitos para su justificación constitucional habrían de ser especialmente estrictos, pues “se trata de contenidos de garantía que presentan una referencia específica con la garantía de la dignidad humana del Art. 1 apdo. 1 GG. Cuanto más se mueva el individuo dentro

dependa necesariamente del auxilio ejecutivo de un tercero para suicidarse, también aquella norma supondría una injerencia no justificable en el derecho a una muerte autodeterminada.

⁵¹ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 284 ss. En profundidad, sobre esto mismo, cfr. HILLENKAMP, «Strafgesetz "entleert" Grundrecht - zur Bedeutung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts zu § 217 StGB für das Strafrecht», *JZ*, (12), 2020, pp. 621 s.

⁵² BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, principio directriz (*Leitansatz*) 6.

⁵³ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 215.

⁵⁴ Críticamente HILLGRUBER, *ZfL*, (3-4/2019), 2020, p. 390: el derecho a recurrir a auxilios al suicidio profesionales no forma parte del núcleo central de la libertad al suicidio derivada del derecho de la personalidad.

⁵⁵ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 218.

⁵⁶ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 218, 221, 266.

de su esfera privada más íntima, mayor es el alcance de las garantías; a medida que aumenta el contacto social con el exterior, aquellas se debilitan”.³⁷

3.3. El carácter no justificado de la injerencia en el derecho a una muerte autodeterminada

Presupuesta la legitimidad formal de la norma legal que restringe el derecho fundamental, lo decisivo es si la norma de comportamiento sancionada en el § 217 StGB supera o no el filtro de justificación material constitucional. Y es que, como reconoce el BVerfG, el derecho a una muerte autodeterminada entra en colisión con el deber del Estado de proteger la autonomía de quien se dispone a suicidarse y, con ello, su derecho a la vida como bien jurídico de la máxima relevancia. Aunque “resolver esta relación de tensión es, en principio, tarea del legislador”,³⁸ el BVerfG sería competente para valorar si aquel “ha tomado en consideración los factores relevantes y ejercido su margen de discreción de un modo defendible”, en definitiva, “si ha tenido adecuadamente en cuenta el conflicto entre la dimensión de libertad y la dimensión de protección de los derechos fundamentales” implicados en el conflicto de derechos fundamentales arriba referido.³⁹

Dada la especial gravedad de la injerencia que supone el § 217 StGB, los requisitos para admitir su justificación también habrían de ser especialmente estrictos.⁴⁰ Descartados los clásicos principios político-criminales desarrollados por la ciencia penal como parámetros de valoración de la legitimidad constitucional de las normas penales y, en particular, la idoneidad del principio de *ultima-ratio* para determinar los límites de actuación del poder legislativo,⁴¹ el BVerfG examina la legitimidad material de la prohibición del fomento del suicidio como actividad recurrente a partir de un juicio de proporcionalidad constitucional (exceso de prohibición).

Aquel arranca, en primer lugar, con un examen de la legitimidad del fin perseguido por la norma recogida en el § 217 StGB. En la medida en que aquella podría contribuir a minimizar el riesgo de falsas decisiones autónomas de suicidio y, por lo tanto, a proteger la vida de quien podría adoptar una decisión irreversible condicionada por los intereses personales de terceros o por un sentimiento propio de obligación para con una sociedad que espera que ciertos sujetos acaben con su vida, el Estado cumpliría con su deber de protección y, por ende, actuando en favor de un fin constitucionalmente legítimo.⁴² Es más, a ojos del Tribunal de Karlsruhe, no solo la protección directa de la autonomía de quien se plantea suicidarse constituye un fin legítimo, sino que también lo es luchar contra la normalización del suicidio, en tanto que modo de anticipar la prevención de decisiones condicionadas por un clima social favorable al suicidio.⁴³ En cambio, no sería legítimo prohibir la ayuda al suicidio por el mero hecho de que tal comportamiento es mayoritariamente considerado en una sociedad como indeseable o a fin de mantener la vigencia

³⁷ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 221.

³⁸ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 224.

³⁹ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 225.

⁴⁰ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 221, 266.

⁴¹ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 133. Una crítica contra la entronización del principio de proporcionalidad y el pensamiento de la ponderación en la valoración de la legitimidad material de las normas penales puede leerse en ROBLES PLANAS, «La tiranía de la proporcionalidad», en GARCÍA CAVERO/CHINGUEL RIVERA (coords.), *Derecho Penal y Persona. Libro Homenaje al Prof. Dr. H.C. Mult. Jesús María Silva Sánchez*, Ideas, Lima, 2019, pp. 117 ss.

⁴² BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 231.

⁴³ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 233.

de un simple tabú o una baja cifra global de suicidios asistidos.⁴⁴ Solo la garantía del carácter autónomo de la decisión suicida y, por extensión, de la vida humana como bien jurídico individual de la máxima relevancia, constituirían fines legítimos del § 217 StGB.

Acto seguido, procede el BVerfG a valorar la relación entre dicho fin y el medio empleado por el legislador alemán para realizarlo. Para ello, ahora ya en segundo lugar, se pregunta el Tribunal por la idoneidad de la prohibición en cuestión. La respuesta es aquí de nuevo afirmativa: la asunción por parte del legislador alemán de que la prohibición del fomento del suicidio como actividad habitual es un medio idóneo para conseguir el fin propuesto resultaría constitucionalmente inobjetable.⁴⁵ Y es que, en consonancia con algunos estudios empíricos, serían varios los factores que ponen efectivamente en riesgo el carácter realmente autónomo de la decisión de acabar con la propia vida (enfermedades psíquicas, falta de información, coacción, amenaza o error).⁴⁶ Así las cosas, es plausible suponer, como hace el legislador alemán, que el fomento recurrente del suicidio asistido en un espacio no regulado,⁴⁷ así como la normalización social del suicidio o, incluso, la generalización de la idea de que esta es una forma de morir quasi-obligatoria en interés de quienes soporta la carga de atender a un enfermo,⁴⁸ constituyen efectivamente un peligro para la autonomía y la vida conjurable a través del § 217 StGB. “La regla del § 217 StGB es, en principio, un instrumento idóneo para la protección del bien jurídico, pues la prohibición penalmente garantizada de llevar a cabo comportamientos que suponen un peligro, como mínimo, puede fomentar la protección pretendida del bien jurídico”.⁴⁹

Así las cosas, ahora ya en tercer lugar, el BVerfG opta conscientemente por no pronunciarse sobre la necesidad del § 217 StGB, esto es, acerca de si la norma prohibitiva penalmente sancionada resulta el medio eficaz menos lesivo para garantizar el fin perseguido por el legislador alemán. Ello “atendiendo a la falta de evidencias empíricas sobre la efectividad de medidas de protección alternativas de menor intensidad afflictiva (...) es dudoso”.⁵⁰ El Tribunal se permite no ofrecer una respuesta concluyente a esta cuestión, pues, a renglón seguido, niega rotundamente la adecuación o proporcionalidad en sentido estricto del precepto en cuestión.

Tras recordar que las “limitaciones de la libertad individual solo son adecuadas cuando la medida de la carga del individuo todavía se encuentra en una relación razonable en atención a las ventajas que le supone a la generalidad”,⁵¹ siendo por lo tanto imprescindible llevar a cabo “una ponderación entre los intereses de la generalidad a cuya salvaguarda sirve la injerencia en los derechos fundamentales y los efectos que ello tiene sobre los bienes jurídicos del afectado”;⁵² el BVerfG inicia el escrutinio de la proporcionalidad en sentido estricto (o adecuación) adelantando su conclusión: en atención a la carga que supone para el particular el § 217 StGB, tal injerencia

⁴⁴ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 234.

⁴⁵ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 236.

⁴⁶ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 245-247. Críticamente, cfr. sin embargo HÖRNLE, «Der niederländische Hoge Raad und das BverfG zu Fragen der Sterbehilfe: Die Abgrenzung von Selbstbestimmung und Fremdbestimmung im Einzelfall und als Leitlinie für die Rechtspolitik», *JZ*, (18), 2020, pp. 877 s.

⁴⁷ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 249.

⁴⁸ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 250.

⁴⁹ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 260.

⁵⁰ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 263.

⁵¹ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 264.

⁵² BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 265.

resulta desproporcionada.⁵³ Aunque el recurso a delitos de peligro abstracto como el § 217 StGB no es *per se* ilegítimo, especialmente cuando está en juego la vida humana,⁵⁴ el “empleo legítimo del Derecho penal para proteger decisiones autónomas del individuo sobre la terminación de su vida encuentra su límite allí donde ya no se protege la decisión libre, sino que esta se torna imposible”.⁵⁵ En la medida en que prohibir el fomento del suicidio como actividad recurrente supone acabar con tales ofertas, siendo que hay sujetos cuya posibilidad de suicidarse depende de aquellas, el § 217 StGB, *de facto*, vaciaría de contenido (*faktisch entleert*),⁵⁶ suspendería completamente (*vollständig suspendiert*)⁵⁷ el derecho al suicidio de una parte de los ciudadanos. Una norma como la del § 217 StGB, en suma, resulta desproporcionada en sentido estricto, pues la protección de la vida ante un consentimiento eventualmente viciado no guarda una relación razonable, proporcional, con la privación absoluta a determinados sujetos de la posibilidad fáctica de ejecutar el suicidio ambicionado. O en las palabras del propio BVerfG:

“El individuo debe conservar la libertad de rechazar las ofertas destinadas a preservar la vida y poder ejecutar la decisión adoptada en correspondencia con su comprensión del sentido de la propia existencia de poner fin a la propia vida con la ayuda de un tercero. Una protección de la vida dirigida contra la autonomía contradice la autocomprensión de una comunidad en la que la dignidad del ser humano está en el centro del orden de valores y que, por lo tanto, se compromete a respetar y proteger la libre personalidad humana como valor supremo de su constitución. Dada la importancia existencial que le corresponde a la libertad de suicidarse para la salvaguarda autodeterminada de la personalidad, tal posibilidad debe estar siempre garantizada de una manera atenta a la realidad”.⁵⁸

Y frente a esta conclusión, siempre según el BVerfG, no cabría afirmar que el § 217 StGB deja un cierto margen para el suicidio asistido. El que sea (normativamente) posible recurrir a un auxilio no prestado por quien lo hace de forma recurrente u organizada no empece afirmar que, a falta de una real existencia de tales alternativas, la injerencia que supone el § 217 StGB en el derecho a una muerte autodeterminada ha de ser catalogada de desproporcionada.⁵⁹ “Si el ordenamiento jurídico tipifica como delito ciertas formas de asistencia para el suicidio que son peligrosas para la autonomía, en particular el fomento del suicidio como actividad habitual, debe al menos garantizar que, pese a la prohibición, la posibilidad de acceder al auxilio para el suicidio que es ofrecido voluntariamente siga abierta en casos específicos”.⁶⁰ Y de igual forma, tampoco cabría entender que la oferta de medicina paliativa o la posibilidad de viajar al extranjero para recabar el auxilio al suicidio justifican la injerencia en el derecho al suicidio. Mientras que la medicina paliativa no puede ser concebida con carácter general como un mecanismo de realización del derecho a una muerte autodeterminada,⁶¹ es obligación del Estado garantizar los derechos

⁵³ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 264.

⁵⁴ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 270.

⁵⁵ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 273.

⁵⁶ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 264, 278, 301.

⁵⁷ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 277, 279.

⁵⁸ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 277.

⁵⁹ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 280.

⁶⁰ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 284.

⁶¹ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 298.

fundamentales de sus ciudadanos en el seno del propio ordenamiento jurídico.⁶² En pocas palabras: la posibilidad de recurrir al “turismo de suicidio libre” (*Freitodhilfetourismus*) no justifica la injerencia en el derecho a una muerte autodeterminada que supone el § 217 StGB.

Por todo lo anterior, concluye el BVerfG que el § 217 StGB tiene un efecto hostil sobre el principio de autonomía (*autonomiefeindlich*). Aquel se fundamentaría en una sospecha general sobre el carácter autónomo de la decisión adoptada por quien recurre al auxilio ofrecido como actividad recurrente para acabar con su vida.⁶³ Con ello, el legislador alemán habría puesto en cuestión “la idea del ser humano como ser espiritual-moral (*geistig-sittlichen Wesen*) sobre la que se asienta el orden constitucional de la Ley Fundamental de Bonn, esto es, como ser destinado a determinarse y a desarrollarse en libertad”.⁶⁴

3.4. Declaración de nulidad a la espera de una solución legal procedimental

Dada la imposibilidad de justificar la injerencia en el derecho a una muerte autodeterminada que supone la incriminación del fomento del auxilio al suicidio de forma recurrente,⁶⁵ el BVerfG declara —en virtud del § 95 apdo. 3 BVerfGG— nulo el § 217 StGB.⁶⁶ Esto presupone, por un lado, que no cabe a ojos del Tribunal una interpretación del precepto acorde con la constitución.⁶⁷ En contra de la tesis defendida por KUBICIEL,⁶⁸ el BVerfG entiende que excluir interpretativamente todos los auxilios a actos de suicidio plenamente autorresponsables sería contrario a la voluntad legislativa, amén de que ello supondría *de facto* una interpretación derogatoria del precepto.⁶⁹ Y dado el tenor literal del tipo, tampoco ve posible el Tribunal excluir interpretativamente del círculo de autores a los médicos que prestan el auxilio.⁷⁰

Por otro lado, el BVerfG insiste en que la declaración de inconstitucionalidad del § 217 StGB en modo alguno habría de entenderse como una prohibición general de normar el auxilio al suicidio. Al contrario, el legislador alemán tendría a su disposición un amplio espectro de posibilidades para ello.⁷¹ “Estas van desde la regulación positiva de mecanismos de aseguramiento procedimental, como por ejemplo, deberes legalmente estipulados de proporcionar información y de espera, pasando por sistemas de licencia que aseguren la fiabilidad de las ofertas de auxilio al suicidio, hasta prohibiciones de las formas de aparición de la ayuda al suicidio que supongan especiales peligros en consonancia con la *ratio* del § 217 StGB”.⁷² Es más, en contra de lo

⁶² BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 300.

⁶³ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 277, 279, 280.

⁶⁴ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 338.

⁶⁵ Aunque no solo. El BVerfG entiende que dicho precepto supone asimismo una injerencia injustificada en el derecho de médicos y abogados a elegir libremente la profesión (Art. 12 apdo. 1 GG) y, subsidiariamente, en su libertad de actuación general (Art. 2 apdo. 1 GG); injerencia que también es aceptada en relación con la libertad de actuación general de las asociaciones dedicadas al fomento del auxilio al suicidio. Cfr. BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 306-333.

⁶⁶ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 337.

⁶⁷ Así ya SALIGER, «§ 217», *NK-StGB*, 5ª ed., 2017, nm. 5 ss.

⁶⁸ Cfr. KUBICIEL, «Zur Verfassungskonformität des § 217 StGB», *ZIS*, (6), 2016, pp. 396 ss.

⁶⁹ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 335.

⁷⁰ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 336.

⁷¹ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 339.

⁷² BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 339.

defendido —entre otros— por ROXIN,⁷³ el BVerfG expresamente afirma que el legislador, dada la importancia de los bienes jurídicos en juego, puede recurrir al Derecho penal para proteger el carácter verdaderamente autorresponsable de la decisión de quien pretende suicidarse. En todo caso, puntualiza que una regulación del conflicto no podría pasar nunca por una concepción objetivizada o externa de autonomía que, por ejemplo, privase de la posibilidad de decidir sobre su propia vida a quien no padece ninguna enfermedad terminal o grave. A ojos del Tribunal de Karlsruhe, la mejor manera de compatibilizar la protección de la autonomía y la vida humana con el derecho a una muerte autodeterminada pasaría por el desarrollo de un sistema procedimental que asegurase en cada caso concreto el carácter autónomo de la decisión adoptada por quien pretende quitarse la vida recurriendo al auxilio ajeno.⁷⁴

4. Reflexión final

En este lugar no pretendo formular una revisión crítica omnicomprendiva de los argumentos esgrimidos por el BVerfG para justificar la declaración de inconstitucionalidad del § 217 StGB, ni mucho menos ofrecer una valoración político-jurídica de la sentencia o sus consecuencias.⁷⁵ Más bien, el objetivo de esta breve reflexión final es poner de manifiesto dos cuestiones íntimamente ligadas y capitales para enjuiciar la legitimidad material de la prohibición del § 217 StGB que, sin embargo, a mi entender, el BVerfG no acierta a abordar como hubiera sido esperable.

