

TRADUCCIONES DE NUEVAS INVESTIGACIONES PENALES

DIRECCIÓN: Marcelo D. Lerman y María Lucila Tuñón Corti

Criminalización, castigo
y dilemas morales
en la obra de
Tatjana Hörnle

TRADUCEN:

José Béguelin, Leandro Dias,
Agustina Szenkman y Patricia Ziffer



Editores
del Sur

TRADUCCIONES DE NUEVAS
INVESTIGACIONES PENALES

Criminalización, castigo
y dilemas morales
en la obra de
Tatjana Hörnle

Traducen José Béguelin, Leandro Dias,
Agustina Szenkman y Patricia Ziffer



Editores
del Sur



Contenido

Presentación	13
Tatjana Hörnle	
Teorías de la criminalización.....	19
Tatjana Hörnle	
I. Introducción.....	19
II. Aspectos constitucionales.....	21
1. Normas constitucionales.....	21
2. Las decisiones de los tribunales constitucionales.....	23
3. ¿Democracia como sustituto de la teoría de la criminalización?	28
4. Las relaciones entre la teoría de la criminalización y la teoría constitucional.....	29
III. Teoría de la criminalización	30
1. Observaciones preliminares	30
2. ¿Qué objetos merecen la atención del derecho penal?	32
a) La doctrina de los bienes jurídicos	32
b) Protección de individuos: el principio de daño	34
c) Protección de las personas II: derechos de los demás.....	41
d) Protección de los valores morales.....	43
e) Protección de los intereses colectivos.....	47
3. ¿Qué clases de conductas deben ser prohibidas?	50
a) Principios de mediación I: <i>Ultima ratio</i> y nociones similares.....	50
b) Principios de mediación II: imputación	56
4. ¿"Puede ser castigado" o "debe ser castigado"?	57
IV. Observaciones finales.....	59
Bibliografía.....	60

The *Trolley Problem* Reloaded.

¿Cómo deben programarse los vehículos autónomos para los dilemas de “vida contra vida”? 63

Tatjana Hörnle y Wolfgang Wohlers

I. Introducción.....	65
II. La valoración jurídico-penal en caso de conductores humanos.....	67
1. Falta de heroísmo y homicidio de salvamento egoísta.....	67
2. Homicidio altruista de salvamento en estado de necesidad cualitativo que compromete la vida	68
3. Homicidio altruista de salvamento en estado de necesidad cuantitativo que compromete la vida.....	74
III. Programación de vehículos autónomos.....	80
1. ¿Es una opción no tratar las situaciones dilemáticas?.....	80
2. ¿Reglas útiles de la Comisión de Ética?.....	83
3. Nuestro escenario: ómnibus que circulan sin conductor.....	86
4. ¿Qué cambia con el paso a la circulación sin conductor?	87
IV. Posibles reglas de prioridad.....	92
V. Grupo de reglas de prioridad.....	110
VI. Consideración final.....	114
La situación de la determinación de la pena en Alemania.....	115

Tatjana Hörnle

I. Introducción: La tesis de Thomas Weigend: “No News is Good News”	115
II. Ausencia de especificaciones para los tribunales de mérito.....	117
1. Prácticas heterogéneas de determinación de la pena	117
2. Valoración de decisiones de determinación de la pena heterogéneas.....	118
3. Directivas para la determinación de la pena	123
III. Nivel de punición	131
1. Status quo.....	131
2. Valoración.....	134
IV. Observaciones finales.....	142

Una evaluación crítica de la culpabilidad y las decisiones en la teoría del derecho penal.....	145
---	-----

Tatjana Hörnle

I. El principio de culpabilidad y el Principio de las Decisiones Alternativas.....	145
II. Por qué el término “libre albedrío” puede ser engañoso.....	151
III. Las ciencias cognitivas y las consecuencias en el derecho penal	153
IV. Consecuencias para los fundamentos de la teoría del derecho penal	161
1. El rol de la culpabilidad en el derecho constitucional alemán.....	161
2. Las opciones para la teoría del derecho penal: la elección como ficción, la reprochabilidad precedente, la reprochabilidad por la personalidad o la reprochabilidad por el hecho	163
V. Consecuencias para diferentes aspectos del derecho penal	171
1. De la culpa a los requisitos comunicativos: por qué algunas patologías mentales (pero no otras) y la inmadurez son razones para evitar la pena	173
2. Causas de exculpación	180
3. Atenuación del castigo por el estado mental patológico del transgresor	182
4. Voluntad	183
VI. Conclusión.....	186

