

# La suerte en los sistemas normativos. “Suerte penal” en el debate anglosajón

Mario Alberto Villar

---

TESIS DOCTORAL UPF / 2014

DIRECTOR DE LA TESIS

**Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Jesús-María Silva Sánchez**

DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL





A Mariel, Agustina, Mercedes y mis padres.



## Resumen

La tesis parte de una hipótesis consistente en que la suerte afecta los juicios normativos acerca la atribución de responsabilidad penal. Esta intervención de la suerte origina que la responsabilidad penal sea parcialmente determinada por factores que el agente no puede controlar y que no le pertenecen a su ámbito de dominio.

En busca de un mejor comprensión del problema general de la suerte y el concepto de responsabilidad, se analiza la suerte en la moral, en la psicología social y en la epistemología.

La teoría del delito tiene entre sus funciones la de evitar que la suerte sea fundamento de la responsabilidad penal. Por ello, el objetivo de la tesis es determinar cómo debe ser eliminada o neutralizada a fin de evitar la distorsión que la suerte penal implica.

The Thesis starts with a hypothesis about how luck affects the normative judgments and the attribution of responsibility in criminal law. The intervention of luck results in responsibility being partially determined by factors which are beyond the agent's domination and control

For a better understanding of the general problems concerning luck and responsibility, the treatment of luck in the field of moral, social psychology and epistemology is analyzed.

The criminal law theory has a function, among others, that consists in preventing luck from being a basis for the attribution of criminal responsibility. Therefore, the purpose of the thesis is to establish how to eliminate or neutralize luck, to prevent the distortion that it implies.



# Índice

Resumen.....	v
Abreviaturas.....	xiv
Introducción.....	1
I. LA SUERTE EN LOS SISTEMAS NORMATIVOS.....	5
I.1. El concepto de suerte.....	5
A) El requisito de significancia.....	5
B) El requisito de azarosidad.....	6
C) Suerte, control y responsabilidad.....	7
I.2. La suerte moral.....	8
A) Las formas de la suerte moral.....	10
I.3. La suerte social.....	14
I.4. La suerte epistémica.....	15
I.5. La suerte psicológica.....	16
I.6. La suerte penal.....	17
II. LA SUERTE MORAL.....	21
II.1. Suerte y control.....	21
II.2. Significados de control.....	26
II.3. Suerte y control en Kant.....	28
II.4. La suerte y el axioma "deber implica poder".....	40
II.5. Recapitulación.....	47
II. 6. Conclusiones.....	50
III. PSICOLOGÍA SOCIAL.....	55
III.1. Introducción.....	55
III.2. La teoría de la atribución.....	56
III.3. El análisis contrafáctico.....	58

III.4. Control e ilusión de control .....	59
III.5. Control y contrafáctico .....	64
III.6. Suerte, resultados contrafácticos y reproche.....	68
III. 7. Conclusiones .....	78
IV. SUERTE Y EPISTEMOLOGÍA .....	83
IV.1. Introducción.....	83
IV.2. Escepticismo, infalibilismo y suerte.....	87
IV.3. Contextualismo y falibilismo.....	90
IV.4. El principio de sensibilidad .....	93
IV.5. El principio de seguridad.....	96
IV.6. Suerte benigna y maligna .....	98
IV.7. Seguridad y contrafácticos.....	104
IV. 8. Derrotadores epistémicos .....	108
IV.9. Conclusiones.....	110
V. LA SUERTE PENAL .....	115
V. 1.Introducción .....	115
V.2. El resultado .....	119
A) La identidad o equivalencia entre tentativa y consumación .....	122
a) Subjetivismo alemán.....	122
b) Subjetivismo anglo-americano .....	131
c) Anti resultatismo procedimental (la lotería penal) .....	137
d) Subjetivismo a-causal.....	142
e) Equivalencia, subjetivismo y control.....	151
f) Balance provisional.....	159
B) La tesis de la diferencia punitiva .....	165
a) Responsabilidad moral y diferencia punitiva .....	165
b) Ventaja injusta y proporcionalidad.....	167
c) Transitividad entre tentativa y consumación .....	172
d) El argumento de la omisión culpable (de auxilio en posición de garante).....	177
e) Análisis económico del derecho y tentativa .....	179
f) Balance provisional.....	184



C) La diferencia como postura intermedia .....	189
a) Responsabilidad frente a la obligación .....	189
b) Historial moral frente a valor moral .....	195
c) Identidad y carácter.....	201
d) Balance provisional .....	202
D) La postura social a favor de la diferencia .....	204
a) La suerte por los resultados en Adam Smith .....	204
b) Lenguaje y resultado.....	212
c) Balance provisional .....	214
E) Balance General .....	215
V.3. El principio del daño .....	219
A) Relación del principio del daño con la suerte penal .....	224
B) Concepciones del principio de daño .....	227
a) Lesión y utilidad .....	229
b) Protección de la autonomía .....	231
c) Daño y lesión .....	235
d) Determinación del daño.....	236
e) Daño subjetivista .....	247
f) Daño subjetivizado.....	254
g) Balance provisional .....	257
C) El principio de neutralidad.....	258
D) La neutralidad penal .....	268
E) Suerte y neutralidad penal.....	272
a) Resultado e imputación del resultado .....	272
F) Balance general .....	277
VI. Conclusiones.....	281
Bibliografía .....	286



## Abreviaturas

*ADPCP*: Anuario de derecho penal y ciencias penales

*Ak.*: Akademie

*Ariz. L. Rev.*: Arizona Law Review

*Australas. J. Philos.*: The Australasian Journal of Psychology and Philosophy

*Br. J. Soc. Psychol.*: British Journal of Social and Clinical Psychology

*Buff. Crim. L. Rev.*: Buffalo Criminal Law Review

*BYU L. Rev.*: Brigham Young University Law Review

*Cal. L. Rev.*: California Law Review

*Can. J. Philos.*: Canadian Journal of Philosophy

*Can. Soc. Trends.*: Canadian social trends

*Colum. L. Rev.*: Columbia Law Review

*DIP*: deber implica poder

*Ed.*: editor

*Eds.*: editores

*Ethical Theory Moral Pract.*: Ethical Theory and Moral Practice

*J. Contemp. Legal Issues*: Journal of Contemporary Legal Issues

*J. Crim. L. & Criminology*: Journal of Criminal Law and Criminology

*J. Ethics*: The Journal of Ethics

*J. Exp. Soc. Psychol.*: Journal of Experimental Social Psychology

*J.Hist. Ideas*: Journal of the History of Ideas

*JOPP*: The Journal of Political Philosophy

*J. Philos. Logic*: Journal of Philosophical Logic

*J. Risk Uncertain*: Journal of Risk and Uncertainty

*J. Value Inq.*: The Journal of Value Inquiry

*Geo. Wash. L. Rev.*: George Washington Law Review

*Harv. L. Rev.*: Harvard Law Review

*HPQ*: History of Philosophy Quarterly

*MLR*: The Modern Law Review

*Nº* : número

*NDP*: Nueva Doctrina Penal

*New Ideas Psychol.*: New ideas in psychology

*Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y*: Notre Dame Journal of Law Ethics & Public

*p.*: página

*Pac. Phil. Q.* : Pacific Philosophical Quarterly

*Pers. Individ. Dif.* : Personality and Individual Differences

*Pers. Soc. Psychol. Bull.*: Personality & social psychology bulletin

*PF*: The Philosophical Forum

*PG*: parte general

*Phil. Perspect.*: Philosophical Perspectives

*Philos. Public Aff.*: Philosophy and Public Affairs

*Phil. Review*: The Philosophical Review

*pp.*: páginas

*RBCCrim.*: Revista Brasileira de Ciências Criminais

*RJUAM*: Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid

*Scand. J. Psychol.*: Scandinavian Journal of Psychology

*Trad.*: traductor

*Vol.*: volumen

*Yale L. J.*: Yale Law Review



# Introducción

La suerte es un tema muy discutido en la literatura general debido a que se relaciona con los límites de la comprensión del ser humano. Suerte es aquello que el hombre no puede controlar, que le espera en cualquier momento de su vida y puede cambiarla radicalmente. La preocupación filosófica por la suerte puede verse reflejada en la religión griega bajo la forma de la diosa Fortuna. Esta diosa fue representada, especialmente en el Renacimiento, de pie sobre una esfera, que simbolizaba la inconstancia de la suerte. Por su parte, el arte la ha inmortalizado en el imaginario popular con la conocida representación de la “rueda de la fortuna”, acentuando con ello el carácter mutable e incontrolable de la misma. En la misma línea argumental resulta de interés que se haya identificado, o confundido, a la diosa fortuna con Némesis, diosa de la venganza justa y castigadora del crimen<sup>1</sup>, lo cual podría explicarse por la necesidad de domesticar la suerte, de hacerla inteligible o como integrada en un cierto orden del mundo previsible y, por consiguiente, controlable<sup>2</sup>.

La ambigüedad entre suerte, justicia o responsabilidad puede remontarse a la Poética de Aristóteles quien veía como esencial en la tragedia griega la intervención de la suerte dando un giro imprevisto a la historia. El personaje central pasa de un estado de gracia a uno de desgracia debido a un acto, circunstancia o evento que no tiene la entidad como para provocar esa caída. Sin embargo, no puede negarse que existe una conexión causal entre ese acto o evento y su caída o sufrimiento. La situación general de la tragedia se presenta conteniendo cierta ambigüedad acerca del juicio que merece el personaje principal, tal que permite considerar a la atribución de las consecuencias que sufre como no arbitrarias, sin esto que signifique que pueda atribuirse, en sentido estricto, responsabilidad moral al sujeto. Aunque su sufrimiento

---

<sup>1</sup> GONZÁLEZ GARCÍA, *La diosa Fortuna. Metamorfosis de una metáfora política*, p. 63; GREENE, *Studies in the Renaissance*, Vol. 10, pp. 25-43.

<sup>2</sup> La idea del fatalismo en que el destino no podía *alterarse* mediante la acción humana, incluye la posibilidad de que podía ser *influenciado* mediante alguna intervención sobre natural (RAPHALS, *Philosophy East and West*, 2003, p.537).

es desproporcionado a su yerro<sup>3</sup>, no resulta completamente ajeno al mismo. Este desenlace, aunque desproporcionado y por ello trágico, contiene algún aspecto de merecimiento entremezclado. Puede deberse a alguna forma de culpa, un rasgo de su carácter o un comportamiento previo injusto, más o menos lejano en el tiempo al desenlace trágico. El distanciamiento valorativo entre el merecimiento y la desgracia es lo que convierte la situación en tragedia. *Boecio*, en el siglo VI, destaca la dificultad que existe para compaginar suerte y responsabilidad: “Luego se ha enardecido tu ira contra la fortuna, deplorando que las recompensas se vean distribuidas sin guardar proporción con el mérito de cada uno”<sup>4</sup>.

El derecho penal puede adoptar un criterio muy estricto en cuanto a evitar esa tragedia que es el castigo injusto, buscando asentarlo en la elección moral del agente, aquello que quiere y comprende acabadamente el autor. Pero, también, puede tratar a la suerte con cierta tolerancia, fundando la responsabilidad y la pena en lo que acontece en el mundo real, en los resultados exteriores de las conductas. Los cambios negativos del mundo no pueden ser siempre cuestiones que sólo le conciernen al destino o a la naturaleza, como tampoco pueden ser de exclusiva incumbencia de las personas. En el primer caso, el derecho penal no podría sancionar a nadie fundándose sólo en las consecuencias externas en el mundo. En el segundo, las personas responderían por todo cambio con base en algún criterio de atribución, causal o valorativo, de regresión ilimitada. El péndulo de la responsabilidad se balancea entre estos dos extremos impulsado por la suerte, que juega un papel que pasa desapercibido en las discusiones de la teoría del delito.

La identificación de la suerte en los juicios normativos crea un vacío de argumentación racional. Por sí misma no puede ser convertida en factor de responsabilidad, por lo que no hay argumentos jurídicos que la puedan asimilar en una justificación del reproche o del castigo penal. Con todo, la pregunta que subyace es si existe alguna amalgama con otros conceptos, indiscutidamente

---

<sup>3</sup> MOLES, *Greece & Rome*, 1984, p. 53.

<sup>4</sup> “En definitiva, podemos sacar la misma conclusión sobre todo lo que afecta a la Fortuna: no hay nada en ella apetecible, nada que posea valor intrínseco, como prueba que ni se asocia siempre a las personas honradas ni hace honrados a aquellos con los que se asocia. (BOECIO, *La consolación de la filosofía*, libro II, pár. 20, p. 166).

fundamentadores de reprobación, que haga posible que se pueda unir el mundo de la suerte y el de la responsabilidad.

Una cuestión central, para identificar la imbricación de la suerte en el campo penal, consiste en aclarar qué entendemos por suerte y, luego, por suerte penal. El logro de esta meta hará viable confrontarla con las razones que entran en juego en los juicios evaluativos propios de ese campo normativo.

Estas ideas que se van asentando en el imaginario social en torno a la suerte nos acercan al problema que se plantea en este trabajo: la idea de que la suerte parece influir en los juicios de responsabilidad penal, haciendo que la asignación de penas resulte, de alguna manera, arbitraria. Las alegorías, representaciones e interpretaciones de la fortuna o la suerte indican la tensión entre la suerte como algo ajeno al sujeto y, a la vez, intrínseca a su actuación en el mundo. Lo cual resalta la idea de que la responsabilidad parece incluir factores que el sujeto no controla o que escapan a sus capacidades y a sus elecciones.

Esta arbitrariedad en el marco de una teoría del delito que pretende soluciones racionales al problema de la responsabilidad penal no debe pasar inadvertida y exige una elaboración de criterios que permitan librar de la suerte a la imputación penal.





# I. La suerte en los sistemas normativos

## I.1. El concepto de suerte

### A) El requisito de significancia

Para que un evento o estado de cosas pueda ser calificado como derivado o influenciado por la suerte, debe tener cierta relevancia. De eso se trata el “requisito de significancia”. Un evento se puede considerar originado en la suerte si, y sólo si, tiene un efecto negativo o positivo para alguien<sup>5</sup>. La inusual caída de una piedra desde la cima de una montaña no puede ser calificada de afortunada o desafortunada por sí misma. Pero si provoca un accidente a un montañista, podrá decirse que éste tuvo mala suerte. Por el contrario, si la piedra pasa cerca del montañista sin afectarlo, el evento puede ser calificado como afortunado. Esta cualidad tiene cierta vinculación con la idea de *Berkeley* de que las cosas no existen si nadie las ve, la suerte no existe si nadie puede atribuir significado al evento inusual. Esta característica la diferencia del azar, pues éste puede ser identificado con la caída inusual sin que se necesite este componente de significación<sup>6</sup>.

Las personas que participan en juegos de azar, sólo tienen suerte si ganan, pero no mala suerte si pierden. Por ejemplo, en una lotería perder es el resultado normal y ganar el excepcional, por ello puede atribuirse a la suerte sólo este último. El azar es una realidad objetiva, que puede ser reinterpretada de diversas formas, sea como una limitación epistemológica de la comprensión de la causalidad, o como parte de una

---

<sup>5</sup> PRITCHARD, *Epistemic Luck*, 2005, p. 132.

<sup>6</sup> Sin embargo, en el siglo XVII, azar era un término de significado negativo. Por ejemplo, “si saliese azar, será dos veces infeliz.” (BALTASAR GRACIÁN, *Oráculo Manual y Arte de Prudencia*, p. 162) “En casa de desdichado se tropieza en los azares” (BALTASAR GRACIÁN, *El Héroe*, p. 83, nota 49). La raíz árabe de la palabra se vincula con una flor que era pintada en una de las caras del dado y significaba muerte súbita en el juego. Por ello, en español el sentido de azar como mala suerte es de uso desde antiguo.

forma de incertidumbre por fuera del pensamiento causal. La suerte es una realidad valorativa, construida sobre la base del azar y normativizada en la medida que le agrega una dimensión de sentido. Consecuentemente, el azar por sí mismo, como naturaleza, no califica para ser equiparado a la suerte. Sólo aquello que afecta a las personas hace admisible un juicio valorativo que remite al concepto de suerte<sup>7</sup>.

La suerte es asociada con lo inmerecido, con lo que el sujeto no pudo prever ni controlar. Esta condición de la suerte hace que predomine la idea de que los eventos, o cambios en los estados de cosas, que derivan de la suerte no deben influir en la evaluación moral del agente. No integran su estatus evaluativo o su estatus como agente responsable.

## B) El requisito de azarosidad

El segundo requisito se podría denominar “*requisito de azarosidad*” (*chance thesis*)<sup>8</sup>. Un evento puede ser calificado como afortunado si y sólo si hay una gran probabilidad de que el evento no ocurra. Si, al contrario, el evento es esperado, no puede hablarse de suerte. La suerte tiene una nota de anormalidad. Este requisito no afecta al carácter causal del evento. El hecho de que sea causal no significa que no pueda atribuirse a suerte, tal como ocurre con el número resultante del giro de la ruleta. La azarosidad tiene cierta vinculación con alguna forma de comparación de casos que veremos más adelante en el análisis del pensamiento contrafáctico. Frente a la posibilidad de un desenlace más grave que el efectivamente ocurrido, mayor será la suerte percibida por la víctima. Estos dos requisitos permiten una concepción básica de la suerte que permite avanzar sobre sus efectos en el campo normativo.

---

<sup>7</sup> Las cosas no poseen suerte por sí mismas, sino a consecuencia de la relación que pueda establecerse con una persona. El caso de los animales y los colectivos de personas podría ser diferente, aunque ahora sólo tratamos el caso de responsabilidad individual (vid. PRITCHARD y SMITH, *New Ideas Psychol.*, 2004, pp. 1-28).

<sup>8</sup>COFFMAN, *Synthese*, 2007, p. 389. Por supuesto, este requisito no es nuevo, se encuentra ya en ARISTÓTELES: “El azar es toda producción accidental, ya de la naturaleza, ya del pensamiento.” (*Metafísica*, libro undécimo, · K · 1059a-1069a VIII).

## C) Suerte, control y responsabilidad

El tratamiento dispensado a la suerte en la literatura filosófica ha partido de una consideración intuitiva de su concepto. En particular, se ha tratado a la suerte como el concepto opuesto al de responsabilidad, reflejando la intuición dominante de que no puede haber responsabilidad fundada en la suerte. Consecuentemente, aquello que no es controlado por el agente no puede ser más que suerte y ajeno a su responsabilidad. En palabras de *Nagel*:

“Donde un aspecto significativo de lo que alguien hace depende de factores más allá de su control, y aun así continuamos al respecto tratándolo como un objeto de juicio moral, esto puede llamarse suerte moral”.<sup>9</sup>

La llamada tesis de la incompatibilidad, entre suerte y responsabilidad, exige una responsabilidad de suerte cero y se manifiesta en la exigencia de la condición de control: “sin control no hay responsabilidad”.

Parece acertado, a simple vista, que nadie pueda ser responsabilizado por aquello que no controla. La condición de control se asienta en el sinalagma, que siempre reafirma *Jakobs*, de libertad de organización y responsabilidad por las consecuencias. Pero el agente no siempre controla aquello que se pretende someter su organización o que es puesto bajo su organización. Existen factores que pueden aparecer inesperadamente que desvían la organización hacia resultados que no son los que el agente pretendía o que el observador pudiera predecir como probables en la situación del agente. La imputación por la organización “defectuosa” oculta una fracción de atribución por la suerte.

En definitiva, el control puede ser un factor limitado de responsabilidad que lleva a una ficción que pretende sostener que el agente puede organizar el mundo que lo rodea para dirigirlo a un fin determinado. Pero cuando se analiza esta impresión aparece como problema la circunstancia de que no se controla prácticamente nada. Los resultados dependen de factores que se encuentran fuera del dominio del sujeto, quien, en ocasiones, ni siquiera puede preverlos debido a las limitaciones humanas a ese respecto. Los pensamientos, que se cree son la última barrera de protección de la

---

<sup>9</sup> NAGEL, *Mortal Questions*, p. 26.

intimidad, no pueden ser controlados, ni en la propia formación de los mismos, ni en su configuración.

En definitiva, quiénes somos, qué pensamos y cómo actuamos depende de la naturaleza y de los contactos sociales aun anteriores al tiempo en que contamos con discernimiento. La condición de control parece demasiado amplia como elemento definitorio para el concepto de suerte y demasiado restringida como requisito para atribuir responsabilidad. Como concepto de suerte, la salida del sol debería considerarse un caso de suerte<sup>10</sup>, pues nadie puede controlarla. Como concepto de responsabilidad, llega a la imposibilidad de la misma porque nadie controla nada.

Esta problemática acerca del concepto de suerte ha sido discutida en dos campos filosóficos afines al derecho: el moral y el epistemológico.

## **I.2. La suerte moral**

En el ámbito de la moral, el concepto de suerte ha sido objeto de estudio a partir de la denominación “suerte moral”<sup>11</sup>, introducida por *Williams* en 1976 para llamar la atención sobre los resultados paradójicos en la formulación de juicios morales. La suerte moralmente relevante se convierte en suerte moral. Si la evaluación moral debe limitarse a aquello que puede ser atribuido exclusivamente al agente, pareciera que la suerte debe ser ajena a tal forma de evaluación. El resultado de esta evaluación moral es la determinación de si el agente merece reproche o elogio. Excluida la suerte, el reproche es puro merecimiento.

---

<sup>10</sup> LATUS, *Metaphilosophy*, 2003, p. 467.

<sup>11</sup> Los filósofos suelen usar los términos “moral” y “ética” en forma indistinta, pero muchos hacen una distinción entre moral, filosofía moral y ética. La moral, entendida como moral positiva o descriptiva, se refiere a ciertas costumbres, preceptos y prácticas de las personas y de las culturas. La filosofía moral se refiere a la reflexión filosófica o teórica sobre moral. La ética es entendida como referida a todo el dominio de la moral y de la filosofía moral, desde que tienen características en común. También se interpreta a la ética como más abarcativa de la moral en sentido estricto; así lo hace, por ejemplo, Bernard Williams. La filosofía moral trata de establecer principios del comportamiento correcto que puedan servir de guía de acción para los individuos o grupos sociales.

Parece imposible que exista un argumento que permita explicar adecuadamente que la suerte tenga significación moral. Frente a ello, se presenta la paradoja descrita por *Adam Smith*, quien consideraba que los resultados eran ajenos a aquello que podía reprocharse con sentido; pero, a su vez, los sentimientos morales de las personas los inclinaban a juzgar más duramente, en forma irracional, por la producción de un resultado disvalioso. Así, la suerte adquiriría un valor moral espurio en el juicio de las conductas de los agentes. *Adam Smith*, al plantear la expansión de la influencia de la fortuna en nuestras conductas y juicios, indica:

“...aunque las intenciones de una persona sean apropiadas y benévolas en un grado máximo, por un lado, o inapropiadas y malévolas, por el otro, si no producen sus efectos, el mérito será imperfecto en un caso y el demérito incompleto en el otro. Esta irregularidad de los sentimientos no es experimentada tan sólo por los que resultan inmediatamente afectados por las consecuencias de una acción. En alguna medida también es sentida por el espectador imparcial”<sup>12</sup>

El catedrático de Glasgow concluía que esta desviación, provocada por la “sombra de demérito”<sup>13</sup> del resultado lesivo, se compensa con una “mano invisible” que hace que la imputación de resultados cumpla una función social benéfica; de forma que la irracionalidad local se justifica por los beneficios globales que produce a largo plazo el incentivo de una solidaridad social utilitarista reforzada con penas y castigos<sup>14 15</sup>.

La evaluación de la situación, para determinar el desvío, la realiza el espectador imparcial (también lo llama “indiferente”) que permite juzgar por separado el contenido moral, propiamente dicho, de los sentimientos que el hecho externo provoca en los agentes involucrados. Esta problemática se ve claramente cuando partimos de dos personas que tienen las mismas intenciones y que las ejecutan de forma idéntica, pero sólo a una de ellas se anuda un resultado acorde a la intención. El juicio de reprobación o de aprobación será más contundente sobre la que produce el resultado que sobre la que fracasa. Esta irregularidad adquiere un doble flujo normativo con relación al juicio moral a que da lugar. Por un lado, lleva a imputar

---

<sup>12</sup> SMITH, *La teoría de los sentimientos morales*, p. 201.

<sup>13</sup> SMITH, *La teoría de los sentimientos morales*, p. 200.

<sup>14</sup> Russell sostiene que se trata de un argumento utilitarista (RUSSELL, *HPQ*, 1999, p. 48).

<sup>15</sup> Flanders considera que no se trata de utilitarismo, sino de una importante verdad acerca de nuestra naturaleza como agentes (FLANDERS, *HPQ*, 1999, pp. 37-58).

por el resultado, pero por el otro, hace posible establecer comparaciones entre el valor moral de los distintos agentes entre sí.

## A) Las formas de la suerte moral

El estudio de la suerte en el campo moral ha llevado a una diferenciación entre distintas clases de suerte. Así, la suerte *circunstancial* es la suerte por las alternativas en las que el agente se encuentra a sí mismo durante su vida. Determinadas circunstancias de la vida del agente lo someten a diferentes retos morales. Las circunstancias que el agente afronta pueden encontrarse más allá de su control; si pueden jugar un papel en la valoración de su mérito o demérito, su posición moral será diferente a la que tendría si no se hubieran presentado<sup>16</sup>.

La suerte *constitutiva* es aquella que se refiere a la suerte por lo que el agente es como persona, su carácter determinará su comportamiento en distintas situaciones y también determinará el juicio moral que merezca.

La suerte *causal* es aquella suerte que recae en la determinación del agente por circunstancias antecedentes. Ocurre cuando nuestros actos dependen de circunstancias previas que los determinan, siendo tales circunstancias ajenas al control del agente. Algunos autores consideran que es redundante, pues su campo de acción se encontraría cubierto por una combinación de la suerte circunstancial y la suerte constitutiva.

La suerte *por los resultados* es la que influye en relación a cómo resultan las cosas. El resultado de las conductas del agente es el que determina su saldo moral. Si las cosas resultan mal, aun cuando careciera de control sobre ese resultado, será juzgado moralmente respecto a ese estado de cosas generado a partir de su conducta. Si el

---

<sup>16</sup> A esta clase de suerte se refiere el caso en que un oficial de un campo de concentración podría haber tenido una vida tranquila e inofensiva si los Nazis no hubieran asumido el poder en Alemania. Y alguien que ha tenido una vida tranquila e inofensiva en Argentina, podría haberse convertido en un oficial de un campo de concentración si no hubiera dejado Alemania en 1930 por razones laborales (NAGEL, *Mortal Questions*, p. 26). Si se eliminara la suerte en las circunstancias, se podría llegar a no responsabilizar al oficial del campo de concentración –porque carece de control- o bien, como sostienen otros, responsabilizar a ambos –por el carácter que poseen-.

resultado es un daño o lesión de los intereses de otro u otros, será juzgado como moralmente relevante, no importa si estaba fuera de su control<sup>17</sup>.

Este tópico no es nuevo en la literatura filosófica. *Hegel* parte de un ejemplo que parece bastante claro:

“En una acción se pueden aducir siempre más o menos circunstancias, en un incendio deliberado el fuego puede no llegar a declararse o extenderse más allá de lo que su autor había previsto. A pesar de ello no se puede hablar en este caso de buena o mala suerte, porque *al actuar el hombre se entrega a la exterioridad. Un viejo refrán dice con justicia que la piedra que ha salido de la mano pertenece ya al diablo. Al actuar me expongo a la mala suerte: ésta tiene, por lo tanto, un derecho sobre mí y es la existencia de mi propio querer*”<sup>18 19</sup>

*Hegel* parte de una irrestricta responsabilidad por la suerte por los resultados como derivados del propio querer del agente: el someterse al riesgo es aceptar los resultados.

---

<sup>17</sup> Es decir, si dos personas deciden matar a otra y ambas tienen el mismo plan, intenciones y ejecuciones idénticas; pero las cosas resultan diferentes (sólo una de ellas acierta en su objetivo) ambos son sujetos a una suerte por los resultados. Si es posible ofrecer diferentes asignaciones morales para cada uno de ellos, entonces estamos ante un caso de suerte moral por los resultados. El caso de Williams es el de dos camioneros que no verifican el estado de sus frenos previamente a salir y sólo a uno de ellos se le cruza en peatón y lo atropella. La negligencia es idéntica pero el reproche varía profundamente.

<sup>18</sup> HEGEL, *Principios de la filosofía del Derecho*, p. 215. En realidad se trata de un “agregado” de los añadidos por su discípulo Gans. Estos textos fueron tomados por Gans de apuntes de clase de otros discípulos –Hotho y von Griesheim- y de notas marginales del propio Hegel.

<sup>19</sup> El “asunto de la piedra” tiene cierta historia. Para una interpretación contraria a la atribuida a Hegel, puede verse el trabajo de Burkhardt en que cita la existencia de regulaciones, durante la Edad Media (siglos XV y XVI), que establecían una pena más severa para tirar una piedra que fallara su blanco, que para el caso en que lograra su objetivo. También comenta la interpretación de His a esta situación:

“Hay una necesidad de castigar los actos peligrosos. En la determinación del castigo, un objetivo era el foco del daño, el cual fue alcanzado. Si no hubiera daños tangibles, sin embargo, podrían haber resultado las consecuencias más extremas, debiéndose tener en cuenta esto en orden a abarcar todos los posibles casos, y de asegurar un castigo adecuado al daño que pudo haber sido causado.” (HIS, *Das Strafrecht des deutschen Mittelalters*, 178, 1920, citado por BURKHARDT, *BYU L. Rev.*, 1986, p. 558).



*Aristóteles* sostiene que la felicidad depende, en parte, de lo exterior e incontrolable<sup>20</sup> y coincide con *Hegel* en la significancia de los resultados. En la *Ética Nicomáquea* expresa:

“Es lo mismo que cuando se lanza una piedra, que no es posible detenerla después de desprendida de la mano y, sin embargo, de nosotros dependía solamente lanzarla o no lanzarla, porque el movimiento inicial estaba a nuestra disposición.”<sup>22</sup>

*Oliver Wendell Holmes* parte de que el juicio de valor debe incluir el contexto de la ejecución para comprender el sentido objetivo de la conducta del autor. El sentido social de la conducta y, consiguientemente, el reproche dependen de esta contextualización.

“Cuando un obrero arroja una piedra o un madero a la calle y mata a un hombre podría tratarse tanto de una desgracia, un homicidio no premeditado (*manslaughter*) o un homicidio, según sean las circunstancias bajo las cuales ese acto fue ejecutado: si ocurrió en un pueblo de campo, donde los transeúntes son pocos, y el autor realizó una llamada de advertencia, se trata sólo de una desgracia; pero si ocurrió en Londres, o en otra ciudad populosa, donde la gente circula continuamente, se trata de homicidio sin premeditación (*manslaughter*), aunque haya dado la voz de advertencia; y de homicidio, si él conocía que había personas pasando y no dio la voz de alarma.”<sup>23</sup>

En el caso de *Holmes*, las circunstancias que rodean al acto parecen el medio de dilucidar si se ha ejercido la opción por la suerte o se trata de un supuesto de suerte

---

<sup>20</sup> “Pues la felicidad requiere, como dijimos, una virtud perfecta y una vida entera, ya que muchos cambios y azares de todo género ocurren a lo largo de la vida, y es posible que el más próspero sufra grandes calamidades en su vejez, como se cuenta de Príamo en los poemas troyanos, y nadie considera feliz al que ha sido víctima de tales percances y ha acabado miserablemente.” (EN 1100<sup>a</sup> 5-10)

<sup>21</sup> Aristóteles dice que la *eudaimonia* no se encuentra completamente a merced de la suerte. Las cosas externas no son los factores más importantes, el bien o el mal no residen (no depende causalmente) en éstas. Ellas no son las constituyentes de la buena vida: actividades de acuerdo a la excelencia, o sus opuestos, son las que están a cargo de la *eudaimonia* o de su opuesto:

“Pero en modo alguno sería correcto seguir las vicisitudes de la fortuna, porque la bondad o maldad de un hombre no dependen de ellas, aunque, como dijimos, la vida humana las necesita; pero las actividades de acuerdo con la virtud desempeñan el papel principal en la felicidad, y las contrarias, el contrario.” (EN 1100b5-12).

<sup>22</sup> ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, Libro Tercero, Capítulo V, 1114<sup>a</sup> 15-20.

<sup>23</sup> MANDIL, *Colum. L. Rev.*, 1987, p. 135.

bruta, un accidente. Los problemas de contexto muestran su relevancia en lo atinente a la “suerte epistémica” que trataremos separadamente.

*Kant*, por su parte, representa la vertiente que destaca la incompatibilidad entre suerte y responsabilidad. Su pensamiento representa una tesis pura de exclusión de la suerte o incompatibilista. En la “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres” expresa:

“La buena voluntad no es buena por lo que efectúe o realice, no es buena por su adecuación para alcanzar algún fin que nos hayamos propuesto; es buena sólo por el querer, es decir, es buena en sí misma.”<sup>24</sup>

“Aun cuando, por particulares enconos del azar o por la mezquindad de la naturaleza madrastra, le faltase por completo a esa voluntad la facultad de sacar adelante su propósito; si, a pesar de sus mayores esfuerzos, no pudiera llevar a cabo nada y sólo quedase la buena voluntad –no desde luego como un mero deseo, sino como el acopio de todos los medios que están en nuestro poder-, sería esa buena voluntad como una joya brillante por sí misma, como algo que en sí mismo posee su pleno valor.”<sup>25 26</sup>

La lectura canónica de *Kant* lo convierte en el arquetipo de la tesis de la incompatibilidad entre responsabilidad y suerte<sup>27</sup>. Los resultados son ajenos a la voluntad, sólo ella puede ser objeto de evaluación en términos de elogio o censura.

---

<sup>24</sup> KANT, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Cap. I.

<sup>25</sup> KANT, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Cap. I.

<sup>26</sup> Platón sostenía que la buena persona no podía ser dañada por el mundo: su vida no es menos loable porque enfrente circunstancias adversas (PLATÓN, *La República*, 388A-B; *Apología*, 41C-D). Sin embargo, reconocía una diferencia entre consumación y tentativa derivada del respeto a la fortuna y a la providencia y, para dar las gracias a estas deidades y no oponerse a su voluntad, consideraba que para el intento de homicidio la pena de muerte debía ser substituida por vida y la compensación por el daño (PLATÓN, *Las leyes*, 876d-877<sup>a</sup>).

<sup>27</sup> En la *Moral Mogrovius II*, Kant dice: “La mayoría de cuanto denominamos “bueno” lo es tan sólo de modo condicionado, pues bueno sin paliativos no hay sino la buena voluntad... Una voluntad buena es tal en base a ella misma, bajo todo respecto y en cualesquiera circunstancias” (KANT, *Ak. XXIX.1* 599). “La moralidad es la coincidencia de la voluntad con su propia validez universal posible... El hombre ha de considerarse en cuanto ser racional como legislador del reino de los fines” (KANT, *Ak. XXIX.1*, 610).

### I.3. La suerte social

Esta suerte puede ser llamada “*suerte social*” porque guarda estrecha relación con la clase de sociedad que se pretende tener; más específicamente, con cómo se debe tratar las diferencias de oportunidades o de bienes de los distintos miembros del grupo social. En particular, la forma de compensarlas en un esquema social igualitarista. Esta suerte es conocida, en el campo de la filosofía política como suerte por opción y su opuesta, como suerte bruta.

En la “*suerte por opción*” se trata de que el agente puede merecer cierta suerte cuando ha asumido que la intervención de la misma puede derivar de una conducta voluntaria adoptada en un punto temporal previo a la concreción de esa suerte. Por ejemplo, el que invierte su dinero en el mercado de acciones bursátiles asume que la suerte puede hacerle perder el dinero invertido; el que teme a la aparición de la suerte invierte a una tasa de interés en una cuenta a plazo fijo. El primero eligió esa suerte, el segundo la evitó.

Este mismo razonamiento puede extenderse a casos en que el agente toma una decisión acerca de la posible pérdida de otros, como las que toman los padres respecto de los hijos o los bancos respecto a los ahorros de sus clientes. Es decir, cuando las consecuencias de las elecciones recaen sobre otras personas. La suerte por opción refleja una idea de responsabilidad que permite extender el merecimiento a esa suerte concreta.

En definitiva, se trata de la creación de un riesgo que pudo ser evitado por el agente. *Dworkin* expresa que si una persona toma un riesgo que se desenlaza en un mal resultado, entonces la justicia nos permite dejar las cosas como están; el autor no tiene derecho a compensación por su pérdida. Es similar a los casos en que una persona no asegura su casa contra incendios: si se prende fuego, accidentalmente, y queda destruida, no puede reclamar a nadie respecto de su pérdida<sup>28</sup>.

Este mismo razonamiento puede extenderse a los casos en que el riesgo recae sobre otros distintos del que lo asume. El agente deberá responder por esos resultados, como consecuencias con las que debe cargar.

---

<sup>28</sup> DWORKIN, *Sovereign Virtue*, p. 73 y ss.

Esta suerte tiene como contracara a la “*suerte bruta*”, aquella que no deriva de una elección del agente. Ella le viene dada, sin que el agente pueda ser sindicado como su originador. Tal como su predisposición genética a ciertas enfermedades o su posición social inicial. Se trata de una forma de referencia análoga a la suerte o lotería natural. Los igualitaristas sostienen que el objetivo fundamental de la igualdad es compensar a las personas por la mala suerte inmerecida<sup>29</sup>; en definitiva, por su suerte bruta. Sin embargo, no se trata, en realidad, de clases de suerte; sino de un problema de nivel más general, de la forma de atribuir la suerte. Este punto da una vuelta de tuerca a la cuestión; ya no se trata, solamente, de eliminar la suerte, sino de eliminar aquélla que no puede compatibilizarse con cierta concepción de responsabilidad.

#### **I.4. La suerte epistémica**

La suerte no sólo tiene relación con los juicios de responsabilidad moral o penal. Los juicios que permiten evaluar si un agente conoce la verdad de una proposición dada significan cierta asignación de mérito en caso de que conozca y de demérito en caso de que sólo haya tenido suerte en que su afirmación coincidiera con la realidad. En efecto, el acierto acerca de la verdad de una proposición no implica necesariamente conocimiento. El que apuesta a un número en la ruleta, aunque acierte y gane, no conocía que ese sería el número ganador. La apariencia de conocimiento o la creencia verdadera por intervención de la suerte, no es digna de crédito o elogio como parece serlo el verdadero conocimiento. La epistemología necesita eliminar la suerte, tanto como la moral o el derecho, para que elogio y reproche se distribuyan adecuadamente. Hay un mérito en la atribución de conocimiento a una persona que la suerte parece desdibujar o ensombrecer.