Me refiero, en primer lugar, al concepto de “decisión autónoma o autorresponsable”. Con independencia de que se comparta o no el sentido del fallo de la resolución aquí en comento, resulta llamativo el poco interés del Tribunal por examinar en su juicio de proporcionalidad (en sentido estricto) bajo qué condiciones cabe asumir que la decisión de quien recurre a un tercero que lo fomenta de manera recurrente para ejecutar su suicidio es realmente autónoma. Es cierto que el BVerfG alude a estudios empíricos sobre los peligros más comunes a la hora de valorar el carácter autónomo de la decisión de quien dice querer suicidarse (edad, enfermedad...), pero ello le sirve tan solo para afirmar la idoneidad del § 217 StGB. Sin embargo, los específicos riesgos para la autonomía y vida de los ciudadanos que pudieran derivarse de la implantación de una red de entidades dedicadas de forma habitual al fomento del suicidio, tanto directa (conflicto de intereses) como indirectamente (clima social), así como el peso que podrían tener estos en el juicio de proporcionalidad en sentido estricto no son siquiera tematizados por el Tribunal. De un modo absolutamente indiferenciado, asume el BVerfG que en la medida en que un sujeto no pueda suicidarse por falta de ofertas de auxilio al suicidio, o, mejor dicho, que no lo pueda hacer en unas condiciones determinadas a las que aquel tendría derecho (suicidio seguro, indoloro...),⁷⁶

⁷³ Quien entiende que la prohibición del fomento recurrente de auxilio al suicidio debería gozar del estatus de mera contravención (*Ordnungswidrigkeit*). Cfr. ROXIN, «Die geschäftsmäßige Förderung einer Selbsttötung als Straftatbestand und der Vorschlag einer Alternative», *NStZ*, (4), 2016, pp. 185 ss.

⁷⁴ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 340. En profundidad, cfr. SALIGER, «Zur prozeduralen Regelung der Freitodhilfe», en BUBLITZ et al. (eds.), *Recht – Philosophie – Literatur. Festschrift für Reinhard Merkel zum 70. Geburtstag*, v. II, Duncker & Humblot, Berlín, 2020, pp. 1073 ss.

⁷⁵ Una interesante crítica basada en las inconsistencias internas en las que incurre el BVerfG desde una perspectiva constitucional puede leerse en HARTMANN, *JZ*, (12), 2020, pp. 642 ss. Una defensa de la constitucionalidad del § 217 StGB en tanto que norma protectora de la dignidad humana en HILLGRUBER, *ZfL*, (3-4/2019), 2020, pp. 387 ss. Para un análisis de las distintas consecuencias penales de esta sentencia, vid. HILLENKAMP, *JZ* (12), 2020, pp. 618 ss.

⁷⁶ Y es que, como recoge HILLENKAMP, *JZ*, (12), 2020, pp. 621 s., la mayoría de los aproximadamente 10.000 suicidios que se producen en Alemania anualmente se producen sin ayuda externa. Uno puede compartir la

el § 217 StGB constituiría una injerencia no justificada en el derecho fundamental a una muerte autodeterminada. Qué debe entenderse por una decisión autónoma y si el auxilio recurrente al suicidio constituye una amenaza para la libertad del potencial suicida es algo que, aparentemente, el BVerfG entiende irrelevante para declarar la nulidad del § 217 StGB.

Sin embargo, tan pronto como el BVerfG ha negado la proporcionalidad en sentido estricto del § 217 StGB sí parece tener interés por concretar qué habría de entenderse por una decisión autónoma. De hecho, el BVerfG se permite la licencia de recordarle al legislador alemán que el reconocimiento constitucional del derecho al suicidio “impide enjuiciar [la decisión individual del suicidio] conforme a normas de razonabilidad objetiva”, pues dicho derecho fundamental “prohíbe someter la admisibilidad de un auxilio al suicidio a criterios materiales, como por ejemplo, hacerla depender de la existencia de una enfermedad incurable o mortal”.⁷⁷ Esto, sin embargo, “no impide que se puedan exigir diferentes requisitos para probar la seriedad y permanencia en el tiempo de la voluntad del suicidio en función de la concreta situación vital. El legislador es libre de desarrollar un concepto de aseguramiento procedimental”.⁷⁸ Bien mirado, el BVerfG está aquí tomando partido por una concepción de autonomía, esencialmente liberal. Tal concepción es perfectamente defendible, pero hubiera sido deseable, por un lado, que el Tribunal evidenciara la asunción de una premisa de tal importancia; y por el otro, que no tratara de presentar su concepción de autonomía como pura, libre de todo criterio material-objetivo e irrelevante para su juicio de ponderación constitucional. Como señala acertadamente FATEH-MOGHADAM, la autonomía, entendida como parámetro para valorar una decisión, “no es algo esencialmente dado, medible empíricamente o susceptible de ser diagnosticado psicológicamente, sino que constituye un constructo normativo contingente”.⁷⁹ Esto es, qué debe entenderse por una decisión autónoma es una cuestión normativa y contingente, de la que no puede sustraerse quien pretenda valorar la compatibilidad de una norma prohibitiva del auxilio al suicidio con el derecho a una muerte autodeterminada. Creer como hace el BVerfG que el recuso a sistemas procedimentales evita tomar partido por una concreta noción de autonomía resulta, como mínimo, naíf: en la fijación de los requisitos procedimentales subyace necesariamente una noción de autonomía, que es la que, en última instancia, determina el resultado del procedimiento.

Y, en segundo lugar, aunque íntimamente ligado con lo anterior, resulta asimismo llamativo el escaso interés del BVerfG por explicar en este supuesto la compatibilidad de su juicio de proporcionalidad con el principio democrático y, en particular, con la prerrogativa general del legislador a la hora de regular situaciones de conflicto entre derechos fundamentales. Tomando

tesis del Tribunal según la cual un ciudadano goza del derecho a suicidarse en determinadas circunstancias (vid. sin embargo HILLGRUBER, *ZfL*, (3-4/2019), 2020, p. 390); pero el criterio para determinar a qué tipo de vías para el suicidio tiene aquel derecho debería haber sido también expuesto claramente por el BVerfG. Ello, en última instancia, es fundamental para llevar a cabo el juicio de ponderación con los riesgos para la vida de quien recurre a una oferta de auxilio al suicidio recurrente.

⁷⁷ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 340.

⁷⁸ BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 340.

⁷⁹ FATEH-MOGHADAM, «Grenzen des weichen Paternalismus», en EL MISMO et al. (eds.), *Grenzen des Paternalismus*, 2010, Stuttgart, p. 27. Y en el mismo sentido, PAWLIK, «Selbstbestimmtes Sterben: Für eine teleologische Reduktion des § 216 StGB», en ALBRECHT et al. (eds.), *Festschrift für Walter Kargl zum 70. Geburtstag*, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlín, 2015, p. 413.

la expresión de GÄRDITZ, el BVerfG desconoce en su sentencia la “politicidad de la muerte”.⁸⁰ Esta absoluta abstinencia democrática ni siquiera podía ser imaginada por los detractores más acérrimos del § 217 StGB.⁸¹ Y es que, si bien se reconoce expresamente en la sentencia aquí en comento que “resolver la relación de tensión” entre el deber del Estado de proteger la vida y el carácter autónomo de la decisión de suicidarse y el derecho fundamental a una muerte autodeterminada “es con carácter general tarea del legislador”,⁸² al que le corresponde un “espacio de configuración, tasación y valoración”, todo ello no desempeña ningún papel en la argumentación del Tribunal, quien descarta apresuradamente cualquier interpretación restrictiva del precepto y declara su plena nulidad. No es solo que el BVerfG no tenga interés en valorar seriamente dichas propuestas, sino prefiere “jugar” a legislador y recordarle que no puede condicionar objetivamente la noción de decisión autónoma, por ejemplo, exigiendo que el potencial suicida padezca una enfermedad grave o incurable. Asimismo, insta al poder legislativo a regular el conflicto a partir de una aproximación procedimental que habría de garantizar la seriedad de la decisión de suicidarse a partir de su permanencia en el tiempo.⁸³ De este modo, el BVerfG petrifica constitucionalmente la solución al conflicto entre el derecho a una muerte autodeterminada y el deber del Estado de proteger la vida y la autonomía de los potenciales suicidas, expropiando al legislador democrático de prácticamente todo margen de decisión en este campo.⁸⁴ Incluso quien comparta el sentido último de este fallo debería ver con preocupación la ligereza con la que el BVerfG le ha negado a los ciudadanos alemanes la potestad de decidir — a través del correspondiente compromiso político— qué se entiende por decisión autónoma cuando de permitir el auxilio al suicidio se refiere y de qué manera podría legalmente asegurarse el carácter verdaderamente autónomo de tal decisión.

⁸⁰ GÄRDITZ, «Das Verbot der geschäftsmäßigen Sterbehilfe – Anmerkungen zu einem neuen Straftatbestand», *ZfJ* (4), 2015, p. 115: “Esto [la minimización a través del § 217 StGB de riesgos para la vida fruto de decisiones no autónomas] es constitucionalmente inobjetable y un fundamento para la prohibición razonable que, al margen de éticas muy disparatadas, algunas impregnadas por una cosmovisión religiosa, puede tener cabida como expresión de una responsabilidad estatal secular de protección en situaciones precarias límite de la vida”.

⁸¹ Paradigmático GAEDE, *JuS*, 2016, p. 387, quien, pese a afirmar que el precepto era incompatible con la Constitución, pues criminalizaba formas de comportamiento incompatibles con una determinada moral, pronosticaba que dado que se trata de “una norma penal que trae causa en un extenso e intenso debate democrático” y que protege la vida “como valor supremo de la constitución” el BVerfG acabaría optando por aceptar la solución del legislador.

⁸² BVerfG, Urteil v. 26.2.2020, nm. 224

⁸³ Al respecto, cfr. las recientes propuestas de SALIGER, *FS-Merkel*, v. II, 2020, pp. 1063; o HÖRNLE, *JZ*, (18), 2020, pp. 876 ss.

⁸⁴ En general, sobre este fenómeno, cfr. GÄRDITZ, «Kompromissloses Strafrecht?», en BECKMANN et al. (eds.), *Gedächtnisschrift für Herbert Tröndle*, Duncker & Humblot, Berlín, 2019, p. 738.

Patrimonio y perjuicio en el delito de administración desleal

Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 813/2020, de 29 de abril (“caso Palau de la Música”)

Nuria Pastor Muñoz^{*}
Universidad Pompeu Fabra
nuria.pastor@upf.edu

1. Introducción

La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2020 (ponente Palomo del Arco) sobre el denominado “caso Palau de la Música”, que resuelve el recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de diciembre de 2017, plantea numerosas cuestiones interesantes. Los hechos del caso se pueden sintetizar en dos bloques: el primero, el relativo a las conductas de los responsables de las cuatro entidades que forman el Palau, consistentes esencialmente en desviar fondos de dichas entidades a sus patrimonios particulares, cargar gastos personales a dichas entidades y pagar con fondos públicos gastos personales; el segundo, el relativo a los pagos por parte de la sociedad *Ferrovial* (a través del Palau) a *Convergència Democràtica de Catalunya* (—en lo que sigue CDC—) uno de los partidos gobernantes en la Generalitat de comisiones sobre el valor de las obras públicas que el partido lograría que fueran adjudicadas a la sociedad *Ferrovial* bien por la Generalitat, bien por los Ayuntamientos controlados por dicho partido. Como es sabido, la Audiencia Provincial condenó a los administradores de las entidades del Palau (así como a otros intervinientes) por delitos de malversación de caudales públicos, apropiación indebida, falsedades documentales, falsedad contable, tráfico de influencias, blanqueo de capitales y delito fiscal. En cambio, dicha Sentencia absolvió a los administradores de la sociedad *Ferrovial* del delito societario de administración fraudulenta del art. 295 CP (hoy derogado, pero vigente en el momento de los hechos), pues consideró que no concurría el elemento típico del “perjuicio económicamente evaluable” exigido por dicho precepto. Este último aspecto de la Sentencia de la Audiencia fue objeto de un recurso de casación por el Ministerio Fiscal, desestimado por el Tribunal Supremo (—en lo que sigue TS—).

2. Los argumentos del recurso del Ministerio Fiscal y la respuesta del Tribunal Supremo

Pues bien, precisamente este último aspecto de la sentencia constituye el objeto del presente comentario. Veámoslo con detalle. La sociedad *Ferrovial* tenía un compromiso con CDC conforme al cual este último se comprometía a adjudicar a la sociedad *Ferrovial* (influyendo en los Ayuntamientos controlados por el partido o directamente a través de la Generalitat) un

^{*} Este trabajo se enmarca en el proyecto DER2017-82232-P (AEI/FEDER, UE).

determinado volumen de obra pública a cambio de que *Ferrovial* entregara al partido un porcentaje del valor de dicha obra (normalmente, un 4%), siendo este abonado a través del Palau, cuyos responsables retenían a su vez, en concepto de comisión, una parte del porcentaje. Una vez en el Palau, las comisiones abonadas por *Ferrovial* se hacían llegar al partido de formas diversas: bien en efectivo, bien abonando el Palau a entidades acreedoras del partido las deudas de este último (un mecanismo que recuerda claramente al caso “Filesa”). En su núcleo, pues, esta conducta presenta todos los rasgos de un *pago de corrupción* realizado por el administrador de *Ferrovial*, un gasto evidentemente ilícito, si bien efectuado con la intención de generar beneficio para la sociedad administrada. En su recurso contra la absolución de los administradores de la sociedad por el delito de administración fraudulenta, el Ministerio Fiscal sostiene que en la conducta de los acusados concurre la “directa causación de un perjuicio económico evaluable”. Según el Ministerio, partiendo de un concepto funcional de patrimonio, los pagos de comisiones a cargo del patrimonio social no se pueden compensar con el beneficio obtenido con la adjudicación de los negocios, pues aquellos pagos ilícitos no son “necesarios para el normal y lícito desarrollo del objeto social”. Así pues, *los pagos se desviarían del objeto social de Ferrovial* y, por ello, constituirían una *disposición fraudulenta y un abuso del cargo*; dicho desbordamiento del objeto social constituiría una deslealtad en la administración de la sociedad *Ferrovial* y una disminución patrimonial para la entidad. Al respecto, la base de la construcción del perjuicio típico sería el *concepto funcional* de patrimonio —que el Ministerio Fiscal emplea como sinónimo del concepto personal, razón por la cual se remite a la Sentencia sobre el “caso del aceite de colza”¹—, que define patrimonio como potencial funcional del titular cuyo menoscabo puede concurrir tanto en caso de pérdidas económicas como en caso de que se “frustre el fin patrimonial”. Así pues, en lo que alcanzo, el Ministerio Fiscal identificaría “fin perseguido por el titular” y “objeto social” y la frustración de este último con el perjuicio.

En su impugnación de este motivo de casación, uno de los administradores de la sociedad *Ferrovial* argumenta esencialmente en la línea de la denominada tesis de la “separación de ilícitos”.² En su opinión, la mera constatación de un pago ilícito no basta para fundamentar un delito de administración fraudulenta, sino que para ello hay que acudir a criterios propios de este último delito, criterios económicos y empresariales, y al daño patrimonial irrogado a la sociedad. Aquí, pues, la defensa del acusado se basa en el argumento, ya formulado por la doctrina alemana, conforme al cual no todo ilícito de corrupción cometido por el administrador constituye además necesariamente un injusto de administración desleal. Dicho argumento lo refuerza haciendo referencia a la necesidad de diferenciar, en la administración desleal, entre la infracción del deber de guarda patrimonial y el perjuicio: el empleo de medios ilícitos en la administración de un patrimonio puede ser abusivo y desleal, pero no por ello necesariamente perjudicial. Con ello, remite al argumento esencial que la doctrina dirige a la concepción personal de patrimonio: esta, al considerar perjuicio la desviación respecto al fin del titular del patrimonio, allana el camino a la identificación entre deslealtad y perjuicio, pues tanto la deslealtad como el perjuicio

¹ STS de 23 de abril de 1992. Dicha resolución afirmó, respecto al concepto de perjuicio, que “en los casos en los que la contraprestación no sea de menor valor objetivo, pero implique una frustración de aquella finalidad, se debe apreciar también un daño patrimonial”, asumiendo con ello la concepción objetivo-individual de perjuicio, primer antecedente claro de la concepción personal del patrimonio. Al respecto, cfr. PASTOR MUÑOZ, *La delimitación del engaño típico en el delito de estafa*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 34 ss., pp. 44 ss.

² PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, «¿Administración desleal mediante la creación del riesgo de sanciones para el patrimonio administrado?», *InDret*, (1), 2015, pp. 7 ss.

se definirían al final como la desviación de la conducta del administrador respecto al fin patrimonial del titular.

