

Recensión: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. t. 118, n°s 1-2, 2006

Jean Pierre Matus Acuña

Dr. en Derecho, Profesor Asociado y Director del Centro de Estudios de Derecho Penal de la Universidad de Talca
director@dpnal.cl

Estos dos fascículos se concentran en temas procesales conteniendo sólo tres artículos originales de dogmática penal, todos en el fascículo 1: una revisión de los fundamentos de la actual dogmática penal a partir de la revisión del conocimiento científico acerca de la forma de funcionamiento del cerebro y los estímulos que determinan las “decisiones” humanas, a cargo de Ernst-Joachim Lampe (*Libertad de voluntad y teoría del injusto penal*, p. 1-43); la aproximación que hacia las penas infamantes o vergonzantes ofrece Michael Kubiciel (“*Shame Sanctions*” – *Penas degradantes a la luz de la teoría de pena*, p. 44-75); y un estudio conjunto de Georg Freund y Enara Garro Carrera sobre la *Reparación penal y su relación con la reparación civil* (p. 76-100). Además, en el fascículo 2 se contiene, en la sección de derecho comparado, un interesante reporte de Frank Meyer sobre el cambio que, en la interpretación y aplicación de las *Sentencing Guidelines*, ha supuesto la reciente sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *United States vs. Booker* (125 US S. Ct. 738, 2005), que declaró su obligatoriedad contraria al derecho a un juicio por jurados, aunque mantuvo su vigencia en carácter de guía (*advisory*) para la imposición de las penas (*¿Rompiendo las cadenas?—Sobre el futuro de los Lineamientos de Sentencias en el sistema de determinación de las penas de los Estados Unidos de América*, p. 512-546). De entre todos ellos, el texto de Lampe supone una profunda provocación a las bases de nuestro entendimiento de la teoría del injusto, que por lo mismo me parece muy necesario abordar más extensamente.

Lampe comienza su exposición destacando la oposición entre la imagen “idealista” del ser humano que se utiliza por la dogmática penal, que nos hace aparecer como agentes autónomos libres y, en consecuencia, responsables de nuestros actos; opuesta a la que la “realidad” de los descubrimientos científicos que la neurobiología actual nos ofrece, donde las ideas de espíritu y conciencia sólo pueden verse como resultado de procesos físicos al interior del cerebro. Citando textualmente a Singer (*Ein neues Menschenbild? Gespräche über Hirnforschung*, 2003), agrega que “[nuestro sentimiento subjetivo de ser libres] no es compatible con las leyes determinísticas que dominan todas las cosas del mundo físico ... Ser libres [es] una ilusión que proviene de dos fuentes: 1) a través de la arbitraria distinción entre procesos mentales conscientes e inconscientes, que nos da el sentimiento de que en las decisiones conscientes se toman en cuenta todas las variables relevantes; y 2) el hecho que los demás nos atribuyan ser libres y responsables” (p. 1). Según Lampe, esto significaría, desde el punto de vista científico, que la legitimidad de los tribunales “terrenales” y “divinos” se pone en duda, si ella se basa en el supuesto del actuar libre del ser humano, aunque los tribunales terrenales pueden mantener alguna función, distinta de declarar la “culpabilidad” de los acusados: “imponer el sentimiento de la responsabilidad por el hecho