Las distintas corrientes en epistemología tratan de eliminar distintas de clases de suerte que distorsionan los juicios normativos propios de este campo científico. La suerte afecta de distintas formas al conocimiento del agente, éste puede afirmar una proposición como verdadera cuando en otras circunstancias no lo hubiera hecho

---

<sup>29</sup> ANDERSON, *Ethics*, 1999, Vol. 109, n°2, p. 288.

aunque contara con la misma prueba con que cuenta en el caso en que acierta. También puede tener una creencia verdadera sin conocer cómo llegó a poseerla, es decir sin ser capaz de fundamentar sus razones, o puede ser verdadera sin que exista prueba válida que la apoye. En estos casos no se reúnen los requisitos para hablar de conocimiento y el agente que posee la creencia verdadera acierta sólo por suerte.

La consecuencia de estos planteos es que la suerte resulta incompatible con el conocimiento. La epistemología ha intentado diversas aproximaciones al tema que han intentado discernir qué clases de suerte resultan relevantes o irrelevantes, a los efectos de hablar de conocimiento. Sus elaboraciones, como sus consecuencias, resultan de gran utilidad para el derecho penal, pues representan el mayor esfuerzo teórico llevado adelante para entender el significado de la suerte y para excluir o atemperar la influencia de la misma en sus juicios evaluativos.

## **I.5. La suerte psicológica**

La psicología social ha tratado de comprender cómo las personas entienden la suerte y cuál es la función que desempeña en los comportamientos de los individuos y en los grupos de personas. Los juegos de azar y los motivos para continuar jugando son parte de este campo de estudio. La necesidad de entender los fenómenos de la vida diaria como controlados por los sujetos produce creencias que implican la subjetivización de la suerte.

Este mecanismo ha sido llamado “ilusión de control”, porque genera patrones de comportamiento irracionales que se manifiestan en juicios erróneos acerca de las probabilidades de que ocurran ciertos eventos y de que esos eventos pueden controlarse por medios que son claramente ineficaces para ese fin.

En este campo de investigación, basado en trabajos de corte empírico, parece decisiva la consideración del pensamiento contrafáctico para efectuar adecuadamente los juicios de valor acerca de los acontecimientos reales y para la consiguiente atribución de la suerte. Esta forma de construir los juicios evaluativos lleva a los

sujetos, por ejemplo, a formular juicios positivos de experiencias que podrían calificarse en forma totalmente opuesta si no interviniera la consideración mental de cursos causales contrafácticos. Así, un accidente en que se produce la lesión de una persona puede ser visto como muy positivo, de buena suerte, debido a que se considera muy cercana a la realidad la posibilidad de que resultara fatal.

## **I.6. La suerte penal**

En el derecho penal pueden citarse referencias históricas a favor de posiciones dispares acerca del tratamiento del fundamento de la responsabilidad, que reconocen el axioma de que no hay responsabilidad por la suerte. Tal es así que el Digesto recoge lo que se podría decir el *leitmotiv* penal de esta discusión:

“en los crímenes, hay que considerar la intención y no el resultado.”<sup>30</sup>

En una perspectiva más abarcadora podría decirse que el principio de inocencia representa un hito importante en la discusión solapada de la suerte penal.

Este principio puede ser la representación más conspicua de esta comprensión encubierta de la problemática tratada. Implica que es necesaria la dilucidación de un problema epistemológico, de tal forma que sería necesario determinar qué es pertinente saber, para afirmar conocimiento acerca de la culpabilidad de una persona. El principio que surge de esta comprensión es que la suerte no puede afectar a la inocencia, debido a que la suerte no defrauda expectativas relativas a la actuación de las personas. Sin embargo, la práctica penal habitual no repara en esta forma de quebrantamiento del principio de inocencia.

Esta misma comprensión puede analizarse como un problema moral o ético acerca de qué se puede incluir en el juicio de responsabilidad. Lo cual permite revisar la proposición de sentido común de que la suerte no genera o no modifica la responsabilidad, pudiéndose analizar la idea de que no puede ser eliminada sin que

---

<sup>30</sup> JUSTINIANO, *Digesto*, 48. 8.14

ello signifique la pérdida de parcelas de imputación relevantes a los fines del castigo penal.

La simple perspectiva que reduce el dilema penal a la cuestión de desvalor de acción *versus* desvalor de resultado ha eclipsado la verdadera dimensión del problema. A consecuencia de esta visión sesgada se puede decir, adhiriendo a la afirmación de *Burkhardt*, que “poco progreso ha habido en los últimos doscientos años en pos de una solución”<sup>31</sup>. El aire pesimista acerca de la existencia de una solución<sup>32</sup> parece haber reducido la cuestión a una lucha de escuelas.

La única consecuencia palpable de la disputa antes mencionada, por lo menos en el derecho penal continental europeo, es la distinción entre consumación y tentativa<sup>33</sup>. La concentración en el problema “tentativa - consumación” tiene como saldo positivo que ha servido para ver a la suerte como un factor de desigualdad en el campo penal. Ahora bien, la fuerte influencia de la dogmática alemana ha mantenido la discusión en su “caja de herramientas” como una disputa entre subjetivismo y objetivismo, creando un enorme punto ciego para la comprensión del problema general de la suerte penal. De este modo, el derecho penal ha permanecido ajeno a la discusión que se desarrolló en la filosofía moral, la epistemología y la psicología

---

<sup>31</sup>. Este penalista agrega que: “Los argumentos del pasado todavía dominan la discusión contemporánea.... Difícilmente algo sustantivo se ha adicionado.” (BURKHARDT, *BYU L. Rev.*, 1986, p. 556).

En respuesta a Burkhardt, Kremnitzer plantea una visión menos pesimista sobre el tema (KREMNITZER, *BYU L. Rev.*, 1990, pp. 81-95).

<sup>32</sup> “En un análisis final, es dudoso que un argumento racional y concluyente sobre este tema sea posible” (BURKHARDT, *BYU L. Rev.*, 1986, p. 556-557).

<sup>33</sup> En el pensamiento anglo-americano, este mismo problema ha generado una discusión mucho más fértil y asociada a la moral. La atribución de relevancia al disvalor de resultado ha predominado, tanto en nuestro ámbito jurídico como en el sistema anglo-americano; históricamente, ha prevalecido la idea de que el resultado es determinante de la responsabilidad penal. Tal como lo ha expresado Hart: “Es casi una práctica universal de los sistemas penales fijar un castigo más severo para los delitos completos que para las meras tentativas.” (HART, *Punishment and Responsibility*, p. 129). La crítica a una consideración “desmedida” del resultado puede resumirse en la afirmación de Lewis, quien plantea que la práctica actual de castigar por los resultados no es diferente a una lotería penal en la cual el monto de la pena depende de algún evento azaroso como el echar suertes en la elección de palillos cortos o largos (LEWIS, *Philos. Public Aff.*, 1989, p. 58). Para Lewis un derecho penal que se basa en la atribución de responsabilidad por el resultado opera como una lotería, claro que esta postura da por supuesto que el resultado no puede tener un sentido racional como para atribuirlo o bien que el sentido racional no se cumple con la imputación del resultado meramente en sentido fáctico.

social, captando la superficie del problema global de la suerte como un problema de mera suerte por los resultados en la consumación del hecho.

El principio de inocencia debería ser el primer bastión para abrir la discusión, pues puede interpretarse como exigiendo que no se atribuya responsabilidad por la suerte. La suerte penal es castigo al inocente. Este mismo principio rige en los campos moral y epistemológico, bajo la forma de un principio de necesidad de una fundamentación racional de los juicios evaluativos y de distribución justa de la responsabilidad. Esta lógica lleva la discusión a un terreno en el cual la literatura penal no sólo no ha profundizado, sino que ni siquiera ha posado su vista. La moral y la epistemología pueden, a partir de la similitud del problema, atacar el pesimismo penal de *Burkhardt*. Si nada sustancialmente nuevo se ha aportado en los últimos tiempos al problema, quizás sea el momento de mirar afuera del derecho penal para encontrar las soluciones o, cuanto menos, nuevos problemas.





## II. La suerte moral

### II.1. Suerte y control

El problema de la suerte moral puede resumirse en dos proposiciones que resumen las intuiciones contradictorias reseñadas en la introducción:

1. *El reproche moral es independiente de la suerte.*
2. *El reproche moral no es independiente de la suerte porque evaluamos los resultados que derivan de la suerte.*

Para evitar la segunda proposición, la suerte suele ser tratada como ausencia de control por parte del agente. Esta posición, que es predominante, afirma que el control es el único fundamento para atribuir responsabilidad. El agente es tal si controla todo aquello que se evalúa para formular el juicio moral.

Este capítulo tratará de analizar este principio o condición para determinar si puede ser un método correcto de identificación de la suerte, de su exclusión y de cómo se relaciona con los juicios de responsabilidad. El postulado reza: “sólo puede haber responsabilidad por aquello que el agente controla”. La responsabilidad se limita a aquello que el agente controla efectivamente, lo demás es suerte. Este fundamento de la responsabilidad es llamado *condición de control* o *principio de control*. Resumidamente, suerte es igual a ausencia de control. Esta concepción del control excluye los resultados como objeto del juicio moral. *Rescher* lo expresa de una forma plástica:

“Jugamos nuestras cartas lo mejor que podemos, pero el resultado depende de lo que hace el resto de los jugadores del sistema, ya se trate de la capacidad de la gente o de las fuerzas de la naturaleza”<sup>34</sup>

La condición de control exige que sólo aquello que el sujeto controla puede serle reprochado como su obra<sup>35</sup>. Esto conduce a la discusión acerca de si los resultados son siempre producto de la suerte o, en ocasiones, pueden incluirse en el ámbito de la condición de control. En la mayoría de los sistemas normativos la producción de eventos o la modificación de estados de cosas son elementos de los juicios de responsabilidad. Sin embargo, si el sujeto, con su conducta, no controla el mundo exterior, aquello que ocurre en él no puede serle vinculado de una forma que pueda ser objeto de reproche o recompensa. En este contexto, el juicio de valoración moral carece de base de sustentación; la imputación derivaría de la suerte, como lo opuesto a lo controlable o controlado.

*Nagel* lo plantea de la siguiente forma:

“Donde un aspecto significativo de lo que alguien hace depende de factores más allá de su control, y aun así continuamos, al respecto, tratándolo como un objeto de juicio moral, esto puede llamarse suerte moral”.<sup>36</sup>

La suerte moral se presenta cuando un agente puede ser objeto de un juicio moral, sin perjuicio de que un aspecto importante de las bases de ese juicio se asiente en factores que se encontraban más allá del control del agente. La suerte moral no tiene razón de ser frente a un concepto de responsabilidad sólo fundado en la imputación estricta de lo que es controlado por el agente.

Esta situación de valoración, positiva o negativa, de la suerte lleva a una paradoja y al pesimismo de *Nagel*:

---

<sup>34</sup> RESCHER, *Los enigmas del azar* (<http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/rescher.html>, última visita 4 de febrero de 2014).

<sup>35</sup> La necesidad de que se cumpla la condición de control para la responsabilidad, implica que el concepto de suerte depende de la ausencia de control. Así lo sostiene una gran parte de los autores que analizan la suerte desde la perspectiva de la moral o la epistemología ( DANIEL STATMAN, *Ratio*, 1991, 146-156; JOHN GRECO, *Metaphilosophy*, 1995, pp. 81-96; MICHAEL ZIMMERMAN *Can. J. Philos.*, 2006, pp. 585-608 y WAYNE RIGGS, *Synthese*, 2007, pp. 329-344).

<sup>36</sup> NAGEL, *Mortal Questions*, p. 26.

“Yo creo que en cierto sentido el problema no tiene solución, porque algo en la idea de acción es incompatible con ver a las acciones como eventos, o a las personas como cosas. Pero, a medida de que los determinantes externos de lo que alguien ha hecho son gradualmente expuestos, a través de sus efectos o consecuencias, su carácter y sus elecciones en sí mismas, se vuelve, también, gradualmente claro que las acciones son eventos y las personas son cosas. Eventualmente, nada quedará que pueda ser adscrito a la responsabilidad del ser (humano) y nos quedaremos con nada más que una porción de la larga secuencia de eventos, que deploraremos o celebraremos, pero que no reprocharemos o elogiaremos”<sup>37</sup>.

El consenso teórico acerca de los límites de la dimensión moral, de que aquello que *no depende del agente* no puede ser objeto de responsabilidad, se ve alterado cuando la realización de la conducta del agente genera una consecuencia externa de valor negativo, aun cuando ella dependa de la intervención de factores que no domina. Este juicio de reproche ampliado significa la cosificación del agente<sup>38</sup>.

Sin embargo, el argumento de la necesidad de control para poder adjudicar responsabilidad, llevado al extremo, provoca un efecto expansivo que no deja espacio para la responsabilidad personal. Si no se puede responsabilizar a una persona por los resultados, tampoco puede hacérselo por sus conductas. En efecto, el principio de control tiende, como todo principio, a ser absoluto<sup>39</sup>. Las conductas son tan vulnerables a agentes externos como la conexión con el resultado. *El hecho de que con relación al resultado exista una distancia física y temporal nada agrega ni quita al sometimiento a factores no controlados por el agente.* Las conductas dependen de pro-actitudes (deseos, valores, preferencias, etc.) cuya generación puede estar conectada con factores externos, sean éstos naturales o dependientes de la manipulación de otros agentes humanos. Esta ausencia de control absoluto pone en

---

<sup>37</sup> NAGEL, *Mortal Questions*, p. 37.

<sup>38</sup> Se suele interpretar que la ampliación del concepto de responsabilidad derivado del principio de control, comienza con la inclusión de los resultados. Sin embargo, la ampliación y cosificación comienza con la inclusión de la conducta.

<sup>39</sup> La tesis de Nagel se fundamenta en cierta confusión sobre el concepto de suerte. Si aquello que el agente no controla es automáticamente considerado suerte, la salida del sol no es controlada por el sujeto, pero nadie diría que es debida a la suerte o que el sujeto tuvo suerte de que el sol saliera esa mañana.

duda cualquier base del sistema de responsabilidad personal, pues los resultados y las conductas no se diferencian.

Esta vulnerabilidad de lo externalizado hace que el problema de la suerte moral por los resultados, y por la configuración de las conductas, se traslade a la suerte por el carácter y a la suerte causal o circunstancial. En definitiva, la responsabilidad se asimila a una lotería natural en la que aquello que nos viene dado, cuya adquisición depende de cómo las constelaciones causales se hayan ordenado, es fundamento de reproche o elogio.

*El dilema es que si se pretende mantener la idea de agentes responsables, se debe justificar que algo de lo que el sujeto manifiesta en el mundo puede serle atribuido como propio.*

La suerte como ausencia de control, entendida en el sentido de *Nagel*, lleva a un dominio exclusivo de la suerte y a la imposibilidad de responsabilizar al sujeto como persona. No hay término medio, si no hay control entendido como absoluto, no hay responsabilidad. El ser controlado no es compatible con el ser responsable. Esta concepción puede constituir una forma de fundamentar la postura kantiana de exclusión total de la suerte en materia de responsabilidad moral. Lo mismo ocurre con la posición de *Adam Smith*, que ve la admisión de la suerte en los juicios de responsabilidad como un problema de irregularidad de los sentimientos morales<sup>40</sup>.

El problema que se presenta desde la perspectiva del concepto de control repercute directamente en el concepto de responsabilidad moral: si nadie es responsable moralmente por el evento o estado de cosas p, y nadie es moralmente responsable por el hecho de que p ocurra, entonces si ocurre q a consecuencia de p, se sigue que nadie es moralmente responsable por q. Este esquema deriva del llamado “*principio de transferencia de la irresponsabilidad*”<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Adam Smith considera que las personas deben ser juzgadas con base en los motivos e intenciones, sin consideración a las alteraciones impuestas por los eventos fuera del control del agente. (SMITH, *The Theory of Moral Sentiments*, p. 193 y ss.

<sup>41</sup> FISCHER Y RAVIZZA, *Responsibility and Control*, p. 152 y ss. La idea que pretende comunicar este principio es que si la conexión entre conductas y resultados es la causalidad y ella está influenciada por la suerte, toda la cadena causal resulta irrelevante para la atribución moral de responsabilidad.

El referido principio, sumado al determinismo causal, implica que si hay un estado del mundo en el pasado distante b (inclusive anterior a la existencia de las personas) que está conectado, por las leyes de la naturaleza, con una acción particular A, que se ejecuta en el presente. siendo que nadie es moralmente responsable por el estado del mundo b, y nadie es moralmente responsable por las leyes de la naturaleza que llevan de b a A, se sigue, entonces, que nadie es moralmente responsable por la acción A ni por los resultados de ésta.

El principio del control como opuesto a la suerte lleva a considerar, en un universo determinista, que nadie responde por nada; en especial, porque siempre habrá una causa o cadena causal que se conecte, hacia el pasado, con la intención, conducta o resultado actual que se pretende juzgar. El principio de control se conecta con el de transferencia e impide la fundamentación de los juicios de responsabilidad moral. La misma situación se presenta con los juicios de responsabilidad penal, siendo *“suerte penal” todo aquello que el sujeto no controla y, sin embargo, es considerado significativo para el juicio de imputación penal.* Nuevamente, el problema es que partiendo del principio de control, que parece servir para la exclusión de la suerte penal con respecto a los resultados, es imposible considerar que algún acto, omisión o pensamiento sea controlado por el sujeto. La exclusión de esta clase de suerte del contexto explicativo, manteniendo la conducta como controlada por el propio sujeto, es incoherente<sup>42</sup>. La condición de control, y la de suerte que se destila de ella, hacen que la propia idea de responsabilidad sea imposible. Por lo menos en un sentido intrínseco, donde la responsabilidad deriva de algún factor que le pertenezca como propio a la persona.

La responsabilidad aún podría fundarse en la fuerza causal que la pena pueda tener o en que las personas están determinadas a castigar ciertas manifestaciones del mundo causalmente vinculadas a individuos. De cualquier forma esto sería una atribución que parte de una cosificación de la persona.

---

<sup>42</sup> Esta situación requiere que llevemos la cuestión a un plano de discusión de mayor alcance: obligándonos a afirmar que el determinismo causal no resulta compatible con el principio de control.

## II.2. Significados de control

El concepto de suerte en la esfera de la condición de control absoluto es que todo es suerte, nada se puede controlar (*CONTROL- SUERTE<sub>1</sub>*). *La erradicación de la suerte de los juicios de responsabilidad nos deja sin juicios de responsabilidad.* Para salir de esta situación de incompatibilidad<sup>43</sup>, se podría pensar en un principio de control menos fuerte y considerar a la causalidad como dividida en dos campos, aquella causalidad que el sujeto controla y aquella que no controla. A su vez, la que controla sólo se refiere a la causalidad interna de su mente, pues la externa nunca es controlable, en su totalidad, por el sujeto. *Ergo*, todo lo que no controla, con esta estipulación del concepto de control, es suerte. *El campo de la suerte causal es tan amplio que el de la responsabilidad se reducirá a aquello que el sujeto genere en su mente sin que sea manipulado por otro u otros<sup>44</sup>. Aquello que pertenece a la autonomía de la voluntad queda confinado a la mente del sujeto.*

Esta posición lleva a la idea, supuestamente sostenida por *Kant*, de que los límites de la responsabilidad terminan en lo interno del sujeto, en el sujeto como *noumeno*. Esta forma mínima de compatibilidad implica reducir la libertad o el control a la esfera del pensamiento. Si interpretamos la suerte como ausencia de control, y la excluimos de los juicios de responsabilidad, nos queda una postura que considera que *nunca se controlan los resultados, ni las conductas, y, por lo tanto, sólo se puede ser responsable por las intenciones<sup>45</sup>*. La paradoja es que la expresión externa de esas intenciones, al igual que el sentido de ellas, depende de nuestras limitaciones

---

<sup>43</sup> Si nos planteamos el mismo principio en un universo indeterminista, la cuestión sigue en pie; si nada está determinado, el azar y la suerte dominan los acontecimientos, pensamientos y resultados. Todo se encuentra dominado por factores que el sujeto no puede controlar. El principio de control en un universo indeterminista es un sin sentido.

<sup>44</sup> Todavía habría que discutir si el control por otro, que excluye control propio, debe ser directo o también puede ser indirecto, pues el indirecto sería equivalente al de la naturaleza, por ejemplo manejando ciertos factores de la niñez del sujeto, del ambiente o de su educación. Sin embargo, por la finalidad de la discusión en el texto, no es necesario profundizar en esta distinción. Pueden verse en este sentido las objeciones que plantea Kapitan a la postura de Mele (KAPITAN, *Phil. Perspect.*, 2000, ps. 81-103).

<sup>45</sup> Con referencia a la felicidad, que *Kant* toma como un resultado, sostiene que “*la felicidad carece de valor propio alguno, en tanto representa un don de la naturaleza o de la fortuna*” (*Reflexión 6867, Ak. XIX, 186, citado por ARAMAYO, Immanuel Kant, p. 45*); agregando: “*La felicidad abarca todo (y también solo) cuanto la naturaleza puede proporcionarnos, pero la virtud sólo aquello que el hombre puede darse o quitarse a sí mismo*” (KANT, *Sobre el tópico: Esto puede ser correcto en teoría pero no vale para la práctica, en En defensa de la ilustración, p. 251*).

epistémicas para reconocer las intenciones con antelación a alguna manifestación física en el mundo. Por lo tanto, el pensamiento es lo único que está sujeto a responsabilidad.

*Suerte es aquello que pertenece a la esfera de lo externo a la voluntad (CONTROL-SUERTE<sub>2</sub>).* Esta limitación del control a lo interno motiva la reflexión de *Bernard Williams* acerca de que la moral kantiana sólo funciona en una pequeña área, higiénicamente delimitada, de privacidad sin sentido<sup>46</sup>. Igualmente crítica, *Susan Wolf* considera que el autor que tomara una postura como esta, que suele denominarse racionalista, “trazaría un círculo a su alrededor coincidente con la esfera de su voluntad”<sup>47</sup> y que tal actitud sería “una aproximación a la vida insana e indeseable”<sup>48</sup>. Esta postura que puede denominarse “subjetivismo” termina siendo, en su núcleo teórico duro, castigo del pensamiento. Pero si esta conclusión fuera rechazada, la única forma de hacerlo sería retrocediendo más atrás del pensamiento, al carácter. Así el subjetivismo dejaría de desvalorar el pensamiento (y castigar su puesta en marcha) para pasar a desvalorar el carácter que constituiría un subjetivismo más profundo relativo a la identidad personal<sup>49</sup>.

El problema es que el subjetivismo ni siquiera cuenta con esta salida. Si quisiera correr su límite del pensamiento al carácter se encontraría con la necesidad de excluir a la suerte constitutiva; una nueva forma de suerte que se le presenta frente a su corrimiento. Si los obstáculos exteriores –incluso los que hicieron a la formación del carácter- no interesan para conformar el juicio de responsabilidad, entonces no hay subjetivismo. El subjetivismo, pues, depende de la suerte en alguna medida. Paradójicamente, si elimina la suerte por los resultados lo hace al costo de comenzar un retroceso, pasando por el pensamiento y llegando hasta el carácter. *Eliminada toda suerte no queda nada del subjetivismo, porque el subjetivismo depende en algún*

---

<sup>46</sup> WILLIAMS, *Moral Luck*, p. 38. Aun cuando esto se lo atribuye a la moral kantiana y, también, a la libertad negativa de los utilitaristas.

<sup>47</sup> WOLF, *Philosophic Exchange, Annual Proceedings*, 2001, p. 15.

<sup>48</sup> WOLF, *Philosophic Exchange, Annual Proceedings*, 2001, p. 15.

<sup>49</sup> En el derecho penal cobraría un nuevo sentido la expresión “teoría personal del ilícito”. Repárese en que se castiga la manifestación exterior del pensamiento, cuando lo que se desvalora es otra cosa. La eliminación de la suerte exige acceder directamente al pensamiento, lo cual es imposible por la limitación epistemológica, por ahora, infranqueable para el juicio humano.



*punto de un ser real sensible identificable, el escapismo de la suerte constitutiva lo lleva a que el sujeto pase a ser su carácter noumenal.*

Toda teoría que deba retroceder hasta la eliminación de la suerte por el carácter termina creando un sujeto distinto al real, pues nada de lo que haga el sujeto real (pensamientos, intenciones, actos, resultados) puede ser aislado de la suerte sin que el sujeto deje de ser él mismo y se convierta en un ser ideal haciendo que si nada le era reprochable ahora todo lo sea, en su cualidad de ser no limitado por lo externo<sup>50</sup>. Todo se convierte en específicamente moral no jurídico; no queda espacio para el castigo penal, sólo para el moral.

A continuación analizaremos la postura de *Kant* respecto a la necesidad de inmunidad de la suerte para establecer si el principio de control es esencial para descartar la suerte y qué clase de alcance tiene ese principio en el pensamiento kantiano. El pensamiento kantiano es importante pues representa, para parte de la doctrina, “*el paradigma de suerte cero*”. También una de sus derivaciones como el modelo de exclusión mediante la condición de control puede adjudicarse a su perspectiva teórica<sup>51</sup>.

### **II.3. Suerte y control en *Kant***

Como vimos en los párrafos precedentes, existe en la literatura filosófica cierto estereotipo de la postura kantiana tal que lleva a concluir que todo lo externo termina infectado por la suerte y, por lo tanto, el único territorio inmune a ella es el de la voluntad interna del agente (*CONTROL-SUERTE*<sub>2</sub>) Esta idea, bastante extendida, será puesta en duda dando una interpretación de *Kant* menos internalista y más próxima a la distinción de *Kant* entre responsabilidad moral y penal.

---

<sup>50</sup> La conclusión es la inversa a la que llega Malamud Goti (GOTI, *Cómo nos enseña Borges que la eternidad no es tan buena idea: En recuerdo de Carlos Nino* (<http://www.uns.edu.ar/congresos/DerInstitu/Eternity-Nino.pdf>, última consulta 28/08/2007). Concuero en que el sujeto deja de ser él mismo, pero no en que no habría reproche, pues este ser sería juzgado, por sí y por otros, conforme a sus pensamientos, cada desliz por menor que sea afectará la buena voluntad y será objeto de reproche moral.

<sup>51</sup> RIVERA LÓPEZ, *Análisis Filosófico*, 2000, pp. 33-54.

Comencemos por el origen del estereotipo. Para ello corresponde reiterar la cita de *Kant* de la *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*:

“La buena voluntad no es buena por lo que efectúe o realice, no es buena por su adecuación para alcanzar algún fin que nos hayamos propuesto; *es buena sólo por el querer, es decir, es buena en sí misma.*”<sup>52</sup>

“Aun cuando, por particulares enconos del azar o por la mezquindad de la naturaleza madrastra, le faltase por completo a esa voluntad la facultad de sacar adelante su propósito; si, a pesar de sus mayores esfuerzos, no pudiera llevar a cabo nada y sólo quedase la buena voluntad –no desde luego como un mero deseo, sino como el acopio de todos los medios que están en nuestro poder-, sería esa buena voluntad como una joya brillante por sí misma, como algo que en sí mismo posee su pleno valor.”<sup>53</sup>

La ley moral y los principios que de ella derivan son “*a priori*”. Ambos son independientes de deducciones basadas en la experiencia; la buena voluntad posee el pleno valor moral.

Esta interpretación considera que sólo lo interno es objeto del juicio moral. La vida moral exitosa es planteada como una búsqueda que no depende de otro talento que uno que todos los seres racionales poseen en igual medida, que consiste en su capacidad como personas de reconocer el imperativo categórico y actuar conforme a él; entonces, el agente poseerá una buena voluntad y lo que ocurra en el mundo exterior será debido a la buena o mala suerte (naturaleza madre o madrastra<sup>54</sup>).

*Bernard Williams* sostiene que esta postura posee implícita una determinada idea de justicia y en ello reside su atractivo, considera que el kantismo sólo es repulsivo superficialmente pues, más allá de las apariencias, ofrece consuelo en un mundo

---

<sup>52</sup> KANT, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Cap. I.

<sup>53</sup> KANT, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Cap. I.

<sup>54</sup> La referencia a la “*naturaleza madrastra*” tiene su origen en la tradición medieval en la representación de los dos rostros de la diosa Fortuna, para unos es madre y para otros madrastra (Cf. GONZÁLEZ GARCÍA, *La diosa Fortuna*, p. 193). Esta idea de que la suerte es injusta puede verse en la siguiente cita: “Una cosa te quiero preguntar: ¿prometerte ha para siempre la mar seguridad, el cielo serenidad, el verano nieves, el invierno flores? No, por cierto. ¡O!, mi Torquato, lo que no te puede prometer naturaleza, tu piadosa madre, ¿pensabas que te lo avía de dar la fortuna, que es tu iniusta madrastra?” (DE GUEVARA, *Reloj de Príncipes*, Capítulo III, Libro LXII en <http://www.filosofia.org/cla/gue/guerp342.htm>, última visita 5/2/2014).

injusto<sup>55</sup>. Para esta interpretación de *Kant* cualquier concepción de la suerte moral es radicalmente incoherente.

El primer paso para llevar la *interpretación internalista* de *Kant* al campo de los juicios normativos que implican reproche o, más neutralmente, un juicio de valor negativo, consistiría en establecer si los juicios que formula *Kant* acerca de la buena voluntad son válidos o significativos cuando se los formula con relación la mala voluntad. Si la buena voluntad es el todo para la apreciación moral, inversamente, la mala voluntad es mala por sí misma sin necesidad de obtener un resultado o producir un daño a otro o a sus bienes.

Esta conversión del sentido de la buena a la mala voluntad es criticado por *Fletcher* quien sostiene que *Kant* argumenta que la buena voluntad es esencial para reclamar que un acto tiene valor moral, pero que jamás expresó que una mala voluntad sea determinante de la calificación de una acción como mala (moralmente). Sin embargo, se encuentran esfuerzos recurrentes, en la teoría penal, de adaptar el pensamiento kantiano en apoyo, por ejemplo, de la postura afirmativa de que las consecuencias no deben considerarse en la determinación de la gravedad de la ofensa.<sup>56</sup>

La crítica de *Fletcher* es adecuada en lo formal. *Kant* nunca se manifestó explícitamente sobre la constitución de la acción inmoral<sup>57</sup>. Consideraba que no es moral obrar conforme al imperativo, al deber, cuando se actúa por razones prácticas o prudenciales, así el caso del comerciante que cobra el precio justo para que le tengan confianza y mantener a sus clientes<sup>58</sup>. Pero no dice que esa conducta es

---

<sup>55</sup> WILLIAMS, *Moral Luck*, p. 21.

<sup>56</sup> El argumento sería el siguiente:

- A. Una buena voluntad es necesaria para que una acción sea buena.
- B. Una buena voluntad implica una buena intención. Por lo tanto, una buena intención se traduce en una acción buena.
- C. Una mala voluntad implica una mala intención y una mala intención se traduce en una acción mala.
- D. Si la intención es suficiente para hacer un acto bueno o malo, entonces las consecuencias son irrelevantes para determinar el mal o bien representado por la acción.

Sin embargo, salvo la primera premisa, las demás son falsas (FLETCHER, *Cal. L. Rev.*, vol. 88, 2000, pp. 695-696).

<sup>57</sup> El argumento *a contrario* ha sido considerado “una pieza sospechosa de razonamiento” (KAPTEIN, *Argumentation*, 2005, p. 497), así como un argumento que “inevitablemente requiere de un paso argumentativo dudoso” (JANSEN, *Argumentation*, 2005, p. 487).

<sup>58</sup> KANT, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Cap. I.

inmoral con la connotación negativa que implica, ni que esas acciones deban ser objeto de censura extra-moral y, menos aún, de censura penal. La norma penal no es una norma que repruebe el mismo campo de conductas que la moral. La acción conforme a la norma (penal), aunque lo sea sólo externamente, es suficiente para marcar la separación de ambos campos.

Se podría decir que la inmoralidad podría dividirse en un sentido fuerte y uno débil, aun dentro del pensamiento kantiano. El primer sentido sería coincidente con el ejemplo del comerciante antes mencionado<sup>59</sup>. El segundo, hace referencia al campo en que coincidirían, parcialmente, norma moral y norma penal: la mala voluntad. Pareciera que no hay duda de que *Kant* pretende un dominio moral de “*suerte cero*”, pues la exigencia de buena voluntad incondicionada es el medio por el cual extrae la suerte de la esfera de evaluación del agente. El único fundamento del juicio moral es la buena voluntad. Con este procedimiento, cercena del campo de evaluación a la mala suerte, es decir, excluye los casos en que esa voluntad moral no puede manifestarse en su plenitud en el mundo sensible. Haciendo de la mala voluntad el fundamento único del reproche, se extrae de las bases del juicio a la buena suerte. Conforme a esto, es razonable que la mala voluntad sea la antítesis de la buena voluntad y así recuperamos el pensamiento kantiano como *anti-resultatista*.

Esto tiene ciertas implicancias para la condición de control. Así, para los que siguen la idea de que el control es lo opuesto a la suerte, los resultados, como hemos visto previamente, estarían excluidos del control “*per definitionem*”. El kantismo postula que la voluntad se encuentra, incondicionadamente, bajo control del agente. Nada indica que no pueda considerarse que los resultados pueden o no estar sujetos al control; *Kant* no formula una regla estricta de exclusión de los resultados. Por lo tanto, puede sostenerse que no existe una relación simétrica entre control y suerte. La interpretación *subjetivista* o *coincidencialista* excluye los resultados debido a que sostiene que la *coincidencia* entre voluntad (control) y el resultado es casual y depende de la suerte. Otra postura, menos radical, que podemos denominar *congruentista* sostiene que la relación que une a la conducta con el resultado depende de cierta forma de *congruencia* sustantiva, la cual implica la posibilidad de vincular acción y resultado desde una perspectiva racional.

---

<sup>59</sup> Es contraria al imperativo, pero no es mala voluntad.

Los resultados pueden no estar controlados por el agente pero ser congruentes con su voluntad, mostrando una vinculación entre la acción y el resultado más fuerte que cuando son meramente coincidentes con la voluntad. Por ello, *Kant* hace referencia, en la cita inicial, al “acopio de todos los medios que están en *nuestro poder*”. Se podría interpretar que con “*poder*” se refiere a “*control*”<sup>60</sup>; pero sin necesidad de esta analogía el significado es claro: no es buena voluntad el mero ejercicio mental. La intención de exteriorizar esa voluntad es tan relevante como la buena voluntad, al igual que la propia exteriorización que se requiera para llevarla a la realidad. Sólo que en algún caso ese poder de exteriorización quizás no exista; entonces, no afectará al mérito o demérito de la voluntad. En ese caso habrá una separación (incongruencia) entre el mundo *noumenal* y el causal fenoménico, donde lo sujeto a evaluación moral se reduce al primer mundo.

En definitiva, esta interpretación de *Kant* indica que *lo exterior cuenta para el juicio normativo cuando se condice con la voluntad*. La congruencia entre la causalidad mental y la exterior hacen que todo el desarrollo de la voluntad en el mundo fenoménico pueda imputarse al agente. Cuando la causalidad mental y la causalidad exterior resultan congruentes, todo el desarrollo de la voluntad en el mundo fenoménico puede ser imputado al agente. En este caso, los resultados no se encuentran, por definición, fuera del control del agente. Por lo tanto la suerte sólo opera a nivel del mundo fenoménico cuando desvía la causalidad en el sentido de separarla de la voluntad<sup>61</sup>. No se trata de que el resultado no cuente nunca, no cuenta a veces. *Kant* sería un congruentista o resultatista en sentido débil o restringido, es decir que el resultado no cuenta en la medida que no haya congruencia entre lo interno y lo externo. Así, suerte cero no significa anti-resultatismo absoluto.

---

<sup>60</sup> La versión que se cita en el texto es la traducción de MARTÍNEZ DE VELASCO, Espasa Calpe, 2001. Los autores anglo-americanos se manejan con traducciones que utilizan la expresión control en esta frase. Así ocurre en la traducción de Alnen W. Wood (WOOD, Kant, Immanuel. *Groundwork for the metaphysics of morals*, p. 10). En el mismo sentido: ATHANASSOULIS, *Morality, Moral Luck and Responsibility. Fortune's Web*, p. 105 y SVERDLIK, *J. Ethics*, 2001, pp. 293–313. Sin embargo, en la traducción al inglés, de KINGSMILL ABBOTT, utiliza la palabra “*power*” en lugar de “*control*”. La palabra alemana “*Gewalt*” puede ser traducida en ambos sentidos, también se podría traducir como autoridad, en el sentido de “medios bajo nuestra autoridad”, medios que dependen de nosotros mismos.

<sup>61</sup> Cuando actúa la naturaleza como madrastra.

La interpretación de *Kant* más radical sostiene que el resultado no cuenta nunca porque escapa al *reino de los fines que provienen de la razón legisladora*. Esto significa la extinción de la categoría “suerte por los resultados”, que se torna irrelevante en ese sistema de pensamiento. Pero retrotrae la discusión a las otras categorías de suerte: “suerte por las circunstancias” y “suerte constitutiva”. Así, aparecen nuevas capas de suerte cuanto más hacia atrás se pretenda ir en la búsqueda de un punto en que haya fundamento para imputar al agente. Tal es la situación que plantea *Nagel* como origen de su pesimismo. Todas las posturas que pretenden una exclusión total de la suerte en los juicios de responsabilidad necesitan establecer un compromiso cuando notan los efectos de esa premisa. Debe subsistir un punto en que se pueda imputar algo a alguien sin que se trate a las personas como objetos.

*Kant* recurre a la idea de autonomía de la voluntad y de que todos pueden ser sujetos libres en el marco del mundo de la razón en que el imperativo categórico gobierna y la suerte no tiene cabida. Pero con esto *Kant* no sostiene que el sujeto es un agente causal en el sentido de primera causa no causada, sino que en ese mundo la causalidad natural no juega papel alguno. El elogio o el reproche no reconocen a la causalidad natural como parte del juicio de responsabilidad.

La causalidad natural simplemente acompaña o no a la voluntad, si no lo hace es irrelevante, si lo hace satisface el objetivo de la voluntad, la realiza y cobra relevancia en esa medida. *Kant* sostiene una especie de compatibilismo; el determinismo causal, si existiera, no podría afectar a los juicios de responsabilidad. En cambio, como vimos, *Nagel* se presenta como incompatibilista, plantea la paradoja de que no dominamos nada y seguimos haciendo juicios de responsabilidad. Las dos versiones del postulado de control difieren enormemente. Los factores que detienen la regresión causal, y que operan como límite al principio de transferencia de la irresponsabilidad, son diferentes; *Kant* opera con la autonomía de la voluntad, mientras que *Nagel* sólo admitiría que se trata de una convención en cierta forma arbitraria, una pura ficción construida para dar sentido a los juicios de responsabilidad.

Entre las teorías de *Kant* y *Nagel*, hay una inversión de los términos. Para *Nagel*, la necesidad de responsabilizar a las personas reclama de una ficción para hacerlo, mientras que *Kant* hace que la responsabilidad derive de la autonomía, es decir

existen las personas responsables y por ello el fundamento de la responsabilidad es el merecimiento. Para *Nagel*, en cambio, partiendo del concepto de control, nada se merece, todo se atribuye.