Presentación

TATJANA HÖRNLE

Me alegra mucho tener esta oportunidad, por iniciativa de la Sra. María Lucila Tuñón Corti y del Prof. Dr. Marcelo Lerman, de poder presentar algunas reflexiones sobre la teoría del derecho penal, publicadas sólo en alemán o en inglés, a un círculo más amplio de lectores en esta colección de libros argentinos. Mi más sincero agradecimiento también va dirigido en particular al Sr. Leandro A. Dias, el Sr. José R. Béguelin, la Sra. Prof. Dra. Patricia Ziffer y la Sra. Agustina Szenkman, quienes han hecho el esfuerzo de traducir estos textos –yo misma traduje artículos sobre derecho penal en años anteriores y sé cuánto trabajo significa esto. Esta colección contiene artículos que abordan tres cuestiones fundamentales. Estas cuestiones fundamentales se plantean (en gran medida, independientemente de los detalles de las normativas nacionales) en diferentes sistemas jurídicos: ¿Qué se debe criminalizar? ¿Cómo debe evaluarse el comportamiento respecto de las posibles justificaciones y de la culpabilidad? ¿Cómo proceder a la hora de determinar la pena?

El primer artículo contiene un panorama general del tema de las “teorías de la criminalización”. Fue escrito para el *Oxford Handbook of Criminal Law* y fue publicado en 2014. Las teorías de la criminalización se ocupan de los fines para los que puede o incluso debe aplicarse el castigo estatal. Esta

cuestión general es previa a las decisiones de política jurídica concretas. Las teorías de la criminalización se desarrollan para hacerles recomendaciones a los parlamentos nacionales. Cuando se derivan de la constitución, pueden incluso proporcionar al legislador límites jurídicos para la aplicación del derecho penal. Este artículo se ocupa, por un lado, de la relación entre el derecho constitucional y el derecho penal y, por otro, de las teorías de la criminalización que se discuten en la filosofía del derecho y en la ciencia del derecho penal. Quien esté familiarizado con la discusión alemana sabe que tradicionalmente, e incluso hoy, suele centrarse en los conceptos de “bien jurídico” y “ultima ratio”. En el mundo anglosajón, el “harm principle” (principio de daño) sigue desempeñando un papel central, que se remonta a la tradición liberal del siglo XIX (John Stuart Mill). Otro enfoque (que yo también defiendo) se centra en “los derechos de terceros” como fundamento para las prohibiciones penales. Las teorías de la criminalización también incluyen teorías de la protección de la moral, y es necesario aclarar qué intereses colectivos necesitan la protección del derecho penal.

Los siguientes artículos pertenecen al ámbito de la “justificación” y “culpabilidad”. La primera la escribí junto con el Prof. Dr. Wolfgang Wohlers. Se titula “The Trolley Problem Reloaded. Wie sind autonome Fahrzeuge für Leben-gegen-Leben-Dilemmata zu programmieren?”, publicado en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht* en el año 2019. La cuestión fundamental de la que nos hemos ocupado es la de si los principios tradicionales de valoración en el derecho penal cambian, y cómo lo hacen, cuando se producen importantes avances tecnológicos. El caso de base es el de los vehículos que circulan autónomamente. Un detalle en el desarrollo de dichos vehículos es la programación predictiva para determinadas situaciones de colisión: una situación en la que las personas resultarán