Pues bien, en su Sentencia, el TS cuestiona el modo en que el Ministerio Fiscal aplica el concepto personal de patrimonio al caso objeto de enjuiciamiento. Así, el Tribunal entiende que la *ilicitud de un acto de disposición no determina necesariamente que este sea un “gasto superfluo o carente de fin alguno”*, por lo que “si se acomoda a la finalidad deseada por el titular, el daño económico solo se produciría en el caso de que no se obtuviera el fin ilícito”. Así pues, el TS partiría de una distinción entre el “fin del titular” (que, en el caso, sería obtener adjudicaciones de obras) y el “modo” o “medio” empleado por el administrador para alcanzar dicho fin. Tras esa distinción, que le conduce a rechazar que la tesis de la “frustración del fin patrimonial del titular” (*Ferrovial*) sea aplicable al caso, el Tribunal centra su análisis en la valoración de la situación patrimonial que el administrador ha generado como fruto de su acto de disposición, esto es, el pago de las comisiones. Al respecto, la Sentencia opta por *valorar la dimensión económica del pago*, descartando otros planteamientos doctrinales, es decir, asume claramente un concepto económico de patrimonio. Por consiguiente, entiende que la concurrencia o ausencia de perjuicio se debe determinar comparando la disminución cierta del patrimonio social (pago ilícito) con el “posible valor económico del negocio que ilícitamente se puede obtener”. En concreto, se trata de ponderar el coste satisfecho con la probabilidad de que la otra parte cumpla, el riesgo de descubrimiento, así como con la entidad del beneficio que se puede obtener. En el caso objeto de enjuiciamiento, el coste satisfecho (pago de las comisiones y carga fiscal) se debe comparar no con una mera posibilidad de que el otro cumpla, sino con el cumplimiento seguro (el pago de la comisión es posterior a la adjudicación de las obras), el hecho de que existía un escaso riesgo de ser descubierto (de hecho, los pagos de comisiones salieron a la luz a raíz de la investigación de otros hechos, los que aquí he agrupado en el primer bloque) y el gran beneficio que implicaba para la sociedad *Ferrovial* la adjudicación de numerosas obras públicas. Pues bien, esta comparación — continúa el Tribunal — arroja un resultado positivo: los beneficios de la sociedad *Ferrovial* superan ampliamente a los costes soportados. Con ello, el Tribunal pretende neutralizar aquel argumento del Ministerio Fiscal conforme al cual en el momento del pago de corrupción existía únicamente una expectativa de ganancia (de adjudicación de la obra), por lo que el eventual beneficio derivado de la realización de dicha expectativa (adjudicación de las obras) sería un hecho postconsumativo y, por ello, irrelevante para la determinación del perjuicio.

Por último, el TS, tras haber rechazado la concurrencia de administración desleal basándose en una valoración normativa de la conducta del autor (pues parte de una concepción económica de patrimonio y la proyecta sobre los hechos), añade un argumento que denomina “fáctico”: entiende que la acusación no ha aportado *prueba “completa” de los beneficios y perjuicios* derivados de la actuación de los acusados para el patrimonio de *Ferrovial*, ni tampoco del *ánimo de beneficio propio o de tercero*, estando vedada a la casación por infracción de ley la modificación de elementos fácticos. Nótese que este argumento es, en realidad, incompatible con el anterior, pues ahora el Tribunal presenta como fácticos elementos (perjuicio, beneficio, etc.) que ha tratado como elementos valorativos. Sobre ello volveré en el próximo apartado.

3. Análisis de los fundamentos conceptuales de la sentencia a partir de la dogmática de la administración desleal y la dogmática del patrimonio

El caso plantea los problemas dogmáticos propios de los pagos de corrupción, que aquí interesa contemplar no desde la perspectiva externa (desde la cual la conducta podrá ser constitutiva de delitos de corrupción pública o privada), sino desde la perspectiva interna (administración desleal), esto es, la que atañe a la relación entre administrador y esfera patrimonial administrada. En puridad, son cuatro los aspectos esenciales que se deben analizar para estar en condiciones de valorar la tipicidad de la conducta desde la perspectiva del art. 295 CP, hoy derogado, pero vigente en el momento de la comisión de los hechos: en primer lugar, la estructura dogmática de la administración desleal, es decir la relación específica entre administrador y patrimonio administrado que constituye el criterio esencial para construir el primer pilar de este injusto, a saber, la *deslealtad*. En segundo lugar, el concepto de patrimonio y de perjuicio, imprescindible para poder, en su caso, fundamentar el *carácter perjudicial* de la conducta del autor. Al respecto, es sustancial analizar con precisión las consecuencias a las que conduce cada una de las concepciones de patrimonio. Sobre todo, se debe determinar (decidir) la posible relevancia patrimonial del carácter ilícito del pago y, en concreto, establecer si el riesgo de sanción o la pretensión de sanción (que, como veremos, son cosas distintas) y el riesgo de no cumplimiento por parte del receptor del pago son relevantes para valorar la conducta del autor como perjudicial o no. En tercer lugar, el *iter criminis* del delito de administración desleal: al respecto, es esencial fijar el *momento consumativo*, a efectos de determinar si ciertos “acontecimientos patrimoniales” deben o no ser incorporados al cálculo del perjuicio. Y, en cuarto lugar, las *exigencias específicas del art. 295 CP* que, como sabemos, tenía un alcance más restringido que el actual tipo de administración desleal vigente del art. 252 CP.

Con todo, antes de abordar estas cuestiones, es preciso hacer una *precisión metodológica*: lo que se debe discutir aquí no es un problema fáctico. En contra de lo que indica el TS en su último argumento, el problema no es la falta de prueba “completa” del perjuicio, pues este último es un concepto normativo. De hecho, así lo trata el mismo TS cuando aplica criterios valorativos (económicos) para decidir si concurre o no perjuicio. Ciertamente, en el caso hay una base fáctica para afirmar la concurrencia de los elementos del delito de administración desleal: el pago de la comisión, el compromiso de la contraparte de realizar acciones beneficiosas para la sociedad, etc. Ahora bien, a partir de esta base fáctica, que en el caso está fuera de duda, la decisión definitiva sobre si la conducta de un administrador es desleal y perjudicial es una decisión de carácter valorativo, normativo, dependiente del modo en que se ha configurado la relación administrador-titular del patrimonio, así como del modo en que se conciba el patrimonio de la que se parte y la estructura del tipo penal. Sería, por tanto, un error metodológico pretender ubicar el problema del caso en el plano fáctico.

La raíz de dicho error metodológico está clara: existe una cierta tendencia, alimentada en su momento por la concepción económica de patrimonio, a querer presentar el patrimonio como una cosa o conjunto de cosas. Esa *cosificación* (errónea) se la debemos a aquella concepción económica de patrimonio que se presentó a sí misma históricamente como “fáctica” (BRUNS)³ y,

³ BRUNS, Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken. Beiträge zu einer selbständigen, spezifisch strafrechtlichen Auslegungs- und Begriffsbildungsmethodik, Breslau, Berlín, 1938, pp. 83 s.

por ello, como incontestable.⁴ Con ello, la concepción económica pretendía colocarse a sí misma en un plano superior a aquella concepción que pretendía suplantar, la jurídica. Ahora bien, la tendencia errónea a cosificar el patrimonio no es únicamente obra de la concepción fáctica, sino que tiene otras raíces históricas: como es sabido, el concepto de patrimonio nace en el marco de la dogmática del delito de estafa (cuando el Código penal prusiano de 1853 tipifica el delito de estafa y la separa de los delitos de falsedades, el concepto de patrimonio deviene obviamente clave para el deslinde entre ambas figuras⁵) y la estafa, a su vez, tiene un paralelismo estructural claro con el hurto en autoría mediata.⁶ Dicho paralelismo estructural es correcto, pero es incorrecto extenderlo al objeto de protección del delito de estafa: el hurto es un delito contra la propiedad (si esta ha de tener o no valor patrimonial, es harina de otro costal), mientras que la estafa es un delito contra el patrimonio. Por ello, no es correcto identificar ambos injustos, identificación que, sin embargo, ha lastrado la concepción del patrimonio en la estafa durante décadas y sigue haciéndolo hoy.⁷ Sea como fuere, debe quedar aquí claro que la discusión sobre la concurrencia de perjuicio es una discusión valorativa. Ello obliga a ser muy exigentes a la hora de aclarar las premisas de las que se parte para definir qué es patrimonio y qué perjuicio, pues no se trata de “observar lo que existe”, sino de decidir la “valoración” de una conducta. Lo mismo rige para la determinación de si una conducta del administrador es leal o desleal.

3.1. ¿Infringieron los acusados el deber de lealtad del administrador?

El primer eje esencial para el análisis del caso es el *deber que tiene el administrador frente a la sociedad administrada*. Esa relación interna (en la esfera de la sociedad) es la pieza clave para determinar el carácter leal o desleal de la conducta del administrador.⁸ Al respecto, tiene razón el Ministerio Fiscal cuando afirma que es esencial establecer si el administrador se desvió del fin patrimonial de la esfera administrada. En este sentido, en el delito de administración desleal es indiscutible la relevancia de los fines del titular del patrimonio que hayan sido expresados de manera vinculante en su relación con el administrador. El contenido del deber de este último de velar por los intereses patrimoniales administrados depende de cómo se haya definido la relación administrador-titular. En esta última se establece el destino adecuado de las inversiones sociales, el nivel de riesgo permitido por el titular quien tiene poder de definir niveles de riesgo de diversa intensidad y el modo de gestión admitido por el titular del patrimonio.⁹

Ahora bien, una vez subrayada la incontestable *dimensión “personal”* (que el Ministerio Fiscal denomina “funcional”) de la relación administrador-titular del patrimonio, queda por determinar si en el caso objeto de enjuiciamiento se produjo efectivamente una deslealtad, una

⁴ PASTOR MUÑOZ, *La delimitación del engaño típico*, 2004, p. 59 ss.; LA MISMA, «La construcción del perjuicio en el delito de administración desleal. A la vez, una reflexión sobre la naturaleza y las premisas del concepto jurídico-penal de patrimonio y sobre sus raíces históricas en la dogmática de la estafa», *InDret*, (4), 2016, pp. 5 ss.

⁵ PASTOR MUÑOZ, *La delimitación del engaño típico*, 2004, p. 59 ss.; LA MISMA, *InDret*, (4), 2016, pp. 5 ss.

⁶ PASTOR MUÑOZ, *InDret*, (4), 2016, pp. 6 ss.; LA MISMA, «Zu der Methode des Aufbaus des Vermögensbegriffs – Zugleich einige Überlegungen zu den Wechselwirkungen zwischen Vermögens- und Betrugsdogmatik in der Entwicklung des Vermögensbegriffs», en BÖSE et al. (eds.) *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2019, pp. 751 ss.

⁷ PASTOR MUÑOZ, *FS-Kindhäuser*, 2019, pp. 751 ss.

⁸ PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal. Claves para una interpretación del nuevo art. 252 del Código penal*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 107 ss.

⁹ PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal*, 2016, pp. 129 ss.

desviación respecto al fin establecido por el titular. Es correcta la reflexión del TS conforme a la cual se debe diferenciar *el fin del titular* (objeto social – añadiría yo, el objeto social real, no el formal) y *el modo de consecución* de dicho fin. Y, ciertamente, también es correcta su conclusión conforme a la cual la *Ferrovial* se dedicaba a construir obras como las que le fueron adjudicadas, así que la negociación de adquisición de tales encargos quedaría dentro del objeto social. Ahora bien, el fin del titular no solamente abarca la “clase de actividad” a la que el administrador debe dedicar el patrimonio social, sino también los niveles de riesgo y el “modo de gestión” del patrimonio. Si bien el TS parece prestar atención al primer aspecto (*infra* 3.2), desatiende el segundo. Y lo desatiende en dos sentidos: primero, porque la gestión “mediante ilícitos” puede estar excluida *ex ante* de los mecanismos de gestión tolerados por la sociedad (en tal caso, sería desleal recurrir a métodos rechazados por el titular) y segundo, como veremos *infra* (3.2), porque la comisión de ilícitos tiene consecuencias jurídicas y económicas en la esfera del patrimonio administrado que, dependiendo de cómo se conciba el patrimonio, pueden alterar el juicio sobre la concurrencia de tipicidad. En el caso no consta el consentimiento de la sociedad (expreso, tácito o presunto) a la gestión patrimonial empleando mecanismos ilícitos: de haber existido tal consentimiento,¹⁰ habría desaparecido la dimensión de deslealtad *ad intra* de la conducta y solamente subsistiría el injusto cometido *ad extra*. De no mediar consentimiento, hay que considerar si esa desviación genera una situación patrimonial perjudicial (*infra* 3.2).

Por otra parte, es importante subrayar aquí que, en el sentido de la impugnación del motivo del Ministerio Fiscal formulada por uno de los acusados, el injusto de la administración desleal solamente concurre cuando *se infringe el deber específico que vincula al administrador con el patrimonio administrado*. Ahora bien, partiendo de esta premisa, en sí correcta, la impugnación mencionada, al igual que lo hacía la denominada “doctrina de la infracción del deber específico”, sugieren una conclusión inadmisibles, a saber, que el administrador que comete un ilícito de corrupción (u otro ilícito) no infringe *el deber específico* de velar por los intereses patrimoniales administrados propio del tipo de administración desleal, sino solamente el deber que surge de la norma que le prohíbe lleva a cabo actos de corrupción. El deber infringido por el administrador (en el caso, la prohibición de corrupción) tendría el fin de proteger un interés distinto al patrimonio administrado.¹¹ De lo contrario – continúa esta tesis – tendría lugar una doble punición en cualquier caso de conductas ilícitas de administradores.¹² Esta tesis no es convincente: una misma conducta del administrador puede tener dos dimensiones de injusto, a saber, una externa (en el caso, la corrupción) y una interna (la deslealtad perjudicial), en los términos de un concurso ideal. La concurrencia de un ilícito *ad extra* (un delito de corrupción, una infracción tributaria, un ilícito contra el Derecho de la competencia, etc.) no bloquea la posibilidad de examinar si concurre, además, un injusto adicional *ad intra*, relativo a la relación interna entre administrador y patrimonio administrado. Por ello, la tesis del deber específico no es idónea para rechazar de plano la posibilidad de que un acto de corrupción de un administrador pueda constituir a la vez un injusto de administración desleal y, en consecuencia, no sirve en el caso para descartar la tipicidad de la conducta de los acusados. La condena por administración desleal debe basarse, desde luego, en argumentos específicos de este injusto, pero la calificación

¹⁰ COCA VILA, «El consentimiento en el Derecho penal económico. Un estudio a propósito de los delitos de administración desleal (art. 252 CP) y corrupción en los negocios (art. 286 bis CP)», *Revista General de Derecho Penal*, (28), 2017; PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *El delito de administración desleal*, 2016, pp. 143 ss.

¹¹ Sobre esta tesis y sus partidarios PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *InDret*, (1), 2015, pp. 7 ss.

¹² Al respecto PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *InDret*, (1), 2015, p. 8.

de la conducta como constitutiva de otro injusto (corrupción) no bloquea la posibilidad de examinarla a la luz del tipo de administración desleal.

3.2. El concepto de patrimonio y perjuicio y su repercusión en los casos de pagos de corrupción: la solución del TS a la luz de la doctrina

Dicho esto, el segundo pilar para aclarar si concurre un delito de administración desleal es el relativo a si la conducta del administrador (el pago de comisiones) puede considerarse *ex ante perjudicial* y si dicho riesgo típico de perjuicio se realiza en el resultado. Es evidente que en estos supuestos entran en tensión una concepción económica, que es la que inspira la solución del TS en la sentencia objeto de comentario, y una concepción que exige reconocimiento jurídico para afirmar que un elemento pertenece al patrimonio. Hace un tiempo, COCA VILA y yo analizamos este problema con detalle.¹³ La *concepción económica*, seguida ampliamente por la jurisprudencia alemana,¹⁴ contempla el acto de disposición del administrador desde una perspectiva de probabilidad de ganancia o de pérdida, es decir, compara los costes del acto de disposición (el pago) con las *probabilidades de sanción* (riesgo de sanción real) y expectativas de beneficio. En cambio, una concepción que otorgue relevancia al *significado jurídico* que tiene la conducta del administrador tendría en cuenta el nacimiento de una *pretensión jurídica de sanción* en sentido amplio para la persona jurídica administrada (penas, comiso, sanciones administrativas) y la *inexistencia de un reconocimiento jurídico de la expectativa de cumplimiento de la otra parte* (el pacto entre la sociedad y el partido que promete las adjudicaciones no genera un derecho para la primera). Esta interpretación es, en mi opinión, la más convincente. Esta se basa en una visión del patrimonio como dimensión de la libertad jurídicamente reconocida¹⁵ y, con ello, en que el Derecho penal no tiene la función de proteger posiciones fácticas de poder (la “economía real”) sino solo las jurídicamente reconocidas (la “economía legal”).¹⁶ Sostener lo contrario en el sentido de la Sentencia del TS, es decir, despojar a los actos de gestión patrimonial de su dimensión jurídica, implica sostener una visión del deber del administrador que, en buena lógica, podría incluir perfectamente, en su caso, el deber de realizar conductas ilícitas para maximizar el beneficio.¹⁷ Además, desde el mismo punto de vista económico, resulta paradójicamente poco realista ignorar el nacimiento de pretensiones de sanción o de comiso¹⁸ sobre el beneficio de un acto ilícito, así como la inexigibilidad de expectativas de ganancia: es difícil imaginar que en una *due diligence* se vaya a prescindir de dichos aspectos. Es cierto que para una concepción jurídica

¹³ PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *InDret*, (1), 2015, pp. 1 ss.