El control kantiano reside en la esfera del sujeto ideal o *noumenal* y allí es incondicionado y completo. En la esfera de la voluntad el sujeto es legislador autónomo. La voluntad extiende su control al mundo natural a través del dominio de la causalidad en la medida en que el sujeto logra transferir el contenido de la voluntad al mundo exterior. Si no lo logra no hay congruencia entre control interno y externo y no hay juicio normativo (moral – penal) sobre el resultado externo.

Esta cuestión ha sido discutida como el problema de la *conexión de no accidentalidad* entre la motivación del agente y la corrección del acto. Esta conexión se basa en la disponibilidad permanente para el agente de actuar conforme al deber. Sin embargo, se discute si esta disponibilidad es objetiva o subjetiva. *Sverdlik* considera que no puede optarse por ninguna versión sin hacer concesiones de partes importantes de la doctrina kantiana<sup>62</sup>.

La *no accidentalidad objetiva* exige que la voluntad deba intentar o tratar de convertirse en acto, pues la madrastra naturaleza sólo puede impedir el éxito, pero la voluntad siempre se encuentra bajo el control del agente. De esta forma, se introduce el problema del control en esta discusión, para establecer que aquello que el agente no controla no tiene relevancia para su mérito o demérito. El kantismo sólo consideraría valioso el tratar de llevar adelante la voluntad. El tratar siempre está disponible para el agente y cumple con el requisito de no accidentalidad. Sin embargo, puede ocurrir que alguien ni siquiera pueda tratar, así el caso mencionado por Aristóteles del hombre que es torturado en la rueda, que ni siquiera puede moverse y sin embargo su voluntad como pensamiento puede ser valiosa.

Si el límite viene dado por un “tratar de llevar adelante (con su mayor esfuerzo)”, parece que cierta externalización es necesaria para el valor moral; esto daría pie a los subjetivistas que consideren que sólo las tentativas tienen un desvalor relevante para

---

<sup>62</sup> SVERDLIK, *J. Ethics*, 2001, p. 313.

el derecho penal (y para la moral)<sup>63</sup>. Pero entonces el aislamiento de la suerte deja de ser total y es necesario explicar por qué no es suerte que se pueda intentar y sí lo es que se pueda lograr el éxito o el fin propuesto.

Una salida de esta encrucijada es que se considere que la manifestación exterior es relevante en la medida en que sea congruente con la voluntad. La congruencia hace que aun cuando el resultado se encuentre sometido a la suerte en abstracto, en el caso no ha tenido lugar por suerte debido a que la voluntad cubre ese mismo decurso externo realmente efectivizado. En definitiva, este debate nos permite considerar que *suerte moral es aquello que escapa a la congruencia entre la voluntad y la causalidad y que, a su vez, es considerado significativo para la evaluación moral del agente (CONTROL-SUERTE3)*. Este concepto de suerte es válido tanto para la moral como para el derecho penal, lo que cambia es la perspectiva de aquello que es significativo.

Sin embargo, el problema que se plantea aquí es que voluntades de modificar el mundo exterior en algún sentido pueden ser totalmente excéntricas del funcionamiento de ese mundo exterior y en tal caso la no congruencia podría atribuirse a la mala suerte del agente (el que quiere matar clavando alfileres a un muñeco puede atribuir a la –mala- suerte el fracaso y no así el éxito). Pero esto es inevitable donde lo que prima o fundamenta es aquello que el sujeto genera con su voluntad. La ejecución de esa voluntad cuando el sujeto conoce que no hay forma de que se lleve a cabo en la realidad no es una mala voluntad en sentido estricto, pues se requiere que haya alguna posibilidad real de ejecución<sup>64</sup>. Si la significación se trasladara al observador en estos casos no hay congruencia por imposibilidad, lo cual haría que el “éxito” sólo pudiera imputarse a la suerte. Esta idea modifica el concepto de suerte antes indicado en la medida en que la apreciación acerca de la no congruencia –por imposibilidad- queda en manos de un observador (*CONTROL-SUERTE3a*).

---

<sup>63</sup> Todavía quedaría por discutir si el tratar debe ser congruente con la voluntad interna o basta una posibilidad puramente subjetiva. El subjetivismo sería subjetivista en este sentido, porque en cuanto exija tratar como acción externa reconocible es objetivista.

<sup>64</sup> Existirán casos en que tratar de matar mediante conjuros pueda casualmente superponerse con el resultado de muerte de la víctima. En cambio, en otros casos no puede haber posibilidad de esta casualidad como ocurre con el plan de matar a *Napoleón Bonaparte*.



El problema de esta corrección es que el observador puede apreciar con mayor imparcialidad las condiciones externas, pero pierde la inmediatez que tiene el agente con las condiciones internas. Sin embargo, aún es preferible, pues de por sí no va a tener el prejuicio que tiene el propio agente con su contenido mental y se limitará a apreciar la congruencia del acto externo con una voluntad eficaz de llevar adelante ese acto y sus consecuencias.

Se da una constelación parecida a la de la “posibilidad objetiva de pretender” el resultado de *Honig*. Si la exteriorización no tiene un sentido propio de significado como intento de materializar una determinada voluntad disvaliosa el juicio del observador depura de reproche al mero pensamiento disvalioso que le resulta inaccesible. El problema que subsiste es que el observador, por ser tal, invierte el orden de prelación del valor, primero ve la exteriorización o esfuerzo y luego de allí deduce la voluntad. Mientras que el esquema kantiano tiene como principal elemento a la voluntad, la congruencia no se analiza desde lo interno hacia lo externo, sino a la inversa.

Se podría decir que cierta suerte, la relativa a no acertar con los medios para llevar adelante la voluntad, se imputa a favor del agente. Así, el juicio de congruencia del observador objetivo debe rechazarse si el peso de la suerte que se filtra, a partir de las limitaciones epistemológicas del observador, es suficiente como para disminuir la validez de la hipótesis de suerte cero. No deberá descartarse, si el resto de suerte que se filtra resulta inocuo para el juicio de reprobación. En el campo del derecho penal, tal como lo conocemos, ese filtrado de suerte es inocuo, pues justamente permite no castigar las tentativas absolutamente inidóneas y las supersticiosas (matar a *Napoleón Bonaparte* o matar mediante vudú)<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> El caso del que quiere matar a Napoleón transitaría en el límite entre inmoralidad e insania. Si la persona que quiere ejecutar ese plan, nunca confundiría a otra persona con el verdadero Napoleón y se comporta en lo demás conforme a la moral, la cuestión pasa por una especificación del plan; por establecer si hay algún rasgo de racionalidad en el mismo. Así, la moral exige racionalidad, no habría inmoralidad irracional; por lo menos, en el sentido instrumental de esta última. La duda que subsiste es qué ocurre entonces con el caso del que quiere matar a Dios, en una moral en que Dios es el ser supremo y a quien se debe adoración. En este caso, ¿puede suprimirse la exigencia de racionalidad instrumental?. La racionalidad instrumental es parte del principio “deber implica poder”; si la moral es un sistema normativo, debe cumplir con este principio. Si poder se interpreta como referido a lo que puede ser pensado, los deberes morales no tienen límite. Lo incorrecto sería el tipo de conducta que se piensa realizar sobre el objeto inexistente o inalcanzable; por ejemplo, pensar matar no importa

El autor desde el punto de vista interno actúa con mala voluntad y podría reconocerse cierta responsabilidad, pero ajena al campo penal y propia del campo moral. Para el juicio moral sería inaceptable esta filtración, si se parte de la idea de que todo lo externo es suerte moral. Si la conclusión del observador se utilizara para el juicio de responsabilidad moral de suerte cero, a través del principio de control total o absoluto, no imputar sería una concesión inadmisibles. Pero si la idea de moral kantiana es “congruentista”, no habría reproche alguno que hacer al agente; la moral y el derecho compartirían el punto de partida de sus juicios en forma completa<sup>66</sup>.

Una interpretación semejante puede derivarse de la distinción que realiza *Judith Thomson*, entre lo que llama el resultado en sentido fuerte y en sentido débil como consecuencia de la idea de suerte como ausencia de control<sup>67</sup>. El resultado fuerte indica que cualquier cosa que la persona haga no puede valer como descrédito porque no hay nada bajo su control. El resultado débil se refiere a que, sea lo que sea que una persona haga, su hacer –acción u omisión- no cuenta como descrédito *más allá de aquellos actos puramente mentales por los cuales actúa*.

El problema con el resultado fuerte es que, al eliminar al agente responsable, lleva a sostener una forma de determinismo causal. La gran mayoría de las conductas humanas consisten en causar cosas (romper es causar una rotura, un homicidio es causar una muerte). Así si P dispara al pie de Q, la herida causa una infección y Q muere; entonces, P no sólo disparó a Q en el pie, P mató a Q. En forma más general, hay muchos pares de actividades X e Y, que si abordamos X, también lo hacemos con Y. Pero *Williams* y *Nagel* nos recuerdan que es una cuestión de suerte –buena o

---

qué y aunque ese qué, o quien, ni siquiera sea susceptible de tal acción. Lo que no puede ser inexistente es el verbo, porque se perdería el parámetro moral. Pero si el verbo inventado es correspondiente, aunque parcialmente, con alguno existente, incluido en una prohibición moral, la analogía puede hacer inmoral el pensamiento que lo incluyera. Entonces, el principio “deber implica poder” debería tener una configuración diferente en el plano normativo moral que normativo penal y esto implicaría una diferencia en el concepto de suerte moral y suerte penal. La discusión acerca del principio “deber implica poder” se ampliará en el siguiente apartado.

<sup>66</sup> Cuestión diferente es la del principio de daño, pues aquí se discute qué se puede reprochar como base del juicio, se podría agregar luego que además de la coherencia o congruencia se exige que esa parte externa deba dañar a otro. Pero esto es un elemento agregado que no hace a la esencia de la discusión de qué es lo que constituye el objeto primario de los juicios de valor. En ese punto la moral exige que no se defraude a nadie (autonomía) mientras el derecho penal sólo exige que no se dañe a nadie (posibilidades externas de ejercer esas autonomías).

<sup>67</sup> THOMSON, *Morality and Bad Luck*, en *Moral Luck*, Statman (ed.), 1993, p. 199.

mala- que el agente que ejecuta X cause un resultado de la clase apropiada; entonces, es meramente una cuestión de suerte que el agente que se embarca en X, también se esté embarcando en Y. Entonces, ¿cómo puede haber descrédito por Y cuando es una cuestión de suerte que lo haya concretado? La conclusión debe ser que lo que genera descrédito a la persona es el abordar el acto mental que lleva a la conducta y no los resultados de ella.

Así, podría decirse que cualquier cosa que una persona haga es un acto puramente mental o que está causando algo por algún acto mental o un conjunto de actos mentales (sea por comisión u omisión). En esta perspectiva, si el agente se forma la intención de encender las luces, por tanto, su acto de encender las luces fue la causa de que las luces se encendieran por un conjunto de actos puramente mentales, entre los cuales se encuentra la formación de la intención de encender las luces. Así, si el trabajo de alguien era alimentar al bebé, tendría que alimentarlo si no se hubiera olvidado, pero si se olvidó y el bebé murió, entonces mató al bebé. Y el homicidio del bebé fue su causación de la muerte por fallar en advertir su deber de alimentarlo.

Entonces, sea lo que sea que alguien haga, *su hacer no es fuente de su descrédito más allá de los actos puramente mentales por los que se hace lo que se hace*. Es decir, lo único que permite fundar descrédito es aquel acto o conjunto de actos que son reflejo de nuestros actos mentales. El resultado débil dice que nada de lo que hacemos merece descrédito en tanto no se corresponda con nuestros actos puramente mentales. Thomson no sostiene que los resultados incrementan el descrédito, pero si incrementan el reproche que puede formularse en caso coincidencia con los actos mentales<sup>68</sup>. La distinción resultado fuerte y resultado débil permite construir una tesis del *resultatismo-congruentista* al estilo que respeta el esquema kantiano de responsabilidad.

En definitiva, el planteo de “suerte moral cero” a partir de un esquema basado en el principio de control, nos deja con un concepto de suerte (*CONTROL-SUERTE1*) que es omnipresente e ineliminable sin destruir el concepto de responsabilidad. Por lo tanto no es un concepto útil o productivo. O bien abandonamos la práctica de

---

<sup>68</sup> Para Thomson una cosa es el descrédito y otra el reproche, por lo tanto no tienen que ir necesariamente unidos.

responsabilizar personas o bien utilizamos otro concepto de suerte compatible con ella.

La segunda opción, que se corresponde con el imaginario acerca de la postura kantiana, es considerar que es suerte lo ajeno a lo interno y que todo lo externo pertenece a un ámbito no imputable, a la suerte propiamente dicha. En esta hipótesis, la suerte cero exige responsabilizar únicamente por el pensamiento (*CONTROL-SUERTE2*).

*La tercera posibilidad, la interpretación de Kant, aquí defendida, consiste en considerar suerte a aquello significativo para el sujeto que escapa a la congruencia entre la voluntad y la causalidad (CONTROL-SUERTE3)<sup>69</sup>. Este concepto puede afinarse para incluir sólo aquello incongruente que sea significativo para un observador externo (CONTROL-SUERTE3a).*

---

<sup>69</sup> Sverdlik plantea que no es consecuente exigir no accidentalidad para el valor moral, porque hay factores externos al actuar conforme al deber que pueden quitar valor moral a la conducta del agente; plantea el caso de que A le envía a B un libro que le prestó y es su deber devolverlo, pero el correo es hurtado y el ladrón arroja la saca en el portaequipajes de su auto, el cual tiene un agujero y el libro va a parar a la puerta de B, el cual lo recibe como si hubiera sido entregado por el servicio de correos (SVERDLIK, *J. Ethics*, 2001, pp. 306-307). Todo sale bien, pero hay cierta accidentalidad entre los motivos correctos del agente y la corrección de la acción del agente (o del curso de los hechos posteriores a la acción de enviar el libro). Veremos que la respuesta a estos casos depende de la consideración de hipótesis contrafácticas. Pero, sin recurrir a ellas, creo que Sverdlik debería distinguir si la obligación de A es entregar el libro a B o enviárselo por correo; si es la primera, la suerte juega en su contra y el resultado de entrega a B no es su mérito (otro problema es el de si el servicio de correos se convierte en garante de la entrega y por lo tanto toda responsabilidad sobre el curso del envío deja la esfera de valoración del agente y pasa a la del servicio de correos. Hasta donde el actuar por mor del deber kantiano admite esta delegación en otro del cumplimiento de la obligación, lo cual guarda relación con la aplicación del imperativo categórico al caso y con la disponibilidad de acciones por parte del agente –por ejemplo, si puede entregarlo personalmente y esa acción es más segura que el envío por correo-). Si es la segunda, nada de lo que ocurra después del envío puede serle atribuido. Su acción posee valor moral, el resultado no cuenta porque es una obligación de pura actividad. La respuesta clásica es que el valor moral está siempre disponible para el agente pero desde una perspectiva puramente subjetiva, lo único que cuenta es la intención (y el tratar de llevarla adelante), por lo tanto la suerte en la producción del resultado (devolución del libro) no cuenta. Sin embargo, esta estrategia no da resultado, debido al problema del control regresivo, y también, debido a que desaparece todo sentido objetivo del principio “deber implica poder”, pues como el poder es subjetivo, el agente siempre puede cumplir el deber. Se convierte en una verdad necesaria, sin valor práctico o informativo.

## II.4. La suerte y el axioma “deber implica poder”

Se podría fundamentar este concepto de suerte a partir de la máxima “deber implica poder” (en adelante DIP). Aunque este principio suele atribuirse a *Kant*, él nunca sostuvo esta proposición expresamente<sup>70</sup>. Existe una vinculación entre este principio y la idea de que el deber no depende de los azares de la naturaleza (madrstra) y que si el deber se desprende del imperativo categórico siempre será posible cumplirlo<sup>71</sup>. Por otra parte, parece apoyarse en la máxima de Celso, de arraigada tradición, en el sentido de que no puede exigirse lo imposible (*ad impossibilia nemo tenetur*).

Esta máxima puede definirse de la siguiente manera: si un agente, en virtud de una necesidad conceptual, en un tiempo determinado, tiene la obligación objetiva, *pro tanto (prima facie)*<sup>72</sup>, de hacer algo, entonces ese agente en ese tiempo tiene la capacidad y la oportunidad de hacerlo. Si debe entonces puede<sup>73</sup>. Me limitaré a esta formulación debido a que me parece defendible y que cumple con los requisitos para relacionar esta máxima con un concepto de suerte como el que se viene analizando. El principio DIP indica que las obligaciones se corresponden con la capacidad del agente, más la oportunidad de cumplirlas en un tiempo determinado<sup>74</sup>.

La aceptación de este principio tiene implicancias muy fuertes con relación a los límites de las obligaciones que pesan sobre las personas. Así, nadie está obligado a partir del momento en que no puede cumplir esa obligación. Por ejemplo, si a las 10 de la mañana del día 21 de octubre deben entregarse las declaraciones impositivas del año en curso y el agente no las preparó todavía cuando son las 9.59 ya no tendrá

---

<sup>70</sup> Schiller invirtió la frase, diciendo que poder implica deber, tratando de ridiculizar la proposición original. Para una historia de la proposición en cuestión: BAUMGARDT, *J.Hist. Ideas*, 1946, pp. 91-102. Igualmente, la teoría moral kantiana parece contener ese principio su propia estructura (Cf. HOWARD-SNYDER, *Philosophical Studies*, 2006, p. 245)

<sup>71</sup> HOWARD-SNYDER, *Philosophical Studies*, 2006, p. 245.

<sup>72</sup> Otros autores refieren el principio a obligaciones *ultima facie* (HOWARD-SNYDER, *Philosophical Studies*, 2006, p. 234).

<sup>73</sup> VRANAS, *Philosophical Studies*, 2007, p. 179. Para distintas interpretaciones del principio DIP puede verse: SINNOT-ARMSTRONG, *Phil. Review*, 1984, pp. 249-261; OFSTAD, *Mind, New Series*, 1959, pp- 73-79; MONTEFIORE, *The Philosophical Quarterly*, 1958, pp. 24-40; BROWN, *Mind, New Series*, 1977, pp. 206-223.

<sup>74</sup> Hay una coincidencia parcial entre esta afirmación y la idea de Armin Kaufmann de “*capacidad de acción*” (KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, p. 322) . Aunque Kaufmann incluye un componente subjetivo, el conocimiento de la situación típica, su concepto es una formulación de la máxima DIP.

la obligación de entregarlas a las 10, pues a las 9.59 deviene imposible cumplir con el horario límite. Esto significa que lo que ocurre a las 10 carece de relevancia objetiva con relación a la obligación que mandaba entregar las declaraciones tributarias.

Esta consecuencia parece avalar al pensamiento subjetivista, pues lo que se cuestiona al agente es que no haya empezado a confeccionar sus declaraciones con tiempo suficiente y no que no las haya entregado a las 10. El resultado de no haber entregado carece de relevancia en cuanto constitutivo del incumplimiento de la obligación. Sin embargo, puede interpretarse que la forma de presentar el deber depende de la finalidad del juicio normativo. Consecuentemente, cuando se trata de juzgar la responsabilidad del agente, bien puede considerarse que en un determinado momento tenía la obligación de evitar el resultado y que esa posibilidad justifica un juicio de reproche. Este juicio de reproche es distinto del juicio evaluativo acerca del alcance de la obligación relativa a la conducta. Este último cumple la función de aconsejar al agente que no realice ciertas conductas que pueden frustrar su obligación, por tanto, de evitar el resultado<sup>75</sup>.

Esta versión del principio DIP parte de que no hay razones para actuar que puedan ser independientes de la capacidad del agente. De lo contrario, se tendrían razones para ejecutar lo imposible. Esta última limitación implica que las razones para actuar que el agente puede considerar tales son aquellas que pueden generar acciones potenciales del agente. Así, por ejemplo, el agente no puede tener razones para detener un tren con sus brazos, aun cuando le conviniera tomarlo para llegar más temprano a su casa. Esto lleva a una cierta paradoja, X puede decidir matar a su vecino, pero si otra persona, llamada C, puede intervenir en su cerebro y obligarlo a matar al vecino si cambia de opinión, el hecho de que X mate a su vecino, no contraviene ninguna obligación, pues le era imposible no ejecutar esa acción.

Esto nos lleva a la exigencia de posibilidades alternativas para fundamentar la afectación de una obligación de no matar. Mientras tanto, otros alegan que basta con que el agente (X) controlara su voluntad y su conducta para poder responsabilizarlo;

---

<sup>75</sup> Para una distinción de los juicios que pretenden aconsejar de los que se refieren a reprochar y su vinculación con el principio deber implica poder, puede verse el trabajo de SINNOTT-ARMSTRONG, *Phil. Review*, 1984, pp. 255-261.

es decir, se le exige control sobre la secuencia real que lleva al resultado y se considera que las posibilidades alternativas no son relevantes para responsabilizarlo. Esta postura parte del famoso ejemplo de *Locke*: “un hombre es llevado mientras duerme a un cuarto donde hay una persona que hace tiempo que no ve y que no conversa con ella, rápidamente es encerrado y salir está fuera de su poder; él despierta y está feliz de encontrarse en tan deseable compañía, por lo cual él permanece voluntariamente allí”<sup>76</sup>. En el ejemplo, el hombre permanece voluntariamente en la habitación, y parece que lo hace “libremente” (aun cuando *Locke* prefiere usar el término “voluntariamente”, en lugar de “libremente”) y puede ser moralmente responsable por tal acción, aun cuando no podría haber dejado el cuarto. Por supuesto, el hombre no tenía alternativa, pues no podía dejar el cuarto.

Los defensores de DIP podrían aducir que una cosa es reprocharle su conducta y otra distinta es considerar que infringió una prohibición de matar a otro o, en el ejemplo de *Locke*, un mandato de salir del cuarto. Pero esto significa que el reproche tiene una fuente distinta de la infracción del deber. De lo contrario, habría deberes que no pueden cumplirse, lo cual contraviene la máxima DIP. Esta distinción entre infracción de un deber y reproche por la conducta o sus resultados tiene vinculación con la discusión acerca de si existen obligaciones que no crean un deber de actuar, pero cuyo incumplimiento daría lugar a alguna forma de censura. Así, si un extraño le pide a otro un fósforo y éste se lo niega, se puede decir que existe un deber de ser atento con los demás, lo que incluye dar un fósforo cuando ha sido solicitado; y, si no se lo entrega, se puede sostener que no tenía la obligación de darle el fósforo y no podría ser censurado por su omisión.

La idea que subyace al principio DIP es que las obligaciones a que se refiere el deber de la proposición son vinculantes y crean la obligación de actuar o por lo menos son una razón potencial para actuar. La vinculación entre la voluntad como único objeto del juicio normativo moral o jurídico y el principio DIP es clara. Si se trata de formular una teoría de suerte cero, se debe extraer del juicio de valor la influencia de lo que no se puede controlar. Por lo tanto, se debe extraer, también, aquello que es ajeno a las capacidades y a la oportunidad de ejecución del agente.

---

<sup>76</sup> LOCKE, *An Essay Concerning Human Understanding*, libro II, ch. XXI, §10.

La buena voluntad, de esta forma, debe llevarse adelante en la medida de lo posible para el agente; esto significa que en esa medida, lo externo no queda excluido “*per definitionem*” del juicio. Está excluido sólo cuando no hay congruencia entre voluntad y exteriorización. Los resultados cuentan en la medida que son congruentes con la voluntad; este “*resultatismo*” es el que *Kant* avala. Sin embargo, nos encontramos con el problema, antes señalado, de que si la congruencia se da sin una alternativa de acción potencial distinta de la que viola el deber, no hay infracción y sólo puede responsabilizarse por vía del sentido de lo subjetivo (la voluntad). Esto da contenido a la congruencia. El encuentro, casual entre voluntad y exterioridad no es suficiente. Debe haber un *cierto control regulativo* y no sólo *formal* de la secuencia de acción real.

La acción alternativa posible exige que sea factible determinar la disponibilidad hipotética de la alternativa, sin que exista la certeza *ex ante* de que será obstaculizada. Esta interpretación presenta cierta analogía con las tentativas inidóneas *ex ante*; ellas no pueden ser violación del deber, por ejemplo, de no atentar contra la vida de otro. El reproche en estos casos dependería de desvalorar el pensamiento, el puro riesgo subjetivo. Las obligaciones subjetivas se generan a partir de la creencia del agente acerca de las características relevantes de la situación en que se encuentra y de allí deriva el contenido de su obligación. Es decir, que la obligación subjetiva se refiere al acto que el agente cree que es objetivamente obligatorio o, en otra formulación, el acto que es más razonable para el agente creer que es objetivamente obligatorio<sup>77</sup>.

El dilema es que si fuera posible censurar estas conductas, que son infracciones de deberes subjetivos, se estaría castigando por creer que se viola un deber y no por violar un deber. Por lo tanto, se desvaloraría el pensamiento, pues el acto no viola una obligación o deber objetivo y sólo se dirige contra una norma objetiva, pero sin infringirla.

El principio DIP no necesita partir de una obligación subjetiva; la misma es objetiva y lo que la adecua al contexto es la cuestión de la oportunidad y la capacidad del agente para actuar. De allí se deriva hasta qué punto es obligatorio, para el agente, un acto o un conjunto de actos.

---

<sup>77</sup> ZIMMERMAN, *The Concept of Moral Obligation*, p. 12.



La obligación encierra posibilidad de cumplimiento. Cuando no hay tal posibilidad, no hay ya obligación. Cuando el agente dispara contra otro y no puede desviar el disparo, ni avisar a la víctima para que se oculte, ni ejecutar otra conducta relevante para la evitación, ya no tiene obligación de no intentar matar, aun cuando la muerte no haya todavía sucedido. La obligación se ha extinguido. Si igualmente se considerase que la obligación subjetiva puede ser objeto de reproche<sup>78</sup>, como en el caso de la tentativa absolutamente inidónea<sup>79</sup>, se consideraría que aquél no tiene que ver con el merecimiento, pues éste depende de la infracción al deber objetivo.

El principio DIP se vincula íntimamente con la necesidad de control del agente para poder atribuir responsabilidad. El deber sólo se puede afectar cuando el agente es el que controla una conducta que objetivamente se dirige contra el deber. Si los resultados están fuera de su control, no hay un deber de evitarlos o de producirlos, pues sin control no hay poder y sin poder se pierde el vínculo con el deber (vinculante y objetivo). Para estar obligado a realizar una determinada conducta (o a evitar ciertos resultados) el agente debe tener control de la realización de esa conducta (o de esos resultados). La exigencia de control es resultado de una definición del principio DIP y del concepto de voluntad como objeto de los juicios de valor o desvalor en el sistema de imputación kantiano.

La definición de deberes vinculantes y objetivos, que dependen de las capacidades del agente y su relación con el tiempo en que las posee, lleva a un concepto de suerte que difiere en su formulación, aunque no en su sentido, del que se indicara como “*control-suerte3a*”. Aquello que el sujeto ya no puede controlar no puede estar sometido a una obligación de controlar y, por lo tanto, cuando el agente ya realiza todo aquello que hace imposible que pueda evitarse un determinado estado de cosas, en ese momento ya se extingue la obligación a su respecto. Por ejemplo, si el agente envenena la comida de su enemigo y, cuando éste la va a tomar, se retira del lugar,

---

<sup>78</sup> Como parece creerlo Zimmerman (ZIMMERMAN, *The Concept of Moral Obligation*, pp. 13-14).

<sup>79</sup> Incluso la tentativa relativamente inidónea quedaría incluida, pues no existe un deber de no poner una dosis de veneno insuficiente para matar con relación al deber de “no matar” o de no intentar matar; en todo caso atentaré contra la obligación de no lesionar o no intentar lesionar, si la dosis era suficiente para este fin. La dosis insuficiente podría fundar congruencia en casos en que las condiciones de contexto cambien, debido, por ejemplo, a la condición física de la víctima concreta. Por ello, veremos que las condiciones del contexto hacen variar el alcance del principio DIP justificadamente a partir de una consideración de ciertas posturas epistemológicas acerca de la suerte (verídica).

ya no puede evitar que su enemigo ingiera el veneno, ni evitar que el mismo produzca su efecto nocivo; por lo tanto, ya en el momento en que se retira del lugar, se extinguió su obligación de no matar. Si la persona muere un tiempo después, su infracción del deber ya está consumada antes. Quizás surja una nueva obligación, por ejemplo, de llevar a la persona al médico, una *obligación compensatoria*, y hasta pueda responsabilizárselo por el incumplimiento de ambas, pero la primera no puede abarcar al resultado.

Otra formulación del principio DIP trata de construirlo teniendo en cuenta el sentido inverso del tiempo. El agente no sólo debe poder hacer algo en un tiempo  $t$  en que le es exigido, sino que también debe haber un tiempo previo al tiempo  $t$  en que le sea posible realizar el comportamiento exigido que puede ejecutar en el tiempo  $t$ . Esta especificación del principio tiende a reconocer la necesidad de control y el efecto regresivo del mismo:

“... en un caso en que la conducta disvaliosa de una persona se encuentra totalmente fuera de su control (pasado o presente) no es responsable por ella, pero cuando su conducta disvaliosa es el resultado de algún comportamiento que en algún punto tuvo el poder de evitar, ella es (o podría ser) responsable.”<sup>80</sup>

En definitiva, se podría decir que *suerte es aquello que se atribuye al agente como contrario al deber cuando se encuentra más allá del poder del mismo. Más sencillamente, suerte es aquello que viola el principio DIP; suerte es aquello que el sujeto no controla bajo el estándar del principio DIP.*

El concepto de “*control-suerte3a*” indica que *suerte es aquello significativa objetivamente, que escapa a la congruencia entre la voluntad del agente y la causalidad.* Sin embargo, la idea de causalidad, para que se trate de congruencia, debe analizarse bajo el estándar normativo del principio DIP. Bajo él, lo evaluado siempre será algo significativo, pues se trata de la evaluación normativa del agente, y siempre será objetivo, pues así lo exige el principio en su formulación.

---

<sup>80</sup> HOWARD-SNYDER, *Phil. Review*, 1984, p. 236. Esta idea se vincula con la postura de Hruschka acerca de la responsabilidad ordinaria y extraordinaria (HRUSCHKA, *La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf*, p. 17)

Por ejemplo, si una persona juega a la ruleta y se le permite a él arrojar la bola y hacer girar la rueda, ¿se podría decir que si desea que salga el 13 y sale el 13 hay congruencia entre voluntad y resultado? La respuesta, evidentemente, es no; debido a que no cumple con el principio DIP. El agente no tiene la capacidad –objetiva- de hacer que el 13 salga. La causalidad existe pero no es congruente, sino sólo coincidente. La coincidencia es azar y su relevancia, en el ejemplo, la convierte en buena suerte. Dicho de otra forma, el agente no controla en la forma exigida por el principio DIP.

El paradigma de suerte cero basado en el concepto de responsabilidad por aquello que el agente controla, permite construcciones diversas del concepto de suerte. Pero aporta un cierto marco común para su delimitación. Implica que *no puede definirse la suerte sin que deje lugar para la idea de responsabilidad o de persona tal como la entendemos*, es decir que puede responder por algo que le pertenece en esa calidad (pensamientos, deseos, acciones, resultados, etc.). A su vez, nos enfrenta a la problemática del *subjetivismo como punición de los pensamientos* (dejando irresuelto el problema de la responsabilidad por el carácter)<sup>81</sup> y nos marca la necesidad de que aquello que se adjudique a la suerte debe ser *significante para alguien*, sea el propio agente o un observador.

Más allá de las bases de un marco común reseñadas, el postulado del control no nos aporta una concepción de suerte que pueda explicar la práctica del castigo tal como la conocemos y, tomado en forma irrestricta, podría llevar a no castigar en absoluto o a castigar el pensamiento o el carácter.

En este punto, deberíamos probar cada concepto de suerte vinculado al control (1,2,3 y 3a) para determinar el acierto o error de la práctica real. La limitación del control al principio DIP permite una aproximación a la exclusión de la suerte mucho más cercana a nuestra idea intuitiva de que se puede responder por las acciones y por ciertas consecuencias en el mundo exterior vinculadas a ellas de una forma específica. Es el llamado “*congruentismo kantiano*”.

---

<sup>81</sup> El subjetivismo implica castigo por los pensamientos o por el carácter, más allá no puede retroceder sin entrar a responsabilizar por determinismo.

Esta discusión requerirá un análisis de la postura de *Kant* más detallada y que permita vincular las formas del imperativo categórico a un concepto de suerte, de entre las opciones aquí esbozadas. En especial, cómo se relaciona el imperativo kantiano con el control y el valor deóntico de las conductas, donde el imperativo no opera en el vacío, sino en un contexto más amplio que el aislamiento *noumenal* del agente.

## II.5. Recapitulación

El postulado del control en el concepto de *suerte-control1* directamente ataca todo nuestro derecho penal como una “práctica de responsabilizar personas”. No tendría posibilidad de ser una reacción al quebrantamiento de expectativas normativas, no hay comunicación, puesto que el principio de *transferencia de la irresponsabilidad* dejaría al derecho penal como una especie de fuerza causal reactiva.

El concepto de *suerte-control2* nos permite responsabilizar sólo por aquello que se encuentra presente en la psique del sujeto y que, o bien ni siquiera necesita manifestarse, o bien basta que se manifieste como mera externalidad sin sentido objetivo. Esta postura implica un gran problema epistémico, tanto para conocer cuándo existe la voluntad en los casos de no exteriorización o exteriorización irreconocible, como para aquellos en los que la exteriorización parezca concluyente (homicidio) y en realidad no se vincule con lo interior del sujeto. Otro problema es que se crearía una gran confusión en lo relativo a la satisfacción de las personas por el logro de metas, que en este marco no tendrían ningún valor, pero que son percibidas como valiosas.

El sistema normativo sería incongruente con el sistema de valores de la sociedad. Las personas se esforzarían para obtener aquello que no tiene mérito lograr, pues basta con la buena voluntad interna. Incluso en la postura que exige el esfuerzo como

necesario (en la versión mínimamente externalista) se estarían esforzando por nada que tenga vinculación con los juicios de valor<sup>82</sup>.

En definitiva, la tesis acerca de la “control-suerte3a” nos indica que hay una escisión en el concepto de suerte que puede explicarse de dos formas. Una forma indica que no es suerte aquello que ocurre en el mundo exterior cuando se corresponde con la configuración de la voluntad bajo la supervisión de un observador objetivo. La otra es que hay dos clases de suerte: una relevante o maligna y otra irrelevante o benigna. Es decir, que cuando hay congruencia, si ella contiene un componente de suerte no distorsiona el fundamento de la imputación.

El principio DIP es fundamental para establecer cuándo violamos nuestros deberes en forma definitiva (sin posibilidad de revocación); pero, además, nos dice que las intenciones del agente, buenas o malas, tienen un contenido de valor dependiente de la posibilidad de llevarlas adelante en el mundo (deber objetivo). Por lo tanto, si no

---

<sup>82</sup> Richards sostiene que lo que una persona *merece* por una conducta puede diferir del *nivel de crítica* que le asignamos por realizar tal conducta. Nuestra posición epistémica con respecto a las cuestiones que determinan el merecimiento de un agente es tan imperfecta que alguien puede haber actuado en forma mucho más reprochable de lo podemos percibir y fundamentar (RICHARDS, *Mind*, 1986, pp. 198-209). Si esto es así, nadie tiene derecho a criticarlo tan duramente como merece. La crítica no deberá reflejar una supuesta omnisciencia, sino una comprensión actual de lo que ha hecho.

El agente culpable puede ser más o menos afortunado debido a cuán claro es su merecimiento y nosotros, como juzgadores, debemos permitir que la suerte establezca una diferencia acerca de cómo debemos tratarlo. Ello siempre que no decidamos cambiar nuestras prácticas por unas en que se pretenda omnisciencia. Pero con esto no contradecemos la limitación acerca de que la suerte no puede afectar cuáles *son* sus merecimientos. La situación de tensión entre control y suerte no es paradójica, como Nagel sostiene, sólo refleja nuestras limitaciones epistemológicas, y la buena o mala fortuna del agente con relación a ellas.

Richards insiste en que esta discriminación es tan básica que “nuestras actitudes morales ordinarias serían irreconocibles sin ella. Nosotros juzgamos a las personas por lo que hacen actualmente o fallan en hacer, no sólo por lo que hubieran hecho si la situación hubiera sido diferente.”

Por otra parte, *cuestiones que están más allá del control del agente tienen que ver con cuán claro vemos lo que él merece y, además, con la legitimación de nuestro trato al autor en una determinada manera. Su suerte en esas cuestiones afecta a cómo debemos tratarlo, no porque haya cambiado su merecimiento, sino porque han cambiado los fundamentos sobre los cuales estamos obligados a juzgarlo.*

Así, *no existe monto de suerte alguno que pueda afectar lo que nosotros merecemos*, pero en la determinación de las respuestas ante el autor, debemos reconocer que no somos omniscientes acerca de tales cuestiones y que somos responsables por nuestras inferencias acerca de ellas.

Es tal como el planteo de Adam Smith, el juzgar por el resultado es una desviación de los sentimientos morales, pero esa desviación es positiva para la sociedad a largo plazo.

se viola el principio DIP el resultado se puede imputar, porque no hay nada que desconecte la posibilidad de realización (del principio DIP) con la realización (en la naturaleza)<sup>83</sup>. Esto es congruente con la afirmación de *Kant*:

“las buenas o malas consecuencias de una acción debida –así como las consecuencias de una omisión meritoria- no pueden imputarse al sujeto (*modus imputationis tollens*) .