gravemente heridas si el vehículo sigue circulando, pero igualmente, al dar una maniobra de esquiwa, otras también resultarán heridas. Hay muchos casos sobre esto en la filosofía moral, que a menudo toman el ejemplo de un tranvía (Trolley). Desde la perspectiva de la teoría del derecho penal, los dilemas vida-contra-vida en la nueva constelación de casos (programación de un vehículo son especialmente interesantes. Dan motivos para repensar los modelos de pensamiento tradicionales. Esto se aplica, por ejemplo, a la distinción entre actuar y omitir en el derecho penal alemán. Es mucho más fácil justificar el no hacer nada (omisión) que el hacer activamente algo que causa la muerte de otras personas. Pero el hecho de que un vehículo que circula autónomamente haya sido programado para continuar simplemente la marcha o para cambiar el curso, en realidad, no puede suponer ninguna diferencia. Además, en un mercado globalizado de vehículos de conducción autónoma, difícilmente podría imponerse otro valor típicamente alemán: el de que no debería estar permitido matar a otro ser humano para salvar a muchos. La reflexión sobre estas cuestiones muestra que no todo lo que es la así llamada "opinión dominante" en la dogmática penal alemana puede ser sostenida y capaz de producir una vinculación en el ámbito internacional.

La tercera contribución está dedicada al tema de la culpabilidad: "Guilt and Choice in Criminal Law Theory", publicado en 2016 en el *Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice*. En este texto, expreso mi postura cada vez más crítica hacia la concepción tradicional alemana de la culpabilidad. Este enfoque tradicional parte de la base de que cuando las personas actúan, generalmente podrían elegir otra cosa. Detrás de esto está el principio básico del libre albedrío, que recientemente ha sido puesto en duda, especialmente por los neurocientíficos. Estoy a favor de que la idea del libre albedrío

deje de ser el fundamento del derecho penal. En el momento de la decisión, inmediatamente antes de un acto, ningún ser humano puede actuar de otra manera – el desenlace depende de cómo estén las estructuras del cerebro en ese momento. El derecho penal debe centrarse exclusivamente en la valoración del ilícito. La tarea relevante es reconstruir los derechos y deberes que tienen los ciudadanos y desaprobando a los que han infringido los derechos de los demás de forma contraria a deber. En este contexto, hay que analizar críticamente las causas de exclusión y de atenuación de la pena en el derecho vigente. Algunas cosas, por ejemplo: no castigar a los niños, ya responden a razones que no tienen nada que ver con la “falta de culpabilidad” (los niños no son interlocutores competentes en los procesos penales). Por el contrario, se debe prescindir de la atenuación de la pena fundamentada sobre la base de emociones fuertes, como por ejemplo, los arrebatos.

Con una mirada a la teoría y la práctica de la determinación de la pena concluye la colección. La versión en alemán de “Zur Lage der Strafzumessung” se publicó en *Goldammer’s Archiv für Strafrecht* en 2019. Allí critico la falta de uniformidad de las penas en Alemania: hay diferencias empíricamente detectables en el monto de las penas entre las regiones. Incluso si probablemente nunca se alcanzara una uniformidad completa, del principio de igualdad de trato resulta el mandato de mejorar la igualdad de las penas. Lamentablemente, la Jornada de Juristas Alemanes (un congreso que se celebra cada dos años y en la que se reúnen juristas que se dedican a la praxis y científicos del derecho penal) en 2018 perdió la oportunidad de sentar las bases para un cambio real. Allí se discutió en profundidad sobre el derecho de la determinación de la pena, pero sin reclamar una reforma significativa. En particular, es lamentable que los juristas alemanes no vean los beneficios de las directivas para la determinación de la pena.

Sería bueno, en particular, considerar como modelo las bien pensadas *Sentencing Guidelines* inglesas. Lamentablemente, es precisamente en un importante ámbito práctico de la medición de la pena donde se pone de manifiesto lo conservadores, es decir, aferrados a lo conocido y establecido, que suelen ser los juristas alemanes. Convendría una mayor receptividad para una perspectiva transnacional que pueda apuntar a nuevos modelos y soluciones. Promover esta perspectiva crítica y transnacional es nuestro objetivo en el Departamento de Derecho Penal del Instituto Max Planck zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht en Freiburg.

En este segundo número de la colección, se presentan cuatro contribuciones de la profesora **Tatjana Hörnle**, quien trata tópicos clásicos como la culpabilidad, las teorías de la criminalización y la determinación de la pena, y logra analizar cómo pueden impactar en nuestro derecho penal actual nuevos avances tecnológicos, como los coches automatizados. Sus conclusiones, siempre esclarecedoras, hacen de este libro una lectura esencial para todos los interesados en los problemas actuales del derecho penal relacionados con la moral.