¹⁴ Véase las referencias y especificidades de los casos *Kohl*, *Kellermeister* y el de la Cruz Roja en PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *InDret*, (1), 2015, pp. 9 ss.

¹⁵ Así, PAWLIK, *Das unerlaubte Verhalten beim Betrug*, Heymanns, Köln, 1999, pp. 255 ss.

¹⁶ PASTOR MUÑOZ, *La delimitación del engaño típico*, 2004, pp. 64 ss; LA MISMA, «Los pagos de corrupción realizados por los administradores de sociedades en contextos de corrupción sistémica: ¿una deslealtad punible?», en GIMBERNAT ORDEIG et al. (eds.), *Dogmática del Derecho penal material y procesal y Política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70º aniversario*, t. II, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, pp. 197 ss.

¹⁷ PASTOR MUÑOZ/COCA VILA, *InDret*, (1), 2015, p. 17, n. 63.

¹⁸ CHOCLÁN MONTALVO, *El patrimonio criminal. Comiso y pérdida de la ganancia*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 54: «Si se considera que todos los ingresos que proceden del delito son ilícitos y que el autor que se vale de su patrimonio para realizar o inducir a un hecho típico (fin ilícito) pierde todo derecho a la restitución y no tiene acción para recuperar lo perdido, debemos concluir que rige en nuestro derecho el principio de la ganancia bruta, extendiéndose la confiscación al total rendimiento del delito sin deducción de los costes desembolsados por el penado para su obtención».

la ilicitud de la conducta del administrador (en el caso, corrupción) tiene relevancia patrimonial y, en cierta medida, se produce una conexión entre los dos elementos de la conducta del administrador: la deslealtad y el carácter perjudicial. Ahora bien, esa conexión se debe aceptar — en contra de lo que indica la impugnación del recurso del Ministerio Fiscal — cuando la clase de deslealtad cometida por el administrador tenga incidencia en la construcción del perjuicio; y ello ocurre cuando la deslealtad genera pretensiones de sanción o expectativas inexigibles para la esfera patrimonial administrada.

Así las cosas, nótese que estos dos modos de concebir el patrimonio y el perjuicio pueden conducir a soluciones opuestas: un pago de corrupción vinculado a un bajo riesgo de descubrimiento y a una elevada expectativa de cumplimiento sería, para la concepción económica, atípico (así, el razonamiento del TS), mientras que para la concepción jurídica dicho pago sería perjudicial, pues dicho coste se asume a cambio de expectativas de beneficio jurídicamente inexistentes (inexigibles) y, por tanto, irrelevantes, naciendo además (en su caso) una pretensión jurídica de sanción de contenido económico sobre el patrimonio administrado. Es más, incluso en los casos en que el ordenamiento jurídico no vincule a la conducta ilícita del administrador una pretensión jurídica de sanción para la persona jurídica administrada (piénsese en delitos sin responsabilidad penal de las personas jurídicas, como ocurre en los hechos objeto de análisis, que fueron cometidos antes de ser aprobada dicha responsabilidad), el hecho de pagar dinero a cambio de “nada” (la expectativa de que la otra parte cumpla no tiene relevancia jurídica, no “existe” para el Derecho) sería un acto de administración perjudicial.

Ahora bien, el caso enjuiciado presenta una peculiaridad que la Sentencia pone de relieve: en el momento en que los administradores de la sociedad *Ferrovial* efectuaron el pago de la comisión, ya se había producido la adjudicación de obra beneficiosa para la sociedad, de manera que no concurría una mera expectativa de que el partido cumpliera su promesa, sino que este ya la había cumplido. Este problema lo abordo a continuación.

3.3. ¿Cómo pudo haber administración desleal si el pago de comisiones se produjo tras el cumplimiento por parte de CDC de su compromiso de lograr la adjudicación de obras públicas a la sociedad?

Un primer problema del recurso del Ministerio Fiscal en su intento de construir un delito de administración desleal es, en mi opinión, pretender hacerlo solamente con base en el análisis económico del acto de disposición de los administradores de *Ferrovial*. Eso explica en parte que sus argumentos fracasen, pues el TS, con el mismo aparato conceptual (el de la concepción económica) logra llegar a la conclusión opuesta (*supra* 3.2). Pero, además, el segundo problema es que, en su argumentación, el Ministerio Fiscal parece no tener en cuenta el hecho de que el pago de las comisiones se efectúa en un momento en el que ya se ha producido el cumplimiento por parte de CDC, es decir, ya se han adjudicado a la sociedad *Ferrovial* las obras públicas correspondientes. Para la concepción económica asumida por el TS, esto es decisivo para negar el perjuicio, cosa que el Tribunal efectivamente hace. Ahora bien, ¿cuál sería la solución para una concepción jurídica que tiene en cuenta las modificaciones jurídicas que se producen, fruto del pago de corrupción, para el patrimonio administrado?

En principio, parecería que la “entrada” en el patrimonio de la sociedad *Ferrovial* de las adjudicaciones prometidas por el partido neutralizaría el argumento conforme al cual el pago se efectuó a cambio de una expectativa sin cobertura jurídica y, por ello, irrelevante: en la medida

en que el beneficio ya se había producido, el pago de comisiones sería un acto de gestión beneficiosa. Sin embargo, ello no es así. La formación política CDC, efectivamente, cumplió su compromiso, de manera que la sociedad asumió el coste del pago de la comisión una vez tenía “asegurado” el beneficio. Ahora bien, ese “aseguramiento” del beneficio era, en mi opinión, solamente aparente, pues la adjudicación de la obra era ilegal y, por ello, susceptible de impugnación. Por tanto, desde una perspectiva jurídica, la realización de la prestación ilícita acordada antes del pago no implica necesariamente la ausencia de perjuicio, pues al igual que no se debería contabilizar como beneficio de la sociedad el importe ahorrado mediante la comisión de un delito fiscal, tampoco se debería considerar parte del patrimonio de la sociedad aquel beneficio derivado de una adjudicación prevaricadora.¹⁹ Este juicio no se debe ver alterado por el hecho de que, tras la consumación de la administración desleal, se produzcan acontecimientos neutralizadores del perjuicio: por ejemplo, que el ilícito no se descubra, que los mecanismos jurídicos para imponer sanciones o retrotraer operaciones ilícitas prescriban, etc. En definitiva, tras recibir un beneficio ilícito y efectuar el pago de una comisión, el administrador de una sociedad debería contabilizar (en una contabilidad “legal”, en la que se refleja el valor económico “legal”): (i) el pago de corrupción, (ii) las eventuales pretensiones de sanción que surgen con su pago ilícito (penas, sanciones administrativas, comiso, etc.), (iii) así como las eventuales pretensiones de retroacción del contrato fuente del beneficio. Que después, por las razones que fueren, el beneficio ilícitamente obtenido se consolide y la sanción no llegue a imponerse son hechos posteriores a la consumación del delito que no pueden tenerse en cuenta para revisar el juicio sobre la tipicidad de la conducta del administrador.

3.4. La incidencia de las especificidades de la administración fraudulenta del (hoy derogado) art. 295 CP en la interpretación del caso. En especial, el problema del ánimo de lucro.

Por último, no debe olvidarse que los pagos de comisiones por parte de los administradores de *Ferrovial* se produjeron estando aún vigente el art. 295 CP, hoy derogado. Esto implica que, en el análisis del caso, no basta con constatar los elementos propios del actual art. 252 CP, sino además las exigencias adicionales del art. 295 CP. Algunas de ellas concurren evidentemente (la conducta consiste en un acto de disposición, los autores son administradores de un patrimonio societario, etc.); en cambio, el ánimo de lucro propio o ajeno genera dudas. De hecho, nótese que el TS, además de negar el perjuicio con base en su valoración económica del pago de acuerdo de comisiones, niega que exista prueba del ánimo de lucro de los administradores de *Ferrovial*. Sin embargo, aquí, en puridad, nos encontramos ante el problema de si de los hechos se puede inferir (imputar) inequívocamente un ánimo de lucro. Lo cierto es que quien lo conciba en términos psicológicos, podrá emplear los argumentos de cierta doctrina alemana que, para evitar el castigo de los casos de pagos de corrupción a título de administración desleal (en un contexto normativo como el del art. 252 CP, no como el del art. 295 derogado), exige una especie de “intención específica de perjudicar a la sociedad”.²⁰ Trasladado este argumento al “caso del Palau de la Música”, podría afirmarse que en la conducta de los administradores de la sociedad *Ferrovial* faltaba una “intención específica de enriquecerse o enriquecer a otro”, pues lo que pretendían era “beneficiar a la sociedad”. Sin embargo, si se atiende a los hechos: ¿no existía claramente un ánimo de beneficiar a la formación política CDC, la cual se comprometía a lograr la adjudicación de obras? Y es que el “ánimo de lucro”, propio o ajeno, se debe deducir del sentido objetivo del

¹⁹ PASTOR MUÑOZ, *LH-Schünemann*, 2019, p. 218.

²⁰ En esa línea el caso *Kanther*: BGH, sentencia de 18.10.2006, 2 StR 499/05.

acto de disposición: difícilmente se puede argumentar, cuando se lleva a cabo una conducta *ex ante* beneficiosa para uno mismo o para otro, que se actuó sin ánimo de lucro. Es cierto que los administradores de *Ferrovial* actuaron también con ánimo de beneficiar a la sociedad, pero ello no es incompatible con la concurrencia de dolo y de ánimo de lucro.

4. Dos hipótesis fácticas adicionales y su tratamiento jurídico penal

La Sentencia parece partir claramente de que hubo una relación prestación-contraprestación entre el pago de comisiones de los administradores de *Ferrovial* y la adjudicación de obra gestionada por CDC. Ahora bien, es cierto que las adjudicaciones no dieron lugar a una condena por prevaricación, es decir, que no se probó su carácter ilícito. Además, por su parte, se podría sostener la tesis de que *Ferrovial* pagó las comisiones no porque, en caso contrario, no tenía derecho a que se le adjudicaran las obras, sino (i) para “asegurar” la adjudicación que, en sí, habría sido legal; o (ii) para mantener una relación fluida con la formación política (en el sentido de los actos de corrupción que la doctrina alemana ha denominado “*füttern*” porque en ellos no hay correspondencia directa entre pago y contraprestación, sino un objetivo de mantener “nutrido” a un sujeto o entidad que pueden beneficiar a quien paga en el futuro). En lo que atañe a la falta de prueba de la ilegalidad de las adjudicaciones, su relevancia para el examen del delito de administración desleal se limita a lo siguiente: si *ex ante* los administradores de *Ferrovial* pagaron por adjudicaciones que se contemplaban *ex ante* como irregulares ello bastaría para que en el cálculo del perjuicio desde una perspectiva jurídica se valore la expectativa de cumplimiento como jurídicamente no reconocida, aun cuando *ex post* resulte que la adjudicación fue legal. En cuanto a los dos escenarios descritos, a saber (i) y (ii), es preciso añadir algunos matices. La hipótesis de que el pago de comisiones iba dirigido a “asegurar” una adjudicación legal, debe indicarse que la solución del caso no se debería modificar pues, o bien se concluye que los administradores hicieron un pago innecesario en la medida en que *Ferrovial* tenía ya una expectativa de adjudicación de las obras (en tal caso, incluso el cálculo económico del TS arrojaría un resultado negativo: habría perjuicio porque se asumió un coste innecesario para obtener el beneficio), o bien que, precisamente porque carece de sentido pagar por una adjudicación que legalmente corresponde a la sociedad, el pago sí pretendía que, eventualmente, el proceso de adjudicación fuera ilegal (se pruebe o no). En cuanto al segundo escenario (ii) en el que no existiría relación de correspondencia directa entre el pago y las adjudicaciones, se trata de una hipótesis difícil de sostener con los hechos probados de la sentencia, pero incluso en caso de ser defendible, habría que llegar a la misma conclusión sostenida *supra* 3: desde la concepción económica sostenida por el TS, el pago tendría sentido (el gasto sería económicamente racional, aunque las expectativas de ganancia esperables fueran más difusas y todavía pendientes de concreción); en cambio, desde una concepción jurídica, se estaría, de nuevo, asumiendo costes a cambio de expectativas jurídicamente no reconocidas de adjudicación de obras (pues ¿no hay un mercado legal de compra de una posición privilegiada en los concursos públicos!).

5. Reflexión final

La sentencia objeto del presente comentario pone de relieve que la discusión sobre el alcance de la protección penal del patrimonio sigue abierta: la clara tensión entre una protección jurídico-penal que limite su alcance al patrimonio como dimensión de libertad del individuo (poder, *Vermögen*) en una economía legal (libertad jurídicamente reconocida) y una concepción que se orienta a la protección del poder efectivo del titular en la interacción económica “real”, sea esta

legal o ilegal. Esta tensión tiene raíces profundas (en la concepción de la relación del Derecho penal con las otras ramas del ordenamiento, en la definición de esferas jurídico-penalmente relevantes) y consecuencias prácticas muy relevantes, que se ponen claramente de relieve en el análisis de la STS de 29 de abril de 2020. Pero, además, la Sentencia pone de manifiesto que nuestra jurisprudencia no ha adoptado una posición doctrinal clara respecto al problema. Ciertamente, hay una tendencia dominante a asumir una concepción esencialmente económica de patrimonio (algo que, por ejemplo, se manifiesta en la condena en los casos de estafa en negocio ilícito, o en la misma Sentencia objeto de comentario), pero también hay una línea jurisprudencial que otorga mayor importancia al elemento jurídico. Así, en el marco del delito de estafa, nuestra jurisprudencia ha apreciado perjuicio típico en casos de negocio ilícito y, con ello, asumido un concepto económico de patrimonio, por ejemplo, en un caso de engaño en la “compra” de un aprobado en un examen de oposición (STS 132/2007, de 16 de febrero) o de una máquina para fabricar billetes (STS 500/2011, de 16 de marzo), pero ha rechazado el perjuicio en otros casos semejantes (así, la STS 655/1997, de 13 de mayo rechazó la concurrencia de perjuicio en un caso de engaño en una “compra de licencias”). En el ámbito de la administración desleal, la Sentencia objeto del presente comentario rechaza el perjuicio con base en una concepción económica; sin embargo, no hace tanto que la STS de 28 de junio de 2018, que enjuició el caso de un administrador que, al cometer una infracción tributaria, generó un riesgo de sanción para la sociedad administrada que efectivamente se materializó, consideró que la conducta del administrador (quien, por cierto, tenía la intención de beneficiar a la sociedad, ahorrándole costes fiscales) era constitutiva de una administración desleal. Este panorama nos obliga a una reflexión profunda en el plano del concepto de patrimonio y a revisar críticamente la interpretación dominante de este último.

¿El derecho a la irretroactividad penal desfavorable es inmune a la COVID-19?

Comentario a la Sentencia de la Corte Suprema di Cassazione italiana, de 2 de julio de 2020

Albert Estrada i Cuadras
Universidad Autónoma de Madrid
albert.estrada@uam.es

Riccardo Germano
Università degli Studi di Milano– Bicocca
r.germano1@campus.unimib.it

1. Antecedentes procesales y objeto de la *Sentenza*

En su Sentencia de 2 de julio de 2020,¹ la tercera Sección de lo penal de la *Corte Suprema di Cassazione* italiana resuelve el recurso de casación interpuesto por un sujeto condenado por un delito continuado de agresión sexual perpetrado entre el año 2000 y el 19 de marzo de 2012.

Durante la tramitación del recurso de casación, el Gobierno italiano, aprobó un *Decreto-Legge*, el n.º 18/2020, de 18 de marzo,² en virtud del cual se suspendían los plazos de prescripción de los delitos mientras la Administración de Justicia italiana tuviera que estar paralizada como medida preventiva frente al virus. El Decreto-ley fue convalidado por el Parlamento italiano por medio de la *Legge* n.º 27/2020, de 24 de abril.³

En virtud de esta nueva normativa, se ampliaron los plazos de prescripción de algunas de las agresiones sexuales enjuiciadas, concretamente, las que habrían prescrito durante el periodo de paralización de la actividad judicial. La aplicación de estas nuevas causas de suspensión al caso concreto suponía una aplicación retroactiva desfavorable. Teniendo en cuenta que en Italia las normas sobre la prescripción de los delitos se consideran disposiciones de naturaleza sustantiva sometidas al principio de legalidad penal,⁴ la Sección 3.ª de la *Corte di Cassazione* se auto-plantea la constitucionalidad del *Decreto-Legge*, convalidado por la *Legge* n.º 27/2020.