---

<sup>83</sup> Se podría objetar que esto sólo demuestra que hay congruencia, pero no demuestra que el resultado por sí mismo agregue algún disvalor, pues el principio DIP hace que la obligación se encuentre extinguida e incumplida mucho antes de la producción del resultado (como en el ejemplo de la no presentación de la declaración impositiva). No es el lugar para desarrollar una respuesta, pero está claro que para Kant sí cuenta la producción del resultado. Al respecto, citaré algunos pasajes de las Lecciones sobre Ética (KANT, *Lecciones sobre Ética*) en que parece bastante claro:

“La bondad de la acción es, por tanto, *vel interna vel externa*.” (p. 61)

“La consecuencia de la índole de una acción es *consectaria physica*.” (resultados) (p. 61)

“Toda imputación en general acontece, ya *in meritum* (mérito) ya *in demeritum* (culpa). Las consecuencias o resultados de una acción pueden ser, o pueden no ser, imputados a un sujeto.” (p. 98)

“Pero quien actúa en contra del deber, hace menos de lo que debe y entonces le es imputado, pues en tal caso actúa libremente e incluso contra la ley que obliga a esa acción, haciendo por consiguiente un uso impropio de la libertad, de suerte que *pueden serle imputadas legalmente todas las consecuencias*, puesto que actuar en contra del deber entraña una mayor libertad.” (p. 99)

“Aquellas cuyas motivaciones son subjetivas o internas son obligaciones éticas. Aquellas cuyas motivaciones son objetivas o externas son estrictamente jurídicas; ...” (p. 71)

“Por lo tanto, las omisiones éticas no constituyen acción alguna; sin embargo, las omisiones jurídicas sí son acciones y pueden ser imputadas, ya que se trata de inhibiciones de algo a lo que puedo ser obligado por ley, mientras que a las éticas no puedo verme obligado, dado que nadie puede coaccionarme a practicar la caridad. *En definitiva, la clave de toda imputación en relación con las consecuencias es la libertad*.” (p. 99)

“*Facta juridice necessaria* no pueden ser imputados, puesto que la acción no es libre. En cambio, los *facta* contrarios a las leyes jurídicas sí que pueden ser imputados, pues la acción es libre.” (p. 101). Probablemente la formulación del imperativo categórico, llamada *imperativo práctico*, que expresa que “obra de tal modo de que te relaciones con la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin y nunca sólo como un medio” (KANT, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, p. 104), pueda sostener la necesidad de congruencia con el resultado; pues éste deja un efecto de trato como medio mucho más persistente que la ausencia de ese resultado. Es decir, la privación de autonomía del otro es superior cuando se lo mata que cuando se intenta matarlo, porque la mediatización requiere su extinción como persona. Cuando el resultado no es congruente, esa permanencia de la muerte como puro hecho natural no pertenece a la afectación inicial del imperativo. Igualmente, el imperativo visto *ex ante* me impediría iniciar cualquier conducta de matar a otro, pero visto *ex-post* hay una extensión mayor en su afectación. Esta división en *ex ante* y *ex post* puede engendrar una crítica relativa a cierto consecuencialismo en el análisis, pero un kantiano no sólo observa las conductas *ex ante*, también debe juzgarlas *ex post*. Claro que en este punto la diferencia entre *ex ante* y *ex post* puede depender de la formulación del imperativo que se utilice, quizás la primera formulación no establezca diferencias entre *ex ante* y *ex post*. En definitiva, la pregunta es si hay posibilidad de graduar el desvalor moral en el esquema kantiano, a simple vista parece a todo o nada.

Las buenas consecuencias de una acción meritoria –así como las consecuencias malas de una acción ilegítima- pueden imputarse al sujeto (*modus imputationis ponens*)”.<sup>84</sup>

En esta postura, suerte es aquello que es significativo para el agente que escapa a la congruencia entre la voluntad y la causalidad (entendiendo por voluntad aquella intención que posee capacidad de lograr el resultado en el mundo real, según un observador objetivo). Veremos que este parámetro de congruencia puede depender de un método de medición que debe buscarse en el ámbito de la epistemología.

Esto es concordante con el aporte del principio DIP: suerte (moral o penal) es aquello que se atribuye al agente como contrario al deber cuando se encuentra más allá del *poder* del mismo. Es decir, cuando no hay desviación de la causalidad el resultado no es suerte. La palabra “poder” no debe interpretarse como exigiendo control, porque volvemos al problema inicial; *se trata de un poder potencial de la conducta que no es defraudado por una naturaleza madrastra.*

## II.6. Conclusiones

En este capítulo hemos llegado a varias conclusiones acerca de lo que la suerte no es o de lo que no puede hacerse con la suerte. Así, la suerte no es eliminable en su totalidad. La tesis de la incompatibilidad entre suerte y responsabilidad no sólo es una tesis que como *desideratum* es tan exigente que frustra la propia posibilidad del fin que pretende, eliminando la posibilidad de juicios de responsabilidad, sino que, a la vez, elimina al sujeto del juicio.

La idea de que la responsabilidad no puede ser construida sobre una base ideal remite a las palabras de *Kant*:

“en una madera tan torcida, como aquella de la que el hombre está hecho, no se puede llegar a tallar nada del todo recto”<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> KANT, *La Metafísica de las Costumbres*, pp. 35-36.

Enderezar completamente al sujeto es convertirlo en otro que no es y juzgar al que no es en lugar del que es, no parece respetar un mínimo de necesidad de que la identidad personal del agente se mantenga entre el momento del hecho y el momento en que es juzgado por el hecho<sup>86</sup>.

Esta situación mina la interpretación paradigmática kantiana de que la única referencia del juicio de valor es la voluntad, pues el principio de control<sup>87</sup>, que subyace como su fundamento, lleva a una regresión y a la irresponsabilidad total. Por lo tanto, cualquier subjetivismo basado en el principio del control adolece del mismo problema que lo invalida como opción teórica y práctica. La suerte no es eliminable en su totalidad y no es uniforme en su constitución. Esta segunda cualidad negativa, lleva a una distinción entre la suerte que afecta o distorsiona los juicios normativos y la suerte que no los afecta o distorsiona, neutra o benigna. Esta distinción sólo puede hacerse abandonando el principio de control y sustituyéndolo por la idea de *congruencia entre voluntad y causalidad*, la suerte que hace que las cosas resulten como era esperable que resulten, según nuestro conocimiento del mundo<sup>88</sup>.

La máxima DIP permite identificar los casos de *congruencia* y distinguirlos de los de mera *coincidencia*. Ello ocasiona que la condición de control quede limitada a la especificación identificada como “*control-suerte3a*”. Esta limitación permite sostener la postura congruentista y recupera la posibilidad teórica de fundamentar responsabilidad por -algunos de- los resultados. En definitiva, se distingue entre suerte inocua y nociva, sólo la segunda será susceptible de ser suerte moral.

---

<sup>85</sup> KANT, *Ideas de una historia universal con propósito cosmopolita*, en *En Defensa de la ilustración*, p. 81.

<sup>86</sup> Para juzgar el hecho debe construirse una nueva identidad personal, porque la real no está bajo el control de sí misma. Pero esa nueva identidad al ser juzgada no tiene otro soporte físico, necesario para la pena, que el de la identidad que no debía ser juzgada por la intervención de la suerte en su conformación. Incluso cuando se trata de un juicio moral la identidad que sufre (cualquiera sea el sufrimiento que implica la desaprobación moral) es la identidad real. En definitiva, se trata de una condena sin juicio.

<sup>87</sup> Como ya vimos la interpretación usual hace de Kant un defensor del principio de control para la responsabilidad, por ejemplo SVERDLIK, *J. Ethics*, 2001, p. 298, nota 16. En general, los autores hacen hincapié en el elemento metafísico de la responsabilidad relativo a la libertad o control propio de agentes responsables (ZIMMERMAN, *The Journal of Philosophy*, 2002, p. 556).

<sup>88</sup> Es decir, que el mundo no actúa como un demonio que permanentemente decepciona a los agentes, remedando el planteo escéptico de Descartes.



Los resultados no son controlados pero pueden predecirse razonablemente, siendo esto suficiente para que la voluntad capaz de producir un resultado y el mundo que lo produce lleguen a una congruencia en que el resultado puede ser visto como producto del agente.

Esto, como vimos, no significa que el resultado, *qua* resultado, se encuentre justificado como parte del juicio de responsabilidad. Pero aporta una fundamentación de cuándo es posible hacerlo contar. Para que cuente efectivamente, se necesita alguna fundamentación adicional que puede provenir del principio de lesividad o de algún principio de justicia, tanto distributiva como retributiva<sup>89</sup>. Es decir, la existencia de conexión, que era el problema esencial, se encuentra fundamentada. Sólo resta definir el desvalor propio de los resultados congruentes<sup>90</sup>.

---

<sup>89</sup> Debido a que el resultado ya no sería arbitrario desde el punto de vista moral, la distribución basada en él podría justificarse moralmente. El resultado entra en consideración no ilegítimamente desde el fundamento de congruencia. Un párrafo de Nozick parece expresar esta misma idea cuando critica la teoría de Rawls: “No es verdad, por ejemplo, que una persona *gane* Y (el derecho de conservar una pintura que ha pintado, elogios por escribir *Teoría de la Justicia*, etcétera), sólo si ha *ganado* (o de otra manera *merece*) todo lo que él usó (incluyendo dotes naturales) en el proceso de ganar Y. Algunas de las cosas que usa, simplemente las puede tener, no ilegítimamente. No es necesario que los fundamentos que subyacen el merecimiento, sean también merecidas, de pe a pa.” (NOZICK, *Anarquía, estado y Utopía*, p. 221 –itálicas en el original-. En cuanto a la retribución la discusión es más ardua debido a la propia pugna interna de esta teoría (la cita sería interminable, pero para un análisis respecto a la propia posición kantiana: MURPHY, *Colum. L. Rev.*, 1987, pp. 509-532). Tampoco es seguro que la retribución deba siempre castigar por el resultado, por ejemplo los defensores de un retribucionismo negativo limitan la intervención punitiva con relación al retribucionismo positivo (DUFF y GARLAND, *Introduction: Thinking about Punishment*, en *A Reader on Punishment*, 1994, p.63).

<sup>90</sup> Todavía subsiste un problema relativo a si los juicios deontológicos, referidos a la obligación moral, y los juicios de responsabilidad o hipológicos (Zimmerman, utiliza esta la denominación “*hypological*” para referirse a esta clase o especie de juicios -ZIMMERMAN, *The Journal of Philosophy*, 2002, p. 554) relativos al crédito o descrédito moral (elogio o reproche), son idénticos o no. Puede ser que ambos difieran en cuanto a la clase de control que es exigido para poder formularlos correctamente. Esta hipótesis parte de considerar que las posibilidades alternativas de acción son necesarias para los juicios deontológicos y no para los hipológicos.-

Si esto fuera así, se debería explicar cómo resultaría coherente que el principio DIP excluya cierta suerte y el juicio de responsabilidad pueda volverla a introducir. Distinto es que el juicio de responsabilidad pueda tener una fundamentación extra que avale la exclusión de la suerte nociva, o la inclusión de la inocua, ya realizada por el principio DIP.

Las fundamentaciones corrientes, de los juicios hipológicos, pueden partir de que el sujeto es objeto apropiado para la asignación de *actitudes reactivas* o de que hay una “entrada” en su “*cuenta moral*” por algún hecho. La asignación de responsabilidad por actitudes reactivas, implica que el resultado podría entrar a jugar un papel en estos juicios aun sin conexión con el juicio deontológico previo. La asignación de responsabilidad extendida es problemática, debido a que se trata de un juicio que

La conclusión de este capítulo puede expresarse, parafraseando de alguna manera a Nagel, de la siguiente manera: *si un aspecto significativo de lo que alguien hace depende de factores más allá de la congruencia, y, aun así, continuamos incluyendo esos factores como objeto de juicio moral o penal, esto puede llamarse suerte moral o suerte penal.*

El camino de la suerte nos lleva en esta primera etapa a la idea de congruencia, de que cierta correspondencia entre la capacidad del agente y el mundo debe ser incluida en la base de la responsabilidad. Esa congruencia en sí misma es importante más allá de si lleva, en definitiva, a imputar resultados naturales. La conclusión es que cierta suerte es suerte que no afecta el juicio de responsabilidad moral o penal y, por lo tanto, no puede llamarse suerte moral o suerte penal. La indiscriminada igualación de toda suerte como suerte moral o penal conlleva el costo de que desaparezcan los juicios de responsabilidad moral y penal. El concepto de suerte moral o penal resultante de la *fórmula congruentista*, desarrollado hasta aquí, puede ser analizado mediante los instrumentos que aportan la psicología social y la epistemología; lo cual será objeto de los siguientes capítulos.

---

implica un castigo hetero asignado. No se trata de asignación propia, como en el caso de “*agent regret*”. El agente puede exigirse más de lo que exige el deber, pero eso no le puede ser exigido por otro.

La postura aquí sostenida es que el juicio deontológico brinda una base (de exclusión de suerte) que no puede ser ampliada por el juicio de responsabilidad; lo único que puede hacer es aportar una fundamentación propia a la clase de juicio de que se trata.



## III. Psicología social

### III.1. Introducción

La psicología social ha intentado determinar cuál es la relación entre los sujetos y el mundo exterior y cómo se explican los fenómenos humanos y naturales desde la percepción de estos sujetos, delineando concepciones de percepción social. Los estudios en esta área del conocimiento incluyen trabajos sobre la percepción de las personas acerca de la intervención de la suerte en sus vidas y de cómo se formulan los juicios de atribución relativos a los acontecimientos o estados de cosas conforme esa percepción. En este sentido, la importancia de este capítulo reside en subrayar la relevancia de la suerte en nuestras decisiones cotidianas sobre la atribución de responsabilidad a las personas y al mundo que nos rodea.

Estas decisiones son el material de los juicios normativos que fundamentan el comportamiento futuro de los agentes sociales y delimitan la forma que adoptará el concepto de responsabilidad social. Los juicios normativos se nutren de la percepción psicológica de la capacidad de controlar las conductas, los estados de cosas o los eventos exteriores por parte de los actores; así como, también, de las creencias de los individuos en la posibilidad de manipular la suerte, generando una *ilusión de control* que tiene efectos distorsivos de la comprensión de esos fenómenos. Esta disciplina ha elaborado aproximaciones propias al concepto de suerte partiendo de datos empíricos. Por su intermedio, se ha establecido una estrecha relación entre la percepción de resultados diferentes al real, pero percibidos como altamente probables, y aquello que los agentes atribuyen a la suerte.

### III.2. La teoría de la atribución

La teoría de la atribución, una de la más importantes en este campo, se refiere a la forma en que las personas construyen explicaciones causales acerca de por qué ocurren los hechos. Las personas tienen una interpretación explícita o implícita de las causas de los eventos y de la responsabilidad por los resultados de los mismos. A su vez, ha estudiado por qué una persona atribuye un evento o un resultado a la suerte y cuáles son los sentimientos asociados a tales atribuciones. *Heider*, uno de sus principales exponentes, consideraba que las personas tienen la capacidad de hacer inferencias causales casi instantáneamente en conjunción con la percepción del entorno en que se desarrollan los eventos.

La teoría de la atribución considera que ésta debe dividirse en interna o personal y externa o del entorno:

“Así, cuando el éxito es atribuido a la suerte..., implica dos cosas: primero, que las condiciones del entorno, más que la persona, son las principales responsables del resultado, y segundo, que esas condiciones del entorno son producto del azar.”<sup>91</sup>

Los resultados de los análisis atribucionales indican que la atribución a la suerte se vincula con la intervención de una causa externa, inestable e incontrolable<sup>92</sup>. La característica dominante es la carencia de control por el sujeto y que el evento dependa del azar.

Un estudio preguntaba, a estudiantes universitarios, a qué atribuían sus resultados en los exámenes. Es decir, cómo atribuían esos resultados sobre la base de una taxonomía causal de tres dimensiones: lugar, estabilidad y control; en cada dimensión existe el factor suerte como opción. La primera dimensión indica si la suerte es vista como algo interno o externo al sujeto; respondería a la pregunta ¿de dónde viene la suerte? La segunda trata de determinar si la suerte es algo estable, que permanece a lo largo de las situaciones y del tiempo o si es algo casual o de aparición

---

<sup>91</sup> HEIDER, “The psychology of Interpersonal relations”, p. 91, citado por PRITCHARD Y SMITH, *New Ideas Psychol.*, Vol. 22, 2004, p. 7.

<sup>92</sup> TEIGEN, *Scand. J. Psychol.*, vol. 38, 1997, p. 313.

esporádica; y la tercera se pregunta si es algo que se pueda controlar o que se impone al sujeto no importa cuánto se esfuerce por dominarla.

Los estudiantes consideraron que existía una asociación sistemática entre capacidad y estabilidad y suerte e inestabilidad<sup>93</sup>. Con relación al lugar en que se encontraban los componentes que clasificaban como relevantes, consideraron que la inteligencia, el interés, el esfuerzo, el método de estudio y el conocimiento eran internos, mientras que la dificultad del examen y la suerte eran externas. Respecto a la dimensión de control, intereses, método, esfuerzo y conocimiento estaban bajo su control, mientras que la inteligencia, la dificultad y la suerte eran incontrolables para cualquiera<sup>94</sup>.

En los análisis atribucionales la suerte es utilizada como un concepto explicativo<sup>95</sup>, los resultados que no pueden ser adjudicados a la capacidad, esfuerzo o características situacionales estables son vistos como debidos a la suerte<sup>96</sup>. La teoría de la atribución reconoce que el resultado puede ser percibido de una determinada manera por comparación<sup>97</sup>. Se ha observado que las víctimas de traumas graves o violación perciben que fueron afortunadas debido a que las cosas podrían haber sido aún peores<sup>98</sup>. Esto nos llevará a otras corrientes en psicología que atribuyen significado al término suerte a partir de procesos de comparación basados en el *pensamiento contrafáctico*.

---

<sup>93</sup> VAN OVERWALLE, *Journal Of Educational Psychology*, Vol. 81, nº 3, 1989, p. 401.

<sup>94</sup> VAN OVERWALLE, *Journal Of Educational Psychology*, 1989, p. 402.

<sup>95</sup> Existen otros usos posibles del concepto de suerte. Éste puede ser descriptivo: “Pedro tuvo mala suerte al perder el autobús”; a su vez, es posible que se lo entienda como evaluativo “perder el autobús es un evento negativo”.

<sup>96</sup> TEIGEN, *Scand. J. Psychol.*, 1997, p. 313.

<sup>97</sup> ANDERSON, *J. Exp. Soc. Psychol.*, 1983, p. 185.

<sup>98</sup> JANOT-BULMAN, “Shattered Assumptions: Towards a new psychology of Trauma”, 1992, citado por PRITCHARD, *New Ideas Psychol.*, 2004, p. 10. También puede verse el trabajo de WHITE y LEHMAN, *Pers. Soc. Psychol. Bull.*, 2005, pp. 1413-1424.

### III.3. El análisis contrafáctico

El pensamiento contrafáctico se refiere a la imaginación de alternativas a un resultado pasado. En general, toma la forma de una proposición condicional, el antecedente está constituido por una acción o decisión del individuo y el consecuente describe un estado de cosas, generalmente, en términos evaluativos.

Los psicólogos se interesaron por esta forma de pensamiento porque se encuentra íntimamente relacionada con las emociones<sup>99</sup>, las inferencias causales, las expectativas, la percepción social, la autocomprensión del sujeto y la evaluación de comportamientos sociales, incluyendo la asignación de reproche. Evidentemente, estos campos múltiples de aplicación hacen que se trate de un tema de interés multidisciplinario, que va desde la filosofía al análisis político e histórico pasando por el marketing, los juegos de azar y la organización empresarial. Pero en el derecho penal aún no se ha mostrado interés por este tema, más allá de que intuitivamente se haya hablado de cursos causales hipotéticos respecto de los cuales todos los estudios que se analizarán a continuación han pasado inadvertidos y por lo tanto su potencial explicativo desaprovechado.

El pensamiento contrafáctico es habitual y, en general, es adecuado a criterios de realidad y posibilidad, generando una correspondencia entre los esquemas de acciones futuras<sup>100</sup> y el logro de las metas propuestas<sup>101</sup>. El juicio individual y social de los resultados se asienta en dos mecanismos; en el contraste entre el efecto real y los posibles y en la inferencia causal de los efectos<sup>102</sup>. Así, si el efecto más próximo, contrafácticamente, es muy relevante hace resaltar, positiva o negativamente, al resultado real<sup>103</sup>. En cuanto a la causalidad, la decisión o acción del agente tiene una vinculación causal con el resultado y con los resultados que contrafácticamente eran alternativos al real, haciendo que conductas y decisiones alternativas, supuestamente

---

<sup>99</sup> MCGRAW, MELLERS y RITOV, *Journal of Behavioral Decision Making*, 2004, pp. 281-295.

<sup>100</sup> SANNA y TURLEY-AMES, *European Journal of Social Psychology*, 2000, p. 273.

<sup>101</sup> DAY y MALTBY, *Pers. Individ. Dif.*, 2005, pp. 1217-1226. Estos autores consideran demostrado, a través de su investigación empírica, que la creencia en la buena suerte juega un rol significativo en la confianza del sujeto para la planificación y logro de metas fijadas.

<sup>102</sup> ROESE, *Psychology and Marketing*, 2002, p. 278.

<sup>103</sup> Por proximidad se entiende al efecto más plausible o probable; no tiene ninguna relación con la proximidad temporal, que no es relevante para el análisis contrafáctico (BURRUS y ROESE, *Pers. Soc. Psychol. Bull.*, 2006, pp. 1050-1058).

disponibles para el agente, incrementen o disminuyan el signo negativo o positivo de la valoración de la conducta y del resultado real<sup>104</sup>.

Los estudios empíricos, que evaluaron el tema de la suerte a la luz de este pensamiento, lo hicieron a través de situaciones en las que los participantes debían imaginarse cómo se sentirían si obtuvieran un resultado positivo muy importante, uno muy negativo o que casi obtuvieran un resultado muy positivo o uno muy negativo. También se establecía una situación de control sobre el resultado como prueba testigo. Los que casi obtienen un resultado muy negativo le asignaron un alto grado de buena suerte a la situación en la que se encontraban. Los que casi obtienen un resultado muy positivo le asignaron un alto grado de mala suerte a su situación y se sintieron menos afortunados que los que se encontraban en la situación de control<sup>105</sup>.

Estas conclusiones derivan de que el sujeto, que podía imaginar un resultado mejor que el obtenido, tenga un pensamiento contrafáctico ascendente que lo motiva a intentar nuevamente y el que se imaginaba un resultado peor al real un pensamiento contrafáctico descendente que lo impulsa a desistir.

### **III.4. Control e ilusión de control**

El estudio del pensamiento contrafáctico se probó con los jugadores de juegos de puro azar<sup>106</sup>. Dos jugadores uno al lado del otro juegan en respectivas máquinas tragamonedas, el primero casi acierta el pozo mayor y el segundo casi pierde hasta la moneda invertida, sin embargo el resultado real de sus apuestas es el de una ganancia de diez monedas. El que casi pierde genera un pensamiento contrafáctico orientado hacia lo negativo (descendente), se conforma con que no resulte que pierde todo y piensa que le podría haber ido mucho peor; mientras que el que casi gana el pozo

---

<sup>104</sup> Si el agente hubiera adquirido un seguro contra incendios, el incendio de su casa no lo hubiera colocado en tan mala situación económica. La decisión del agente se encuentra vinculada causalmente a su crisis económica.

<sup>105</sup> JOHNSON, *Pers. Soc. Psychol. Bull.*, 1986, pp. 51-62.

<sup>106</sup> Así los denominan los autores del trabajo antes citado.



mayor genera un pensamiento contrafáctico positivo (ascendente), cree que le podría haber ido mucho mejor. Sin embargo, el primero piensa que tuvo buena suerte y el segundo que tuvo mala suerte.

Los jugadores perciben los resultados reales como un indicio para la predicción de las perspectivas de su juego futuro, en este caso las conclusiones difieren del análisis tradicional del pensamiento contrafáctico. Existe prueba de que los jugadores distinguen entre los eventos al azar y aquellos que se refiere a la suerte personal; entendiendo por azar el aspecto situacional de los eventos indeterminados y por suerte a la creencia en una capacidad personal para manejar esos eventos<sup>107</sup>. En ciertos jugadores hay una tendencia a interpretar, predominantemente, a la suerte como una capacidad o cualidad personal<sup>108</sup>, a diferencia de su consideración como algo externo, como ocurría en la teoría de la atribución.

El comportamiento registrado en estos experimentos indica que en los juegos de puro azar, en que la estructura misma del juego está diseñada para privar a la persona de medios para controlar el resultado, surge en los participantes la creencia en una habilidad no convencional que puede llamarse “suerte personal” como un medio de influenciar el acaecimiento de ese resultado. Esta es una “ilusión de control” que afectará a su comportamiento futuro<sup>109</sup> y a la decisión de seguir jugando o retirarse<sup>110</sup>. La ilusión de control es un mecanismo de protección del agente para seguir sintiendo que domina los sucesos en que se encuentra participando, pues tiene la necesidad de sentirse responsable aunque no lo sea.

---

<sup>107</sup> WAGENAAR Y KEREN, *Journal of Behavioural Decision Making*, 1988, pp. 65-75, citado por WOHL y ENZLE, *J. Exp. Soc. Psychol.*, 2003, p. 185.

<sup>108</sup> WOHL Y ENZLE, *J. Exp. Soc. Psychol.*, 2003, p. 185.

<sup>109</sup> No sólo el comportamiento de un individuo puede ser afectado por la ilusión de control, sino también la propia organización funcional de una persona jurídica. En este sentido, DURAND, *Strategic Management Journal*, 2003, pp. 821-838.

<sup>110</sup> Wohl y Enzle desarrollan el concepto de “suerte personal” como herramienta en la elaboración de la ilusión de control en los juegos de puro azar. Las personas en cuestión parecen actuar como si ellas pudieran influenciar los eventos al azar a través de su suerte personal mediante el contacto físico con los objetos, no existiendo ninguna conexión causal racional entre los resultados y sus acciones en el juego. Mientras que sus resultados permanecen acordes a las probabilidades del juego, los jugadores desarrollan conjuntos de creencias altamente articuladas acerca de la suerte que fundamentan su persistencia en seguir jugando esa clase de juegos de puro azar (WOHL y ENZLE, *Pers. Soc. Psychol. Bull.*, 2002, pp. 1388-1397).

Los experimentos de psicología social incluyeron estudios acerca de los motivos por los cuales los jugadores eligen determinados números en los boletos de lotería. Los resultados indicaron que los sujetos preferían los números al azar o bien aquéllos que les recordaban fechas relevantes, creyendo que esta selección incrementaba las posibilidades de ganar. Sin embargo, todos los intentos de racionalización utilizados para seleccionar los boletos son, de hecho, irracionales. Todos los boletos tienen igual posibilidad de ganar y por lo tanto la elección implica una distorsión cognitiva, que se incrementa en los jugadores patológicos, que tienden a generar una ilusión de control, vinculada a sus experiencias pasadas en el juego con relación a los números que les resultan significativos y a un error de comprensión respecto de la independencia entre el sujeto y los eventos al azar<sup>111</sup>.

En definitiva, el pensamiento contrafáctico nos muestra dos predicciones diferentes según que se trate de resultados que pueden ser influenciados por los sujetos que intervienen en el proceso que lleva a ellos o que no puedan serlo. En el primer caso, se trata de eventos que normalmente se considera que pueden ser influenciados por la actividad de las personas, por lo que la suerte es tratada como algo externo e incontrolable. En consecuencia, el resultado querido, que perciben contrafácticamente como cercano, les hace perseverar en su conducta (fallé por mala suerte), mientras que el resultado que perciben como peor o menos deseable, que ven contrafácticamente como cercano, les hace desistir (acerté por buena suerte). Contrariamente, en el segundo caso, cuando se trata de juegos de puro azar, al estilo de la rueda de la fortuna, se da el resultado inverso, ello debido a que perciben a la suerte como algo interno, algo vinculado a una pseudo capacidad de la persona en cuestión<sup>112</sup>. La conclusión es divergente por la influencia de la ilusión de control.

Estas conclusiones, en el marco del pensamiento contrafáctico, nos aportan datos relevantes para el concepto de suerte en el campo penal. Por ejemplo, esta información empírica puede trasladarse a un problema similar en derecho penal acerca de la influencia de la norma penal sobre el sujeto que actúa contra ella en grado de tentativa. Es decir, el agente podría verse inclinado a intentar nuevamente,

---

<sup>111</sup> HARDOON, BABOUSHKIN, DEREVENSKY y GUPTA, *Journal of Clinical Psychology*, 2001, p. 761.

<sup>112</sup> En este sentido haciendo un relevamiento de estudios previos: FRIEDLAND, *Journal of Behavioral Making*, 1998, p. 162.

luego de un intento fallido, si percibe que casi logra el resultado buscado (pensamiento contrafáctico ascendente), mientras que cuando falla su plan de forma notoria, se vería incentivado a abandonar sus planes (pensamiento contrafáctico descendente). Así, cuanto más idónea es, desde la perspectiva del sujeto, la tentativa, el agente perseveraría repitiendo intentos; mientras que, en una tentativa percibida como inidónea, tendería a retirarse. Esto justifica que, desde la percepción social, las tentativas idóneas sean más graves que las inidóneas<sup>113</sup> y requieran de más castigo para desincentivarlas. A su vez, quien padece de la ilusión de control no podrá evolucionar sus métodos de ejecución de forma que pueda incrementar su capacidad de lograr el resultado en futuros intentos, pues cree que domina aquello que no puede ser dominado (tentativa supersticiosa).

La necesidad de asimilar la suerte a una capacidad no aparece, en otros estudios, como una constante. Distinciones entre suerte y azar se vinculan a tendencias entre distintas clases de personas, algunas prefieren atribuir ciertos eventos a la suerte (personas orientadas a la suerte) y otras al azar (personas orientadas al azar)<sup>114</sup>. Estas distintas orientaciones personales implican una diferencia cualitativa entre las personas cuando deben tomar una decisión en condiciones de incertidumbre.

La primera diferencia, entre ambas categorías de personas, se pone de relieve con relación a la información que la persona busca al momento de tomar la decisión. Aquellos orientados a ver los eventos como azarosos tienden a ver el proceso de decisión como un problema que requiere decidir entre un número de resultados posibles generados por una causa externa e incontrolable: el azar. Su solución depende de la reducción de la incertidumbre externa a través de las *probabilidades* de ocurrencia de un cierto resultado. Las personas orientadas a la suerte buscan signos que podrían decirles cuán afortunados son o cuánto pueden confiar en su suerte para tomar la decisión correcta. Por ello pueden infravalorar o ignorar las probabilidades de ocurrencia del evento.

---

<sup>113</sup> Esto permite diferenciar los casos de tentativas irreales o supersticiosas de los que son “relativamente inidóneas” (por ejemplo, el caso de la dosis de veneno insuficiente). Sin embargo, se verá más adelante que ciertas personas reaccionan de modo diferente frente a situaciones similares, influenciados por la “ilusión de control”.

<sup>114</sup> Las hipótesis y conclusiones de los párrafos subsiguientes se refieren al estudio de FRIEDLAND, *Journal of Behavioral Making*, 1998, pp. 161-179.

Las probabilidades que calculan las personas orientadas al azar deben tomarse con cierto cuidado, pues se deben considerar las probabilidades fácticas y las contrafácticas, que deberían ser complementarias. Así si las probabilidades de que  $x$  colisione con su auto son altas, las de que no lo haga son bajas. Sin embargo, la percepción subjetiva no siempre concuerda con esta pauta distributiva; es decir, los juicios de probabilidad son influenciados por la percepción de la cercanía de un resultado distinto al ocurrido<sup>115</sup>.

La segunda diferencia entre ambas categorías de personas es que aquellas orientadas al azar consideran que la solución al problema es siempre la misma, no importa la persona que se enfrente al mismo ni las circunstancias de tiempo, siempre que las características que definen al problema se mantengan constantes. Por el contrario, las personas orientadas a la suerte perciben un lazo muy fuerte entre persona y resultado, debido a que consideran que el resultado depende de la suerte de la persona y de cómo ella la utilice.

Los experimentos empíricos conducidos sobre estas bases indicaron que las personas orientadas por la suerte consideraban que buenos resultados en cierto juego de azar podían conducir a malos resultados en otro, debido a que evaluaban la suerte como algo que podía agotarse, lo que los llevaba a adoptar una actitud prudente. A su vez, en un segundo juego no percibían que en éste era más probable ganar y no subían sus apuestas, al contrario de las personas orientadas por el azar que, al reconocer las mayores probabilidades de ganar subían, consecuentemente, sus apuestas. A los orientados por la suerte les ocurría algo similar a la “falacia del jugador”, por lo cual eran más propensos a un pensamiento mágico completamente introspectivo e intuitivo<sup>116</sup>.

La falacia del jugador consiste en la falsa creencia en una correlación negativa de una secuencia al azar no correlacionada<sup>117</sup>. Por ejemplo, si en el juego de ruleta ha salido tres veces un número rojo el jugador cree que es más probable que salga uno negro. Tal prejuicio crea una errónea comprensión del azar. *El azar es percibido como un proceso autocorrectivo en el cual la desviación en una dirección induce*

---

<sup>115</sup> TEIGEN, *Scand. J. Psychol.*, 1998, p. 241.

<sup>116</sup> ROGERS Y WEBLEY, *Applied Psychology: An International Review*, pp. 181-199.

<sup>117</sup> CROSON Y SUNDALI, *Journal of Risk and Uncertainty*, 2005, pp. 195-209

una desviación en la dirección opuesta para restaurar el equilibrio<sup>118</sup>. Estos juicios desviados generan “ilusiones estadísticas” que se vinculan con la ilusión de control<sup>119</sup>.

Los jugadores orientados a las probabilidades abandonan un juego cuando las oportunidades de ganar son muy bajas. Al contrario, los orientados por la suerte lo consideran un reto y continúan. Estos dos tipos de orientación no se encuentran, necesariamente, en estado puro en las personas y en sus respectivas percepciones. Todas las personas toman decisiones en un estado de incertidumbre. Las investigaciones indican que esas decisiones a menudo son inconsistentes con la teoría de la probabilidad. Los individuos han desarrollado una serie de juicios heurísticos para analizar y resolver problemas en el mundo real.

### **III.5. Control y contrafáctico**

La mención de resultados contrafácticos, en descripciones de acontecimientos de la vida cotidiana, ha resultado más recurrente con relación a la buena que a la mala suerte. Esta última es vinculada a eventos que realmente ocurrieron<sup>120</sup>. El que es atropellado por un camión considera que tuvo mala suerte, mientras que el que casi es atropellado considera que tuvo buena suerte, por la verosimilitud de la hipótesis de verdadero atropellamiento. Esto muestra cierta asimetría entre ambas clases de suerte.

Las comparaciones con un resultado alternativo contrafáctico son particularmente frecuentes cuando el resultado contrafáctico estuvo próximo a ocurrir o cuando era

---

<sup>118</sup> TVERSKY y KAHNEMAN, *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*, 1988, pp. 1124-1131; también en KAHNEMAN, *American Psychological Society*, 1991, pp. 142-145.

<sup>119</sup> LANGER, *The illusion of control*, en TVERSKY y KAHNEMAN, *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*, 1988, pp. 231-238.

<sup>120</sup> TEIGEN, EVENSEN, SAMOILOW y VATNE, *European Journal of Social Psychology*, 1999, p. 985.

esperable que ocurriera<sup>121</sup>. En el primer caso se trata de comparaciones ex-post<sup>122</sup>, mientras que en el segundo lo son ex-ante.

Esta distinción, ex-ante y ex-post, en otros trabajos, es referida como pensamiento pre-fáctico y post-fáctico. El primero apunta a un futuro imaginado o a una evaluación antes de que los hechos se consumen y, el segundo, se refiere a resultados alternativos del pasado o del presente<sup>123</sup>.

Se agrega que también se espera una comparación contrafáctica, en mejor o peor, cuando el resultado se encontraba sugerido por la situación<sup>124</sup>. Las expectativas son, en general, de buenos más que de malos resultados; pero las expectativas negativas son fortalecidas por la intervención del elemento azar que, a nivel teórico, *es un componente central en los incidentes que se califican mediante la palabra suerte*. La intervención del azar crea una asimetría, en las comparaciones entre resultados mejores o peores del real, externa a la estructura del pensamiento contrafáctico, basada en una diferencia en la distribución de las condiciones típicas de las situaciones de la vida cotidiana. Es decir, en las oportunidades de afrontar determinado tipo o clase de situación, lo cual afecta las comparaciones en sí<sup>125</sup>.

También se ha descubierto que en ocasiones se califica un resultado como de buena suerte o mala suerte según como se ordenen los acontecimientos intermedios. Lo importante no es la secuencia temporal, sino el orden causal y el orden narrativo que se adopte<sup>126</sup>. Ese fenómeno se explica de la siguiente manera:

---

<sup>121</sup> En este punto, los autores citados en la nota anterior (TEIGEN, EVENSEN, SAMOLOW y VATNE, *European Journal of Social Psychology*, 1999, p. 985) asumen las conclusiones de los trabajos de ROESE, *Advances in Experimental Psychology*, 1997, pp. 1-59 y de SANNA y TURLEY, *Pers. Soc. Psychol. Bull.*, 1996, pp. 906-919.

<sup>122</sup> Teigen considera que la suerte sólo puede asignarse luego de que los hechos se consumen, pues es cuando se conoce qué ocurrió y, especialmente, qué no ocurrió (TEIGEN, *Scand. J. Psychol.*, 1998, p. 245).

<sup>123</sup> LANDMAN Y PETTY, *Psychology and Marketing*, 2000, p.300.

<sup>124</sup> TEIGEN, EVENSEN, SAMOLOW Y VATNE, *European Journal of Social Psychology*, 1999, p. 985.

<sup>125</sup> TEIGEN, EVENSEN, SAMOLOW Y VATNE, *European Journal of Social Psychology*, 1999, p. 986. La dogmática penal puede ser vista como un orden narrativo particular, que por ser tal oculta o muestra la suerte implicada en el relato.

<sup>126</sup> TEIGEN, EVENSEN, SAMOLOW Y VATNE, *European Journal of Social Psychology*, 1999, p. 986-987.

“Las asimetrías entre buena y mala suerte se deben al hecho de que las situaciones de suerte se caracterizan por un bajo control del resultado, determinado completa o parcialmente por el azar. Tales situaciones a menudo son negativas, o al menos sugieren la posibilidad de fracaso. Lo cual significa que el resultado real no necesita ser de gran éxito para ser percibido como de buena suerte, es suficiente que el peor resultado no se haya dado. Las instancias de mala suerte deben ser, sin embargo, fallas reales.”<sup>127</sup>

Existe una fuerte simetría entre buena y mala suerte, en cuanto se las vincula con la proximidad a resultados, no ocurridos pero posibles, que serían cercanos al éxito o al desastre. Es decir ambas necesitan del pensamiento contrafáctico para ser definidas. Lo cual lleva a que las situaciones que son calificadas de buena suerte sean, en general, situaciones que las personas no quieran repetir<sup>128</sup>; tal como el ejemplo del casi atropellado por un camión, que antes fuera referido. Por ello, en las situaciones de riesgo la gente tiene más oportunidades de verse como afortunada que como desafortunada. En otras palabras:

a) Las situaciones de escaso control fueron juzgadas en forma más negativa que las situaciones que implicaban azar. Pero en ambas se imaginaron resultados mucho peores de los ocurridos, lo cual confirma que las situaciones de azar tienden a crear expectativas negativas; lo cual hace que resultados “normales” se califiquen de afortunados en atención a que esas expectativas negativas no se realizaron.

b) La carencia de control es considerada displacentera, atento a que este concepto puede sugerir situaciones en las que la persona se supone que debería haber tenido control y no lo tuvo, fallando en la búsqueda de un determinado resultado. Por lo tanto, hay una calificación normativa del control en estos juicios.

c) Los resultados debidos al azar son, también por definición, no controlables. Pero no indican o sugieren errores en la misma extensión que la carencia de control. Es decir, la pérdida de control se ve como un error de la persona, en cambio el azar es visto como un componente de la naturaleza o externo. En consecuencia, las

---

<sup>127</sup> TEIGEN, EVENSEN, SAMOILOW Y VATNE, *European Journal of Social Psychology*, 1999, p. 987.