propio", necesario para no perturbar una "duradera vida en común" (p. 2). Lampe afirma que, sin embargo, los penalistas no aceptan esta realidad, negando "violenta (y emocionalmente)" las premisas de los descubrimientos científicos, "pues sin libertad de voluntad no hay culpabilidad por el hecho (en sentido amplio), y sin culpabilidad no se justifica el castigo (en sentido amplio) por ese hecho" (p. 2). Sin embargo, señala Lampe que esta resistencia a incorporar el pensamiento científico termina también por dejar de lado la pregunta fundamental acerca de si, faltando la "voluntad", "finalidad", "decisión" o como quiera llamársele a la idea de libertad, podemos todavía distinguir entre el simple acaso y el injusto, esto es, si realmente, "ante la falta de libertad humana que se afirma por neurólogos y siquiátras", "debe el Derecho, en general, renunciar a su misión de prevenir los daños y, en particular, el Derecho penal a la suya de restablecer el daño social que los hombres se causan entre sí y prevenir otros futuros daños", aunque sea de la forma incompleta que puede actuar el Derecho (p. 2-3). En vez de enfrentar este "panorama de horror", sostiene Lampe que algunos penalistas suelen recurrir a la "ayuda segura" de las teorías de Kant sobre la libertad del hombre no sólo como presupuesto no necesitado de comprobación empírica, sino además, como el objeto esencial de protección del Derecho, a pesar de que él mismo y la doctrina dominante hoy en día apenas acepta que esa "pueda" ser la tarea del Derecho, pero no que ella "sea" o "deba serlo" (p. 3-4). Además, Lampe muestra como a pesar de que la idea de la libertad de voluntad juega un rol dentro de la teoría dominante de lo "injusto" penal, donde aparece en los llamados "elementos subjetivos del injusto", el "dolo" (*Vorsatz*) y la "intención" (*Absicht*) y sobre todo en el concepto de acción (*Handlung*), de todos modos se admite en ciertos casos la existencia de un injusto penal "aún sin que exista una acción gobernada por la voluntad" (p. 5-10). Por lo tanto, se pregunta si puede construirse un concepto de injusto que no requiera el concurso de tales elementos "espirituales", ofreciendo para ello el criterio del "proceso asocial" (*asozialer Prozess*) o "daño social" (*asoziale Erfolg*) (p. 10). Para construir este concepto, Lampe destaca cómo, contra los postulados de Welzel, es precisamente el daño social lo que se valora en primer lugar, tanto por la teoría (desde el punto de vista de las "normas de valoración") como por la práctica (desde el punto de vista de lo que debe investigarse y probarse), para construir la idea de lo injusto, y cómo con el advenimiento de la teoría de la imputación objetiva, la realización (objetiva) de un peligro vuelve a ponerse en primera línea de la investigación (p. 14-15), para concluir que la construcción del tipo "social" objetivo ("*objektive (genauer: soziale) Tatbestand*") no requiere algo así como "libertad de voluntad", "decisión" o "acción", sino sólo la descripción de los elementos de un proceso social, libre de toda consideración subjetiva o personal. Por lo tanto, afirma Lampe, "acciones" propiamente no deseadas son antijurídicas, en la medida que ellas sean percibidas socialmente como fuente de responsabilidad" (p. 17). Sin embargo, a la hora de determinar si esa responsabilidad puede traducirse o no en una pena, Lampe afirma que ello sólo es posible "cuando alguien es *personalmente responsable* de ese proceso social", responsabilidad que, sorpresivamente, Lampe sostiene "está unida a la *libertad individual*" (p. 18, las cursivas son del autor), en el sentido de ser libre para 'querer' y realizar lo 'querido'. Desde este punto en adelante, Lampe procura sistematizar las consecuencias de esta distinción, transitando desde la sociología a la filosofía¹ para procurar

¹ Lamentablemente, como es propio de la dogmática alemana, Lampe no hace referencia alguna al muy importante trabajo sobre cómo enfrentar una construcción sistemática sin recurrir a la libertad humana como

MATUS, Jean Pierre. "Recensión: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. t. 118, n°s 1-2, 2006." *Polít. crim.* n° 2, 2006. R1, p. 1-3.

dar sustento a la aparente contradicción existente en afirmar que la libertad personal no existe, desde el punto de vista de la neurología; que, además, no es necesaria para la construcción del injusto objetivo; pero que, sin embargo, es el fundamento de la imposición de la pena a una persona concreta, que "no sólo tiene la libertad, sino también el deber", de orientar su comportamiento "hacia el mejor conocimiento y conciencia" (p. 43).

base del reproche de culpabilidad, que publicara ya hace más de 30 años Enrique Gimbernat Ordeig, con el sugerente título de "Hat die Strafrechtsdogmatik eine Zukunft", en la *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. t. 82, 1970, p. 405 y siguientes. La versión en castellano, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", puede verse en sus *Estudios de Derecho Penal*. 3ª ed. Madrid: Tecnos, 1990, p. 140-161.