¹ Cfr. http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/21367_07_20_no-index.pdf.

² Consultable en: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/17/20G00034/sg>.

³ Consultable en: <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/04/29/20G00045/sg>.

⁴ Véase la Ordenanza n.º 24/2017 y la Sentencia n.º 115/2018 de la *Corte Costituzionale*.

2. Razonamientos jurídicos de la *Corte Suprema*

Como paso previo a formular cuestión de constitucionalidad ante la *Corte Costituzionale*, la Sección penal tercera del Tribunal Supremo italiano procede a analizar si la duda de constitucionalidad satisface las condiciones que deben cumplirse para que un Juez o Tribunal eleve cuestión de constitucionalidad.

Se trata, primero, del juicio de relevancia de la disposición normativa cuestionada para la resolución del caso concreto. En segundo lugar, de la verificación de que la duda sobre su legitimidad constitucional no padezca de una manifiesta falta de fundamento (juicio de la “*non manifesta infondatezza*”).

La Sala ventila en poco espacio el primero de los dos juicios. No cabe duda de que la constitucionalidad del artículo 83 del *Decreto-Legge* n.º 18/2020 es imprescindible para pronunciarse sobre la prescripción de parte de los hechos que integran el supuesto de hecho. El segundo juicio, en cambio, es la cuestión jurídica a la que la *Corte di Cassazione* dedica mayor atención en su *Sentenza*, constituyendo el tema principal y más destacable de la resolución.

La Sección penal tercera coge el toro por los cuernos y se pregunta si la prohibición de retroactividad de la Ley penal desfavorable prevista en el artículo 25.II de su *Costituzione* se puede someter a excepciones. Pese a reconocer expresamente que el Tribunal Constitucional italiano ha afirmado que la prohibición de retroactividad desfavorable “no tolera derogaciones”, la Sala concluye que en circunstancias como las concurrentes en el caso concreto la anulación del derecho a la irretroactividad es un “sacrificio necesario” y “soportable” en atención a las exigencias de proporcionalidad: necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto.

El Tribunal se ampara en citas genéricas de la *Corte Costituzionale* en las que ésta manifiesta que ningún derecho fundamental reconocido por una constitución democrática y pluralista puede tener pretensiones de absolutez frente a los demás: «*Tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri*».

Partiendo de esta premisa, la Sala admite la ponderación del derecho fundamental a la irretroactividad de las normas penales desfavorables con los otros derechos en lid. ¿Cuáles serían estos derechos? He aquí la segunda sorpresa de la *Sentenza*: según el Tribunal, la paralización de la Administración de Justicia fue una medida necesaria para preservar la vida y la salud de los ciudadanos en general (salud pública) y la de todos aquellos que tuvieran que tomar parte en su funcionamiento presencial, incluidos el acusado y su abogado, lo que la Sala señala expresamente por dos veces. Luego el derecho a la irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables debe ser ponderado con el derecho a la vida y a la integridad física. En la medida en que estos derechos existenciales los considera un «*prius*» respecto de la garantía de legalidad penal, el Tribunal concluye que la vigencia de ésta debe ceder frente a la de aquéllos.

Ni una sola mención se hace al interés general en la persecución de los delitos, el único interés verdaderamente incompatible con la prohibición de retroactividad en el contexto enjuiciado.

En cuanto a las exigencias de subsidiariedad y proporcionalidad en sentido estricto, se consideran satisfechas en tanto que la excepción a la prohibición de retroactividad es temporal y con un alcance muy limitado: las semanas en las que se suspendió la actividad judicial, concretamente los días comprendidos entre el 9/3 y el 11/5/2020 (dos meses y dos días).

A favor de la justificación de la derogación la Sala también menciona reiteradamente dos circunstancias más: 1) que la causa de la excepción a la irretroactividad fue una catástrofe natural, ajena al dominio de las personas; 2) que la excepción se formuló con carácter general y, por tanto, no discriminatorio.

Con arreglo a estos razonamientos la *Corte di Cassazione* concluye que las dudas de constitucionalidad auto-planteadas en relación con el *Decreto-Legge* n.º 18/2020, de 18 de marzo, convalidado por la *Legge* n.º 27/2020, de 24 de abril, son manifiestamente infundadas, por lo que no procede elevar cuestión de inconstitucionalidad a la *Corte Costituzionale*⁵.

3. Contextualización de la *Sentenza* en Italia

No es casualidad que la extraordinaria decisión objeto de este comentario proceda de la *Corte di Cassazione* italiana. En el último lustro, el régimen italiano de la prescripción penal ha dado lugar a un grave conflicto institucional entre el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante) y el Tribunal Constitucional del país transalpino. Una de las principales razones de la controversia fue, precisamente, la defensa por parte del TJUE de la posibilidad de aplicar retroactivamente un régimen de prescripción penal desfavorable para el justiciable.

En el año 2005 el legislador italiano estableció un riguroso régimen de prescripción penal:⁶ salvo contadas excepciones, las suspensiones e interrupciones del plazo de prescripción de cualquier delito no podían dar lugar a un plazo de prescripción final superior a un cuarto de la duración de la pena máxima asignada a la infracción (véase la versión del artículo 161 del *Codice Penale* previa a la reforma de 2017). Así, un delito castigado con una pena de prisión de cinco a diez años prescribía, como máximo, a los doce años y medio, independientemente de que se hubieran producido suspensiones o interrupciones justificadas de más de dos años y medio.

Este estricto límite dio lugar a que delitos cuya instrucción y procesamiento resultaban especialmente complejas, sin que las penas de prisión que les eran asignadas fueran de muchos años de duración, prescribieran con bastante frecuencia. Uno de estos delitos era el fiscal.

En el año 2014, el Tribunal de Cuneo (Piamonte) planteó una cuestión prejudicial al TJUE en relación con un supuesto de defraudación del IVA. En el caso concreto, las dificultades para instruir y procesar a los acusados requirieron más tiempo del previsto por el artículo 161 del *Codice Penale*, por lo que los hechos habían prescrito de acuerdo con el régimen italiano de la prescripción de los delitos. El Tribunal piamontés preguntó al TJUE si este régimen interno era

⁵ Para un comentario más extenso de la sentencia, véase GATTA, «‘Tolleranza tra principi’ e ‘principi intolleranti’...», *Sistema Penale*, 22/7/2020. Consultable en:

<https://www.sistemapenale.it/it/scheda/lemergenza-sanitaria-da-covid-19-non-legittima-deroghe-al-principio-di-irretroattiva-in-malam-partem-sospensione-prescrizione-cassazione>.

⁶ La *Legge* n.º 251/2005 fue aprobada por el Parlamento italiano durante el mandato del Primer Ministro Sr. Silvio Berlusconi, siendo aplicada a procedimientos penales seguidos contra él.

compatible con el Derecho de la Unión, en particular, con las obligaciones de los Estados miembros de preservar los intereses financieros de las instituciones comunitarias.

La respuesta del pleno (Gran Sala) del TJUE fue contundente: el juez nacional ordinario debe dejar sin efecto la normativa interna sobre la prescripción penal de los delitos si su aplicación conlleva que, “en un número considerable de asuntos, hechos constitutivos de fraude grave [a las arcas de las instituciones de la UE] queden impunes desde el punto de vista penal” (Sentencia de 8/9/2015, asunto C-105/14 – caso *Taricco I*).

Al Tribunal de Luxemburgo no le pasó por alto que esta directriz podía implicar una aplicación retroactiva desfavorable de las normas sobre la prescripción de los delitos. No obstante, al amparo de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante) sobre el derecho a la legalidad penal (artículo 7 CEDH), concluyó que ello no sería vulnerador del artículo 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE, en adelante), interpretado a la luz del artículo 7 CEDH. Según el TEDH, el derecho a la legalidad penal no alcanza a las normas de la prescripción, que considera de naturaleza procesal.⁷

Aproximadamente un año más tarde la *Corte Costituzionale* italiana enviaba cuestión prejudicial al TJUE para preguntarle, en resumidas cuentas, si el cumplimiento del Derecho de la Unión obliga a un Estado miembro a renunciar a su propia identidad constitucional, en particular, si un Estado miembro está obligado a rebajar las garantías que constitucionalmente reconoce a sus ciudadanos, cuando estas son mayores que las reconocidas en la CDFUE.

En su Sentencia de 5/12/2017 (asunto C-42/17 – caso “*Taricco II*”), el pleno del TJUE optó por ceder y respetar la soberanía constitucional de la República italiana. El TJUE respondió que, en el supuesto de que la aplicación de la doctrina “*Taricco*” suponga la vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal en el Estado miembro en el que se plantea su aplicación, ya sea por falta de previsión de la norma, ya sea por retroactividad desfavorable, el Juez ordinario puede desatender la doctrina “*Taricco*” y aplicar la normativa interna sobre prescripción penal, aunque ello suponga mantener una situación contraria al Derecho de la Unión.⁸

En paralelo al proceso judicial acabado de comentar, Italia empezó a modificar su régimen de prescripción de los delitos en el sentido de ampliar sus plazos. Asimismo, en el año 2017 se aprobó la Directiva (UE) n.º 1371/2017, de 5 de julio, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, en la que se obliga a los Estados miembros a establecer plazos de prescripción de los delitos de defraudación de la Hacienda comunitaria compatibles con una investigación y enjuiciamiento eficaces (art. 12). Italia ha dado cumplimiento a la Directiva a través de la *Legge* n.º 103/2017 y de la *Legge* n.º 3/2019. Con el régimen actualmente vigente, el supuesto de hecho objeto de la *Sentenza* no habría prescrito.

⁷ Resoluciones del TEDH de 12/3/2013, asunto *Previti v. Italia*, n.º 1845/08, § 80 y ss.; de 22/9/2015, asunto *Borcea v. Rumanía*, n.º 55959/14, § 54 y ss.

⁸ Para más detalle sobre la controversia, véase LUCIFORA, «Los tribunales ordinarios ante la primacía del Derecho de la UE y la protección de los derechos fundamentales», *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista trimestrale*, (1), 2019, pp. 18 ss., consultable en:

https://dpc-rivista-trimestrale.criminaljusticenetwork.eu/pdf/2.%20DPC_Riv_Trim_1_2019_Lucifora.pdf

4. Algunas consideraciones supranacionales

El derecho a la legalidad penal es uno de los pilares sobre los que descansa la idea de Estado liberal de Derecho surgida de la ilustración.⁹ Actualmente, está expresamente previsto en el art. 15 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 1966. A nivel europeo, se encuentra recogido en el art. 7 CEDH.

De forma ampliamente extendida se considera que la prohibición de retroactividad de las normas penales desfavorables, una de las garantías que conforman el contenido de este derecho, constituye una regla que solamente cabe someter a excepción a favor de reo.¹⁰ En este sentido, el TEDH ha afirmado que «el artículo 7 del Convenio prohíbe de forma *absoluta* la aplicación retroactiva del derecho penal cuando resulte desfavorable para el interesado» (negrita añadida).¹¹

Con su sentencia de 2 de julio, la Sección penal 3.^a de la *Corte di Cassazione* se ha desmarcado abiertamente de esta postura. Tratándose del Tribunal Supremo de uno de los países con mayor peso y tradición jurídica de la Unión Europea, y habiéndose adoptado esta decisión en relación con una cuestión que afecta a una buena parte de la comunidad internacional, es indudable que la *Sentenza* comentada merece la atención de cualquier persona comprometida con los valores y principios que sustentan el modelo de Estado democrático de Derecho. A buen seguro también la de sus detractores.

Una adecuada valoración de la sentencia requiere realizar dos observaciones previas. Según la Corte de Estrasburgo, el derecho a la legalidad penal previsto en el art. 7 CEDH no alcanza a las normas relativas a la prescripción penal, en particular cuando la disposición aplicada retroactivamente se dirige a hechos que aún no habían prescrito con la anterior regulación.¹²

La inclusión o exclusión de las normas de la prescripción del delito respecto del ámbito de protección del derecho a la legalidad penal ha sido una cuestión históricamente discutida. En los últimos lustros en Italia y España se ha zanjado a favor de su inclusión. La jurisprudencia es unánime al respecto¹³ y la doctrina en este sentido es claramente mayoritaria.¹⁴ En cambio, en

⁹ SCHÜNEMANN, *Nulla poena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, Walter de Gruyter, Berlín, 1978, p. 1 y ss.

¹⁰ En Alemania, por todos, HECKER, «§ 2», *Schönke/Schröder-StGB*, 30^a ed., 2019, nm. 1 ss. En Italia, por todos, PULITANÒ, *Diritto penale*, 7^a ed., Giappichelli, Milán, 2017, p. 565 y ss. En España, por todos, MARAVER GÓMEZ, «Vigencia temporal de la ley penal», en LASCURAÍN SÁNCHEZ (coord.), *Manual de introducción al Derecho penal*, Agencia Estatal BOE, Madrid, 2019, pp. 119 ss.

¹¹ Véase la STEDH (Pleno) de 21/10/2013, asunto *Del Río Prada v. España*, n.º 42750/09, § 116. La versión oficial, en inglés, reza así: «Article 7 of the Convention *unconditionally* prohibits the retrospective application of the criminal law where it is to an accused's disadvantage» (cursiva añadida).

¹² Véanse la Decisión del TEDH (de inadmisión de la demanda) de 22/9/2015, asunto *Borcea v. Rumanía*, n.º 55959/14, § 60; y la STEDH de 18/10/2000, asunto *Coëme el al. v. Bélgica*, n.º 32492/96 *et al.*, § 149.

¹³ En Italia véase la Sentencia n.º 393/2006 de la *Corte costituzionale*; Sentencia n.º 31877/2017 de la Sección sexta penal de la *Corte di Cassazione*. En España, por todas, SSTC n.º 14/2016, de 1 de febrero y n.º 63/2005, de 14 de marzo; ATS n.º 508/2020, de 18 de junio y STS n.º 643/2005, de 19 de mayo.

¹⁴ En Italia, por todos MANES, «La corte muove e, in tre mosse, dà scacco a Taricco», *Diritto Penale Contemporaneo*, 13/2/2017, pp. 6 y ss., consultable en: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/d/5215-la-corte-muove-e-in-tre-mosse-da-scacco-a-taricco>. Sin embargo, existe un importante sector minoritario con una postura matizada al respecto: VIGANÒ, «Il caso Taricco davanti alla Corte costituzionale...», *Diritto Penale Contemporaneo*, 30/3/2016, pp. 22 y ss., disponible en:

Alemania ha predominado la postura contraria,¹⁵ aunque en la última década se está empezando a apreciar un cambio de tendencia.¹⁶

Este histórico cuestionamiento del pedigrí de las normas sobre la prescripción penal parece haber tenido un papel decisivo en la *Sentenza*. La pregunta es si, una vez los operadores jurídicos de un Estado consideran estas normas como sustantivas, como las que establecen la tipicidad de una conducta o las que determinan la pena a imponer, cabe introducir distinciones cualitativas entre ellas, concediéndoles diferentes grados de sujeción a la prohibición de retroactividad desfavorable. En otras palabras: ¿cabe configurar un derecho a la legalidad penal de distintas velocidades, en función del tipo de norma penal que se pretende aplicar retroactivamente?

Sobre ello se volverá más adelante. Una última consideración sobre esta primera observación. El Tribunal de Estrasburgo niega que el derecho a la legalidad penal previsto en el artículo 7 CEDH abarque las normas de la prescripción penal, por lo que no van a recibir su amparo aquellos que reclamen contra un Estado convencional que no extienda el derecho a la legalidad penal a este tipo de normas. Pero, ¿qué ocurre con los Estados convencionales que han adoptado un estándar superior al del Convenio? ¿Es conforme con el artículo 7 CEDH que los tribunales de un Estado que reconoce un derecho fundamental a la legalidad penal amplio, que abarque las normas de la prescripción penal, apliquen retroactivamente este tipo de normas en contra de su propia Constitución? No parece que ello sea conforme con las exigencias más elementales de seguridad jurídica. Estamos ante una interesante cuestión de tutela multinivel de los derechos fundamentales, en la línea de la que se planteó entre el TJUE y el TC italiano en el caso *Taricco*.¹⁷

La segunda observación que debe hacerse para valorar la *Sentenza* comentada es que esta no es la primera vez que una alta instancia judicial de un Estado con el peso y tradición como los de Italia relativiza abiertamente la prohibición de retroactividad penal desfavorable. Uno de los precedentes más conocidos y relevantes es el enjuiciamiento por parte de la República Federal de Alemania de los responsables de las muertes de quienes trataron de huir de la antigua República Democrática de Alemania sorteando el muro de Berlín. Algunas de estas personas murieron por los disparos de los soldados encargados de prevenir tales fugas. Aunque se trate de una cuestión profundamente discutida entre la doctrina germana, el Tribunal Constitucional alemán manifestó expresamente la posibilidad de relativizar este derecho en determinados supuestos (cuando los representantes de los poderes públicos aprovechan sistemáticamente sus

[https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1462808569VIGANO%202016_3%20\(Taricco\).pdf](https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1462808569VIGANO%202016_3%20(Taricco).pdf).