<sup>128</sup> TEIGEN, EVENSEN, SAMOILOW Y VATNE, *European Journal of Social Psychology*, 1999, p. 984. En idéntico sentido: TEIGEN, *Scand. J. Psychol.*, 1998, p. 236.

situaciones en las que interviene el azar no tienen las mismas connotaciones negativas que las de carencia de control.

En este punto hay una disputa entre dos posiciones, que sostienen que el azar es habitualmente más invocado como explicación de un evento positivo que de uno negativo. Otros sostienen lo contrario, basados en el llamado “prejuicio hedonista” que, en el marco de la teoría de la atribución, hace que las fallas o desaciertos se atribuyan a mala suerte mientras que los aciertos lo son a la capacidad. Incluso en situaciones que terminan bien, el azar implica un fuerte elemento de incertidumbre. Cuando interviene el azar o existe una carencia de control hay poco que hacer para prevenir que ocurran resultados negativos. Tales resultados serán altamente susceptibles de ser utilizados en elaboraciones contrafácticas.

Las experiencias realizadas para falsar estas ideas incluyeron experimentos en los que se les pidió a los voluntarios que hicieran historias de tres partes para relatar situaciones de buena o mala suerte<sup>129</sup>. Resultó que las historias de mala suerte contenían una cierta constante de mal en peor; mientras que, en las de buena suerte, había un quiebre que daba un giro inesperado a la historia: se empezaba mal y se terminaba bien. Las historias que se calificaron de positivas no son idénticas a aquellas consideradas de buena suerte. En muchas ocasiones los resultados negativos son considerados de buena suerte, en comparación con la expectativa previa de un resultado contrafáctico aun peor.

Estos trabajos permiten concluir que es más fácil predecir los resultados de mala suerte que los de buena y por ello los juicios de valor sobre los primeros son más correlativos que los que se realizan sobre los segundos. Los reproches aparecen como mejor fundados que los elogios o premios. Las situaciones de pérdida de control, aquellas en las que hay una expectativa de control, llevan implícito un descrédito o una forma de anulación del mérito que les es propia. Lo cual implica que el principio o condición de control, visto desde la psicología social, no tiene una base únicamente naturalista como parecía tenerla en el análisis filosófico dentro del campo de la suerte moral. Esto significa que el campo de la suerte como ausencia de control tiene una significación diferente según se lo vea como una cuestión de *atribución social*, con

---

<sup>129</sup> TEIGEN, EVENSEN, SAMOLOW Y VATNE, *European Journal of Social Psychology*, 1999, p. 986.



base en el pensamiento contrafáctico, o como un problema predominantemente de *atribución causal*.

### **III.6. Suerte, resultados contrafácticos y reproche**

La necesidad de una *ilusión de control* se ha registrado en estudios que indican que las personas no percibían claramente que la suerte fuera algo externo y tampoco consideraban que fuera algo incontrolable. Esto está vinculado con la atribución de la suerte a la persona, “*X es una persona afortunada*” implica que ante situaciones no controlables algunas personas tienen una suerte favorable que hace que los resultados negativos no se produzcan. *El planteo antes reseñado hace que la suerte pueda ser vista como una atribución a la persona, mientras que el azar lo es al entorno*. Algunos estudios indicaron que los sujetos percibían a la suerte como asociada a la atribución causal y el término azar a la dimensión de estabilidad<sup>130</sup>. Las personas consideran que pueden controlar el resultado en situaciones claramente dominadas por el azar. Esta ilusión de control se vincula a la necesidad de estructurar su método de actuación.

Las teorías del aprendizaje social de la personalidad identifican los factores que llevan a las distintas percepciones del control sobre los resultados de los eventos. Así, el control se incrementa cuando los eventos son pensados como determinados primariamente por la acción del propio individuo. Por el contrario, decrece si los eventos se perciben como producidos por el azar o por otra persona. Esta perspectiva distingue azar de suerte: aun cuando ambos sean percibidos como externos, la suerte es considerada más interna que el azar. *La suerte es la atribución a una persona y el azar es una propiedad del entorno*. Se percibe a la suerte y al azar como reales, pero como causas separadas de los fenómenos; por ejemplo, estudios han mostrado que

---

<sup>130</sup> André concluye su propio estudio, sosteniendo que es posible pensar que la percepción negativa es considerada como incontrolable y que la percepción positiva si es controlable; la buena suerte es controlable mientras que la mala es incontrolable. Entonces, la incontrolabilidad depende de la valencia de tales percepciones más que de la cuestión causal o de la dimensión de estabilidad (ANDRÉ, *Pers. Individ. Dif.*, 2006, pp. 1470-1471).

los niños pequeños perciben a los niños mayores como más eficientes en controlar las situaciones de azar<sup>131</sup>.

*Darke y Freedman*<sup>132</sup> definen a la *buena suerte* como una característica estable que, consistentemente, favorece a alguna gente y no a otra. Este concepto es elaborado con el propósito de construir una escala para medir la buena suerte, en el marco de la atribución de suerte como algo interno de las personas. En contraste, el descreimiento en la suerte fue definido como la tendencia a tomar una postura racionalista acerca de la suerte como azarosa y poco confiable.

La ilusión de control puede tener consecuencias negativas cuando el individuo se imagina que domina aquello que no es dominable, generando una escalada<sup>133</sup> de expectativas favorables y de compromiso con el proyecto; pero también, cuando las experiencias negativas previas producen un descenso de las expectativas haciendo que se desista de intentar nuevamente cuando aún hay probabilidades de obtener el resultado buscado. Ambas clases de escalada y descenso de expectativas se vinculan a problemas con la formación del proceso de atribución causal<sup>134</sup>.

Algunas investigaciones<sup>135</sup> acerca del pensamiento contrafáctico sostienen que es altamente manipulable<sup>136</sup> y que, aun cuando normalmente tal pensamiento es

---

<sup>131</sup> ANDRE, *Pers. Individ. Dif.*, 2006, p. 1462.

<sup>132</sup> DARKE Y FREEDMAN, *Journal of Research and Personality*, 1997, pp. 486-511.

<sup>133</sup> En las investigaciones sobre este tema se toma como equivalentes “*escalation commitment*”, “*entrapment*” y “*sunk cost*”.

<sup>134</sup> Existen diferencias entre proyectos que tienen varias etapas y aquellos en que los sucesivos intentos son independientes. En el primer grupo de casos, el compromiso con el proyecto es mayor y existe una tendencia en los individuos a completarlo sin importar las consecuencias, pues existe un deseo de justificar y no desperdiciar lo ya hecho o ejecutado. Se ha planteado empíricamente el caso de una compañía que ha realizado un 90 % de la inversión necesaria para completar un radar, debiendo invertir más dinero para cubrir el 10 % restante. Aunque la competencia ya ha desarrollado un radar superior, el deseo de justificar la inversión pasada hace que se tienda a decidir completar el proyecto. Sin embargo, en lo que se refiere a casos de intentos independientes unos de otros, la tendencia es a retirarse en caso de que hayan fracasado en los intentos previos. Este tópico se estudió en las parejas que recurrían a la inseminación artificial para tener hijos. Las parejas tendían a desistir de nuevos intentos cuando aún existían probabilidades de que fuera efectivo, sobrevalorando sus experiencias con relación al cálculo de probabilidades objetivas (ZIKMUND-FISCHER, *Journal of Behavioural Decision Making*, 2004, pp. 365-379.).

<sup>135</sup> Con referencias a investigaciones previas: LANDMAN Y PETTY, *Psychology and Marketing*, 2000, 304 y ss.

razonable, puede ser llevado a límites totalmente ajenos a la realidad. Los estudios acerca del mercado publicitario de las loterías indican que el componente emocional de imaginarse ganador o de imaginarse qué pudo ganar si hubiera jugado<sup>137</sup>, sumado a los premios elevados y al fuerte contrafáctico de hacer que el jugador se imagine que es el próximo ganador, determina que las personas “invieran” todo su dinero en la compra de esos boletos; hasta tal punto que el hecho de que casi todos los participantes pierdan, refuerza el mercado de compradores de los boletos para el siguiente sorteo.

El mismo tipo de pensamiento contrafáctico se aplica a situaciones en que los resultados son negativos, para estructurar excusas acerca de las fallas que llevaron a esos resultados. Los estudios relativos a este tópico indican que los participantes de las pruebas empíricas que generaron contrafácticos acerca de características controlables de los eventos en cuestión fueron los que tendieron a reportar una percepción alta de control sobre esos eventos<sup>138</sup>. Estas correlaciones se vinculan con un extenso conjunto de investigaciones que sugieren que la percepción personal de control tiene efectos positivos, mientras que la percepción de pérdida de control posee efectos negativos<sup>139</sup>.

Las personas tienden a justificar o explicar su conducta frente a resultados negativos mediante el recurso a hipótesis de conducta (contrafáctica) que hubieran adoptado en caso de haber conocido ciertas circunstancias relevantes que podrían haber evitado ese resultado negativo. Tratan de disminuir la responsabilidad construyendo atribuciones externas, que tienden a mitigar los sentimientos de control y responsabilidad personal; teniendo como motivo central convencerse y convencer a

---

<sup>136</sup> Por ejemplo, se ha utilizado para tratar de manipular a los jurados: BRODA -BAHM, *Your Counterfactual Strategy: How You Can Influence Jurors' Thoughts About 'What Might Have Been'* (<http://www.persuasionstrategies.com/Docs/Counterfactual.pdf>), última visita 28 de agosto de 2007.

<sup>137</sup> La posibilidad de perder es demasiado clara como para pensarla como un *pre-fáctico* a tener en cuenta, además no hay un resultado posible peor que perder. Esta característica de que el costo de perder ya fue asumido de antemano, genera un freno a los contrafácticos negativos de las situaciones cotidianas donde no se conoce con certeza cuál será la pérdida y se pueden imaginar escenarios mucho peores que los reales. También la posibilidad de volver a jugar es muy influyente en la configuración del contrafáctico.

<sup>138</sup> MARKMAN, Y TETLOCK, *Br. J. Soc. Psychol.*, 2000, p. 314.

<sup>139</sup> MARKMAN, Y TETLOCK, *Br. J. Soc. Psychol.*, 2000, p. 314.

otros de que no merecen una desaprobación social<sup>140</sup>. Lo que se busca es rechazar el reproche y mantener la autoestima<sup>141</sup>.

Estas notas características de las excusas contrafácticas lleva a que sean, predominantemente, externas, en el sentido de dirigidas al público, y que se funden en la falta de predecibilidad del resultado debido a la escasa o insuficiente información disponible al tomar la decisión de actuar. Esto genera ciertas implicaciones para la estructura de la responsabilidad:

“Los planificadores de las políticas (*policy-makers*) de las organizaciones deben siempre ponderar dos errores potenciales serios al decidir cuan estrictamente responsabilizar a sus subordinados por decisiones que resultaron bien o mal. Un error consiste en responsabilizarlos por el resultado que era verdaderamente impredecible e incontrolable. ... El otro error consiste en no responsabilizarlos cuando el resultado era predecible y controlable –un error que los ejecutivos creen que es más común y más serio en el mundo real-. El primer error puede causar que la organización censure y pierda a ejecutivos (*decision-makers*) que hicieron todo lo que las teorías normativas de la elección dicen que debían hacer e, igualmente, el resultado fue malo; el segundo error puede causar que se toleren e incluso recompensen ejecutivos que pudieron y debieron haber previsto los resultados de malas elecciones.”<sup>142</sup>

Este problema, aun cuando en él no se hace referencia en ningún momento a la suerte, abarca como contracara la misma situación que se da con la inclusión de la suerte dentro del juicio de responsabilidad. Los resultados ajenos al control o a la posibilidad de predicción del agente al momento de ejecutar su conducta pueden ser atribuidos a la suerte. Estas capacidades tienen que ser consideradas desde la perspectiva de la sociedad o de un conjunto de personas que tienen cierto predicamento (juzgadores, colegas, familia, etc.) sobre el agente hacia las cuales éste trata de excusarse. El trabajo citado plantea que debe existir un sopesamiento debido

---

<sup>140</sup> MARKMAN, Y TETLOCK, *Br. J. Soc. Psychol.*, 2000, p. 314.

<sup>141</sup> MARKMAN, Y TETLOCK, *Br. J. Soc. Psychol.*, 2000, p. 316.

<sup>142</sup> MARKMAN, Y TETLOCK, *Br. J. Soc. Psychol.*, 2000, p. 322.

a que, dependiendo de cómo se constituya este proceso de meta decisión, se delinearán las perspectivas de éxito o fracaso en distintos entornos competitivos<sup>143</sup>.

La idea es interesante pues se propone que la suerte sea ponderada, es decir, se da a entender que no puede ser completamente eliminada. Ella pertenecería a la primera clase de error que se señala en el texto y cierto margen del mismo perdura en la propia idea de contrapesar los efectos de la suerte. Esto indica que cierta atribución de responsabilidad sobre una base de mala suerte no puede evitarse y que administrada correctamente puede servir para ciertos objetivos de la empresa o institución. Aunque esto último dependería de cierta limitación cognitiva de las personas a las que se dirigen estas señales, pues si ellas conocieran que se trata de atribución por mera suerte no podrían asegurarse evitar esos reproches. Se generaría un problema para el agente en la construcción de excusas adecuadas externa e internamente, contradiciendo su aparato de comprensión y de comportamiento conforme a éste.

Esta investigación nos ayuda a construir un concepto de suerte correlativo a uno de excusa contrafáctica. Pero no ayuda en cuanto a cómo se debe reaccionar frente a la suerte, pues no puede ser eliminada, con lo cual influye en el concepto de responsabilidad pero a su vez genera perplejidad en el agente y en los que evalúan al agente o se comparan con él.

Suerte es aquello que no es controlable ni predecible en la situación concreta, pero se vincula a factores que dadas otras circunstancias podrían haber estado bajo el control o capacidad de predicción del sujeto. Es decir, a características de los eventos que contrafácticamente podrían haberse controlado, por lo que su falta de control real puede, según el origen o sentido de esa falta de control real, considerarse una falla del agente.

*La suerte no es aquello incontrolable per se, sino aquello incontrolable por el agente desde una perspectiva de su evaluación por otros y por su propia autoestima. Este juicio se basa en la posibilidad de elaborar frente a ellos una excusa contrafáctica válida.*

---

<sup>143</sup> MARKMAN, Y TETLOCK, *Br. J. Soc. Psychol.*, 2000, p. 322.

Las personas que saben que pueden ser responsabilizadas por sus conductas, también conocen que con relación a las conductas respecto de las cuales no pueden construirse justificaciones efectivas habrá un cierto tipo de censura, que variará en grado dependiendo de su gravedad y de las normas sociales de que se trate. Esto condiciona las decisiones y las conductas dependiendo del grado de ambigüedad que posea la tarea de construir las justificaciones<sup>144</sup>. Así, las personas que se enfrentan a un público cuya postura desconocen serán más cuidadosas al procesar la información llevando a un juicio más exacto y a una mayor complejidad del pensamiento<sup>145</sup>.

Estas ideas, que surgen de estudios empíricos, acerca de cómo se comportan las personas que saben que deben dar cuenta de sus actos limitando sus conductas para ganar aprobación, evitar el reproche o construir justificaciones efectivas, sirven para retomar la idea de suerte. Estas personas deberán saber cuándo pueden acudir a la suerte para justificarse adecuadamente, lo cual nos puede dar un concepto de suerte dual. Si bien la suerte no debería integrarse en los parámetros de pedidos de dar cuenta, el recurso a la suerte es una forma débil de justificación. Es decir, cuanto más grave resulte la conducta y sus consecuencias, menor será la efectividad de recurrir a la suerte como modelo justificativo. Esto es admitir que un cierto porcentaje de suerte le va a ser imputado.

Los trabajos empíricos no analizan esta circunstancia, pero sí analizan las técnicas de evasión de responsabilidad más usuales y son las de “echarle el muerto a otro”, dilatar la respuesta y eludir el proceso de dar cuentas. Aunque está implícito en la idea de que aquello que no podía conocer o prever no puede serle reclamado.

Los estudios se centran en dos tipos de explicaciones, uno respecto del procedimiento y otro respecto de los resultados. Las conclusiones de los estudios indicaban que centrarse en los resultados implica un mayor grado de insatisfacción que centrarse en el proceso seguido para llegar al resultado. Ello debido a que los que son evaluados por el resultado se imaginan un resultado contrafáctico más positivo que el real y por lo tanto quedan insatisfechos con éste último o, bien, uno más negativo quedando más conformes. Por ejemplo, el medallista olímpico que obtiene

---

<sup>144</sup> MARKMAN, Y TETLOCK, *Pers. Soc. Psychol. Bull.*, 2000, p. 1214

<sup>145</sup> MARKMAN, Y TETLOCK, *Pers. Soc. Psychol. Bull.*, 2000, p. 1215.

la medalla de plata se compara con un resultado mejor: la medalla de oro. El que obtiene la de bronce, se compara con no haber obtenido medalla alguna.

Los que son evaluados por los procesos de ejecución tienden a tener reacciones más positivas frente a los resultados contrafácticos, sean positivos o negativos<sup>146</sup>.

La conclusión que puede extraerse es que tanto los participantes del experimento como los observadores, sobre quienes no recae juicio de responsabilidad alguno, tienden a aceptar mejor los resultados y tratarse con más benevolencia cuando el juicio se basa en el proceso de decisión o ejecución, que aquellos que son juzgados exclusivamente por los resultados. En definitiva, la percepción es que ante buenos procedimientos los resultados cuentan menos. Esto ocurre porque se produce una asimilación afectiva, derivada o a pesar de la consideración del contrafáctico; es decir, actúa un mecanismo que minimiza el significado del mal resultado. Sin embargo, esto genera una reducción del compromiso de los agentes con los malos resultados<sup>147</sup>.

Los estudios referidos a la disponibilidad de alternativas contrafácticas y a la asignación de reproche han demostrado que esta clase de procesos que combinan realidad y alternativas contrafácticas, en el caso de resultados negativos, tienen influencia en la asignación de reproche<sup>148</sup>. A su vez, la habilidad para elaborar contrafácticos puede ser manipulada dirigiendo la atención a diferentes aspectos de los eventos en cuestión haciendo que el reproche varíe.

Los resultados indican que los eventos excepcionales son más mutables que los cotidianos. Por ejemplo, en la caída de un avión de pasajeros, se percibe como un destino más trágico el del pasajero que, minutos antes de abordar, cambia su pasaje a este vuelo desafortunado, que el del pasajero que reservó un asiento en el vuelo accidentado con varias semanas de antelación. También, la mutabilidad del evento es influenciada por el número de comportamientos alternativos disponibles al agente, a mayor cantidad de comportamientos alternativos mayor cantidad de resultados contrafácticos.

---

<sup>146</sup> MARKMAN, Y TETLOCK, *Pers. Soc. Psychol. Bull.*, 2000, p.1223.

<sup>147</sup> SIMONSON Y STAW, *Journal of Applied Psychology*, pp.419-426, 1992, citado por MARKMAN, Y TETLOCK, *Pers. Soc. Psychol. Bull.*, 2000, p.1215.

<sup>148</sup> CREYER Y GÜRHAN, *Psychology and Marketing*, 1997, p. 210.

El resultado es que cuando alguna circunstancia del hecho es extraordinaria se imaginan menos resultados alternativos que cuando el hecho es ordinario o común. Ello porque, en el segundo caso, la atención del observador se dirige más al agente que al hecho. Cuando la atención se focaliza en el agente se incrementa la mutabilidad del comportamiento del mismo, por lo tanto los observadores asignan más reproche al agente. Así *“el grado en que un individuo es reprochado por un resultado negativo debe ser determinado, al menos en parte, por la relevancia de las alternativas contrafácticas que son construidas después de que el evento ha ocurrido”*<sup>149</sup>.

El estudio comentado demuestra que las personas son reticentes a atribuir los resultados negativos al destino o la mala suerte cuando hay otro aspecto más tangible del evento que pueda ser reprochado y porque los cambios en la suerte son más difíciles de visualizar<sup>150</sup>.

El tratamiento del tema del control se origina en las teorías del aprendizaje social<sup>151</sup>. La idea de control fue desarrollada como un esfuerzo para explicar por qué ciertos individuos tenían una inclinación a no reaccionar ante las recompensas y los castigos. Tal apatía resulta atribuible a la expectativa generalizada de que sus propias acciones no han contribuido a la obtención de la recompensa o del castigo.

El control personal *es el grado de creencia de los individuos acerca de que poseen control sobre las acciones y eventos en sus vidas*<sup>152</sup>. La percepción del grado de control sobre un determinado comportamiento es un importante elemento de predicción de la ocurrencia de tal comportamiento<sup>153</sup>.

---

<sup>149</sup> CREYER Y GÜRHAN, *Psychology and Marketing*, 1997, p. 216.

<sup>150</sup> CREYER Y GÜRHAN, *Psychology and Marketing*, 1997, p. 220.

<sup>151</sup> BEUKMAN, *The effect of Selected Variables on Leadership Behaviour within the Framework of a Transformational Organization Paradigm* (tesis doctoral), 2005, p. 82, <http://upetd.up.ac.za/thesis/available/etd-11082005-083347/unrestricted/04chapter4.pdf> (última visita, 24 de Julio de 2007).

<sup>152</sup> ROTTER, *Psychological Monographs*, 1966, citado por SPOTT, BRUMBAUGH, Y MIYAZAKI, *Psychology and Marketing*, 2001, p. 976.

<sup>153</sup> La percepción de control interno no se vincula exclusivamente con la variable de conductas concretas, sino con una actitud frente a la vida. Así, estudios indican que la educación, la edad, el ingreso económico, la satisfacción con su vida, la salud y la felicidad son los factores que más influyen en los juicios de las personas acerca de que controlan lo que les ocurre en sus vidas. En cuanto a la edad, por ejemplo, el pico de percepción de control interno se da en los adultos entre los



Los individuos que consideran que el control es interno, creen que pueden manejar su destino; mientras que los que lo ubican fuera de sus personas, en otros o en el entorno, actuarán como si los eventos se manejaran a sí mismos. Los individuos que ubican el control en sí mismos vuelcan más esfuerzo en ejecutar tareas luego de haber fallado en las mismas previamente que aquellos que creen que no tienen control.

Esta observación implica la consideración de una distinción entre control externo e interno. En el primer caso, factores fuera del control del agente, tales como el destino o la suerte, son responsables del comportamiento premiado o castigado. En el segundo caso, se parte de la idea de que ellos son actores y pueden determinar, dentro de ciertos límites, su propio destino. En otras palabras:

“No importan las experiencias que uno ha tenido, si ellas no son percibidas como el resultado de las propias acciones, no serán efectivas para alterar las formas en que uno ve las cosas y, consecuentemente, de cómo funcionan”<sup>154</sup>.

Si el sujeto se encuentra convencido de que tiene escaso control sobre las recompensas o los castigos que se le otorgan o imponen, tiene pocas razones para modificar su comportamiento en un esfuerzo para cambiar las probabilidades de que la recompensa se repita y el castigo se evite.

Incluso en los niños se ha determinado que no asimilan nuevos conocimientos si la secuencia acción-resultado es considerada como producto del azar, no aprenden de sus experiencias sin que crean que ellas se vinculan a una ley relacionada con sus

---

24 y 35 años (MILAN, *Can. Soc. Trends.*, 2006, pp. 10-15.). Se supone que esta creencia o percepción permite asumir mayor responsabilidad por las propias conductas y sus resultados, por lo cual se necesitaría un estudio empírico sobre la correlación entre ambos y en particular sobre la aceptación de culpabilidad penal en los acusados de delitos en esa franja de edad. Sin perjuicio de analizar las demás variables de la misma forma.

<sup>154</sup> BEUKMAN, *The effect of Selected Variables on Leadership Behaviour within the Framework of a Transformational Organization Paradigm* (tesis doctoral), Universidad de Pretoria, 2005, p. 81, <http://upetd.up.ac.za/thesis/available/etd-11082005-083347/unrestricted/04chapter4.pdf> (última visita, 24 de Julio de 2007). Este párrafo recuerda la cita de Thomas Browne, transcrita en la novela “Azar” de Conrad: “*Quienes sostienen que todas las cosas están regidas por la fortuna no habrían errado, de no haber persistido en ello*”.

propias acciones; si la secuencia es ordenada al azar, tiene pocas razones para prestarle atención e intentar aprender de ella<sup>155</sup>.

La percepción del control como interno o personal es un factor determinante en el comportamiento orientado a la consecución de metas y en la percepción de la realidad<sup>156</sup>. El compromiso en el logro de metas a largo plazo demanda tareas basadas en habilidades que son incompatibles con quien se ve a la merced de fuerzas externas. A su vez, los internalistas tienen expectativas más fuertes de que el esfuerzo llevará a buenos resultados y éstos a recompensas. También, perciben la información relevante más activamente y realizan mejor tareas complejas. Pero estas ventajas de los internalistas se desarrollan cuando las situaciones que enfrentan permiten percibir que el esfuerzo lleva a la recompensa.

Desde la perspectiva psicológica existen dos aspectos del control; uno referido a la ubicación del control (externo vs. interno) ya discutido y otro que se refiere al deseo de control.

El deseo de control ha sido definido como “*un rasgo estable de la personalidad que refleja la extensión en que los individuos están motivados a controlar los eventos de sus vidas*”<sup>157</sup>. Este deseo cumple una función motivadora para emprender determinadas conductas y para omitir otras.

La interacción entre el deseo de control y la ubicación del control como interno o personal explica que un alto grado de deseo de control actúa como una motivación para actuar sólo cuando va acompañado de la percepción de la habilidad de controlar el evento. Así en el campo de las loterías, la motivación del deseo de control impulsa a participar sólo cuando la persona considera que puede influenciar el resultado del

---

<sup>155</sup> ROTTER, *Psychological Monographs*, 1966, 9-17.

<sup>156</sup> Se han efectuado estudios empíricos que concluyen que existe una relación significativa entre control externo y creencias supersticiosas. Pero esta relación no es menor entre quienes perciben el control como interno, ello puede ser explicado parcialmente a la influencia supersticiosa de la sociedad sobre esos individuos, quienes no tienen la necesidad de hacer frente a la aparente incontrolabilidad de sus vidas como los que ven al control como externo. Por su parte, una mayor religiosidad se encuentra correlacionada negativamente con el control interno y no hay relación entre religiosidad y creencias supersticiosas (STANKE, *UW-L Journal of Undergraduate Research*, 2004, pp. 1-5).

<sup>157</sup> BURGER & SMITH, *Pers. Soc. Psychol. Bull.*, 1985, ps 145-152; en sentido similar SPROTT, BRUMBAUGH y MIYAZAKI, *Psychology and Marketing*, 2001, p. 975.

sorteo. El grado de manipulación de esta percepción de control es muy alto, en especial cuando se manipula la estimulación del pensamiento contrafáctico y se incentiva a los individuos a inferir que tienen control sobre el resultado mediante formas de juego que dan intervención al participante (por ejemplo, loterías que tienen “raspadita” y aquellos juegos en los que el participante realiza una acción que va más allá de comprar un ticket ya prediseñado).

La percepción del control como interno puede ser generada con facilidad e inducir errores cognitivos acerca de los procesos causales. Sin embargo, quienes no tienen deseo de control y lo ubican como algo externo tienden a asociar las consecuencias de su conducta al azar o a la suerte más que a la habilidad propia.

Las personas atribuyen los resultados de sus conductas a tres procesos: habilidad, suerte y azar.

Está claro que la percepción de control debe jugar un papel en la determinación de a cuáles de estos procesos se les atribuye la causación del resultado. De hecho, hay diferencias importantes entre las percepciones de suerte y azar que se asientan en los niveles de control percibido por los individuos; la *“suerte es considerada un concepto que se refiere a una persona, en contraste con el azar, que refleja propiedades del mundo exterior”*<sup>158</sup>.

### **III. 7. Conclusiones**

El primer aporte de la teoría de la psicología social consiste en la identificación de que la suerte es percibida como algo externo que pertenece al entorno y que no es dominable por el agente. Esta caracterización se relaciona con la exclusión de la responsabilidad de los agentes cuando se registra ausencia de alguna forma de control sobre aquello que se pretende imputar y cuando interviene el azar. Así este

---

<sup>158</sup> KEREN, “The rationality of gambling: Gambler’s conceptions of probability, chance and luck”, en “Subjective probability”, G.Wright & P. Ayton (Eds.), 1994, pp. 485-499; SPROTT, BRUMBAUGH y MIYAZAKI, *Psychology and Marketing*, 2001, pp. 979-980.

aporte, específico de la teoría de la atribución, nos deja un concepto de suerte demasiado vago.

El segundo aporte consiste en la introducción del pensamiento contrafáctico. La idea de comparación de resultados reales con otros hipotéticos, pero que son vistos como muy probables, debido a la cercanía de su representación, influye en la idea acerca de la intervención de la suerte en el evento o estado de cosas resultante. Los resultados analizados contrafácticamente pueden ser manipulados por los propios agentes y por terceros, mediante el mecanismo de la *ilusión de control*. Esa ilusión se deriva de la necesidad de los agentes de sentir control sobre los eventos o estados de cosas a partir de cierta intervención en el desarrollo de esos eventos.

En situaciones donde objetivamente no es posible ejercer control, sea por motivos causales (determinismo) o simplemente por desconocimiento de los factores que tienen relevancia en el curso de los acontecimientos (situaciones del tipo de las loterías), algunas personas tienen la creencia de que se puede intervenir mediante ciertas conductas que tienen un sentido metafísico, como es el caso de los juegos de azar en que se cree que con conductas totalmente desvinculadas con el propio juego, magia o con cualquier amuleto o elemento al que le atribuyen buena suerte, se pueden controlar los resultados del juego. Esto demuestra una cierta necesidad de verse y ser visto como agente y no sólo como un objeto o un elemento más del destino, de la providencia, del azar o del “plan de la naturaleza”. Esta necesidad psicológica puede ser de utilidad al momento de establecer los fines del castigo y aquello que conforma su objeto.

La psicología social marca la relación entre azar y suerte y destaca, claramente, la distinción entre ambos conceptos. La suerte es un atributo que recae sobre los sujetos y no sobre los eventos. El azar sería aquello que ocurre sin que pueda ser controlado por el sujeto pero que puede no ser significativo para él. Lo que acontece por suerte, siempre será significativo, pues afecta al sujeto en la evaluación de su estatus normativo con relación a un determinado evento. El azar pertenece al mundo, la suerte a las personas. El azar no da ni quita mérito o demérito, es neutro. La suerte tiene justamente la función de significar una valoración positiva o negativa tanto del evento o estado de cosas, como de las conductas o del propio sujeto agente. La suerte, así entendida, juega un papel en la elaboración de excusas válidas o efectivas,

en determinados contextos, frente a la propia autoestima y a las demás personas. Estas excusas se remiten a un sentido dual de la suerte, por un lado, la posibilidad de recurrir a ella para desviar el reproche, por el otro, la debilidad del valor justificante de la excusa. Lo cual implica que no toda suerte, en particular la relativa a los resultados, tiene igual fuerza excusante.

Las investigaciones que vinculan el problema del control y del deseo de control con la idea de responsabilidad plantean un metanivel de la discusión al indicar que bajos niveles de control sobre las recompensas o castigos generan poca disposición a modificar las conductas que llevan a ellas. Así, ya no se plantea el tema de cómo perciben los individuos el control sobre sus conductas y sus consecuencias; sino que se trata de cómo perciben los juicios de otros respecto a su demérito o mérito.

Las instituciones que tienen una constitución normativa, como el derecho penal, no pueden incentivar la creencia de que los reproches o los castigos son determinados, aunque sólo fuera en parte, por la suerte. Ello destruiría cualquier predisposición a interpretar racionalmente la institución y generaría un conflicto entre sus fundamentos y los medios por los cuales persigue sus metas<sup>159</sup>.

La conclusión provisional acerca del concepto de suerte en la psicología es que se trata de un concepto que requiere de *un observador* (que puede ser un tercero o el mismo actor) que determine *la afectación del estatus evaluativo de una persona por un evento o estado de cosas que se origina, por lo menos parcialmente, mediante factores que escapan al control del agente*. Tal evaluación dependerá de la posibilidad de *construir situaciones en que esos mismos factores hubieran actuado*

---

<sup>159</sup> Esta idea de que los agentes supieran que la responsabilidad se funda en la suerte, se vincula con el problema del utilitarismo con la llamada “*condición de publicidad de las teorías normativas*”. Si todos supieran que las evaluaciones de las conductas y sus consecuencias se realizan sobre la base de la utilidad social, con el fin de promover la utilidad en el futuro, sería necesario el *encubrimiento* de la teoría utilitarista (HARSANYI, *Morality and the theory of rational behaviour, Utilitarianism, uncertainty and information, Utilitarianism and beyond*, p. 57). La paradoja de esta situación es que si todos supiéramos que lo único que importa es la utilidad, no tendría importancia el valor de las conductas o de sus resultados, y, por lo tanto, el utilitarismo perdería sustento como formador del futuro. Pues las personas reconocerían que ellas cuentan sólo dentro de una cierta especie de lotería de maximización de utilidad social. Si es permisible castigar al inocente, por razones de utilidad, ¿para qué ser inocente?. Si es permisible castigar por la suerte, ¿cómo evitar la responsabilidad? y ¿para qué cuidarse de incurrir en ella?

*en sentido contrario al que lo hicieron (resultados contrafácticos) y del alcance del juicio relativo a la capacidad de predicción de tal comportamiento.*

*El grado en que un individuo es reprochado por un resultado negativo debe ser determinado, al menos en parte, por la relevancia de las alternativas contrafácticas que son construidas después de que el evento ha ocurrido.*

Este concepto de suerte elimina la crítica de que la salida del sol está fuera del control del agente y, sin embargo, no puede atribuirse a suerte. Permite identificar dos elementos del concepto de suerte, que serán relevantes cuando se elabore un concepto unificado de suerte para evaluar al sistema de la teoría del delito. En primer lugar, el de *significancia* del resultado para alguna persona, que permite diferenciar suerte de azar. En segundo lugar, el de *distancia modal* que consiste en comparar el mundo real con mundos posibles en los que el evento ocurre o no. Si el evento ocurre tanto en el mundo real como en el mundo posible más cercano, no puede ser atribuido a la suerte.



## IV. Suerte y epistemología

### IV.1. Introducción

La epistemología tiene por objeto establecer la naturaleza, posibilidad, bases y ámbito del concepto de conocimiento. En otras palabras, la búsqueda de certeza del conocimiento, como algo que excede la mera creencia del sujeto cognoscente o la apariencia de los puros datos externos del mundo. En esta búsqueda, se ha llegado, en la actualidad, a un consenso generalizado acerca de que la suerte excluye el conocimiento. La *suerte epistémica* influye en la configuración de nuestras creencias verdaderas y, por ello, es incompatible con el conocimiento, pues éste implica cierto valor como logro objetivo del agente y la suerte parece desmerecer ese logro.

Existe similitud entre el efecto de la suerte en los juicios morales y el que se produce por su intromisión en la búsqueda de conocimiento. Este paralelismo fue notado por los precursores del debate acerca de la suerte moral, *Nagel* y *Williams*, quienes compararon ambos ámbitos filosóficos, en particular, la relación que guardan con el escepticismo<sup>160</sup>. Éste último plantea un ideal que no puede satisfacerse si la suerte se filtra, pues jugaría un rol, en principio, ilegítimo en los juicios evaluativos de ambas áreas filosóficas. Debido a la similitud antes mencionada, puede afirmarse que la suerte es un problema metafilosófico debido a que atraviesa varios subcampos filosóficos.

El punto de partida de que la suerte es un cuerpo extraño en la teoría del conocimiento genera diversas corrientes internas acerca de cómo excluirla o cómo neutralizarla. La epistemología anti-suerte parte de la idea de que la suerte no debe jugar ningún papel en la adscripción de conocimiento al sujeto. Sus defensores sostienen que la intuición de que “*la suerte excluye el conocimiento*” es válida sin límite alguno y por lo tanto necesitan reconstruir el concepto de conocimiento con

---

<sup>160</sup> Expresamente Statman retoma esta unión bajo la égida del escepticismo: “Una característica común tanto a la suerte moral como epistémica es que ambas implican una aproximación escéptica” (STATMAN, *Ratio (New Series)*, p. 151).



una influencia de la suerte en grado cero, generando la llamada “tesis de la incompatibilidad”<sup>161</sup>. Existe una analogía evidente entre las posturas de *suerte cero* en el campo moral y en el de la epistemología. Cuanto menos en lo que respecta al principio trivial de que la suerte no es fuente válida de asignación de mérito o demérito y, consecuentemente, tampoco puede fundamentar responsabilidad o conocimiento.

La primera impresión que se deriva del consenso relativo a que la suerte excluye el conocimiento, es que la suerte es omnipresente y no permite construir juicios de conocimiento válidos. Esta postura pesimista acerca del conocimiento lleva, en la epistemología, a una cierta interpretación del escepticismo que podemos identificar como escepticismo radical<sup>162</sup>. Mientras que, como vimos en el capítulo de suerte moral, en el campo de la moral lleva a la paradoja de *Nagel*.

El principio de control, que orienta gran parte de la discusión en el tema de la suerte moral, se encuentra de alguna forma presente en la discusión acerca del concepto de conocimiento y del papel de la suerte en el mismo<sup>163</sup>. El escepticismo duda de que podamos controlar algo, pues duda de que conozcamos aquello que llamamos mundo. El *escepticismo radical* parte de la premisa de que no podemos conocer si el mundo exterior realmente existe o si poseemos contacto epistémico con algo existente que, normalmente, llamamos mundo real. Por lo tanto, nuestras percepciones no son confiables y no pueden generar conocimiento. Las personas no controlan su acceso epistémico a lo que llaman mundo exterior y no conocen su posición epistémica. Por lo tanto, no hay forma de despejar los errores que estas carencias acarrearán, ni de aislar la suerte que ellos implican.

El concepto de conocimiento se funda en cierta correlación entre nuestros poderes de comprensión y su vinculación con la realidad. Así, por ejemplo, si una persona indica cuál será el número ganador de la lotería y, luego del sorteo, se comprueba que salió efectivamente ese número, no conoce, sino que sólo tuvo suerte. Su creencia no partía de una relación adecuada entre el mundo real y el acceso epistémico del agente

---

<sup>161</sup> AXTEL, *Metaphilosophy*, 2003, pp. 331-352; GRECO, *Metaphilosophy*, 2006, pp. 353-366; WILLIAMS, *Philosophical Issues*, 2004, pp. 456-475. SOSA, *Philosophical Studies*, 1997, pp. 229-249.

<sup>162</sup> WILLIAMS, *Skepticism, The Blackwell Guide to Epistemology*, 1999, pp. 44-45.

<sup>163</sup> GRECO, *Philosophical Studies*, 2006, pp. 9-34.

al mismo. Lo mismo ocurre cuando el agente predice que su número será perdedor. En ese caso, aun cuando las probabilidades favorecen su aserto, él no conoce hasta que el sorteo confirma su proposición, pero entonces conoce porque se conoce el resultado del sorteo.

Además de la justificación de la creencia que expresa al afirmar cuál será el número ganador, que es lo que le falta al jugador del ejemplo, algunos exigen que el agente, de alguna forma, pueda acceder a los fundamentos de su proposición mediante la reflexión. El conocimiento no sólo exigiría despejar los errores posibles sino también una cierta conciencia de que lo que se afirma posee fundamento racional o, por lo menos, que pueda hacerse valer ante otros. Esta tensión interior del concepto de conocimiento se refleja en la discusión entre externalismo<sup>164</sup> e internalismo<sup>165</sup>. El externalismo sostiene, básicamente, que las condiciones externas que corroboran y dan confiabilidad a la creencia verdadera son el material que constituye al conocimiento. La perspectiva de tercera persona que aporta marca una dependencia o conexión conductiva entre el sujeto cognoscente y el objeto del conocimiento. Las condiciones objetivas que deben cumplirse para conocer van desde condicionales contrafácticos a mecanismos causales confiables<sup>166</sup>. El internalismo afirma que el acceso reflexivo es lo que determina que el agente conozca<sup>167</sup>; se trata de una justificación estrictamente subjetiva, limitada a la prueba disponible por el agente en

---

<sup>164</sup> Los casos de Gettier han sido el impulso de la epistemología hacia limitaciones externas y objetivas como definitorias del conocimiento, de tal forma que prevengan que una creencia verdadera justificada valga como una instancia de conocimiento si su valor de verdad es una mera coincidencia y no se encuentra adecuadamente unida con sus fundamentos causales (true linked analysis of knowledge).

<sup>165</sup> Pareciera que la epistemología ha dado un giro inverso al del Derecho penal, pues a partir de la mitad del siglo pasado se ha producido, en palabras de Axtell, un “giro naturalista” (*naturalistic turn*) (AXTELL, *Metaphilosophy*, 2003, p. 332). El autor lo vincula a un auge del externalismo. Sin embargo, no creo que externalismo sea sinónimo de naturalismo, sólo se trata de una visión más objetivista del conocimiento, pero no, necesariamente, menos normativa; sí menos deontológica. Morillo sostiene una postura similar al decir que “...los análisis nomológicos son característicamente externalistas, naturalísticos y anti-cartesianos” (MORILLO, *Philosophical Studies*, 1984, p. 109).

<sup>166</sup> La referencia objetiva de la justificación externalista vincula a esta postura con una referencia a aspectos sociales del conocimiento, es decir que la fuente de confirmación no emana, exclusivamente, de la propia persona del agente cognoscente (en este sentido, VAHID, *Dialectica*, Vol. 55, p. 360).

<sup>167</sup> PRITCHARD, *Metaphilosophy*, 2003, p. 108. Habría cierta vinculación entre estas corrientes epistémicas y las teorías de la verdad, correspondencia y coherencia entre éstas y el objetivismo y subjetivismo.

un momento dado<sup>168</sup>. Ambas posturas afirman la posibilidad de que exista verdadero conocimiento y de que la suerte puede ser excluida o neutralizada. Las estrategias de ambas posturas llevan a distintas soluciones o métodos de neutralización y, probablemente, apunten a distintos tipos de suerte.

El problema es que ambas formas de fundar el conocimiento están expuestas a la objeción escéptica. El conocido “*trilema de Agripa*” sostiene que todas las buenas razones que pretenden fundamentar el conocimiento están expuestas a la regresión al infinito, la circularidad y la arbitrariedad<sup>169</sup>. Lo cual lleva a un escenario en que nadie conoce nada, o bien, a suspender el juicio acerca del conocimiento (ataraxia). Es decir, al escepticismo radical o al escepticismo pirrónico, menos extremo.

Ésta es la intuición que guiaba las apreciaciones escépticas de *Sexto Empírico*:

“..., si supusiéramos que cierta gente está buscando oro en un cuarto oscuro que contiene muchos tesoros, lo que ocurrirá será que cada uno de ellos, donde quiera que busque, encontrará alguno de los tesoros del cuarto imaginando que ha encontrado (*grasp*) el oro, aunque ninguno estará convencido de que él lo ha descubierto (*has lighted*); así incluso en este universo, como en una gran casa, han entrado una multitud de filósofos en busca de la verdad, y es bastante probable que el que la haya encontrado descrea que ha logrado su meta.”<sup>170</sup>

Esta cita viene a colación de un pasaje de *Jenófanes* que dice que:

“Hasta ahora, la verdad y el conocimiento –al menos con relación a las cosas no evidentes- ningún ser humano los posee; pero si por azar él diera con ellos, todavía no conocería que los ha hallado sino que lo imagina y opina.”<sup>171</sup>

En este punto nos encontramos con diversas posibilidades para definir conocimiento y por contraste aquello que puede considerarse como suerte en estos contextos.

---

<sup>168</sup> Según Axtell ello es debido a que ven un alto grado de suerte implicado en las consecuencias y pretenden restringir la justificación a factores que el agente controla o sobre los cuales tiene acceso reflexivo (AXTELL, *Metaphilosophy*, 2003, p. 338).

<sup>169</sup> SOSA, *Philosophical Studies*, 1997, pp. 229–249.

<sup>170</sup> SEXTUS EMPIRICUS, *Against the Logicians*, p. 27 (I, 50-52).

<sup>171</sup> SEXTUS EMPIRICUS, *Against the Logicians*, p. 27 (I, 50-52).

## IV.2. Escepticismo, infalibilismo y suerte

El escepticismo de *Sexto Empírico* no nos plantea que no hay conocimiento; a diferencia del escepticismo radical. Éste último nutre a la idea de control absoluto como protección contra la suerte y la noción de que, en definitiva, no hay responsabilidad moral o epistémica posible.

El problema de esta versión del escepticismo reside en la demostración, para sí o para otros, de que un juicio es conocimiento verdadero. En sentido teórico no niega la posibilidad de conocer. Sin embargo, la adhesión al escepticismo significa una imposibilidad práctica de conocimiento. Tal conclusión se deriva de que no se puede mejorar la situación epistémica de los sujetos cognoscentes de tal forma que sea posible establecer que no hay un cierto grado de suerte imbricado en los juicios que pretenden afirmar conocimiento. La suspensión del juicio a la espera de una mejora de posición epistémica es una esperanza de conocimiento en el futuro, no en la actualidad.

El escepticismo radical es más interesante para el objeto de este trabajo<sup>172</sup>, pues plantea una hipótesis paralela a la interpretación habitual de la postura kantiana. La carencia epistémica a que esta postura se refiere es constitutiva de nuestra posición epistémica<sup>173</sup>. Nuestra condición humana nos hace vulnerables a la suerte. El escepticismo radical deriva en el infalibilismo, el cual exige que no exista posibilidad de error para afirmar conocimiento<sup>174</sup>. Para esta postura deben descartarse *todas las*

---

<sup>172</sup> El escepticismo radical parte del aserto de que el agente no puede conocer que no es víctima de la hipótesis escéptica; ya que, después de todo, *ex hypothesi*, no hay, o no necesita haber, diferencia fenomenológica entre la vida real y la de ser un cerebro en un frasco cuyas experiencias son alimentadas por neurocientíficos (PRITCHARD, *International Journal of Philosophical Studies*, p. 286). Tal como afirma Michael Williams: “el escepticismo filosófico es un problema porque, mientras que sus conclusiones son claramente inaceptables, los argumentos pueden ser curiosamente convincentes. Como afirmó Hume de Berkeley, podemos decir que sus argumentos son escépticos porque, a pesar de que no admiten refutación, no producen convicción.” (WILLIAMS, *Philosophical Issues*, 2004, p. 457).

<sup>173</sup> PRITCHARD, *Epistemic Luck*, p. 16.

<sup>174</sup> El infalibilismo sostiene que no puede haber una creencia garantida adecuadamente y a la vez falsa (HOWARD-SNYDER y FEIT, *Philosophy & Phenomenological Research*, 2003, pp. 304-327). Se atribuye a los filósofos estoicos una de las primeras concepciones infalibilistas, pues extendieron las barreras contra la suerte de la virtud a las facultades cognitivas y a la propia idea de control, básica en la discusión acerca de suerte moral (cf. AXTELL, *Metaphilosophy*, 2003, p. 332. Así, en el infalibilismo, el conocimiento depende del sujeto y debe encontrarse bajo su control. Esto acentúa la

*posibilidades de error* relativas a la proposición en cuestión. Atendiendo a que esta tarea es imposible, lo que llamamos, equivocadamente, conocimiento –conocimiento putativo- está sometido a la suerte. La posibilidad de error es el reflejo de la intervención de la suerte en nuestros juicios<sup>175</sup>.

El infalibilismo puede fundarse en la exigencia, menos estricta que la anteriormente expresada, de que el agente debe estar absolutamente seguro acerca de la proposición que sostiene. Lo cual demanda que se eliminen todas las posibilidades de error asociadas con esa proposición. Esto identifica al infalibilismo con la certeza absoluta. Debido a que nunca podemos poseer certeza absoluta, en los casos en que usamos la palabra conocimiento lo hacemos en un *sentido débil* del término, reconociendo que, en estricto sentido, la proposición es falsa.

La importancia práctica de esta falsedad es otra cuestión. Puede haber casos en que la proposición falsa cumpla un rol importante en la práctica. Por ejemplo, si se afirma que una superficie es plana, podrá ser usada como mesa, aunque no exista ninguna superficie verdaderamente plana.

El término conocimiento, en estos términos, implica la existencia sistemática de error, aun cuando el error no produzca daño alguno, debido a la posición en que se encuentra el agente con relación a la materia de que se trate. Tal como en el ejemplo de la superficie plana. *Unger* sostiene que no se trata sólo de un problema con la palabra conocimiento, sino con una clase de términos que denomina “términos absolutos”, los cuales no pueden ser definidos utilizando otro término absoluto. Por lo tanto, se necesita de “términos relativos” que admiten grados.

---

necesidad de estudiar la suerte moral y la epistémica como segmentos teóricos, cuanto menos, parcialmente superpuestos. Especialmente los internalistas, al entender la justificación como demandando acceso interno a los fundamentos de nuestra creencia, presuponen un alto grado de control sobre aquello a que nuestras creencias se refieren como fundamentos.

<sup>175</sup> Podría considerarse que el infalibilismo se vincula con una postura más general llamada “absolutismo epistémico” que sostiene que hay un único estándar correcto para asignar mérito epistémico. (cf. LUPER, *Philosophical Issues*, 2004, pp.271-295).

Cuando nos enfrentamos a los absolutos no es posible utilizarlos sin que exista la posibilidad lógica de que haya una aplicación del término más correcta que la que usamos en la proposición en cuestión. Así, si el agente sostiene que una superficie es plana, no debe existir una superficie más plana que la referida, de lo contrario la superficie no es realmente plana. Plano es un término absoluto y frente a tales términos el juicio de que hay objetos físicos con superficies planas debe omitirse o suspenderse.

El concepto de conocimiento de *Unger* es que un agente conoce *p*, si y sólo si no es *para nada accidental* que el agente acierte que *p* es verdadera. Siendo accidental un término relativo y la expresión “para nada” una que equivale a un término absoluto, la solución de *Unger* implica reconocer la plausibilidad del escepticismo en cuanto al conocimiento y a la intervención inextricable de la suerte en los juicios relativos al mismo. Aun cuando, también, se desprende de su análisis que hay clases de suerte no dañinas desde el punto de vista pragmático. Consecuentemente, los términos “para nada” o “en absoluto” debido a suerte se relativizan y, conceptualmente, sigue afectando al conocimiento.

En definitiva, el escepticismo radical lleva al infalibilismo y éste lleva a la ausencia de conocimiento. La imposibilidad de apartar toda posibilidad de error, por lejana que aparezca, hace que la suerte pueda integrarse, subrepticamente, al concepto de conocimiento.

La solución contextualista, que analizaremos a continuación, pretende distinguir entre distintas categorías de errores para poder afirmar conocimiento. Ello implica que se acepta que esos errores no relevantes sean una forma de suerte que, aunque presente, no afecta el conocimiento. La estrategia implica distinguir entre suerte benigna y maligna.

### IV.3. Contextualismo y falibilismo

*Lewis* no sostiene que el conocimiento requiere certeza absoluta; pero afirma que resulta contradictorio que un agente sostenga que conoce algo y que a la vez no pueda despejar posibles errores<sup>176</sup>. La cuestión es que no toda clase de error resulta relevante, sino sólo aquellos que se encuentran vinculados al *contexto* en que la proposición se formula o que les resulta relevante a los emisores y receptores de esa proposición. En definitiva, los estándares epistémicos que son relevantes para el uso correcto del término conocimiento son *sensibles al contexto*; de tal forma que en algunos contextos se puede tener conocimiento incluso cuando no es posible eliminar todas las posibilidades de error<sup>177</sup>.

El *contextualismo* se enfrenta al problema de que no puede excluirse a priori que los errores vinculados a las hipótesis del escepticismo resulten relevantes en el contexto. Esta fuerza del escepticismo anularía cualquier intento de relajar las exigencias del infalibilismo. Las posturas contextualistas sostienen que en contextos conversacionales o cotidianos, no es necesario despejar las hipótesis que se alejan del sentido usual del contexto. En contextos escépticos, en que las posibilidades de error son más onerosas o de consecuencias de mayor gravedad, el deber de despejar errores es mucho más exigente.

El contextualismo, como respuesta al infalibilismo, necesita recurrir al recorte del contexto, dejando fuera del contexto relevante al contexto escéptico<sup>178</sup>. Dando, a la vez, lugar a que cierta suerte deba dejarse como desapercibida o, mejor expresado,

---

<sup>176</sup> LEWIS, *Journal of Philosophical Logic*, pp. 339-359. Este autor es contextualista atributivo.

<sup>177</sup> Existen ciertos límites de una epistemología anti-suerte mediante el recurso al contextualismo y a las exigencias conversacionales, en este sentido la crítica de BROGAARD, *Pac. Phil. Q.*, 2003, 351-370, específicamente p. 359. Uno de los problemas es el llamado “*problema del valor*”, es decir, qué diferencia una creencia verdadera del conocimiento, si el proceso es meramente externalista. En el marco de una epistemología de la virtud, Zagzebski, desarrolla la crítica a esta postura (ZAGZEBSKI, *Metaphilosophy*, 2003, pp. 12-28). Una crítica a la postura de Zagzebski la brinda el trabajo de PERCIVAL, *Metaphilosophy*, 2003, pp. 29-47). Heller sostiene que el contextualismo es un elemento esencial en una epistemología que pretende excluir la suerte (HELLER, *Philosophical Perspectives*, 1999, pp. 115-129. Pero el contextualismo choca con otra forma del problema del valor, en tanto el valor (de verdad) del conocimiento no permanece invariable sino que depende del contexto y por lo tanto no hay diferencia interna entre conocimiento y creencia verdadera.

<sup>178</sup> COHEN, *Phil. Perspect.*, 1999, pp. 57-89; FELDMAN, *Phil. Perspect.*, 1999, pp. 91-114; LEHRER, *Phil. Perspect.*, pp.131-139.

imperceptible e irrelevante. No es responsabilidad del agente despejar, o tratar de despejar, esa clase de error y, por consiguiente, el tipo de suerte asociado al mismo.

La clase de escepticismo que lleva al infalibilismo implica que debe excluirse toda intervención de la suerte y, como ello no es posible, desaparece el conocimiento. Se plantea entonces el mismo problema que con las posturas acerca de la suerte moral y la imposibilidad de responsabilizar moralmente a los agentes sin tratarlos como objetos (paradoja de *Nagel*).

Las posibilidades de error que subsisten representan un problema de principio para el agente que no posee la capacidad de encontrar una forma de despejar esas posibilidades basadas en la hipótesis escéptica. Por ejemplo, la hipótesis de que las personas son cerebros en frascos. Una de las alternativas más discutidas en la literatura reciente sobre el tema<sup>179</sup>, sostiene que no hay forma de establecer que en algún momento de nuestra existencia adulta, nuestro cerebro no fue removido y colocado en un cubo con nutrientes, de tal forma que las experiencias que creemos afrontar no sean sólo un remedo de verdaderas experiencias, tal como si tuviéramos un cuerpo, y pudiéramos experimentar un contacto real con los objetos y demás personas.

Esta imposibilidad de distinguir subjetivamente en cuál situación o escenario se encuentra el agente, hace que no pueda afirmar que conoce la verdad de tal o cual proposición. Mientras que las demás posibilidades de error resultan incidentales, las derivadas de esta hipótesis escéptica son esenciales e ineliminables. En parte esta situación epistémica se vincula con la llamada teoría del “velo de percepción”. Esta teoría sostiene que en la experiencia sensorial ordinaria estamos directamente enterados de las ideas sensoriales o de las representaciones de la mente. Pero la percepción de los objetos externos se encuentra mediada por el reconocimiento de estas entidades mentales interpuestas entre el sujeto y el mundo. Ello representa una forma del llamado “realismo indirecto”<sup>180</sup>.

El origen del término proviene de *Locke* y tenía la finalidad de describir la forma en que las personas se encuentran atrapadas en su visión del mundo a partir de cómo lo

---

<sup>179</sup> PRITCHARD, Epistemic Luck, p. 24.

<sup>180</sup> MACARTHUR y MCDOWELL, *Australas. J. Philos.*, 2003, p. 176-177.



perciben, no pudiendo acceder a como realmente es. Este velo representa una barrera que evita un conocimiento de primera mano al interponerse entre la mente y el mundo. Pero aun este velo no impide el conocimiento sino que lo dificulta, la postura que exige despejar todo error, inclusive el derivado de la hipótesis escéptica, sostiene, lisa y llanamente, una ceguera de percepción.

La discusión acerca de qué se puede conocer y cómo se conoce tiene su raíz en la idea de que el conocimiento posee un cierto valor. Conocer no es algo naturalístico puramente, sino que el agente logra algo valioso, algo que puede ser objeto, según el caso, de alabanza, de elogio, crédito, descrédito o de reproche.

El conocimiento genera juicios de responsabilidad. Las personas pueden ser responsabilizadas por conocer o no conocer, en ciertas circunstancias, y pueden ser evaluadas sus acciones y su propia persona con base en tal actividad o inactividad. Por ello, la suerte es relevante en este ámbito. Si una creencia verdadera fuera suficiente para decir que el agente conoce, entonces la suerte podría jugar un papel importante en la formación de la creencia y en su justificación, de tal forma que las personas serían sometidas a juicios de responsabilidad sobre la base de su suerte epistémica<sup>181</sup>.

La posibilidad de conocimiento contextualista abre la puerta a la suerte, pero también a la intuición de que las personas son sujetos responsables y capaces de responder sin ser convertidas en objetos.

El falibilismo<sup>182</sup>, como primera opción, sólo exige que el agente conozca la negación de aquellas posibilidades de error que son inconsistentes con la proposición que sostiene. Así, este principio admite que existen posibilidades de error que pueden quedar, legítimamente, sin despejar; es decir, que puede conocerse sin admitir el infalibilismo.

---

<sup>181</sup> Riggs plantea que el sentido de que los epistemólogos le adjudiquen cada vez más importancia a la función de la suerte es debida a que se parte de que el conocimiento es un logro y a la posición que ocupa en nuestro sistema de valores (RIGGS, *Shyntese*, 2006, p. 344).

<sup>182</sup> El falibilismo en sentido estricto sostiene que puede conocerse por vía de razonamiento inductivo (GRECO, *Knowledge as Credit for True Belief*, “*Intellectual Virtue: Perspectives from Ethics and Epistemology*,” (<http://john grec.googlepages.com/KnowledgeasCreditforTrueBelief.pdf>, última visita 28 de agosto de 2007).

El falibilismo sostiene, en términos generales, que deben eliminarse las posibilidades de error *relevantes*. Entonces, el conocimiento adquirido por medio de la suerte vale, siempre que no sea adquirido completamente mediante la suerte<sup>183</sup>. Existe cierta suerte que no es relevante para la adscripción de conocimiento, es decir, que no impide hablar de conocimiento. En este sentido, parece dirigirse la idea de *Austin* acerca de que debe identificarse una falencia específica de parte de la posición epistémica del agente para que el conocimiento sea descartado. *Austin* llamó a esta postura “tesis de la alternativa relevante”<sup>184</sup>. En esta línea de pensamiento, tal como lo presenta *Pritchard*, la suerte toma dos sentidos diferentes:

“El problema no es que nuestro conocimiento es debido a la “suerte” en el sentido general de que no podemos excluir las posibilidades de error no escépticas asociadas con la proposición en cuestión, sino que es debido a la “suerte” en el sentido más específico que no es posible excluir las posibilidades de error escépticas.”<sup>185</sup>

#### **IV.4. El principio de sensibilidad**

Se ha intentado superar el problema que presenta el escepticismo, mediante una “*condición de sensibilidad*” del conocimiento. Esta condición establece que si la proposición no es verdadera, el agente dejaría de creer en ella si no se da en los mundos posibles más cercanos. Expresado más correctamente, un agente conoce una proposición contingente *x*, si en los mundos posibles más cercanos en los cuales se da *no x* el agente no cree en la proposición *x*.

Esto demuestra que el agente es sensible a las variaciones del mundo. El método que usa el agente para formar su creencia de la verdad de una proposición responde a su entorno, pudiendo distinguir entre entornos en los cuales la proposición es verdadera

---

<sup>183</sup> PRITCHARD, *Epistemic Luck*, p. 35.

<sup>184</sup> PRITCHARD, *Epistemic Luck*, pp. 35 y 36.

<sup>185</sup> PRITCHARD, *Epistemic Luck*, p. 39.

de otros entornos epistémicamente relevantes en los cuales la proposición en cuestión es falsa<sup>186</sup>.

Esta postura no intenta eliminar todas las posibilidades de error, sino sólo aquellas que tienen relación con cierta “proximidad modal”. Por proximidad modal se entiende las posibilidades de que la proposición en cuestión resulte falsa en mundos posibles similares al real. En tal caso, el agente dejaría de creer en la proposición.

Lo que se trata de expresar es que el conocimiento es una forma particular de estar conectado con el mundo<sup>187</sup>; ante variaciones relevantes del mismo, las creencias acerca de lo que se conoce pueden variar adecuadamente. El ejemplo, quizás más famoso, es el de los graneros falsos. Si en un determinado lugar la mayoría de los graneros son sólo fachadas de cartón pintado, cuando el agente identifica a uno verdadero como un granero sólo por casualidad no conoce, si aun cuando supiera, o se le informara, que la mayoría son de cartón no dejara de creer que el que señaló es verdadero. Su afirmación es insensible a ciertas características relevantes del mundo real; su afirmación es verdadera pero no conoce. Es una forma de contextualizar hipotéticamente o de modalizar el concepto de conocimiento.

La hipótesis escéptica está tan lejos, moralmente, de las proposiciones cotidianas que resulta irrelevante. La distancia modal se mide conforme las modificaciones en los mundos más cercanos al real que son necesarias introducir para falsear la proposición en cuestión. La hipótesis de que somos cerebros en frascos (una de las hipótesis escépticas) se encuentra en un mundo muy lejano del real y ello la hace irrelevante<sup>188</sup>.

El contextualismo es una forma de entender esta condición. Esta postura afirma que puede aceptarse la verdad del escepticismo si esa verdad sólo se refiere a ciertos contextos restringidos lejanos a la vida cotidiana.

---

<sup>186</sup> BLACK y MURPHY, *Synthese*, 2007, pp. 53-71.

<sup>187</sup> NOZICK, *Philosophical Explanations*, p. 175. Este autor expresa que se trata de una noción de conocimiento que rastrea (*track*) la conexión con el mundo.

<sup>188</sup> Pritchard señala tres interpretaciones de la condición de seguridad: 1. que la distancia modal sólo se aplica al conocimiento de las proposiciones cotidianas; 2. que se aplica al conocimiento sin más (interpretación neo-mooreana) y 3. se aplica a contextos conversacionales cotidianos y no se aplica en contextos conversacionales escépticos y en éstos las posibilidades de error son relevantes (contextualismo).

El contextualismo atributivo (*attributer contextualism*) se asienta en los llamados contextos conversacionales de quien está adscribiendo conocimiento. El conocimiento es sensible al contexto de tal manera que las afirmaciones tales como “x conoce que p” (oraciones adscriptivas) expresan diferentes proposiciones dependiendo del contexto conversacional del sujeto que atribuye ese conocimiento.

Los estándares epistémicos, contextualmente determinados, son los que permiten asignar el grado de sensibilidad necesario para que pueda afirmarse conocimiento. El valor de verdad varía según los estándares empleados en cada contexto conversacional. En definitiva, para esta postura, que el conocimiento no sea producto de la suerte depende de los estándares epistémicos en juego en los contextos conversacionales<sup>189</sup>. La suerte que se filtra a través de estos “controles epistémicos” es inocua con relación al contexto de que se trata. En palabras de *Pritchard*:

“..., nuestra ambivalencia hacia la aparente necesidad de eliminar la suerte de nuestro conocimiento es explicable en términos de cómo diferentes contextos conversacionales incorporan diferentes grados de rigor epistémico y así dan diferentes umbrales de exclusión de la suerte.”<sup>190</sup>

En definitiva, el marco argumental del escepticismo le otorga ciertas fuerzas y ciertas debilidades. Es verdad que no pueda afirmarse que las hipótesis escépticas sean falsas, pero tampoco puede afirmarse que son verdaderas. De ello no puede derivarse que nuestras afirmaciones sobre el mundo son falsas, éste es un paso que no se encuentra correctamente fundado, pues excede el círculo de argumentos que constituyen el planteo escéptico. La condición modal redistribuye la carga de la prueba de la falsedad de las proposiciones sobre el mundo y su realidad.

Se puede decir que no adherir al escepticismo es un riesgo (epistémico) y que se deja abierta la puerta a la suerte, pero el escepticismo no radical se agota al recomendar la suspensión del juicio y, consecuentemente, de la acción. La no emisión de juicios acerca del mundo sería el estado ideal, en el que no se permite a la suerte dominar la escena. Estas omisiones no generan responsabilidad epistémica alguna, salvo que quien juzga a otro actúe irracionalmente o, su equivalente, anti-escépticamente al momento de formular el juicio.

---

<sup>189</sup> PRITCHARD, *Epistemic Luck*, p. 58.

<sup>190</sup> PRITCHARD, *Epistemic Luck*, p. 58.

## IV.5. El principio de seguridad

Otra postura epistemológica que pretende resolver el problema que plantea el escepticismo es la conocida como “neo-moreanismo”. Básicamente, se afirma en el *principio de seguridad*, que sostiene que si un agente conoce una proposición contingente  $q$ , entonces en la mayoría de los mundos posibles más cercanos aquel agente sólo cree que  $q$  es verdadera, cuando  $q$  es verdadera.

La diferencia con el principio de sensibilidad es que no se trata de establecer si el agente cambia con los cambios en su conocimiento del mundo exterior, sino que se busca determinar cuán afirmada en el mundo está la creencia del agente. En el caso de la sensibilidad se pone a prueba al agente, lo obliga a dar razones de su creencia. En un mundo donde la mayoría de los graneros son falsos, el agente deberá explicar cuál fue la razón que le hace decir que el que señala como granero es verdadero; mientras que en el caso del principio de seguridad las razones provienen de que la afirmación se verifica o se falsea en los mundos hipotéticos. En los mundos más cercanos al real en que la mayoría de los graneros son falsos, hubiera señalado a un granero falso. No se cuestiona al sujeto por sus razones objetivas, el mundo da las razones. La conclusión es la misma para ambos principios: la (buena) suerte consiste en señalar por azar a uno de los pocos graneros verdaderos.

Este principio permite atacar al escepticismo, pues es posible sostener que conocemos las proposiciones de nuestra actividad cotidiana debido a que los mundos escépticos son muy lejanos modalmente hablando<sup>191</sup>. No se trata de descartar la

---

<sup>191</sup> La teoría contrafáctica de Lewis remite a una semántica contrafáctica de mundos posibles. Tal semántica sostiene que las condiciones de verdad de los contrafácticos se determinan en términos de relaciones entre mundos posibles. Lewis sostiene una especie de realismo acerca de estos mundos, de acuerdo a lo cual esos mundos no actuales son entidades concretas a la par con el mundo real. Muchos autores se distancian en este punto de Lewis, algunos los interpretan como conjuntos de proposiciones consistentes o como entidades teóricas útiles sin que pertenezcan a una realidad independiente. Estos mundos se encuentran en una relación de similaridad comparativa, un mundo es más cercano al real que otro si se parece al real más que el segundo. Menzies considera que esta relación de cercanía es importante porque los vincula con la causalidad. La relación de similaridad produce un orden débil de mundos, por la cercanía con el real y el real se asemeja a sí mismo más que cualquier otro mundo (MENZIES, *Counterfactual Theories of Causation*, Stanford Encyclopedia of Philosophy, <http://plato.stanford.edu/entries/causation-counterfactual/>, última visita 28 de agosto de 2007). Lewis sostiene una especie de realismo modal: “Nuestro mundo real es sólo un mundo más entre otros. Lo llamamos real no porque su clase difiera de todos los otros, sino porque es el mundo que habitamos.

hipótesis escéptica mediante el recurso al conocimiento de las proposiciones cotidianas; sino que, al tratarse de mundos cercanos al real, no se da la posibilidad de que la hipótesis escéptica se presente.

Esta postura parte de una justificación externalista del conocimiento<sup>192</sup>. Si adoptáramos una postura internalista la hipótesis escéptica no puede descartarse, pues tenemos un buen acceso reflexivo sobre las proposiciones de la vida diaria (yo tengo dos manos) pero no sobre la hipótesis escéptica. Por lo tanto, todo conocimiento es falso.

Si partimos del externalismo, el principio de seguridad permite tener un buen acceso reflexivo sobre ese conocimiento (externalista) de las proposiciones cotidianas y negar la hipótesis escéptica, desde el argumento externalista de que tal hipótesis pertenece a un mundo suficientemente lejano como para ser relevante en materia de conocimiento. Ésta negación no puede fundamentarse desde el internalismo y por ello un internalista que adhiera al principio de seguridad debe conformarse con un internalismo que no puede refutar al escepticismo.

El principio de seguridad introduce un método de determinación de la suerte relevante. Los mundos posibles funcionan como un test para el conocimiento, sin referencia a lo que el sujeto pueda argumentar a favor de su afirmación como conocimiento. El hecho de que la proposición sea verdadera no es suficiente para afirmar conocimiento, se necesita que el señalarla como verdadera no responda a un caso fortuito, al azar<sup>193</sup>.

---

Los habitantes de otros mundos pueden llamar acertadamente a los suyos mundos reales.” (LEWIS, *Counterfactuals*, p.85-86).

<sup>192</sup> Al igual que la basada en la condición de sensibilidad.

<sup>193</sup> Como ya veremos, este mismo problema se traspa a las conductas y sus resultados; un resultado se imputa a una persona cuando en los mundos más cercanos posibles el resultado se hubiera dado de la misma manera.

## IV.6. Suerte benigna y maligna

Descartado el escepticismo mediante el recurso a las condiciones modales o los contextualismos, la conclusión es que puede haber suerte cuya no erradicación no afecta a los juicios evaluativos de la obra del agente.

Esta idea de que hay clases de suerte de diferente valencia para el conocimiento, que pueden identificarse con base en su capacidad o incapacidad de afectarlo, permite llamarlas, genéricamente, *benignas* y *malignas*.

Las *suertes benignas* son: la suerte probatoria (*evidential luck*) y la suerte doxástica (*doxastic luck*). Las malignas son: la *suerte verídica*<sup>194</sup> (*veritic luck*) y la *suerte reflexiva* (*reflexive luck*).

La *suerte probatoria* se refiere a que el agente tiene suerte de adquirir la prueba a favor de su creencia<sup>195</sup>. El ejemplo de *Nozick* ilustra este punto: un transeúnte puede observar que el ladrón del banco es *Jesse James*, porque justo cuando está escapando y pasa frente a él se le cae la máscara. Por más que esta prueba le haya llegado por suerte, su conocimiento es real y vale como tal. Quizás afecte al juicio de mérito acerca de su descubrimiento, pues no hizo nada y conoce algo que otros intentaron conocer (la identidad del ladrón), pero nadie discute que conoce ese hecho.

La *suerte doxástica* es aquella que hace que el agente crea en la proposición<sup>196</sup>. El agente puede tener toda la información necesaria para adquirir conocimiento pero no lo hace porque no aprecia su significado. Sin embargo, por un evento o un estímulo al azar cobra conocimiento. Estas clases de suerte se encuentran muy vinculadas entre sí y se presentan unidas en los casos comunes<sup>197</sup>. El agente puede creer aun

---

<sup>194</sup> Es llamada así por ENGEL, *The Southern Journal of Philosophy*, 1992, pp. 59-75. Esta denominación es retomada por Pritchard y otros.

<sup>195</sup> PRITCHARD, *Epistemic Luck*, p. 136.

<sup>196</sup> PRITCHARD, *Epistemic Luck*, p. 138.

<sup>197</sup> Coffman plantea una serie de contra-argumentos a la aseveración de Pritchard de que no hay casos en que ambas clases de suerte actúen separadamente (COFFMAN, *The Warrant Puzzle: A Nonpartisan Argument for Fallibilism*, [http://66.102.1.104/scholar?hl=es&lr=&q=cache:eNO\\_pGJ7AnYJ:www.nd.edu/~ecoffman/writingsample.pdf+puzzle+autor:Coffman](http://66.102.1.104/scholar?hl=es&lr=&q=cache:eNO_pGJ7AnYJ:www.nd.edu/~ecoffman/writingsample.pdf+puzzle+autor:Coffman), última visita el 22/8/2007). Sin embargo, no creo que Pritchard diga que no pueden separarse, sino que su separación es más bien artificial, generalmente se presentan conjuntamente, pues aquel que no crea la verdad de la proposición afirmada o no busque ningún fundamento para ella no se encuentra “en el mercado de conocimiento” (PRITCHARD, *Epistemic Luck*, p. 138).

cuando no tenga las pruebas adecuadas para sustentar esa creencia porque le fue retaceada por otro, pero ellas existen (buena suerte doxástica y mala suerte probatoria); o bien puede que la prueba la conozca por suerte, escuchó una conversación al levantar el teléfono por error y, sin embargo, no cree lo que escuchó (buena suerte probatoria y mala suerte doxástica).

Las dos clases de suerte mencionadas antes se consideran irrelevantes para el conocimiento, pues no pueden minar el conocimiento del agente. Sólo su adquisición es debida a la suerte, pero no el conocimiento.

La benignidad de la suerte doxástica es menos clara, pues puede ser que el agente tenga una creencia sin fundamentos. Aun cuando esté en lo cierto, ese agente ni siquiera está en “el mercado de razones”, tal como ocurre con el autor de una tentativa irreal o supersticiosa. Estimo que si los casos de suerte doxástica se consideraran inocuos, se estaría dejando entrar una suerte peligrosa, pues el agente no busca razones para sustentar su creencia y opera con un mundo muy lejano al real. Ejemplos de suerte doxástica pueden diferir del caso del científico, que da *Pritchard*: el científico que tiene toda la prueba a su disposición para afirmar el descubrimiento que trataba de realizar pero se da cuenta de ello a partir de un evento no vinculado a esa prueba. La suerte doxástica está en que a pesar de la prueba no la interpreta correctamente, pero si esta suerte abarcara casos en que no se tiene prueba en absoluto<sup>198</sup> y el agente interpreta como si la hubiera y forma su creencia de tal manera que resulta afortunadamente verdadera, dejaría de ser inocua o benigna. Por ejemplo, el agente que decide matar a otro y considera, sin prueba alguna, que la savia de un abedul es veneno, se la da a la víctima y ella muere, pues ese árbol en particular tenía altas concentraciones de pesticida. Si esta mala suerte doxástica se la considerara inocua se debería decir que en el caso el agente responde por homicidio, y no por tentativa inidónea<sup>199</sup>; diferencia que refleja conocimiento frente a una mera creencia que resulta verdadera. Por ello, esta suerte va unida a la suerte probatoria,

---

<sup>198</sup> Expresamente, Pritchard señala como un ejemplo de suerte doxástica separada de la suerte probatoria el caso de aquel agente que se encuentra en una situación en que la prueba de su afirmación no es adquirida por suerte probatoria, porque no tiene prueba alguna (PRITCHARD, *Epistemic Luck*, p. 138). Si estos casos están fuera del “mercado de conocimiento”, también lo están fuera del mercado del derecho penal.

<sup>199</sup> Incluso una tentativa inidónea que no merece reproche, pues su plan depende de una suerte doxástica que lo excluiría del campo “conversacional” del derecho penal.



pues si se la separa se acerca a una suerte dañina que trataremos como suerte reflexiva.

Las variedades de suerte epistémica que generan problemas son las que se identifican como *suerte verídica* y *suerte reflexiva*. La *suerte verídica* se vincula con un conocimiento cuyas bases no son de aquellas que pueden sustentar, en condiciones normales, conocimiento por parte del agente. Así lo ilustra el caso clásico de *Bertrand Russell*: un hombre se levante por la mañana, baja las escaleras y observa el reloj, normalmente confiable, y ve que es la hora ocho y veinte. Ese reloj que normalmente es muy confiable se descompuso veinticuatro horas antes. ¿El agente conoce que es la hora ocho y veinte?<sup>200</sup> En el ejemplo tenemos dos intervenciones de la suerte, la primera que se refiere a que el reloj muy confiable se ha descompuesto y la segunda es que la hora a la que se detuvo coincida con la hora real al momento en que el agente lo observa.

Esta es la estructura de los casos planteados por *Gettier* y que complicaron a la postura tripartita del conocimiento que sostenía que conocimiento es la creencia verdadera justificada. En los casos como el del reloj la suerte hace que la creencia sea verdadera<sup>201</sup>. Esta clase de suerte es la suerte verídica, implica que el agente no conoce realmente, sólo parece que conoce por esta conjunción de mala y buena suerte.