Véase también DONINI, «Lettura critica di Corte costituzionale n. 115/2018», *Diritto Penale Contemporaneo*, 11/7/2019, pp. 9 y ss., consultable en: <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org/upload/8210-donini2018b.pdf>. En España, por todos, RAGUÉS I VALLÈS, *La prescripción penal: fundamento y aplicación*, Atelier, Barcelona, 2004, pp. 77-84; GÓMEZ MARTÍN, *La prescripción del delito*, BdeF, Buenos Aires, 2016, pp. 5-28.

¹⁵ ROXIN/GRECO, *Strafrecht. AT*, v. I, 5ª ed., Beck, Múnich, 2020, § 5, nm. 57 ss.

¹⁶ Véase la descripción del estado de la cuestión en HECKER, «§ 2», *Schönke/Schröder-StGB*, 30ª ed., 2019, nm. 6. Entre los partidarios de someter las normas sobre la prescripción penal bajo el paraguas del derecho a la legalidad penal están autores como SCHÜNEMANN, JAKOBS o FRISTER.

¹⁷ Vid. PÉREZ MANZANO/LASCURAÍN SÁNCHEZ, *La tutela multinivel del principio de legalidad penal*, Marcial Pons, Madrid, 2016.

cargos de poder para dar cobertura jurídica a sus propias actuaciones contrarias a los derechos humanos, por ejemplo), con el aval de importantes voces entre la doctrina.¹⁸

No estamos ante casos iguales. Pero la diferencia no favorece, precisamente, al precedente alemán. Allí se aplicaron retroactivamente normas constitutivas de la antijuridicidad penal de las conductas, a las que se asignaban penas muy graves. Estas normas se aplicaron a hechos que, con arreglo a las tesis críticas con la retroactividad, no solo habrían sido conformes al ordenamiento jurídico vigente en el momento de los hechos, sino incluso debidos.

Estas consideraciones nos llevan a la principal objeción que cabe hacer a la Sección tercera de la *Corte di Cassazione*: su argumentación para justificar la restricción del derecho fundamental a la irretroactividad de las normas penales desfavorables es claramente deficiente si se tienen en cuenta las herramientas de análisis dogmático desarrolladas por la ciencia jurídica hasta la fecha. Más cuando se trata de una decisión histórica, que contradice una postura mayoritaria no solo en Italia, sino en buena parte de su entorno jurídico-cultural.

La primera y más llamativa tacha ya ha sido previamente señalada: los elementos en conflicto en el caso enjuiciado no son el derecho a la legalidad penal frente a la vida e integridad física de las personas, sino el primero frente al interés general en la persecución y castigo de los delitos. Esta obviedad hace sospechar que el problema no sea de falta de esfuerzo o capacidad, sino más bien de inclinación a la arbitrariedad. A esta conclusión abunda el hecho de que la Sección tercera no elevara cuestión de constitucionalidad pese a reconocer que su decisión contradecía la doctrina de la *Corte Costituzionale* sobre la prohibición de retroactividad penal desfavorable, que la concibe como una prohibición absoluta. Adviértase que la razón de no elevar la cuestión fue que las dudas de inconstitucionalidad eran manifiestamente (!) infundadas (juicio de la “*manifesta infondatezza*”). Por lo demás, en Italia no existe recurso de amparo a favor del justiciable, por lo que la decisión de la *Corte di Cassazione* barró el paso a la *Costituzionale*. Con todo, el pasado 24 de septiembre la Sección unida de la Corte di Cassazione ha decidido elevar a la Corte Constitucional dos cuestiones de constitucionalidad sobre esta concreta cuestión.¹⁹

Volviendo al análisis jurídico-dogmático, debe advertirse que el hecho de que el verdadero interés en conflicto con la prohibición de retroactividad sea el de la persecución y castigo de los delitos no impide plantear razonablemente la posibilidad de restringir el derecho fundamental a la legalidad en favor de tal interés. La restricción de un derecho fundamental no solo se puede justificar mediante la maximización de otro, sino también para realizar valores constitucionales en liza que no tengan la naturaleza de derechos fundamentales.²⁰ La realización de la justicia y la preservación de la seguridad ciudadana —en el sentido de garantizar la obediencia del ciudadano medio a las normas penales— son valores indudablemente constitucionales, tanto en Italia como en los países de su entorno jurídico-cultural.

¹⁸ Vid. ROXIN/GRECO, *Strafrecht. AT*, v. I, 5ª ed., 2020, § 5, nm. 54; SCHÜNEMANN, «¿Qué significado ha tenido la prohibición de retroactividad (art. 103 párr. 2.º GG) en la reforma penal de la antigua RDA?», en EL MISMO, *Obras*, t. I, Rubinzal, Buenos Aires, 2009, pp. 109-148. Al respecto, en la doctrina italiana, véase VASSALLI, *Formola di Radbruch e diritto penale*, Giuffrè, Milán, 2001, pp. 79 y ss.

¹⁹ LAZZERI, «Le Sezioni unite rinviavano l'esame di due questioni in attesa che la Corte costituzionale si pronunciasse sulla legittimità della sospensione della prescrizione per covid», *Sistema Penale*, 28/9/2020, consultable en: <https://www.sistemapenale.it/it/notizie/sezioni-unite-rinvio-questioni-corte-costituzionale-sospensione-prescrizione-covid>.

²⁰ ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, 1985 (1993), pp. 277 y ss., 281.

No obstante, el hecho de que el verdadero interés en conflicto sea uno de carácter general exigía a la *Corte di Cassazione* un mayor esfuerzo argumentativo, pues, a diferencia del derecho a la vida, no es para nada evidente que los valores “justicia” y “seguridad” sean un «*prius*» respecto al derecho subjetivo a la legalidad penal.

Dando por sentadas la idoneidad y la necesidad de suspender el funcionamiento de la Administración de Justicia durante las semanas de mayor expansión del virus a fin de preservar la vida e integridad de los ciudadanos, procedía ponderar los intereses en liza para evaluar la proporcionalidad de la restricción en sentido estricto. Para ello era preciso determinar el grado de restricción del derecho a la irretroactividad de las normas penales desfavorables que suponía la aplicación retroactiva del *Decreto-Legge* examinado, así como el nivel de importancia en el caso concreto del interés general en la persecución de los delitos.

Realizar este tipo de valoraciones y graduaciones no es tarea fácil, pero tampoco imposible.²¹ Así, por ejemplo, asumiendo el modelo triádico de ALEXY y sin ánimo de agotar la cuestión, se podría considerar una restricción grave del derecho a la irretroactividad de las normas penales la aplicación retroactiva de una norma sobre la prescripción penal que permite juzgar un hecho que, en el momento en que se aplica la nueva norma, ya había prescrito según el régimen normativo anterior. En este grupo también se podrían incluir los hechos respecto de los que, en el momento de entrar en vigor la nueva norma, tan solo faltara un tercio del antiguo plazo de prescripción por transcurrir. Una restricción de intensidad media podría darse en los casos de ampliación retroactiva de plazos respecto de los que ya hubiera transcurrido más de un tercio del tiempo, pero menos de dos tercios. Una restricción leve podría ser la ampliación retroactiva de un plazo de prescripción del que solo se hubiera computado una parte del primer tercio.

En este ejercicio de determinación de la intensidad de la restricción del derecho a la irretroactividad de las leyes penales podría tenerse en cuenta el tipo de norma penal aplicada retroactivamente: constitutiva del carácter criminal de la conducta, determinadora de la pena, reguladora de la prescripción, etcétera, introduciendo las correspondientes gradaciones conforme al modelo triádico (grave, medio, leve). No obstante, antes habría que estudiar con la debida profundidad si cabe introducir graduaciones entre tales tipos de normas. Asimismo, no deberían descartarse otros factores que aquí no se han contemplado.

En cuanto a la importancia del interés en conflicto en el caso concreto, cabría considerarla alta (\approx grave) cuando la no restricción de la prohibición de retroactividad implicara un alto riesgo para la seguridad ciudadana o la práctica imposibilidad de realizar la justicia. Esto podría ocurrir, por ejemplo, cuando la preservación de la vida y la integridad de las personas hiciera necesario suspender el funcionamiento de la Administración de Justicia durante un periodo de tiempo igual o superior al previsto para la prescripción de determinados delitos. Piénsese en los plazos previstos para delitos leves de hurto, estafa, lesiones, etcétera, así como en el hecho de que la persecución no solo se ve impedida con la suspensión de la actividad de la Administración, sino también con la alteración de su normal funcionamiento. La no ampliación retroactiva del periodo de prescripción de estas infracciones podría suponer una grave afectación de los valores constitucionales de justicia y seguridad ciudadana. En el nivel medio podrían estar los supuestos

²¹ ALEXY, «Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales (1)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, (66), 2002, pp. 31-49.

en los que la situación de anormalidad institucional redujera significativamente las posibilidades de perseguir determinados delitos, pero no las anulara completamente. El interés en la persecución de los delitos sería bajo cuando la situación de anormalidad fuera breve, de modo que los hechos que se dejarían de perseguir o castigar serían pocos.

De acuerdo con estas valoraciones y graduaciones, en el caso aquí analizado habría tenido que preponderar, claramente, el derecho a la irretroactividad de las normas penales desfavorables.

Alguien podría no estar de acuerdo con la determinación que aquí se ha hecho de la intensidad de la restricción del derecho a la irretroactividad, así como respecto de la determinación de la importancia en el caso concreto del interés general en la persecución de los delitos. Como se ha dicho, este tipo de valoraciones y graduaciones son muy discutibles, aunque creemos que las aquí realizadas son razonables. En cualquier caso, no parece que se pueda afirmar que, en el supuesto concreto, el interés general en la persecución de los delitos preponderó frente a la garantía de legalidad. A lo sumo se puede sostener que lo que se produjo fue un empate. Sin embargo, a nuestro juicio, en los supuestos en los que el peso de un derecho fundamental es muy próximo al de un interés general que entra en conflicto con él, debe darse preferencia al derecho fundamental. Ello es lo coherente con una concepción liberal del Estado en la que el individuo está realmente protegido frente a la mayoría, concepción que es la que consideramos correcta.²²

Esta es la meta-regla que la *Corte di Cassazione* menciona como necesaria para resolver el conflicto al que se enfrenta, pero que no explicita y, mucho menos, fundamenta. Como se dijo, la Sección tercera insiste en que el origen del conflicto no está en un fallo de la Administración o en una decisión humana equivocada, sino en una catástrofe natural. La *Corte* da por supuesto que esta circunstancia permite hacer cargar al justiciable con los costes de la desgracia. Sin embargo, en un Estado concebido para estar al servicio de los ciudadanos lo razonable es que estos costes los asuma la colectividad (la mayoría). Esta cuenta con muchos más hombros para cargar con ellos, lo que lo hace, sin duda, más llevadero.

5. Estado de alarma y prescripción penal en España

En España, como en Italia, se suspendió la actividad judicial durante las primeras semanas de emergencia sanitaria. Entre las medidas adoptadas por el Gobierno central y convalidadas por el Congreso estuvo la de suspender e interrumpir «los plazos previstos en las leyes procesales para todos los órdenes jurisdiccionales», reanudándose su cómputo «en el momento en que pierda vigencia el presente real decreto o, en su caso, las prórrogas del mismo» (Disposición adicional segunda del Real Decreto n.º 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19).

Pocos se han pronunciado respecto de las implicaciones de este Real Decreto para los plazos de prescripción de los delitos y de las penas, pero los que lo han hecho se han manifestado en un mismo sentido: la Disposición adicional segunda del R.D. n.º 463/2020 no amplía los plazos de prescripción de los delitos, previstos en el artículo 131 del Código penal.

²² DWORKIN, *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1977 (1984), pp. 293 y ss. En la misma línea, aunque algo más moderado, SÁNCHEZ-OSTIZ, *Fundamentos de política criminal*, Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 80 y ss.

En primer lugar, porque la disposición adicional hace referencia a plazos previstos en leyes procesales, mientras que en España doctrina y jurisprudencia coinciden en que los preceptos reguladores de la prescripción penal contienen normas de naturaleza sustantiva, no procesal.²³ En segundo lugar, porque un Real Decreto es una disposición normativa carente de la legitimidad democrática necesaria para modificar una norma penal de carácter material, como lo son las relativas a la prescripción del delito. Para ello es preciso una norma con rango de ley orgánica.²⁴ Todo apunta, pues, que en España el derecho a la irretroactividad de las normas penales desfavorables está a salvo de la COVID-19. Esperemos que para los demás llegue pronto la vacuna.

²³ DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Plazos de prescripción del delito y estado de alarma», *Diario La Ley*, (9640), 2020; SECRETARÍA TÉCNICA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, «La prescripción de los delitos durante el estado de alarma», 3/6/2020; MORENO VERDEJO/DÍAZ TORREJÓN, «Plazos de prescripción de los delitos durante el estado de alarma declarado por el Covid-19», Editorial Jurídica SEPIN, mayo 2020 (consultable en: <https://blog.sepin.es/2020/04/plazos-de-prescripcion-de-los-delitos-durante-el-estado-de-alarma-declarado-por-el-covid-19/>).

²⁴ DOPICO GÓMEZ-ALLER, «Plazos de prescripción del delito y estado de alarma», *Diario La Ley*, (9640), 2020.

Del papel de las neurociencias en la dogmática penal

Comentario a la STS 814/2020, de 5 de mayo (“Caso del descuartizador de Pioz”)

Andrés Felipe Díaz Arana
Universidad de los Andes (Colombia)
af.diaz226@uniandes.edu.co

1. Introducción

Mediante sentencia 814/2020, de 5 de mayo, con ponencia del Sr. D. Manuel Marchena Gómez, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo (en adelante, TS) resolvió los recursos de casación presentados por la representación de los acusadores particulares y la representante judicial del procesado en contra de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha (en adelante, TSJCLM) en el caso que la prensa ha denominado del “descuartizador de Pioz”. En el marco de los alegatos de parte y el debate probatorio, la defensa del acusado adujo que el condenado padecía de anomalías neuroanatómicas que le impedían comprender la ilicitud del hecho y actuar conforme a esa comprensión al momento de comisión de la conducta. Esto motivó que el Tribunal se refiriera al “papel de la neurociencia (...) en la dogmática penal”.

En este comentario, se presentan los antecedentes de la sentencia y se reseñan sus consideraciones sobre el asunto referido.¹ En el análisis de la sentencia, se recapitula la historia reciente del debate en la doctrina penal y el estado actual de la cuestión. Al final, se ofrece una reflexión sobre la importancia de integrar los conocimientos adquiridos en el debate teórico para abordar satisfactoriamente los retos que presenta la práctica judicial.

2. Antecedentes

Los hechos en que se funda la condena son los siguientes²:

Entre los días 17 y 18 de agosto, Santiago mató a su tío Víctor Manuel, a la esposa de éste, Clemencia, y a los dos hijos de ambos: Enriqueta de tres años y 10 meses y Camilo de 18 meses.

¹ No sobra aclarar que, como es natural, esta sentencia se ocupa también de otros problemas jurídicos. Sin desconocerlo, este comentario se refiere al específico asunto de las neurociencias, por tratarse de uno de muy rara aparición en la jurisprudencia y que, en ese sentido, aporta un valor agregado que hace que destaque este pronunciamiento.

² Extraídos de la sentencia condenatoria, según la cronología y nombres allí consignados. STS, 814, 05.05.20 (M.P.: Manuel Marchena Gómez). Disponible vía web desde: <http://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/cac2ec927df2ac2410b129baa45c19bf7ef1be27ecf5f288>

El día 17 de agosto, el condenado llegó sin previo aviso al domicilio de Víctor, en donde Clemencia se encontraba con los menores. De forma sorpresiva, Santiago apuñaló en el cuello a Clemencia. Justo después, acabó con la vida de Enriqueta y Camilo, también apuñaleándolos en el cuello con el mismo cuchillo. Santiago esperó hasta que su tío llegara al domicilio en la noche y también lo asesinó al propinarle catorce cortes en el cuello. La causa de muerte de todas las víctimas fue shock hipovolémico.