En el caso del reloj, el agente no sufre consecuencias disvaliosas por su suerte verídica; llega a su cita sin errores ni problemas. El resultado no se ve afectado en su configuración externa. La diferencia está en si ese conocimiento que sustenta sus acciones y resultados, cuenta igual que aquel obtenido sin la influencia de la suerte (el agente que mira el reloj funcionando correctamente). Esta clase de suerte es

---

<sup>200</sup> RUSSELL, Bertrand, *Human Knowledge: Its Scope and its Limits*, 1948, p. 166. Debemos considerar que la hora le resultaba relevante porque tenía una cita muy importante. De esta forma cumplimos con la necesidad de que exista cierta relevancia del hecho para el autor o para otros. Russell unas páginas más adelante se refiere a la teoría del conocimiento basada en la coherencia de Hegel e indica que él prefiere la idea de mundos posibles de Leibniz (cf. pp. 168-169)

<sup>201</sup> Zagzebski considera que es imposible escapar a los problemas que plantean estos casos, por lo menos si se pretende sostener que conocimiento es la creencia verdadera con algo más que pretenda eludir la paradoja (ZAGZEBSKI, *The Philosophical Quarterly*, 1994, pp. 65-73). Veremos que Pritchard propone una solución basada en la condición de seguridad.

similar a la suerte moral por los resultados, pues concierne a los “*outputs*” del proceso cognitivo de formación de creencias<sup>202</sup>.

Está claro, y existe consenso, que su conocimiento sí se ve afectado y que no cuenta como tal y por ello en los últimos treinta años, desde que *Gettier* publicó su breve ensayo, se ha tratado de evitar este problema.

La suerte verídica afecta las posibles acciones del agente basadas en ese conocimiento putativo, por ejemplo: María que posee buena vista, pero no perfecta, puede ver, desde el jardín, a su marido sentado en la sala de su casa frente a la ventana. María sostiene la proposición: “mi marido está sentado en la sala”. Sin embargo, está viendo al hermano de su marido que se le parece mucho; aunque su marido está en la habitación en un lugar no visible desde la posición de María<sup>203</sup>. La proposición es verdadera, pero ella no conoce realmente. Ahora bien, si ella decide matar a la persona que está sentada frente a la ventana se produce un caso de error, conocido como error in persona, que es inocuo si los sujetos se corresponden valorativamente para las normas penales. Ello debido a que se sube la generalidad de la proposición a “conoce que hay una persona”. Pero si ella tuvo suerte en cuanto a la persona concreta, podría obtener un beneficio por ese error, debido a que resultó que el homicidio que ejecutó es menos grave que el que creyó ejecutar. La suerte reduciría la responsabilidad.

La *suerte reflexiva* concierne a la forma en que, desde la posición reflexiva del agente, es una cuestión de suerte que su creencia sea verdadera. Esta suerte aparece cuando el agente carece de fundamentos reflexivos accesibles en apoyo de su creencia verdadera. Si al agente no le es posible conocer, solamente por reflexión, que su creencia sea verdadera es una cuestión de suerte<sup>204</sup>. El ejemplo típico de la suerte reflexiva es el del empleado que se dedica a separar los pollos por sexos<sup>205</sup>. El agente trabaja separando los polluelos recién nacidos por sexo, siempre acierta aunque no hay diferencia aparente entre ellos. El agente no sabe cómo hace para seleccionarlos correctamente. Este ejemplo tiene la particularidad de que el agente

---

<sup>202</sup> Axtell, Guy, *Metaphilosophy*, 2003, p. 339.

<sup>203</sup> El caso es tomado de ZAGZEBSKI, *Virtues of the Mind: An Inquiry into the Nature of Virtue and the Ethical Foundations of Knowledge*, citada por PRITCHARD, *Epistemic Luck*, p. 193.

<sup>204</sup> Pritchard, *Epistemic Luck*, p. 175.

<sup>205</sup> Este ejemplo es discutido en prácticamente toda la literatura sobre el tema.

conoce el sexo de los polluelos; no hay suerte verídica. En los mundos más cercanos posibles, el empleado elige correctamente igual que en el mundo real. Sin embargo, le falta algo que sí tienen los agentes en los casos de suerte verídica. Tienen una justificación de por qué llegan a la creencia, aunque esa justificación no sea correcta en el caso concreto (mirar un reloj confiable, por ejemplo). El empleado podría poner a prueba su método, probando si su éxito se debe a su vista, tacto u olfato, alternativamente, cubriéndose los ojos, suprimiendo el contacto de sus manos con las aves o tapándose la nariz. Estos cambios remiten a una ordenación de los mundos más cercanos posibles distinta de la utilizada para el principio de seguridad que elimina la suerte verídica. Es decir el criterio de ordenación sería por la proximidad del agente con la reflexión suficiente para justificar su creencia verdadera<sup>206</sup>.

La suerte reflexiva se vincula con una aproximación internalista del conocimiento, de tal forma que el crédito por conocer debe ser asignado al agente cuando él tenga una comprensión suficiente de su logro. De lo contrario, no tiene un acceso a las razones que fundamentan su creencia verdadera. La creencia es verdadera por pura suerte.

Algunos epistemólogos consideran que esta exigencia de comprensión suficiente es innecesaria. Los confiabilistas (*reliabilists*) sostienen que no todo conocimiento debe estar basado en buenas razones: para ellos conocimiento es aquella creencia verdadera que resulta de un proceso confiable. Algunos procesos confiables recurren a razones, pero no todos. La percepción, la introspección, la intuición lógica y la memoria, son procesos que pueden ser confiables y no son inferenciales<sup>207</sup>.

---

<sup>206</sup> Estos ejemplos como el de Lawrence Bonjour de Norman el clarividente (Norman un clarividente confiable, sin que él sepa si es confiable o no, sostiene que el presidente está en Nueva York, sin poseer ninguna prueba que confirme o refute su afirmación, efectivamente el presidente está en Nueva York) ponen en duda el acierto del confiabilismo, debido a que confiable no significa justificada, y resaltan la suerte (reflexiva) que admite esa teoría. Se puede defender el caso de los pollos y diferenciarlo del clarividente destacando que el último caso presenta a la clarividencia como un proceso confiable y esto genera la llamada “resistencia imaginativa” de Hume; es decir, que el evaluador se resiste a hacer un cambio en sus estructuras categóricas, se resiste a cambiar sus estándares morales, se genera una resistencia a que las proposiciones morales verdaderas en el mundo real sean falsas en los mundos imaginarios y deriva en una limitación epistémica al uso de contrafácticos. El caso del separador de pollos no posee esta característica pues el proceso es en el caso confiable y puede ser imaginado como tal en el mundo real sin resistencia, pues puede depender de capacidades cognitivas que aceptamos como reales. Esta discusión acerca de la resistencia imaginativa es desarrollada por MURRAY, *Prolegomena*, 2001, pp. 1-7.

<sup>207</sup> GRECO, *Philosophical Studies*, 2006, p. 1.

Otra corriente epistemológica, en auge en los últimos años, es la “epistemología de la virtud”<sup>208</sup>. Si hubo un “giro externalista” en los años sesenta, la epistemología últimamente ha dado un nuevo giro dirigido hacia las teorías basadas en el agente, tales como la epistemología de la virtud y las teorías de la responsabilidad.

La epistemología de la virtud se fundamenta en una postura mixta de internalismo y externalismo, de tal forma que el conocimiento surge de las virtudes prácticas e intelectuales del agente. El conocimiento depende de un carácter cognitivo virtuoso, el cual se define en términos de motivación adecuada y éxito confiable. Esta teoría basa la evaluación de las creencias en la evaluación de los agentes que las sustentan. El problema es que se trata, por consiguiente, de una *evaluación del carácter del agente* y del valor epistémico (moral) del mismo<sup>209</sup>.

Existen distintas corrientes dentro de esta postura. Así, algunos sostienen una teoría confiabilista basada en el agente<sup>210</sup>, en las disposiciones exitosas y estables que son relevantes para el conocimiento y en su justificación, es decir sus facultades intelectuales<sup>211</sup>. Esta especie de epistemología de la virtud trata de eliminar la suerte verídica.

Otra variante de la epistemología de la virtud es la responsabilista, que resalta que la falencia de las opciones confiabilistas, incluso cuando se trata de confiabilismo del agente, es el rol fundamental que desempeña la responsabilidad del agente. Esta postura se fundamenta en los rasgos del carácter del agente de los cuales él es

---

<sup>208</sup> Existe una jurisprudencia de la virtud, que es una teoría del derecho fundada en la epistemología de la virtud y en la ética de la virtud (SOLUM, *Metaphilosophy*, 2003, pp. 178-213).

<sup>209</sup> Lockie considera que el carácter no puede representar el punto final de valoración de la responsabilidad: “la naturaleza de mi carácter no es el criterio para lo que es correcto; lo que es correcto debe ser especificado como *objeto intencional* (teoría de la virtud responsabilista), tal como lo que es bueno debe ser especificado como *objeto actual* (teoría de la virtud confiabilista) antes de fijar la naturaleza moral de mi carácter o el éxito de mis acciones. (LOCKIE, *Philosophical Studies* 2008, p. 179). En definitiva, en palabras más sencillas, solo lo que vincula al carácter con lo externo (valorado como positivo o negativo) permite desvalorar al primero, pero como derivado de ese valor positivo o negativo de lo externo que posee prioridad conceptual.

<sup>210</sup> Una versión llamada conservadora se *centra* en el agente pero no está *basada* en el agente (cf. BRADY y PRITCHARD, *Philosophical Studies*, 2006, pp. 1–8).

<sup>211</sup> PRITCHARD, *Metaphilosophy*, 2003, p. 110; para la respuesta de Greco a las objeciones de Pritchard: GRECO, *Metaphilosophy*, 2003, pp. 353-366.

responsable o en las facultades cognitivas como virtudes<sup>212</sup>. En definitiva, consideran que las otras teorías no pueden resolver el problema del valor del conocimiento; por qué es valioso o más valioso frente a las meras creencias. *Zagzebski* utiliza una analogía con la relación máquina-producto, la confiabilidad del proceso que utiliza la máquina para fabricar el producto no explica el valor del mismo. Para resolver el problema, según esta autora, debe enfocarse el estudio en el estado motivacional del agente para determinar si el resultado surge de una vinculación entre el estado psicológico del agente y esos resultados<sup>213</sup>.

## IV.7. Seguridad y contrafácticos

Explicadas someramente las posturas epistemológicas que se encuentran en la lucha contra la suerte, desde distintas perspectivas y contra distintas variedades de suerte, en lo que sigue me concentraré en el principio de seguridad y su raíz contrafáctica.

En el capítulo referido a la psicología social notamos que la suerte poseía un componente contrafáctico muy importante. La percepción por parte de los individuos de un evento como debido a la suerte era disparada o reforzada por el planteo de un caso contrafáctico muy cercano al real pero con un resultado opuesto. Es decir, el juicio de valor era contrafáctico dependiente.

El establecimiento de una condición modal del conocimiento permite introducir el pensamiento contrafáctico, haciendo una comparación con mundos que comparten

---

<sup>212</sup> Baehr describe las diferencias entre las corrientes de la epistemología de la virtud de la siguiente forma: “Los epistemólogos de la virtud están de acuerdo en que el concepto de virtud intelectual merece un rol fundamental en epistemología. Ellos se dividen, sin embargo, acerca de cuáles rasgos cuentan como virtudes intelectuales. Los confiabilistas de la virtud conciben a la virtud intelectual como (generalizando) toda propiedad confiable de una persona conductiva de la verdad. Ellos citan como casos paradigmáticos de virtud intelectual cosas como la memoria, la introspección, el sentido de percepción y la razón. Los responsabilistas de la virtud, en contraste, conciben las virtudes intelectuales como buenos rasgos intelectuales de carácter, o los rasgos de un conocedor exitoso. Estos incluyen rasgos tales como imparcialidad, mente abierta, atención intelectual, profundidad, tenacidad y coraje.” (BAEHR, *Philosophical Studies*, 2006, p. 480).

<sup>213</sup> PRITCHARD, *Metaphilosophy*, 2003, p. 124.

casi todas las características del real, para analizar qué hubiera ocurrido en ellos dadas las mismas circunstancias iniciales del caso.

En esta línea de pensamiento, *Pritchard* adopta una postura que parte del que llama “principio de seguridad”, que expresa que si un evento es debido a la suerte, entonces es un evento que ocurre en el mundo real pero que no ocurre en una amplia clase de mundos posibles más cercanos, en que las condiciones iniciales son las mismas que en el mundo real.

Así, por ejemplo, si una persona busca un tesoro en la playa, sin que exista ningún fundamento para creer que en ese lugar, o cerca de allí, hay un tesoro enterrado y sin embargo lo encuentra, su hallazgo es debido a la suerte. En la mayoría de mundos más cercanos al real, dadas las mismas condiciones, no hubiera encontrado un tesoro.

*Pritchard* agrega una cláusula, que ya hemos analizado antes, que completa su concepto de suerte que se refiere a la relevancia del evento en cuestión. Así, si el evento es debido a la suerte, entonces es significativo para el agente en cuestión o debería ser relevante si estuviera consciente de los hechos relevantes para el caso.

La circunstancia de que una persona se salve por centímetros de ser calcinado por un rayo, es un evento de suerte debido a que vemos como relevante salvar nuestra vida, pero si no notamos la existencia del rayo o su cercanía, igualmente es relevante pues el observador tiene razones para ver la buena suerte implicada en el resultado y el agente, también, si conociera estos hechos tendría motivos para considerarse afortunado.

Esta concepción de la suerte exige ciertas correcciones a medida que se avanza en la identificación de ciertas formas de suerte epistémica, de tal manera que el principio de seguridad requerirá de dos precisiones o reformulaciones para llegar a su redacción definitiva.

La segunda variante del principio de seguridad sostiene que: si un agente conoce una proposición contingente  $x$ , entonces en la mayoría de los mundos posibles más cercanos, *en los cuales su creencia en  $x$  se forma de la misma manera que en el mundo real*, ese agente sólo cree en  $x$  cuando  $x$  es verdadera.

Esta segunda versión se dispone para evitar determinar qué es lo que permanece fijo de la situación del mundo real en los mundos posibles. Así, se puede distinguir entre aquello que es parte de la base de su creencia y aquello que pertenece a las condiciones externas a ella. De esta forma se puede saber si una alteración en la prueba disponible altera su creencia o no. El caso que plantea *Pritchard* es el de la madre que cree en la inocencia de su hijo, y tiene prueba objetiva de ella. Su creencia en la inocencia es conocimiento si cuando la variable “prueba de la inocencia” desaparece, también desaparece su afirmación de la inocencia del hijo. En cambio, si en el mundo posible más cercano, a pesar de prueba objetiva en contrario, ella sostiene, por amor materno, esa inocencia, no hay conocimiento.

La tercera versión, y definitiva, del principio tratado expresa que: si un agente conoce una proposición contingente  $x$ , entonces en *casi todos* (*si no en todos*) los mundos posibles más cercanos, en los cuales su creencia en  $x$  se forma de la misma manera que en el mundo real, ese agente sólo cree en  $x$  cuando  $x$  es verdadera.

Esta tercera variación se debe a la necesidad de que el principio sea operativo en el caso de la lotería. En este caso se trata de determinar si la afirmación de que el agente tiene un número perdedor puede ser considerada verdadera porque en los mundos posibles más cercanos, atento a las escasas probabilidades de ganar la lotería, ese número será perdedor y así puede considerarse perdedor de antemano al sorteo. Sin embargo, sería contra intuitivo decir que el número es perdedor antes del sorteo, pues puede ser el ganador. Si hay un mundo posible muy cercano en que se gana con ese número no puede descartarse que lo sea y la proposición que afirma que ese número es perdedor no puede considerarse conocimiento.

El principio de seguridad trata de evitar que el conocimiento se vea afectado por la suerte verídica. Esta suerte es la clase de suerte que interesa a los juicios que se vinculan con el valor de las conductas porque trata de una relación entre el resultado y la conducta. Se fundamenta en las condiciones externas necesarias para decir que la conducta del agente es susceptible de ser considerada con mérito o demérito. La suerte verídica afecta lo que el agente proyecta en el mundo.

La suerte reflexiva, que no se ve afectada por el principio de seguridad, y que permanece inmune a él, se refiere al valor del agente como tal, no a sus logros

externos. El empleado separador de pollos por sexo siempre acierta, consecuentemente su relación con el mundo es correcta o confiable (claro que el peso de este argumento siempre se encuentra vinculado a los límites de la inducción como razonamiento científico); lo que le objetamos es que no puede dar un argumento acerca de cómo logra acertar, pero esto es un problema interno del sujeto y vinculado a sus virtudes o vicios intelectuales, en definitiva, un problema del carácter del agente; es decir una cuestión del valor moral del agente, no de sus manifestaciones externas.

El principio de seguridad da una respuesta al escepticismo que en cierta forma es tranquilizadora, le dice que su propuesta de mundo es muy lejana al mundo real. Pero en realidad, le dice que es muy lejana a nuestra convención acerca del mundo real, que es justamente lo que el escepticismo critica. En todo caso, da un argumento modal que permite legítimamente pasarle la carga de la prueba de su hipótesis al escepticismo, lo cual es bastante.

La eliminación de la suerte verídica contesta una parte importante del argumento escéptico<sup>214</sup> y refleja un ámbito donde la responsabilidad del agente puede discutirse sin temor a la suerte.

La fundamentación relativa a la capacidad reflexiva del agente que *Pritchard* sugiere para modificar el principio de seguridad, en cuanto se trata de identificar la suerte reflexiva, no me parece una solución congruente, porque esas dos ordenaciones se vuelven contradictorias entre sí y no hay una prioridad entre ellas. El selector de pollos en una conoce y en la otra no.

---

<sup>214</sup> Aunque sus críticos consideran que su negativa a aceptar la relevancia de la epistemología de la virtud le impide ver ciertas analogías con la suerte moral, que justamente son las que incentivaron la discusión de los últimos años (cf. AXTELL, *Synthese*, 2006, pp. 1-21, p. 2). En particular, porque las posturas de la virtud más radicales, como la de Zagzebski, sostiene que puede ofrecerse una teoría combinada de epistemología y ética de las virtudes que explique mejor el fenómeno de la suerte (cf. BRADY y PRITCHARD, *Philosophical Studies*, 2006, Vol. 130, p. 2).



Podría argumentarse que la suerte reflexiva no parece ser un punto necesitado de aclaración. Ella no afecta la evaluación de las acciones del agente. En este punto creo que el carácter metafilosófico de esta variedad de suerte se limita, quedando aislado en el dominio de la epistemología y de la moral como problema necesitado de solución. Pero en el derecho penal continental europeo pareciera que, por su relación con el derecho penal de autor, no puede evaluarse. Sin embargo, como es una clase de suerte que se revela como graduable, podría recurrirse a la ordenación modal por reflexividad y marcar un límite mínimo para el conocimiento con lo cual se recortarían ciertos casos de conocimiento puramente externalista, como el del selector de pollos.

#### **IV. 8. Derrotadores epistémicos**

Existen otras tentativas de excluir la suerte de los juicios epistémicos que tratan de apartarse de la dicotomía que plantean internalismo y externalismo.

Una de ellas es la que apela a una distinción entre la dimensión de verdad y la dimensión de justificación<sup>215</sup>. La suerte en cada dimensión adopta una orientación particular. En la primera dimensión es una cuestión de suerte que su creencia resulte verdadera, dada la situación probatoria del agente (*veritic luck*). Se podría decir que, dadas las *circunstancias epistémicas* del agente, su creencia fácilmente podría haber resultado falsa. En la segunda dimensión es una cuestión de suerte que la creencia del agente resulte justificada dado el contexto probatorio en que se encuentra. El contexto depende de los llamados “derrotadores” (*defeaters*) que se encuentren en el entorno epistémico del agente. Estos derrotadores son elementos del contexto que, enfrentados a la creencia, permiten demostrar que ésta es falsa o injustificada.

Estas dimensiones permiten marcar una distinción entre clases de suerte; es decir, que la suerte será consistente o inconsistente con el conocimiento. Esta distinción está en función directa con cuán fácil puede ser cambiar la creencia del agente,

---

<sup>215</sup> En este punto sigo el desarrollo hecho por VAHID, *Dialectica*, 2001, p. 352.

cambiando su estatus epistémico. Si el cambio es muy fácil, la suerte habrá excluido el conocimiento. Si es muy remoto, será consistente con él.

Para comprobar si se trata de una u otra clase *Vahid* propone un método de dos pasos o estadios. El primero es contrafáctico, se trata de determinar, a la luz del escenario relevante de adquisición de conocimiento, si el valor de verdad de la creencia en cuestión o su estatus justificatorio podrían haber sido diferentes. La idea se puede ejemplificar con el caso de los graneros falsos, si la representación contrafáctica es seria (la creencia del sujeto podría ser falsa o injustificada), debido a que hay muchos graneros falsos en los alrededores, la suerte excluirá el conocimiento.

El segundo estadio es el de universalización. Ella se divide en dos universalizaciones: del conocimiento y de la justificación. La primera falla si dos agentes se encuentran en circunstancias epistémicas idénticas y la *creencia* en p de uno de ellos fue derrotada por la presencia de x, privándolo de conocimiento, entonces el otro agente no puede conocer p. La segunda falla se da cuando existen dos agentes que se encuentran en circunstancias epistémicas idénticas y la *justificación* de uno de ellos para creer p es derrotada por x, privándolo de conocimiento, entonces el otro agente no puede conocer p (sin que, a su vez, derrote a x).

En esta postura es interesante subrayar que lo que hace que una creencia pueda cambiar fácilmente y por lo tanto se convierta en injustificada, es el grado de accesibilidad de los derrotadores relevantes de la justificación del agente<sup>216</sup>. Cuanto más inaccesibles sean, más compatible será “la suerte orientada a la justificación” con el conocimiento de la proposición en cuestión. A su vez, esta accesibilidad tiene un carácter interpersonal, dándole un aspecto social al conocimiento, pues se refiere a prueba que el agente pueda obtener por sí mismo o prueba que posean otros miembros del grupo social relevante al cual pertenece el agente<sup>217</sup>. Esta externalidad de la evaluación de la prueba se asemeja a conceptos que se parecen a los del derecho penal. El agente es negligente en captar los elementos del contexto que son sensibles a la configuración de la creencia y por lo tanto a las acciones que se emprendan conforme a ella. Es decir si el agente es negligente en reconocer la

---

<sup>216</sup> VAHID, *Dialectica*, 2001, p. 360.

<sup>217</sup> VAHID, *Dialectica*, 2001, p. 360.

prueba, el costo será que su creencia no es conocimiento; la medida de la negligencia es el acceso social a la prueba. En estos casos lo que entra a funcionar es el estadio de universalización, los otros agentes hubieran tenido acceso a los derrotadores y su creencia resulta falsa. Por ejemplo, María recibe una llamada de la oficina de Norman en la que le dicen que está en Italia. Él está en Italia, pero para despistar a María hace que un amigo le envíe una postal a su nombre desde San Francisco. Si la postal queda sin abrir en el escritorio de María, ella tiene suerte orientada a la justificación, pero no conoce, pues fácilmente podría haber cambiado de creencia. Si el amigo equivoca la dirección o no la envía, su justificación permanece y conoce.

El autor sostiene que el primer estadio, el contrafáctico, impide asignarle un estatus epistémico negativo al agente<sup>218</sup>. Esto se debería a que las circunstancias del caso se mantienen en el escenario contrafáctico. Si el agente mantiene la creencia, no habría una falla del agente y, en cambio, si falla en el estadio de universalización, sí comete una falla al no reconocer que el contexto le exigía considerar prueba que derrotaba a la creencia y otro en su lugar sí lo hubiera considerado.

Esta postura se vincula con las teorías de la derrotabilidad del conocimiento, que exigen que no haya un derrotador tal que sumado a la creencia del agente no podría seguir creyendo en la proposición en cuestión<sup>219</sup>.

## IV.9. Conclusiones

La epistemología es un campo en que el estudio de la suerte ha sido mucho más profundo y metódico que en la moral o, por supuesto, que en el derecho. La cuestión relevante para extraer un concepto de suerte y, aún más importante, un método para determinar cuándo se encuentra presente la suerte, y si es maligna, en cuanto afecta

---

<sup>218</sup> VAHID, *Dialectica*, 2001, p. 361.

<sup>219</sup> Klein considera que el requisito que debe agregarse a la estructura tripartita del conocimiento es que no exista una proposición descalificante de su proposición original, tal que si ésta última se hiciera evidente al agente, él no seguiría creyendo en la proposición original. Este requisito se vincula con lo que llama el principio de feliz coincidencia, es decir que las circunstancias especiales que hacen que la proposición sea verdadera son una mera coincidencia, tal como en el caso del reloj de Russell (KLEIN, *The Journal of Philosophy*, 1971, pp. 474 y 475).

al conocimiento, puede extraerse con mayor claridad de la postura de *Pritchard* que recurre a una condición modal de seguridad.

La cláusula o principio de seguridad presenta un concepto de suerte que afecta a los resultados. La suerte verídica es una suerte que afecta la conexión entre nuestras creencias y los cambios del mundo. Influye en nuestra capacidad de operar eficazmente en el mundo, en el sentido en que creemos que el mundo es y en la forma en que opera. Puede atribuirse a la suerte *aquello que, en los mundos más cercanos posibles, manteniendo las condiciones iniciales del caso, la conducta del agente hubiera llevado a consecuencias distintas a las que se dieron en el mundo real.*

Este concepto de suerte posee una relevancia tal que afecta el estatus (moral, epistémico o penal) de la conducta en sí misma. Esto no implica evaluar al agente, pues él puede estar justificado en creer que esa conducta producirá un cierto efecto, pero aun así en el mundo más cercano posible el efecto es otro y, por lo tanto, el real es debido a la suerte.

Para evaluar al agente debe evaluarse su justificación y si en ella influyó la suerte. Esta suerte es la suerte reflexiva de la que da cuenta la explicación internalista de conocimiento. Sin embargo, esta clase de evaluación se relaciona con el carácter epistémico del agente y no con el valor de sus conductas o de los resultados de las mismas.

Las corrientes epistemológicas no valoran explícitamente el significado positivo de la posesión de conocimiento, salvo la epistemología de la virtud. Esta positividad guarda relación con la posición del agente frente al mundo; sea su relación con lo externo de ese mundo, en la medida en que puede ser percibido correctamente (velo de percepción) o bien, sea con lo interno, con cómo ese mundo pertenece a la esfera de reflexión del agente. Es decir, se encuentra vinculado con las razones reflexivas del agente para sostener una creencia acerca del mundo o de los efectos de sus conductas en el mismo.

La orientación hacia uno u otro fundamento, marca la distancia que hay entre evaluación de conductas y evaluación de agentes. La formulación de estos juicios de valor vincula a los campos filosóficos en que la suerte interactúa, pues todos ellos

terminan haciendo juicios de responsabilidad. Por lo tanto, desvaloran o valoran ciertas creencias y conductas. Los juicios de responsabilidad son los que aportan el fundamento de por qué la suerte debe excluirse. El mero hecho de que la suerte intervenga no significa de por sí que deba ser excluida; sólo significa algo si su intervención merece ser desvalorada y ello lo aporta la concreta idea de lo que significa “responsabilidad”. El método de identificación (contrafáctico, confiabilista, contextualista, etc.) no es suficiente, se necesita que la suerte se contraponga a la propia idea de responsabilidad. Pero si no es así, tenemos clases de suerte que no interfieren con la responsabilidad<sup>220</sup>. Esta concesión a la suerte parece fluir claramente de toda epistemología que pretende no caer en el escepticismo.

La postura confiabilista modal (principio de seguridad) parece un método adecuado para reconocer la suerte (verídica) y poder evitar juicios de responsabilidad negativos o positivos derivados de la falta de percepción de esa clase de suerte. La suerte reflexiva puede ser neutralizada a partir de un determinado límite mínimo vinculado con el contexto en que utilizamos el juicio de responsabilidad.

El contexto puede incluir los atributos mínimos del concepto de persona (sujeto cognoscente) que opera en el mismo. El contexto determinaría cuándo el sujeto está fuera del “mercado de razones”, tal como ocurría con los casos de creencias verdaderas basadas en mera superstición o en que el sujeto no puede dar un fundamento mínimo a su construcción de la realidad. Al punto que no se necesita regresar al carácter para poder evaluar la responsabilidad en estos términos. La distinción entre suerte con efectos negativos y suerte inocua derivada de la condición de seguridad se vincula con la idea de exclusión limitada que podía logarse en el campo de la suerte moral con el resultatismo congruentista de corte kantiano y con el principio DIP analizado en el capítulo de suerte moral.

La condición de seguridad aporta una fórmula de exclusión de la suerte “maligna” y puede traspolarse de campo normativo al específico del derecho penal para excluir la suerte por los resultados cuando ella tenga tal característica. Esto significa que no hay resultados libres de suerte, pero no toda suerte afecta la responsabilidad por los resultados.

---

<sup>220</sup> Esta reflexión nos permite regresar a la opinión de Hurley sobre concepto fuerte y débil de suerte, analizado en el capítulo II.

En el capítulo siguiente veremos cómo se puede reflejar en el derecho penal el análisis epistemológico y moral de la suerte.



## V. La suerte penal

### V. 1. Introducción

Hemos visto cómo distintas áreas del pensamiento filosófico han lidiado con la intuición de que la suerte no puede intervenir, ni muchos menos definir, los juicios fundamentales de los que cada una de esas áreas se ocupa. La misma intuición, acerca de la necesidad de excluir a la suerte, gobierna en el campo penal. En él existe un profundo consenso acerca de que los juicios de responsabilidad penal no pueden integrarse con una evaluación de la suerte o, cuanto menos, de que la suerte no puede ser determinante para el juicio de responsabilidad.

En este sentido, por ejemplo con relación a la suerte constitutiva, aunque ella penetra en el ámbito de la culpabilidad penal sin que haya discusión alguna, no importa cómo llegó el agente a tener la constitución de carácter que tiene-Igualmente responde en el campo penal, salvo que resulte inimputable. Cuando el agente tiene un carácter defectuoso por debajo de un cierto estándar puede ser desvinculado del reproche. En estos casos la persona está por debajo del modelo de agente del derecho penal y en ese punto éste se vuelve sensible a la suerte constitutiva, sacándola de la esfera de sus normas o de los deberes que ellas crean.

La suerte por las circunstancias es relevante en las causas de justificación o ante causales de exculpación o inexigibilidad. El agente que produce un daño al bien jurídico puede librarse del juicio de responsabilidad debido a que las circunstancias tuvieron un influjo dominante sobre su conducta. Esto genera la llamada “situación de necesidad” en la que el derecho no puede exigir que el agente haga abstracción de las circunstancias especiales que rodean su actuación. Algo similar ocurre en los casos en que se reconoce el estado de necesidad de terceros vinculados por parentesco o amistad, autorizando la intervención salvadora.

La suerte en los resultados de alguna manera es contemplada cuando se exige una relación de causalidad entre conducta y resultado y más aún cuando se exige una



relación normativa de riesgo, con la llamada teoría de la imputación objetiva. En los casos en que no existan estos vínculos, el resultado queda excluido del juicio de ilicitud, es decir la exclusión del *versari in re illicita* es una forma de reconocimiento de que la suerte no debe contar en términos de responsabilidad penal.

Esto nos indica que el derecho penal es sensible a la suerte y que estructuralmente comparte la intuición de que la suerte no puede participar de los juicios de responsabilidad. En esto se identifica con el sistema moral y con la teoría del conocimiento. El consenso a que se hizo referencia, que se resume en el postulado “no hay responsabilidad por la suerte” es compartido por todo sistema normativo en el que se discute la atribución de responsabilidad, no sólo por el derecho o el derecho penal, sino también por la moral y, también, por la epistemología. Estas disciplinas comparten la verdad de esta proposición casi como necesaria.

El problema es que este consenso, que es más implícito que explícito, deriva, en derecho penal, de la suposición de que las categorías dogmáticas que permiten afirmar responsabilidad funcionan “naturalmente” de tal forma que excluyen a la suerte del horizonte imputativo; lo cual será puesto en duda en este capítulo. El postulado de que no hay responsabilidad por la suerte puede verse de forma más dramática si resaltamos lo que para un sector de la doctrina es la otra cara de la moneda: el control. El postulado respecto del control, que ya analizamos en capítulos anteriores, rezaría: “sólo se puede ser responsable por aquello que se puede controlar”. Lo que el sujeto no controla es debido a la suerte, o por lo menos no le pertenece como obra suya, y si se lo responsabiliza por ello se está castigando por algo que no le pertenece en tanto persona, se está castigando a un inocente. Los postulados de la suerte y del control se encuentran fuertemente identificados y la intuición que los sustenta se refleja en uno de los principios basales del sistema penal: “no se debe castigar al inocente”.

La asociación de estos postulados vuelve constrictivo presentar una solución al problema de la suerte. Pues, si la suerte es equivalente a inocencia del sujeto y ella se manifiesta en los resultados, de tal forma que el sujeto no los controla, ellos le pertenecen a la naturaleza madrastra kantiana y por lo tanto constituyen suerte penal. La unión de estos postulados genera un efecto en cadena que permite articular el

tema de la suerte con los principios de lesividad, culpabilidad y hasta el de derecho penal de acto. En este marco teórico es donde la discusión podría resultar productiva.

En el derecho penal, la conciencia de este problema es muy escasa. Se pueden citar los trabajos de *Burkhardt*<sup>221</sup>, *Moore*<sup>222</sup>, *Kadish*<sup>223</sup>, *Katz*<sup>224</sup>, *Sverdlik*<sup>225</sup> y *Kessler*<sup>226</sup>. En el ámbito académico de habla hispana deben mencionarse a *Malamud Goti*<sup>227</sup> y *Sancinetti*<sup>228</sup>. En realidad, como hemos visto, el problema es estudiado con mayor profundidad en el ámbito de la epistemología y de la moral. El concepto de “suerte moral” que se impone luego de los trabajos seminales de *Williams*<sup>229</sup> y *Nagel*<sup>230</sup> ha significado un desarrollo mucho más sistemático del problema de la ubicuidad de la suerte para el sistema normativo de la moral. La epistemología desde la década del sesenta ha explicitado el rol de la suerte en el conocimiento, especialmente con motivo del trabajo de *Gettier*<sup>231</sup> y la corriente de discusión que le siguió, recuperando la cuestión que planteaba el escepticismo griego, acerca del alcance del concepto de conocimiento y de cómo la suerte puede afectarlo.

Los desarrollos antes citados, incluso los más sistemáticos, han comenzado sus investigaciones partiendo del axioma “no hay responsabilidad por la suerte”, sea para afirmarlo o negarlo. Sin embargo, como lo hemos estudiado previamente, adolecen de una falla que consiste en que dan por supuesto el concepto de suerte o lo definen con una caracterización conceptual débil, sin explicitar claramente qué se entiende por suerte. La excepción la constituyen los trabajos de *Rescher*<sup>232</sup> y *Pritchard*<sup>233</sup> que

---

<sup>221</sup> BURKHARDT, *BYU L. Rev.*, 1986, p. 553.

<sup>222</sup> MOORE, *Placing Blame. A General Theory of Criminal Law*, p. 191.

<sup>223</sup> KADISH, *J. Crim. L. & Criminology*, 2001, p. 679.

<sup>224</sup> KATZ, *Cal. L. Rev.*, 2000, p. 792.

<sup>225</sup> SVERDLIK, *American Philosophical Quarterly*, 1998, pp. 79-86.

<sup>226</sup> KESSLER, *University of Pennsylvania Law Review*, 1993-1994, p. 2183.

<sup>227</sup> MALAMUD GOTI, *NDP*, 2004/A, p. I-XVII.

<sup>228</sup> En su primera tesis doctoral trata este problema desde una perspectiva subjetivista del derecho penal pero sin referencia alguna a cuestiones más sistemáticas acerca de la suerte (SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*). En cambio, en un trabajo más reciente sobre *dolus generalis* introduce la expresión “suerte penal” como paralela al problema de la suerte moral, pero sin referencia alguna a ésta (SANCINETTI, *Dolus generalis y Suerte penal*, en *Nuevas formulaciones en las ciencias penales*, p. 23-40).

<sup>229</sup> WILLIAMS, *Moral Luck*, p.20.

<sup>230</sup> NAGEL, *Mortal Questions*, p. 24.

<sup>231</sup> GETTIER, *Analysis*, 1963, pp. 121-123.

<sup>232</sup> RESCHER, *Luck. The Brilliant Randomness of Everyday Life*.

<sup>233</sup> PRITCHARD, *Epistemic Luck*.

han originado una serie de discusiones posteriores de gran importancia<sup>234</sup>. Pritchard plantea el problema de forma terminante:

“De hecho, no hay disponible en la literatura filosófica un verdadero desarrollo de la noción de suerte...”<sup>235</sup>.

Este autor concluye que existe una laguna en el tratamiento filosófico del tema que genera dudas acerca de las conclusiones del debate mismo<sup>236</sup>. Si en las áreas de pensamiento filosófico que más han trabajado el tema no hay un verdadero desarrollo, es sencillo imaginarse en el ámbito del derecho penal su casi nula investigación, a tal punto que la propia mención del tema de la “suerte moral” genera la mayor de las extrañezas.

En esta segunda parte se discutirán algunos tópicos en los cuales la dogmática penal ha reconocido la necesidad de resolver la paradoja que la intervención de la suerte presenta a la idea de responsabilidad penal, tal como la imputación o no del resultado. En cambio, en otros temas las soluciones de la teoría del delito pasan por alto esta paradoja, generando ciertas inconsecuencias que son percibidas y por ello discutidas, pero siempre desde perspectivas propias del sistema de reglas de la teoría del delito, motivo por el cual no se ha podido identificar a la suerte penal como el problema principal de esas soluciones insatisfactorias.

La comprensión lograda, en la primera parte, de la suerte moral y epistemológica, permitirá observar al derecho penal desde una nueva perspectiva que nos hace perceptible la suerte penal y brinda la oportunidad de intentar excluirla, para evitar que la responsabilidad penal se asiente en ella.

---

<sup>234</sup> Puede verse esta discusión en el trabajo de LACKEY, *Australas. J. Philos.*, 2008, pp. 255-267.

<sup>235</sup> PRICHARD Y SMITH, *New Ideas Psychol.*, 2004, p. 4.

<sup>236</sup> PRICHARD, *Epistemic Luck*, p. 6.

## V. 2. El resultado

Existe una discrepancia muy antigua y, por su permanente actualidad, central en el derecho penal, acerca de si el resultado tiene un significado en el ámbito de la imputación penal. La formulación habitual de este problema se refiere a si la responsabilidad penal se funda en, y extiende a, la producción de resultados o si sólo comprende la desvaloración de conductas humanas contrarias a una norma de comportamiento. Este tópico es ya un tema clásico en la discusión penal a tal punto que podemos rastrearlo hasta el Digesto, en el que se expresa:

“en los crímenes, hay que considerar la intención y no el resultado.”<sup>237</sup>

Paradójicamente, este tema debería tener una respuesta unívoca, considerando que la diferencia entre una y otra postura puede significar una diferencia en la extensión de la privación de la libertad de quien resulte condenado por un delito. *Claire Finkelstein* plantea la paradoja claramente<sup>238</sup>:

“... la responsabilidad por tentativa es paradójicamente *injustificada* y *obligatoria* al mismo tiempo. La solución legal es un compromiso: normalmente las tentativas son castigadas como delitos serios, pero menos severamente que su contraparte sustantiva. Pero el compromiso puede ser insostenible, si se aplica el principio del hecho, las tentativas no deben ser penadas en absoluto, y si se aplica el de igual culpabilidad, ellas deberían ser castigadas en forma no diferente de los delitos consumados.”<sup>239</sup>

La discrepancia entre los especialistas provoca perplejidad si se tiene en cuenta que si la pena se fundamenta o co-fundamenta erróneamente, por la inclusión de la producción del resultado, se estaría violando el principio que impide castigar a un inocente<sup>240</sup> y afectando el trato que debe dispensarse a un individuo como persona moral propiamente dicha. Por el contrario, si incorrectamente no se incluye al

---

<sup>237</sup> JUSTINIANO, Digesto 48. 8.14.