Con el fin de ocultar los cadáveres, Santiago descuartizó los cuerpos de Clemencia y Víctor Manuel e introdujo sus partes en cuatro bolsas de plástico. Igualmente, introdujo los cuerpos de los niños en cuatro bolsas. Tras limpiar la casa para no dejar rastro y asearse, esperó a que se hiciera la hora para coger el primer autobús de vuelta y abandonó el lugar de los hechos.

Los cuerpos fueron hallados un mes después, el 18 de septiembre, por aviso de los vecinos que percibieron el olor nauseabundo. Tras encontrarse los cuerpos, Santiago abandonó España, aunque a los pocos meses regresó y fue capturado.

En el juicio, se probó que Santiago presenta una anomalía cerebral.

Por estos hechos, el 15 de noviembre de 2018 el Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de Guadalajara condenó a Santiago a: (i) 25 años de prisión, con inhabilitación absoluta por el mismo tiempo, como autor de un delito de asesinato con alevosía, (ii) prisión permanente revisable por cada uno de los dos asesinatos con ensañamiento y víctimas especialmente vulnerables por su edad y (iii) pena de prisión permanente revisable, con inhabilitación absoluta por el tiempo de condena, como autor de un asesinato con alevosía.

El 13 de junio de 2019, el TSJCLM resolvió el recurso de apelación presentado por la defensa, estimando solamente lo concerniente a la calificación y a las penas correspondientes a los delitos de los menores. Por lo tanto, sustituyó la condena como autor de dos delitos de asesinato con alevosía. En contra de este fallo, se presentaron los recursos de casación ya referidos. La sentencia de casación nuevamente cambió la calificación de los delitos contra los menores como delitos de asesinato e impuso, por cada uno, la pena de prisión permanente revisable.

3. Consideraciones de la sentencia

En el punto que ocupa a este comentario, la defensa del condenado alegó una vulneración de sus garantías fundamentales basada en la falta de motivación a la hora de descartar la aplicación de la atenuación de responsabilidad (art. 21.1 CP) por “anomalía o alteración psíquica que le impedía comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esta comprensión” (art. 20.1 CP).

Para la defensa, el procesado padece un daño cerebral considerable, debidamente acreditado en juicio, que limitó su capacidad cognitiva y volitiva en el momento de los hechos. Para tal efecto, aportó unas imágenes diagnósticas PET-TAC que, a su juicio, probarían la anomalía que correspondería con la circunstancia descrita en la norma referida. En la sentencia comentada, el Tribunal hace constar que dicha parte argumentó en su recurso de casación que “la simplicidad con la que los peritos trataron la diferencia entre el enfermo psicótico -inimputable- y el

psicópata- imputable- es impropia de quienes han de manejar conceptos técnicos”. Según la defensa, ninguno de los peritos tenía el conocimiento técnico para definir con certeza la culpabilidad de Santiago.

Con ocasión de este cargo, el TS se pronuncia sobre el papel de las neurociencias en la dogmática penal. Al respecto, indicó que:

“No falta razón a la defensa cuando subraya la importancia -no entendida por algunos- de una prueba tan certera como el PET-TAC para conocer el alcance de cualquier alteración neurológica. El papel de la neurociencia ha resucitado en la dogmática penal el interés por ciertos perfiles criminológicos que, en una visión histórica que se creía ya superada, predisponían al delito. Hoy asistimos a lo que con acierto se ha llamado una ‘revolución neurocientífica’. Las neurociencias, valiéndose de renovados métodos de experimentación y neuroimagen, están permitiendo un análisis de la mente humana inimaginable hasta hace bien poco. Las tesis defendidas por algunos neurocientíficos, que niegan toda escisión entre la mente y el cerebro, hasta el punto de que la actuación consciente no sería sino una ínfima expresión de nuestra actividad cerebral, han servido para reabrir una controversia histórica, a saber, el determinismo como explicación de muchos de nuestros actos. Se ha dicho, por entusiastas defensores de esta perspectiva, que ‘no hacemos lo que decidimos, sino que decidimos lo que vamos a hacer de todas maneras’”.

A decir verdad, pese a su poca extensión, este extracto contiene una cantidad de ideas que, en sí misma considerada cada una, expresa un contenido de profundas implicaciones. En él, el TS habla de la historia del pensamiento jurídico-penal en el contexto del positivismo criminológico de *Ferri*, *Lombroso* y *Garófalo*; hace referencia a los resultados del famoso experimento de *Benjamín Libet* en la década de 1980; tácitamente, trae a colación el milenar debate en torno a la cuestión determinista y, como si fuera poco, hace alusión también a inagotable discusión entre realistas y materialistas sobre la naturaleza de la mente.

Sin embargo, sorpresivamente, a renglón seguido, se apresura a aclarar que:

“Es cierto que estamos ante un debate todavía en ciernes y sobre el que la Sala no tiene necesidad de pronunciarse (...)”.

Esto es una lástima. Tras abrir la puerta a las consideraciones que, apenas, fueron esbozadas (tan tácita, como tímidamente), la Sala desecha su relevancia para el caso concreto, alegando que:

“(...) lo que se pide de esta Sala es un análisis, no de la queja de la defensa acerca de la banalización por el Fiscal y los letrados de la acusación de esos avances científicos, sino un examen de si la respuesta del Jurado -confirmada en apelación- se ajusta al canon [sic] de motivación que exige el derecho a un proceso con todas las garantías”.

A este respecto, esta autoridad concluye que:

“(...) basta una lectura de la sentencia dictada por la Magistrada-Presidenta [sic] y del acta del Jurado (...) para concluir que la motivación existió. (...) [L]o que en realidad se está cuestionando, en el presente caso, no es la suficiencia de la motivación, sino la preferencia que los integrantes del Jurado han atribuido a las conclusiones de los peritos del Instituto

de Medicina Legal y a los expertos ofrecidos como prueba por la acusación particular. (...) Y la revisión de esa preferencia -razonada por remisión en la sentencia recurrida- escapa al control casacional”.

En lo que sigue de las consideraciones sobre este cargo, el Tribunal cita las consideraciones sobre la valoración de la prueba pericial, para demostrar que –en contra de lo alegado por la defensa– sí hubo motivación suficiente de la decisión a este respecto. Tras la recapitulación *in extenso* de las consideraciones del fallo recurrido, la sentencia indica que “[s]e puede discrepar de ese razonamiento. Se puede mostrar una frontal oposición al discurso incriminatorio. Pero, no se puede etiquetar la explicación del órgano decisorio como irracional, arbitraria o carente de sentido”.

Habiendo aclarado lo anterior, el Tribunal confirma que la conclusión a la que arribó la instancia recurrida (que “Si bien Santiago padece una anomalía cerebral, en el momento de los hechos no tenía limitada ni forma importante ni leve su capacidad de saber y entender lo que estaba haciendo y/o de actuar conforme a esa comprensión”) no estuvo carente de motivación ni esa fue arbitraria como alegó la defensa. En consecuencia, descarta el cargo formulado a este respecto. Ahora bien, pese a que rápidamente encontró salida al asunto de fondo planteado por la defensa sobre la relevancia (o no) de los dictámenes de la neurociencia en la determinación de la libertad sobre la cual se funda el reproche jurídico-penal, esta providencia sí dejó sentado que:

“Pero lo que parece fuera de toda duda es que tan censurable como menospreciar la aportación de expertos en neurociencia, es abordar con frivolidad y simpleza el determinismo de los procesos neuronales, interpretando su realidad como muestra de fatalismo. Si así lo hacemos, corremos el riesgo de avalar una degradación de la naturaleza humana que convierte al hombre en un ‘títere del destino’”.

La verdad es que, aunque no haya sido así (todavía) en la jurisprudencia, el “determinismo de los procesos neuronales” ha ocupado buena parte de la producción académica sobre el concepto jurídico-penal de culpabilidad de las últimas dos décadas (especialmente, la última). Por eso, en esta oportunidad, aprovecho la ocasión puesta por el Tribunal en sus consideraciones para expandir sobre el papel de las neurociencias y el impacto de la cuestión determinista en la dogmática penal a la luz del pasado reciente, estado actual y probable futuro de esta discusión.

4. Análisis

Quizás por tener que adentrarse en cuestiones como la naturaleza de la “libertad” o el alcance del concepto de “voluntad”, de las cuales es increíblemente difícil salir una vez se ha entrado, la sentencia en comento apenas hace mención a la importancia en general de la discusión sobre el papel de las neurociencias para la dogmática, tras lo cual se apresura a descartar la necesidad de pronunciarse al respecto en el caso concreto. Esto, aunque puede decepcionar, no sorprende: buena parte de la jurisprudencia e, incluso, de la doctrina termina por conceder el espacio de discusión sobre determinismo y libre albedrío a otras disciplinas. A veces, incluso, se acepta que ni siquiera es posible que el Derecho penal se ocupe satisfactoriamente de este problema.³

³ PERRON, «¿Problemas principales y tendencias actuales de la teoría de la culpabilidad», *Nuevo Foro Penal*, (50), 1990, pp. 453-463.

Así las cosas, importantes consideraciones acerca de la naturaleza y sentido de la libertad en la que se funda el reproche personal jurídico-penal frecuentemente quedan por fuera de la discusión en la academia y en el proceso judicial. Por lo general, se *presume* que las personas ordinariamente son libres (sea lo que quiera decir esto) y que, como regla general, la discusión al respecto no es necesaria.⁴

En este caso, sin embargo, sí lo era. La defensa alegó que la imagen obtenida por medio de la tomografía de emisión de positrones (PET, por sus siglas en inglés) y la tomografía axial computarizada (TAC), permiten apreciar una anomalía cerebral relevante en la determinación de la culpabilidad del condenado. Con fundamento en dicha anomalía, la defensa solicitó el reconocimiento de la circunstancia descrita en el art. 20.1 CP. Pero, la condena la descartó porque, aunque se aportó la imagen PET-TAC, “*no consideran probado que Santiago tenga disfunciones neurológicas que predeterminen su conducta en la toma de decisiones y en la realización, de sus actos*”. La cuestión acerca de si una alteración cerebral puede afectar una función mental era, sin duda, esencial para el debate. Y no es una simple de resolver.

El planteamiento de la defensa obliga a reflexionar sobre cuál es, en concreto, el alcance que debería dársele a las conclusiones de las neurociencias (sean imágenes PET-TAC y diagnósticos neurológicos, como se debatía en el caso concreto, o cualesquiera otras) en el proceso y, por supuesto, en la dogmática. A esto, según entiendo, es a lo que se referiría la sentencia en comentario cuando alude al “*papel de las neurociencias*”. Por eso, extraña que lo haya descartado tan rápidamente cuando, se reitera, pertenecía a la esencia misma de lo que era objeto de debate.

4.1. El debate sobre el papel de las neurociencias en el Derecho penal

Por compleja que resulte el debate acerca de la relación mente-cerebro y sus implicaciones en el concepto de libertad personal, la imputación del injusto penal no debe ignorarlo.⁵ Éste se encuentra en el núcleo de aquello que hace que una infracción sea imputable a un agente⁶ y, consecuentemente, de lo que legitima el ejercicio del *ius puniendi* específicamente en su contra.⁷

Para nadie es un secreto que de que el hombre sea libre –y de cómo se defina ello- no solo depende la utilidad de una categoría como la imputación personal para el Derecho penal, sino que la búsqueda por la libertad individual es la búsqueda por la legitimidad misma de cualquier sistema de atribución de responsabilidad individual, moral o jurídica. Pero este asunto va mucho más allá, al punto en que la pregunta por la posibilidad de libertad tiene que ver con la construcción del concepto mismo de persona en el marco de la relación mente-cerebro.⁸

⁴ MIR PUIG, *Derecho Penal: Parte General*, 10ª ed., Editorial Reppertor, Barcelona, 2016, pp. 554 y ss. Expresamente, ROXIN, *Derecho Penal. Parte General*, v. I, Civitas, Madrid, 1997, p. 811.

⁵ ROXIN, *Derecho Penal*, v. I, 1997, p. 807.

⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, «¿Culpabilidad sin libertad?», en CANCIO/FEIJOO (coords.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad: seminario con Günther Jakobs en la UAM*, Civitas, Cizur Menor, 2008, pp. 207-232.

⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, en CANCIO/FEIJOO (coords.), *Teoría funcional de la pena y de la culpabilidad: seminario con Günther Jakobs en la UAM*, 2008p. 127.

⁸ ROXIN, *Derecho Penal*, v. I, 1997, p. 809.

Por eso, conviene hacer un repaso del estado actual de la cuestión en el Derecho penal, reseñar los avances en la discusión y destacar los retos que permanecen, aún, a la espera de ser superados. Veamos.

Este siglo el Derecho penal transitó por un sendero previamente inexplorado. Aunque los aspectos de fondo -libre albedrío, voluntad, etc.- han permanecido a lo largo de la historia del debate,⁹ los avances con los que las neurociencias cerraron el siglo pasado muchas publicaciones dirigidas, específicamente, a evaluar su impacto.¹⁰ Al respecto, son muchas y muy variadas las posturas que históricamente se han defendidos en un debate milenario que dista mucho de estar “en ciernes” (como dice el fallo).

Uno de los extremos, lo representa un grupo de pensadores que considera que cerebro y mente son dos cosas distintas, literalmente. Por eso, se les refiere con el nombre de realistas (del latín, *res*)¹¹. Desde esta perspectiva, aunque las neurociencias pudieran llegar a agotar por completo el conocimiento sobre cómo opera el cerebro, de todos modos sus conclusiones serían -a lo sumo- un insumo que, en conjunto con otros, debería evaluar el juez a la hora de pronunciarse sobre aspectos que corresponden a otro orden (el de lo mental¹²) como libre albedrío, conciencia y voluntad.

En Derecho penal, una de las voces que más icónicamente encarna esta idea actualmente viene del Prof. LUZÓN PEÑA para quien:

⁹ FEIJOO SÁNCHEZ, «Derecho Penal y Neurociencias: ¿una relación tormentosa?», *InDret*, (2), 2011, p. 9.

¹⁰ En la última década, en nuestra tradición continental, por ejemplo: FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret*, (2), 2011; EL MISMO, «La culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de Derecho», *ADPCP*, (65), 2012, pp. 99 ss; EL MISMO, «Culpabilidad jurídico-penal y Neurociencias», en DEMETRIO CRESPO (dir.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer, Madrid, 2013, pp. 269 ss; DEMETRIO CRESPO, «¿Libertad versus determinismo en Derecho penal?», *Revista de Derecho y Genoma Humano*, (núm. extra 1), 2014, pp. 111 ss.; VIVES ANTÓN, «Neurociencia y determinismo reduccionista: una aproximación crítica», en DEMETRIO CRESPO (dir.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer, Madrid, 2013, pp. 219 ss; PÉREZ MANZANO, «El tiempo de la conciencia y la libertad de decisión: bases para una reflexión sobre Neurociencia y responsabilidad penal», en DEMETRIO CRESPO (dir.), *Neurociencias y Derecho penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer, Madrid, 2013, pp. 105 ss. Entre las más destacadas de la doctrina anglosajona de la década pasada: JONES *et al*, «Neuroscientists in court», *Nature*, (14), 2013, pp. 730 ss, GINTHER *et al*, «The Language of Mens Rea», *Vanderbilt Law Review*, (67), 2014, pp. ss.; MORSE, *A Primer on Criminal Law and Neuroscience*, Oxford University Press, Oxford, 2013; EL MISMO, «Neuroscience and the Future of Personhood and Responsibility», en ROSEN/WITTES (eds.), *Constitution 3.0: Freedom and Technological Change*, Brookings Institution Press, 2011, pp. 113 ss; SHEN/JONES, «Brain scans as evidence: truth, proofs, lies and lessons», *Mercer Law Review*, (62), 2011, pp. 861 ss. En Colombia: GÓMEZ PAVAJEAU, *Neuroderecho penal y disciplinario: una conducta humana, consecuencia de ilicitud y reproche jurídico-social*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.

¹¹ D. HART, «Dualism», en GUTTEPLAN (ed.), *A Companion to the Philosophy of Mind*, Blackwell Publishers, Oxford, 1995, p. 266.

¹² Los *qualia*, el “carácter subjetivo fenomenológico”, o como quiera referirse a la íntima experiencia del agente que experimenta, cuando y como experimenta, fundamenta una concepción de la mente que no se agota en la explicación bioquímica de los procesos cerebrales, sino que forma parte del “carácter subjetivo de la experiencia”. Al respecto: NAGEL, «What is it like to be a Bat?», *The Philosophical Review*, (83), 1974, p. 436.

“ocurre que, aunque por supuesto que otros motivos, impulsos y condicionantes previos y actuales influyen en el actuar humano, éste cuenta también con un factor que no concurre en los fenómenos naturales o en los movimientos animales: la voluntad racional, con la libertad de elección y decisión por la misma, y ésta también puede ser causa, y la causa decisiva y determinante del acto humano como efecto de tal causa”.¹³

Otra visión, radicalmente opuesta en la filosofía de la mente, defiende que mente y cerebro no son, en realidad, dos entes distintos. Una parte importante de este grupo sostiene que no existe nada más allá de la materia que identificamos con el cerebro y que los fenómenos “mentales” se reducen a las funciones cerebrales. De ahí que suele llamársele “reduccionismo fisicalista” o “materialismo”¹⁴. Aunque frecuentemente se identifica a las “neurociencias” con esta postura,¹⁵ ello no es, técnicamente, acertado: no es cierto que todos los neurocientíficos compartan esta perspectiva y, con toda seguridad, es una que les precede.¹⁶

Desde este punto de partida, es fácil comprender por qué las conclusiones de B. LIBET¹⁷ parecían contradecir cualquier posibilidad de libre albedrío: claro, si la mente se reduce al cerebro, los descubrimientos sobre cómo éste opera deberían constituirse en lineamientos que determinan las funciones de aquélla. Por eso, los principales artículos publicados en su momento en la tradición continental de la dogmática penal, casi al unísono, iniciaban por advertir sobre la amenaza que los resultados de las neurociencias suponían para el Derecho penal.¹⁸ Ahora bien, entre estos dos extremos -realismo y materialismo- hay una variedad de posturas que, sin identificarse con alguno de los extremos, intentan explicar la naturaleza de la mente

¹³ LUZÓN PEÑA, «Libertad, culpabilidad y neurociencias», *InDret*, (3), 2012, p. 35. En similar sentido: DELGADO GARCÍA, «Hacia una neurofisiología de la libertad», en DEMETRIO CRESPO (dir.), *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad. Primera parte: Libertad de acción: aspectos filosóficos, jurídicos y neurobiológicos*, Edisorfer, Madrid, 2013, p. 5.

¹⁴ GUTTENPLAN, «Naturalism», en GUTTENPLAN (ed.), *A Companion to the Philosophy of Mind*, Blackwell Publishers, Oxford, 1995, p. 449.

¹⁵ Así, en la sentencia comentada, “Las tesis defendidas por algunos neurocientíficos, que niegan toda escisión entre la mente y el cerebro, hasta el punto de que la actuación consciente no sería sino una ínfima expresión de nuestra actividad cerebral”.

¹⁶ Entre los textos que refieren al respecto, es frecuente encontrar la célebre consigna atribuida a *Hipócrates* hacia el siglo V a. C., según la cual “los hombres deberían saber que del cerebro, y nada más que del cerebro, vienen las alegrías, el placer, la risa y el ocio, las penas, el dolor, el abatimiento y las lamentaciones”.

¹⁷ Me refiero, por supuesto, a los resultados del conocido experimento de *Benjamin Libet* de 1983, publicado en 1985, según los cuales “la realización de cada acto consciente voluntario se encuentra precedida por procesos cerebrales especiales inconscientes que empiezan alrededor de 500 ms antes del acto”, LIBET, «Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action», *The Behavioral and Brain Sciences*, (8), 1985, p. 536.

¹⁸ V. gr., PÉREZ MANZANO, «Fundamento y fines del Derecho penal. Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia», *InDret*, (2), 2011, p. 2; DEMETRIO CRESPO, «Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal: aproximaciones al moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal», *InDret*, (2), 2011, pp. 2 s.; HASSEMER, «Neurociencias y culpabilidad en el Derecho penal», *InDret*, (2), 2011, pp. 21; FEJOO SÁNCHEZ, «La culpabilidad jurídico-penal en el Estado de Derecho», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, (LXV), 2012, p. 105; LUZÓN PEÑA, *InDret*, (3), 2012, p. 20; FÄH, «¿Un nuevo determinismo? La exclusión de las relaciones probabilísticas y de las influencias situacionales en los enfoques neurocientíficos», en BUENO ARUS *et al.* (dirs.), *Derecho penal y criminología como fundamento de la política criminal*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 227; VIVES ANTÓN, «El principio de culpabilidad», en Díez RIPOLLÉS (ed.), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2002, p. 232; entre otros.

desde un enfoque diferente. Tal es el caso del funcionalismo¹⁹ y del conductismo,²⁰ entre otras.²¹ Desde cualquiera de estos enfoques, la discusión acerca del alcance de las conclusiones de las neurociencias brilla con distinta luz.

Una postura muy destacada en el Derecho penal, autodenominada “compatibilista”, fue la de DEMETRIO CRESPO. En un momento en que muy pocos escritos se referían expresamente a esta área, este autor incorporó algunas ideas de la historia del debate en la filosofía de la mente²² para ofrecer una perspectiva que reconociera la posibilidad de imputar responsabilidad jurídico-penal en el marco del determinismo. Según este autor, el concepto de libertad sobre el cual opera el Derecho penal debe entenderse como “autodeterminación intersubjetiva” y, por lo tanto, la idea de que estemos determinados no solo no se opone a que seamos libres, sino que, de hecho, es su fundamento.²³

Otra postura muy debatida, que no se enmarca en los extremos del realismo-reduccionismo, es la de JAKOBS, para quien la naturaleza de la mente no tendría por qué alterar las bases sobre las cuales el Derecho penal monta su juicio de imputación subjetiva. Este autor descarta cualquier capacidad de rendimiento de la discusión en torno a los descubrimientos de las neurociencias para el Derecho penal, por considerar que, en cualquier caso, lo único que interesa a éste es la imputación externa del resultado a la persona y no los procesos que internamente se lleven a cabo en el cerebro del individuo al momento de *tomar* la decisión respectiva.²⁴

Por lo que a mí respecta, en su momento, adopté una postura que aún sostengo. Desde una perspectiva funcionalista, argumenté que la mente ha de entenderse como la plataforma desde la cual se ejecutan las funciones propias de cada persona (si *a* entonces *b*). En este sentido, cada quien está determinado por sus propias funciones y, en el contexto de dicha autodeterminación, el papel de las neurociencias es, como el de todas las áreas del saber, dotar al Derecho penal de conocimiento sobre cómo ellas operan, cómo nacen y se alteran, a fin de pulir de la mejor manera las expectativas de comportamiento que se pretendan mantener.²⁵

Por supuesto, aunque se pueden agrupar según sus rasgos generales, cada una de las posturas adoptadas en el marco de este debate presentaba un mayor o menor grado de especificidad. En este momento, es imposible reseñar con detalle cada una. Pero, sí puede reconocerse que, en

¹⁹ Destacan FODOR, *El lenguaje del pensamiento*, Alianza Editorial, Madrid, 1984. LEWIS, «Psychophysical and theoretical identifications», *Australasian Journal of Philosophy*, (50), 1972, pp. 249-258 y PUTNAM, «Mind, language, and reality», *Philosophical Papers*, (2), 1979.

²⁰ Difundido al público en buena parte por el psicólogo SKINNER, a través de experimentos que fueron tan conocidos como polémicos durante la década de 1970 y 1980. SKINNER, *Ciencia y conducta humana*, Fontanella, Barcelona, 1971 y EL MISMO, *Más allá de la libertad y de la dignidad*, Fontanella, Barcelona, 1982.

²¹ Con más detalle: DÍAZ ARANA, «Las mentes libres en el Derecho penal», *InDret*, (1), 2016, pp. 1-55.

²² DEMETRIO CRESPO, «¿Libertad versus determinismo en Derecho penal?», *Revista de derecho y genoma humano: genética, biotecnología y medicina avanzada*, (1), 2014, pp. 111-124.

²³ DEMETRIO CRESPO, «"Compatibilismo humanista": una propuesta de conciliación entre neurociencias y derecho penal», en EL MISMO (dir.), *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*, Edisofer, Madrid, 2013, pp. 17-42.

²⁴ JAKOBS, «Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica», en FEIJOO SÁNCHEZ (coord.), *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias*, Aranzadi, Madrid, 2012, pp. 169-206.

²⁵ DÍAZ ARANA, *InDret*, (1), 2016.

contraste con la aparente amenaza que suponían los resultados de LIBET, ninguna terminó por concluir la necesidad de abandonar nuestro sistema de imputación jurídico-penal.

4.2. ¿Qué queda de la discusión sobre neurociencias para el Derecho penal?

En lo que respecta al estado actual, quizás por el revuelo que causaron algunos avances de las neurociencias en la discusión jurídico-penal de la última década sobre el determinismo, aún sigue resonando la cuestión cada vez que se refiere al libre albedrío. De hecho, en el específico campo de la interacción entre neurociencias, Derecho penal y filosofía de la mente, la discusión no parece haber desaparecido completamente. En los últimos años, han seguido saliendo algunas publicaciones al respecto, aunque con menor frecuencia que antes y, en esencia, con las mismas posturas emblemáticas enfrentadas.

De un lado, siguen apareciendo posturas de corte realista que afirman la existencia del libre albedrío como un fenómeno ontológico de orden inmaterial, que gobierna y caracteriza la actuación humana.²⁶ Del otro, también se encuentran recientes publicaciones que defienden una visión reduccionista o materialista de la mente.²⁷ Y, como siempre, siguen saliendo todavía posturas que no se identifican con ninguno de los dos extremos, sino que adoptan un enfoque diferente sobre la misma cuestión.²⁸

Sin embargo, la producción académica específicamente dirigida al debate en torno a las neurociencias no es comparable con la del reciente pasado. Sin duda, el interés sobre esta cuestión parece haber empezado a disminuir.

En reciente publicación, NIEVA FENOLL ha expresado que, en el estado actual de la discusión, parece ya haberse superado la “amenaza”²⁹ que algunos identificaron en algún momento frente a las conclusiones de las neurociencias:

“Benjamin Libet no inició los estudios sobre neurociencia, sino que son muy anteriores. Ni siquiera puede decirse, ya a día de hoy, que sus conclusiones posean importancia alguna en el estudio del Derecho pese al revuelo que generaron no hace tanto”.³⁰

Aunque coincido en que hoy en día las conclusiones de LIBET no deberían seguir suscitando problema alguno,³¹ creo que no por ello los resultados del debate dejan de ser importantes. Muchos temas en el Derecho penal han quedado ya superados, pero siguen siendo relevantes como peldaños de la escalera. Ciertamente, el debate intenso que suscitó la cuestión (y que no

²⁶ ALONSO ÁLAMO, «Culpabilidad en cabeza propia y el enigma de la libertad de la voluntad», *Cuadernos de Política Criminal*, (124), 2018, pp. 26 s.

²⁷ ASÍ, v. gr., SÁNCHEZ VILANOVA, *¿Neuroimputabilidad. Una mirada interdisciplinar a la responsabilidad de los trastornos de la personalidad desde los avances de la neurociencia?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 174 s.

²⁸ DÍAZ CHUNGA, «Libre albedrío y constitucionalidad de la responsabilidad penal», *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (130), 2020, pp. 219-239.

²⁹ Cfr. *supra*, n. 18.

³⁰ NIEVA FENOLL, *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 120.

³¹ Al respecto, es preciso aclarar que la discusión sobre determinismo y responsabilidad sigue avanzando (y seguramente nunca dejará de hacerlo), pero el específico punto sobre la relación entre las neurociencias y el Derecho penal, en mi opinión, ha rendido ya su capacidad.

puede decirse que haya desaparecido del todo) arrojó notables avances en la dogmática penal y descartar sus conclusiones solamente porque la cuestión haya quedado agotada no hace justicia a su relevancia histórica.

En mi opinión, los avances que trajo la discusión de principios de siglo nos mostraron (o recordaron) que la libertad sobre la cual se erige el sistema jurídico-penal de atribución de responsabilidad no *depende* de la comprensión de la “circuitaría de la mente”,³² sino que se nutre de los avances de este, así como de todos los demás frentes. El que esta discusión haya servido para aceptar esto es muy valioso en sí y, por eso, constituye un referente importante en cualquier texto que aborde la materia. Pero, el debate en torno a la autodeterminación no debe reducirse a la cuestión acerca del alcance de las conclusiones de LIBET (ni, para estos efectos, de las neurociencias en general).

Por el contrario, debe abarcar puntos tradicionales que siguen tan vigentes como siempre y otras nuevas dimensiones que, con seguridad, orientarán el debate jurídico-penal hacia futuro. Aunque el debate en torno a las neurociencias se haya podido agotar, coincido con FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, en cuanto a la cuestión general sobre el determinismo “[e]s, pues, un tema siempre actual y siempre recurrente, que cada generación de penalistas debe reelaborar (...)”.³³ Desde esta perspectiva, mucho más general sobre el debate de la responsabilidad en el marco de la “cuestión determinista”, aún nos falta mucho por recorrer y, con seguridad, seguirán apareciendo nuevos e interesantes desafíos.

Ciertamente, valiosas publicaciones han salido recientemente en el espacio de encuentro entre Derecho (en general, no específicamente penal) y filosofía (de la mente y acción), sobre temas que nada tienen que ver con procesos bioquímicos ni cerebros humanos. Tal es el caso, por ejemplo, de la inteligencia y agencia artificial,³⁴ o el de cómo las cámaras de eco y filtros burbuja propios de la personalización del internet determinan los procesos cognitivos y volitivos del individuo.³⁵ Pero, esas son consideraciones de otro momento pues ocuparán, cada una, su propio papel en la dogmática penal.

5. Reflexión final

Como se puede apreciar, la discusión sobre el papel de las neurociencias en la dogmática penal tuvo un importante desarrollo en el pasado reciente de la academia. Por eso, es desafortunado que se haya desaprovechado este espacio en la jurisprudencia para importar todo ese conocimiento. En contraste con el estado de la cuestión en la doctrina, en la jurisprudencia sigue siendo terreno inexplorado y, todavía, genera una palpable prevención (como lo demuestra, precisamente, esta sentencia).

Ciertamente, las últimas dos décadas han llevado a la academia a superar lo que en algún momento apareció como una “muestra de fatalismo” (en los términos de la sentencia

³² En los términos de DAMASIO, *El error de Descartes*, Grijalbo-Mondadori, Barcelona, 2006.

³³ FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, «Culpabilidad y libertad de voluntad», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (LXVI), 2013, pp. 99 s.

³⁴ SÁNCHEZ DEL CAMPO, «Aspectos legales de la robótica», en GURREA MARTÍNEZ/REMOLINA (coords.). *Fintech, Regtech y Legaltech: fundamentos y desafíos regulatorios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

³⁵ NGUYEN, «Echo chambers and epistemic bubbles», *Episteme*, (17), 2020, pp. 141–161.

comentada): la destrucción de todo nuestro sistema de imputación personal de responsabilidad por el “descubrimiento” de la neurodeterminación. La turbulencia que generó en su momento la llegada de los resultados del experimento de LIBET paulatinamente fue asentándose y, hoy, se cuenta con un potente arsenal de ideas que, con toda seguridad, es útil para abordar este tipo de cuestiones en la jurisprudencia.

Creo que en términos generales se ha llegado a aceptar en nuestra tradición académica que el papel de las neurociencias es contribuir, en su propia medida, a dibujar los contornos de esa “autodeterminación” sobre la cual se funda la libertad (al menos, en sentido jurídico-penal). La incorporación de este conocimiento en la práctica del Derecho penal es crucial, no solo para las consideraciones relativas a la culpabilidad individual del procesado, sino también para otros asuntos de política pública: los aportes de las neurociencias ayudarán, entre otras cosas, a entender cómo la norma puede motivar de mejor manera al agente³⁶ o de qué forma se puede conseguir un sistema penitenciario más eficiente.³⁷

En otras palabras, “el conocimiento de los procesos neurológicos es necesario para comprender el funcionamiento del Derecho penal, para mejorar sus instrumentos y para fundamentar racionalmente sus elementos conceptuales y sus fines”.³⁸ Por eso, la importancia de las neurociencias para el Derecho penal es que sus aportes, correctamente entendidos, muestran que “[n]o se trata de negar la posibilidad de acciones voluntarias y tampoco de no castigar, sino de hacerlo, en su caso, de otra forma (...) más humana e inteligente”.³⁹

Estos, y tantos otros aportes de la discusión teórica, pueden y deben ser utilizados por la jurisprudencia como insumos en el tratamiento de los casos a los que se enfrentan los operadores de justicia en el ejercicio de su labor. Lejos de evitar adentrarse en estas consideraciones alegando que no se tiene la estricta necesidad de hacerlo, se trata de un debate que debe abrazarse y enfrentarse, ojalá, con el aprendizaje que las últimas décadas dejaron en la doctrina penal.

³⁶ DEMETRIO CRESPO, *InDret*, (2), 2011, p. 15.

³⁷ FEIJOO SÁNCHEZ, *InDret*, (2), 2011, p. 9.

³⁸ PÉREZ MANZANO, *InDret*, (2), 2011, p. 8.

³⁹ DEMETRIO CRESPO, en EL MISMO (dir.), *Neurociencias y derecho penal*, 2013, p. 33.