<sup>238</sup> Claramente no significa acertadamente. Creo que exagera los extremos, más que una paradoja es un dilema. Pues, en las paradojas cualquier resultado nos parece sorprendente e inaceptable; en cambio, en los dilemas hay una solución correcta, pero adoptarla implica un costo muy elevado.

<sup>239</sup> FINKELSTEIN, *Law and Philosophy*, 1999, p. 69.

<sup>240</sup> El principio de inocencia entendido como referido a que no puede responsabilizarse a una persona por aquello que puede ubicarse en el marco de la suerte penal.

resultado, se estaría castigando de más en los casos de tentativa<sup>241</sup> o de menos cuando el resultado se produjera efectivamente.

El problema planteado, visto desde una perspectiva institucional, significa sembrar una duda acerca de la capacidad del derecho penal de acotar su actividad a los fines de la pena. Un derecho penal que pretendiera reconfirmar la constitución social mediante la pena, como reafirmación de la expectativa normativa que le subyace, se encontraría ante una paradoja. Si el propio derecho penal no sabe qué es lo que reprueba, tampoco sabe qué es lo que reconfirma. A su vez, si el castigar por los resultados no fuera compatible con la idea de reconfirmar la expectativa normativa lesionada, podría quedar excluido de antemano un derecho penal que pretendiera basarse en la prevención general positiva<sup>242</sup>.

Las teorías acerca de la justificación del castigo tienen un margen de actuación en esta discusión, aunque es en ella donde las sutiles diferencias entre las distintas variantes de una misma teoría parecen opacar la posibilidad de solución del problema.

Las posturas opuestas en esta controversia suelen etiquetarse como subjetivistas y objetivistas; también, respectivamente, como teorías de la indiferencia y de la diferencia; de la irrelevancia y de la relevancia; tradicionales y modernos<sup>243</sup> o

---

<sup>241</sup> Contra el texto no es eficaz el argumento de que un derecho penal en el que desapareciera la diferencia entre tentativa y consumación podría optar por mantener la escala penal de la tentativa y hacer desaparecer la más grave del delito consumado, con lo cual el sujeto juzgado no tendría una queja legítima ante un derecho penal que sería más benévolo. La crítica no guarda relación con el monto concreto de pena, sino con el fundamento en abstracto de la pena. Aun cuando se excluyera el resultado y se dejara la escala penal actual de la tentativa, ella sería excesiva, si se excluyó erróneamente al resultado, pues lo determinante es la igualdad valorativa de aquello que no es igual.

<sup>242</sup> Suponiendo que los fines de la prevención general positiva no pudieran abarcar nada más que la reprobación de la conducta como su único objeto de respuesta comunicativamente válida. El castigo teóricamente inadecuado del resultado podría mejorar la comunicación de la reprobación de la conducta sea por un mecanismo psicológico de los ciudadanos, sea por una mayor trascendencia pública de los hechos con resultado, por lo cual estaría logrando sus fines legítimos por una vía o medio, aunque idóneo, incorrecto. Por lo que habría una diferencia entre reconfirmar la norma y reconfirmar la configuración social. Es decir, puedo reconfirmar la norma con deficits de configuración social o preferir una adecuada o mayor eficacia en la reconfirmación de la sociedad mediante un castigo que incluya aspectos no alcanzables mediante la mera confirmación de la norma. Si el castigo incluyera al resultado, esta separación no existiría.

<sup>243</sup> Esta última denominación la indica ROBINSON, J. *Contemp. Legal Issues*, 1994, pp. 299-322.

reformistas<sup>244</sup>; “el punto de vista educado”<sup>245</sup> y “el punto de vista populista”; resultatistas y antiresultatistas, etc. La discusión en este capítulo se centra sencillamente en si el estado de cosas que se deriva de una o más conductas forma parte esencial de la determinación de la responsabilidad. Desde la literatura se ha captado este dilema. *Joseph Conrad* en su novela “Azar”, resume la postura subjetivista de una forma muy clara:

“Y sólo de sus intenciones son responsables los hombres. Los efectos últimos de todo cuanto hagan escapan por completo a su control.”

*Adam Smith* lo expresó desde el punto de vista de la reprochabilidad moral:

“El que el mundo juzgue por los hechos y no por las intenciones ha sido queja de todos los tiempos y es el gran desaliento de la virtud. Todos están de acuerdo con la máxima general de que en la medida en que el hecho no depende del agente, no debería influir sobre nuestros sentimientos en lo tocante al mérito o corrección de su proceder”<sup>246</sup>

Estos dos planteos análogos del mismo problema, aunque no provienen de autores de derecho penal, tienen un componente que fue discutido en el primer y segundo capítulo de esta tesis, la idea del control como fundamento del alcance de la responsabilidad moral. La idea de control se ha demostrado inútil para marcar un límite entre las acciones, como controladas, y los resultados, como azar.

La idea principal de la postura antiresultatista, al ser expresada como una cuestión de exclusión de la suerte penal, permite comenzar la discusión del tema de los resultados desde una perspectiva más amplia que la clásica oposición de escuelas del derecho penal continental europeo. Considero que no hay una distribución predeterminada de la carga de la prueba en esta discusión, aunque la dinámica de la misma lleva a tratar de fundamentar la postura que postula que hay algo más que intenciones en la responsabilidad penal, ello es debido, fundamentalmente, a la influencia de cierta interpretación de la doctrina kantiana en el pensamiento moderno, la cual ya fuera desmentida oportunamente.

---

<sup>244</sup> FEINBERG, *Ariz. L. Rev.*, 1995, p. 119.

<sup>245</sup> MOORE, *J. Contemp. Legal Issues*, 1994, p.238.

<sup>246</sup> SMITH, *La teoría de los sentimientos morales*, p. 212.

A continuación se analizarán las posturas en pro de la identidad en primer término y, luego, las que están en contra. En la enunciación se incluirán autores no penalistas, pues todos los que discuten el tema de la suerte moral discuten el caso clásico que encabeza estas discusiones en el derecho penal: los dos autores, cuyas acciones en todo son idénticas, pero sólo la conducta de uno produce el resultado disvalioso.

## A) La identidad o equivalencia entre tentativa y consumación

### a) Subjetivismo alemán

La idea de que el agente dispone de una capacidad objetiva de modificar el mundo que lo circunda, de forma tal que pueda lograr la lesión de un objeto de bien jurídico, es fundamental para asentar la responsabilidad penal<sup>247</sup>. Este postulado es discutido por los subjetivistas alemanes, en el ámbito penal continental europeo, que consideran únicamente a la intención como objeto de reproche penal<sup>248</sup>. Esta limitación al mundo interior del sujeto es consecuencia de la falta de control del mismo sobre la producción de resultados y del argumento formal de que las normas sólo pueden prohibir conductas<sup>249</sup>.

---

<sup>247</sup> A tal punto esta opinión es dominante que produce la creencia equivocada de que el dolo actúa como una fuerza que dirige el cambio pretendido por el autor, brindándole mayores posibilidades de lograr su meta. Este efecto “productivo” del dolo es una confusión que se remonta a la discusión del caso de Thyren en cuanto a si el dolo que no puede lograr su meta es un mero deseo. El autor doloso no tiene mayores probabilidades de lograr el resultado que el negligente, las probabilidades son ajenas a la medición de ellas que pueda hacer la psique de un individuo. La cuestión no es que el dolo tenga un poder de producción del resultado, sino si la conducta y su contexto lo tienen.

<sup>248</sup> En este sentido Zielinski expresa: “...; quien cree tener en su mano una pistola bien cargada (que objetivamente está descargada) y que en la cama (objetivamente) vacía hay un hombre, está en posición de actualizar la finalidad, en el caso, matar a un hombre; ya en este momento el acto final dirigido a la muerte de un hombre puede ser realizado u omitido. La capacidad de resultado del acto, esto es, las circunstancias objetivas de las que depende la realizabilidad efectiva del fin de la acción, es para ello irrelevante.” (ZIELISNKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, p. 157).

<sup>249</sup> Tal como lo expresa Sancinetti: “Un modelo de norma que pretende motivar sólo puede hablar a favor de una relación de oposición entre norma y acción, una posición que, a más tardar, *rige hasta el último instante en que el autor puede tomar aún una decisión de acción*. Cuando ya no puede influir más sobre el suceso, ya no hay nada que imputar, porque al autor no le queda nada por hacer. Pero es que el resultado se produce *siempre después* de ese último instante de relación entre norma y autor, justamente cuando ya no hay nada que imputar, porque no resta nada por hacer.” (SANCINETTI,

El subjetivismo alemán no es, por sí mismo, sinónimo de la solución de la identidad entre tentativa y consumación, no es más que la línea argumental de la dogmática alemana para adherir a esta conclusión. El argumento central es que aquello que resulta imputable al autor es sólo su decisión de voluntad y lo que exceda de esta constituirá un elemento casual respecto al mismo<sup>250</sup>. El fundamento de esta afirmación es que aquello que se opone a la norma es esa decisión y que el resultado, que se produce *después*, no agrega nada a esa oposición<sup>251</sup>.

La exigencia de una conducta externa que manifieste la decisión del agente es un requisito subsidiario para reconocer la voluntad contraria a la norma. A su vez, este requisito subsidiario manifiesta la necesidad de que el agente verdaderamente se esfuerce por llevar a cabo su decisión, de lo contrario no sería una *verdadera intención*, aunque ese contenido no sea perceptible por lo externo, sino a raíz de lo interno que le da sentido. Esta postura se opone a la formulación del principio de acto de *Jakobs* que exige que la conducta sea *perturbadora* por sí misma, como para habilitar la pregunta por lo interno<sup>252</sup>.

Los actos exteriores de manifestación pueden ser, desde el núcleo teórico subjetivista, totalmente intrascendentes, sólo tienen que transmitir de alguna forma su vinculación con una determinada decisión. Por ejemplo, si para matar a otro se utilizan conjuros mágicos, será una tentativa de homicidio, siempre que el observador pueda establecer la conexión entre la decisión de matar y los conjuros. Pero no es necesaria una *conexión naturalista* entre ambos extremos<sup>253</sup>.

Cuando el subjetivismo acude a la idea de que la ejecución debe corresponderse con un cuadro racional de actuación hacia la meta, introduce un criterio objetivo o

---

*¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados?*, p. 13 -las itálicas corresponden al texto original-).

<sup>250</sup> SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, p. 62.

<sup>251</sup> Armin Kaufmann indica que: “La prohibición no puede ir, por tanto, más allá, no puede prohibir más de lo que es posible a una acción final. El alcance de la acción agota, por eso, también el objeto posible de la prohibición.” (KAUFMANN, *Teoría de las normas*, p. 141).

<sup>252</sup> JAKOBS, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, en *Estudios de derecho penal*, p. 302

<sup>253</sup> Sería más correcto decir que no es necesaria ninguna otra conexión ni naturalista, ni normativa; pues una comprensión hermenéutica de la norma o de imputación objetiva (riesgo) no pueden calificarse de conexiones puramente naturalísticas, como podría serlo la de causalidad, y, sin embargo, quedan excluidas por la intención como única conexión válida para un subjetivista.



intersubjetivo<sup>254</sup> que no es propio de su punto de partida teórico. Esta es una forma de tratar de acomodarse al principio del hecho. Presupone que cuando no hay ninguna posibilidad de lesionar porque el agente no comparte ciertas partes del mundo en común (leyes causales) de una determinada sociedad no ha cometido un ilícito con su intento, meramente, subjetivo de matar. Pero entonces, no es lo subjetivo lo que define lo ilícito, sino el mínimo contenido objetivo del ilícito que consiste en una capacidad causal potencial de lesionar. Sin embargo, se insiste en la idea de que la decisión del autor, según su propia representación, signifique una arrogación actual de un círculo de organización ajeno<sup>255</sup>. En esta proposición se trata de afirmar el aspecto subjetivo de la arrogación, no el objetivo. Es suficiente que el autor crea que está entrando en un círculo de organización ajeno, no que lo haga realmente. En este contexto, ni siquiera es necesario identificar un movimiento corporal, para fundar la responsabilidad penal.

En una apreciación menos radical o moderada del subjetivismo alemán, sólo la decisión de voluntad expresada en una conducta, con sentido antinormativo, considerando su representación del hecho, cumpliría el estándar del ilícito penal mínimo. En definitiva, esta postura lleva a considerar que, aunque el derecho penal tenga como objetivo proteger bienes jurídicos, ellos no pueden ser protegidos por el aspecto normativo del derecho penal. Las normas se refieren a decisiones de acción, o a lo sumo, a conductas humanas específicas que expresan esas decisiones. Esta postura compatibiliza sus argumentos con el fin de que el derecho penal prevenga la producción de resultados disvaliosos, pero como un efecto secundario. Sólo como consecuencia de la evitación de conductas que puedan llevar a lesiones de bienes jurídicos. Pero si ese efecto secundario es parte principal de la misión esencial del derecho penal<sup>256</sup> y se considera racional que producir el primer efecto lleva al segundo, pero, si, a su vez, los resultados son casualidad o producto del azar, ¿cómo es que se previenen resultados prohibiendo conductas?

---

<sup>254</sup> Se corresponde en epistemología con una forma del externalismo de cláusula de seguridad.

<sup>255</sup> SANCINETTI, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, p. 8.

<sup>256</sup> En este sentido esta idea de prevención no es idéntica a la que subyace a la prevención general negativa, pues también el retribucionista puede pensar que el castigo justo previene a otros de cometer delitos, aunque el castigo no se fundamente más que en el mal causado por ese agente en ese caso concreto.

Este subjetivismo moderado, o de mano invisible, convierte al derecho penal en una “*Rube Goldberg Machine*”<sup>257</sup> que ni siquiera logra cumplir su función luego de los incontables pasos intermedios que ejecuta. Hay algo en la argumentación que no cuadra. Una respuesta sería que no hay otra forma de llegar a la prevención, motivo por el cual en los casos en que el resultado no sea producto de la suerte, si es que tales casos existen para un subjetivista consecuente, aun cuando la conducta tienda hacia un resultado improbable, la evitación de la conducta será relevante a fin de alcanzar el objetivo del derecho penal. Pero esta argumentación permite considerar que, bajo la ausencia de ciertas circunstancias o la presencia de otras, el resultado no es producto del azar y por lo tanto no constituye suerte para el agente. Consecuentemente, si no se trata de una respuesta absoluta, el problema pasaría a ser cómo distinguir los casos.

Un subjetivista podría decir que previene a través de sancionar con una pena las conductas que no deben ejecutarse y así elimina la conducta como elemento causal del resultado. El cual es casual para el agente, pero causal para el mundo.

Entonces, esta postura no ve la necesidad de intervención penal cuando ella no previene la producción de un resultado desde una perspectiva *ex-ante*. Pero ello llevaría a que las tentativas absolutamente inidónea *ex-ante* (irreales) que no previenen nada, deben quedar fuera del derecho penal a pesar de que subjetivamente valgan igual que los actos que sí pueden llegar a producir el resultado. Prohibirlas limita la libertad más allá de lo estrictamente necesario<sup>258</sup>. Pero esta respuesta no parece coincidir con el núcleo de la postura subjetivista que ve en la tentativa acabada, idónea o no, el ilícito arquetípico. Está claro que el fundamento del

---

<sup>257</sup> Estas máquinas se diseñan para realizar tareas sencillas a través de un mecanismo muy complejo, confuso e indirecto.

<sup>258</sup> Incluso genera confusión preventiva, pues disparar al muerto se prohíbe para evitar resultados de muerte, en vez de prohibirse por el quebrantamiento actual que pudiera implicar esa conducta. Sin embargo, la evitación de resultados futuros no es reafirmación de la configuración social, porque ella no ha sido realmente afectada. Es reafirmación de la configuración social futura (que debería ser continuidad de la actual, pues podría, en el futuro, ser otra) que todavía no ha sido agredida. Por ello, la prevención general positiva exige la lesión actual, mientras que la prevención general negativa se conforma con el castigo del inocente para estabilizar mediante un acto en el presente una estructura social futura. El autor de un delito imposible es un autor penalmente inocente, aunque no lo sea moralmente. El dolo que subsiste es un simple *dolo moral*, no penal porque carece de lesividad objetiva (actual).

subjetivismo alemán no pasa por la prevención de las lesiones a bienes jurídicos, por lo que puede abandonar esta idea, en pro de una teoría simbólica de la pena<sup>259</sup>.

Ésta cumpliría la función de llenar el vacío dejado por el abandono de la idea de prevención. Sin embargo, esta teoría no estaba en el horizonte penal cuando el subjetivismo se formuló y si, de todas formas, adhiriera a ella se tendría que compatibilizar con lo que *Zielinski* denominó el juicio de valor primario, que se refiere a la protección de bienes jurídicos.

El juicio de valor secundario surge de aquél y tiene sentido por aquél, aunque difieran por su distinta comunicabilidad de contenido normativo. Nuevamente, la sistemática de esta teoría chocaría contra el nuevo fundamento del castigo que se

---

<sup>259</sup> En una postura simbólica del castigo adaptada a la imagen subjetivista del delito, pues la reafirmación de la norma sólo incluye su quebrantamiento como lo entiende esta teoría del ilícito, los resultados no aumentarían la necesidad de reafirmación. El castigo por el resultado sería siempre un exceso de castigo. Pero esta lógica lleva a considerar que todo castigo por lo externo es un exceso de castigo, sólo se necesita externalización suficiente para entender el sentido subjetivo de la conducta. En este punto, se podría discutir si el principio de ejecución no constituye ya el quebrantamiento completo de la norma. Si se entiende así al subjetivismo, quedaría una duda acerca de la irrevocabilidad del dolo en esa instancia, pero para un subjetivista ¿por qué el dolo debería ser irrevocable?, ¿no bastaría acaso con que existiera en un momento coincidente con un principio de ejecución objetivo? Entonces, el dolo se agota allí, *su existencia posterior hasta la tentativa acabada sería un plus moral ajeno al derecho penal*. Lo difícil sería explicar que el derecho penal a lo sumo castigaría el poner el veneno en la copa, el apuntar el arma hacia la víctima, el cortar el bolso por el carterista, etc. Ni la intensidad de la puesta en peligro ni el resultado lesivo contarían para el ilícito penal.

Esta cuestión se vincula con una idea moral de la prohibición de daños intencionales, si el principio general que proscribe intentar dañar se formulara, como lo hace McIntyre en su artículo sobre la doctrina del doble efecto (MCINTYRE, Ethics, 2001, p. 250-251) diciendo que “uno no puede querer, positivamente, un efecto lesivo de su acción, incluso si el acto de otra forma hubiera sido lícito”. Esta postura llevaría a que querer el daño basta para imputar todo el disvalor moral a esa conducta. En este punto McIntyre está discutiendo la cuestión de la justificación de una conducta de defensa personal cuando el autor tiene como meta matar al agresor, debido a que lo reconoce como su enemigo y aprovecha la situación para vengarse de él. Externamente cumple con todos los requisitos de la legítima defensa, incluso tiene voluntad de salvamento de sí mismo, pero quiere la muerte como fin principal. Esta intención implica un desvalor moral. Esta situación analizada desde la doctrina de la legítima defensa sería justificada, el mero hecho de que aproveche la situación no significa nada para la antijuridicidad penal. Se podría pensar que en este caso el elemento positivo (voluntad de defensa) no compensa el negativo (dolo) y, entonces, quedaría la posibilidad de imputar una tentativa inidónea, lo cual significaría, a su vez, que no siempre la tentativa es un error de tipo al revés. Pareciera que una teoría que hace descansar toda la imputación en lo subjetivo, debería optar aquí por la solución de la tentativa y no por la de la justificación. En el mismo sentido, pero si la discusión se da en el marco del tipo penal, una acción neutral realizada con intención debería ser típica, esta moralización del dolo es sumamente peligrosa.

pretende asociar a ella. En definitiva, si el resultado es producto del azar no hay forma de evitarlo por vía del reproche a la conducta.

La teoría subjetiva, al castigar toda tentativa acabada, idónea o inidónea, sin distinción de gravedad, atento a su falta de capacidad preventiva, castiga por malos pensamientos, ejecutados de forma inocua. Pues la tentativa siempre es inocua con relación al resultado, porque éste depende del azar. El subjetivismo parte de que la naturaleza, sea madrastra o madre, tal como la presenta Kant, no puede transferir su cuota de responsabilidad al agente<sup>260</sup>. La conclusión de esta perspectiva teórica es que no importa lo que acontezca objetivamente alrededor de la conducta del agente que ya ha decidido lesionar la norma. Esa decisión y un mínimo de ejecución externa implican responsabilidad penal. Será un problema epistemológico cuánta ejecución o exteriorización se necesita para reconocer la ilicitud de la conducta<sup>261</sup>. El subjetivismo parece tratar de salir de este problema a través de la asignación de relevancia a la probabilidad, o al reconocimiento del riesgo, que asigna el propio autor a su proyecto de acción.

Ahora bien, en esta variante no se trata de un riesgo objetivo, sino de una percepción del autor. Consecuentemente, su responsabilidad penal depende de la suerte con que cuente en la construcción de sus representaciones mentales del riesgo (suerte constitutiva o suerte situacional). El observador deberá reconocer, y por lo tanto, avalar o descartar, esta probabilidad subjetiva para asignar una graduación de la responsabilidad, lo cual no parece razonable. Pues, el observador sí percibe el riesgo objetivo que pasa por un andarivel distinto al de la representación del autor, entonces, por qué éste debería conformarse con la representación errónea del autor.

Se podría recurrir a la comunicabilidad social o racional del proyecto de acción y de esta forma reformular la restricción injustificada del ámbito de libertad que implica

---

<sup>260</sup> Cuando se trate el pensamiento de Adam Smith se verá que esta conclusión le lleva a sostener que la imputación de resultados al agente, aunque sea una ficción, cumple una función positiva para la sociedad y el derecho penal.

<sup>261</sup> Esta perspectiva acerca de la necesidad epistemológica de la exteriorización está clara en Pufendorf quien afirma: "... en los asuntos o materias que el hombre elige obligarse, no quedará comprometido más allá de lo que fue su intención. Y, sin embargo, como no podemos juzgar la intención de otro, salvo por las acciones y signos que impresionan nuestros sentidos, en los tribunales de los hombres se considera al individuo, consiguientemente, como obligado sólo a lo que pueda sugerir una seria interpretación de tales indicadores." (PUFENDORF, *De officio hominis et civis*, Libro I, cap. XVII, ap. I).

el subjetivismo, pero esta solución no es subjetivista, es externalista u objetivista, no pertenece al núcleo argumental del subjetivismo e implica una nueva forma de claudicación encubierta.

En realidad, el subjetivismo alemán se funda en la retribución, conforme lo señalaran *Nino y Fletcher*<sup>262</sup>. Para esta teoría es esencial una evaluación del carácter del agente para poder realizar una distribución justa del castigo. Más concretamente, *Nino* dice que “la consecuencia inevitable de la teoría retributiva de la pena es la asunción del enfoque subjetivo de la responsabilidad criminal”<sup>263</sup>. Esta conexión entre retribución y responsabilidad por el carácter, implica la necesidad de recurrir a ideales de virtud o de excelencia personal y, por consiguiente, a sostener una especie de perfeccionismo penal.

Este núcleo moral del subjetivismo lo llevaría a admitir que el castigo es mero reflejo negativo de la imagen moral del sujeto, que es fijada en un tiempo en que su conducta lo comunica, pero que pertenece a un tiempo anterior que es cuando se formó la voluntad de realizar una conducta disvaliosa. El acto mental es el objeto del derecho penal y éste se funda en un carácter capaz de crear ese acto mental disvalioso. Esto podría llevar al subjetivismo a admitir el castigo previo al hecho, si pudiera conocer esa voluntad por otra vía. Por lo cual, sería aceptable el castigo anticipado, no al hecho, sino a la propia voluntad, pues si el carácter es capaz de formar esa voluntad aun antes de cristalizarla en un tiempo determinado, y, además, si se aceptara el determinismo, el castigo podría ser previo a cualquier manifestación interna o externa. Es decir, en un tiempo en que el agente es aun inocente<sup>264</sup>. Esto se ha estudiado en el ámbito anglo-americano como “*prepunishment*”<sup>265</sup>.

---

<sup>262</sup> FLETCHER, *Rethinking Criminal Law*, p. 800.

<sup>263</sup> NINO, *RJUAM*, 1999, p. 66.

<sup>264</sup> Nótese la paradoja, el subjetivismo empezó su argumentación como una forma de eliminación de la suerte por los resultados que hacía que se castigara al “parcialmente inocente”, pero termina castigando al aun completamente inocente.

<sup>265</sup> Esta discusión merece un apartado particular para desarrollar la idea y su influencia en las posturas que pretenden eliminar la suerte del castigo penal. La idea de castigar antes de la conducta se vincula con cierta forma de responsabilidad por el carácter. En el ejemplo de Nagel, habría que castigar al guardia de campo de concentración nazi por sus violaciones a los derechos humanos de la misma forma que al hermano que emigró a Argentina antes de la guerra, porque tienen el mismo carácter, sólo que éste último tuvo suerte en las circunstancias, pero desde esta perspectiva se trata de *pre-punishment* con relación a las conductas disvaliosas, pero de *punishment* con relación al carácter.

Otro aspecto inquietante del mismo problema es que descansa en una concepción de la condición de control que le hace asignar un punto de corte a la regresión. Ello en función de la idea de que la conducta es controlada por el agente, mientras que el resultado está siempre fuera de su control. Si la responsabilidad depende del control del agente, no puede haber responsabilidad por la suerte y la carencia de control es su contracara.

El control que se plantea en el pensamiento moral, por ejemplo de *Kant* o *Nagel*, es un control regresivo, es decir se exige un control de *x* y de las causas de *x*. La carencia de este control es incompatible con la responsabilidad del agente como hemos analizado en el capítulo respectivo. La regresión deja sin defensa al subjetivismo en su estrategia de cortar la cadena en la voluntad del agente. El subjetivismo debe retrotraerse de la intención o la voluntad hacia el carácter y éste igualmente depende de factores no controlados por el agente, incluso por factores que son previos al propio agente<sup>266</sup>, la eliminación de la suerte por los resultados lo enfrenta a la suerte constitutiva. Debería eliminarse toda suerte; pero cuando esto, si fuera posible, está hecho, no queda nada del sujeto (de su identidad) que pueda ser evaluado<sup>267</sup>.

---

<sup>266</sup> En un estudio realizado, vía Internet, sobre 29.584 participantes de 67 países, respecto a los nacidos en Gran Bretaña (75.6 %) se investigó la relación entre la estación del año en que nacieron y la creencia de los participantes en ser personas con suerte y los atributos personales relacionados con esa creencia. En todas las edades y en ambos géneros, los que nacieron en el verano fueron asociados con una creencia significativamente alta en su suerte, comparados con los nacidos durante el invierno, con un máximo en los nacidos en mayo y un mínimo para los nacidos en noviembre. Las respuestas a los indicadores de personalidad de los nacidos en verano indicaron que podrían ser significativamente menos neuróticos, más abiertos y más extrovertidos en sus rasgos de personalidad, comparados con los nacidos en invierno. Este estudio muestra, en línea con anteriores investigaciones, asociaciones entre la estación de nacimiento y la cantidad de ciertos neurotransmisores y características de la personalidad (cf. CHOTAI y WISEMAN, *Pers. Individ. Dif.*, 2005, pp. 1451–1460. En este sentido, recientemente, se ha sostenido que el momento del año del nacimiento, por influencia del sol, puede afectar la personalidad y predisponer para ciertas enfermedades mentales, como depresión, esquizofrenia y anorexia nerviosa (Diario La Nación, Buenos Aires, Argentina, 11 de febrero de 2007. p. 1 y 21).

<sup>267</sup> La identidad personal depende de que permanezca inalterado cierto núcleo que permite identificar a la persona como sí misma a lo largo del tiempo y de cualquier otro medio de transformación (por ejemplo, si pudieran clonar físicamente y transferir la memoria a ese nuevo cuerpo; si se pudiera transferir el cerebro a un frasco con nutrientes y que sus experiencias fueran como si continuara teniendo un cuerpo; cambios de sexo, etc.). Para Parfit, la identidad se mantiene si pueden identificarse dos bases de carácter psicológico, la conectividad y la continuidad. Judith Thomson sugiere que la continuidad psicológica requiere de la persistencia de un cuerpo (cf. MERRICKS, *Phil.*

Otra opción es considerar que el control puede separarse de la regresión haciendo que el concepto de responsabilidad no exija regresión. Así el límite del regreso fija el límite de la admisión de suerte en el interior del concepto de responsabilidad. El subjetivismo o bien regresa al carácter o bien interrumpe el regreso, dejando dentro de su marco teórico cierta “suerte libre”, sin explicación. *Nozick* plantea un corte al regreso, al decir que los fundamentos que delinear el merecimiento no tienen por qué ser en sí mismos merecidos<sup>268</sup>. Pero esto no pasa de ser un límite arbitrario si no se fundamenta. Por ello, *Kant* abandona, en el campo moral, una lucha contra esa regresión utilizando la voluntad en un mundo *noumenal* donde no hay fuerzas exógenas que puedan oponerse a la voluntad<sup>269</sup>. La voluntad es libre completamente y sin obstáculos en un mundo sin objetos, pero el derecho penal es un mundo de

---

*Review*, 1999, pp. 422-425). Creo que Parfit acepta una graduación de conectividad que permite hablar de grados de identidad, siendo el mayor grado el “yo” pasando por la identificación de un yo anterior, hasta la total falta de conectividad (PARFIT, *The Philosophical Review*, 1971, p. 25). Locke sostenía que la identidad consiste en la posibilidad de reconocerse como el mismo ser racional, en tanto esta conciencia llegue a extenderse a una acción o pensamiento del pasado, hasta allí llega la identidad personal (LOCKE, *An Essay concerning Human Understanding*, libro 2, capítulo 27, sección. 9, citado por LOPTSON, *PF*, 2004, p. 53). Pero en el corte temporal en que se evalúa al sujeto por su intención, se quiere quitar la suerte hasta llegar a eliminar la suerte constitutiva, el “homúnculo” resultante pierde conectividad con el que se pretende evaluar, porque no hay identidad entre una reconstrucción extrayendo la suerte y la persona que es, en parte al menos, su suerte (constitutiva).

<sup>268</sup> NOZICK, *Anarquía, Estado y Utopía*, p. 225. Nozick retoma el planteo de Rawls acerca de si deben compensarse las diferencias de los agentes porque sus dotes naturales son distintas o desiguales. Este autor sostiene que si bien la “dotación inicial de activos naturales” es arbitraria, y si nada de significación moral puede resultar de lo que era arbitrario, entonces la existencia de una persona no podría ser de significación moral, puesto que el proceso biológico que da origen a esa persona es intrínsecamente arbitrario (NOZICK, *Anarquía, Estado y Utopía*, pp. 210 y 222). Nuevamente, cuanto más regresivos queramos ser con el concepto de responsabilidad, más oportunidad existe de caer en la imposibilidad de responsabilidad en el mundo real. Esta es la paradoja que rodea al subjetivismo, no puede no ser regresivo porque comienza, debido a la condición de control, regresando del resultado a la voluntad y una vez emprendido este camino, limitarlo en algún punto es arbitrario. El mismo problema señala Nozick cuando habla de que toda pauta de distribución de pertenencias tendrá algunos hechos moralmente arbitrarios como parte de la explicación de cómo surge, lo cual la hará arbitraria y contagiará a todas las demás pautas de arbitrariedad moral (p. 215). Está claro que el subjetivismo penal no es consciente de qué clase de suerte trata de eliminar, es más bien una posición implícitamente derivada de una cierta formulación de la norma penal, pero esta formulación hace que no haya terreno firme libre de suerte o, si se quiere, de arbitrariedad.

<sup>269</sup> En ese mundo noumenal, no hay preguntas acerca de cómo se formó el carácter del agente, pues todo agente tiene acceso –epistémico- al imperativo categórico.

objetos y valoraciones vinculadas a ellos<sup>270</sup>. Es por ello que Kant cuando analiza el derecho penal considera relevantes los resultados, tal como lo observáramos en el capítulo respectivo.

El subjetivismo no ha sido una estrategia exitosa de eliminación de la suerte penal. Su virtud fue reconocer el problema, aunque su solución crea nuevos problemas aun más complejos. Sin perjuicio de ello, ha ejercido una gran influencia en la forma de pensar el problema y es aun hoy la aproximación más clara a la suerte penal para los juristas de formación continental europea, por ello puede servir de referencia a la hora de comparar las posturas que defienden la tesis de la identidad, entre tentativa y consumación, desde perspectivas diferentes.

En el ámbito de los países con tradición en el *common law* hay una variedad de posturas acerca de la exclusión de la suerte por los resultados que no pueden calificarse, estrictamente, como subjetivistas. Se trata de posturas que coinciden en la imposibilidad de imputar resultados pero sus fundamentos, en la mayoría de los casos, no residen en argumentos subjetivistas al estilo alemán. En los apartados siguientes veremos algunas posturas en esta línea.

#### b) Subjetivismo anglo-americano

*Stephen Morse* puede ser clasificado como subjetivista o hiper-subjetivista. En un trabajo sobre la metafísica de la moral, parte de la siguiente afirmación:

“Los resultados y la causación no son una cuestión de merecimiento”<sup>271</sup>

*Morse* es un defensor de la condición de control<sup>272</sup> y considera que el énfasis de la ley penal en los resultados no es defendible racionalmente, en el marco de una teoría preventiva del delito, ni en una fundada en el merecimiento moral<sup>273</sup>.

---

<sup>270</sup> Un mundo de objetos o de percepciones y representaciones que llamamos objetos (sobre este tema ver mi artículo inédito: Los objetos de la verdad, en academia.edu, [http://uba.academia.edu/MarioVillar/Papers/910482/Los\\_objetos\\_de\\_la\\_verdad](http://uba.academia.edu/MarioVillar/Papers/910482/Los_objetos_de_la_verdad))

<sup>271</sup> MORSE, *Cal. L. Rev.*, 2000, p. 881.



La postura de *Morse* puede resumirse en esta cita:

“Nuestra razón no juega ningún rol ante aquellas fuerzas. En la completa cadena causal que lleva al cumplimiento o al quebrantamiento de las obligaciones morales o legales, la capacidad para razonar explica completamente sólo las razones para la acción que causan que el agente actúe intencionalmente.”<sup>274</sup>

Conforme a esta descripción, las acciones humanas son diferentes del resto del universo causal no porque sean incausadas, sino porque son el producto de una razón práctica potencialmente racional. Sólo las personas actúan por razones; las reglas morales y legales son, predominantemente, guías para la acción porque ellas proveen al agente de buenas razones para omitir o actuar<sup>275</sup>.

Aun cuando la evitación del resultado sea una buena finalidad o un estado de cosas preferible, no hay posibilidad de construir razones que directamente lleven a esa finalidad, sólo es posible acceder a razones para la acción u omisión. Este razonamiento nos lleva al conocido argumento formal, del subjetivismo alemán, acerca de que el derecho no puede prohibir resultados, porque las normas sólo pueden tener como referencia conductas humanas. Sin embargo, en *Morse* el fundamento es sustantivo, los resultados no cuentan porque nuestras razones no tienen ninguna capacidad de determinación ante las fuerzas de la naturaleza o las acciones de otros que intervienen para prevenir o para desatar las consecuencias de nuestras acciones<sup>276</sup>.

---

<sup>272</sup> “La ley penal prohíbe acciones peligrosas realizadas en forma culpable, no resultados dañosos. A diferencia de las acciones, que se encuentran bajo el control de su autor, los resultados, al no encontrarse bajo este control, son justamente una cuestión de la llamada suerte moral.” (MORSE, *Cal. L. Rev.*, 2000, p. 881).

<sup>273</sup> MORSE, *Cal. L. Rev.*, 2000, p. 881.

<sup>274</sup> MORSE, *Cal. L. Rev.*, 2000, p. 887.

<sup>275</sup> MORSE, *Cal. L. Rev.*, 2000, p. 886.

<sup>276</sup> MORSE, *Cal. L. Rev.*, 2000, p. 887. Este autor recuerda aquí que aun las mayores precauciones y prevenciones no pueden evitar una cita en Samarcanda. Hay muchas versiones de esta historia, pero básicamente trata de una persona, a veces el sirviente de un mercader y otras un visir, que se encuentra en el mercado de Bagdag con la muerte y ésta le hace un gesto amenazador. La persona escapa de allí, le pide un caballo veloz a su amo para huir de la ciudad y se dirige a Samarcanda para despistar a la muerte. Cuando el comerciante va al mercado se encuentra con la muerte y le pregunta por qué le hizo ese gesto amenazador a su sirviente. La muerte le contesta que se trató de un gesto de sorpresa, pues tenía una cita con él en Samarcanda esta noche.

Por ello, la culpabilidad depende, en última instancia, de la acción y no del carácter, deseos, oportunidades o resultados. *Las personas son culpables sólo por la acción, porque sólo la acción es guiada por la razón, no porque sólo la acción es libre de los procesos causales del universo*<sup>277</sup>. La suerte en este contexto no sería más que una forma alternativa de presentar la discusión acerca del determinismo o el mecanicismo, que surgen dentro del ámbito de la responsabilidad en general<sup>278</sup>. Esta afirmación quiere expresar que en un mundo causal no hay suerte por la producción de resultados, todo ya estaba condicionado por causas antecedentes, los resultados de las acciones son el producto de las leyes causales del universo actuando sobre eventos previos.

Las leyes causales producen o no producen el daño intentado por el actor. *Morse*, lo dice gráficamente:

“la responsabilidad moral y penal no dependen de la suerte, porque no hay tal cosa como la suerte, o si la hay, ella se aplica a todo, incluyendo carácter, oportunidad, acciones y resultados”<sup>279</sup>.

La postura de este autor lo lleva a una toma de posición compatibilista entre responsabilidad individual y determinismo absoluto. La suerte no existe debido a que pertenece al mundo de la determinación y la responsabilidad sólo puede abarcar aquello que las personas pueden configurar al guiarse por razones.

*Morse* critica la postura de *Michael Moore* que sostiene que la culpabilidad depende enteramente de la acción, pero que, también, considera que la maldad contribuye, independientemente, al merecimiento<sup>280</sup>. *Morse* sostiene que la igualdad entre la maldad y el daño actual es poco persuasiva, no existe una teoría moral o política que sostenga que existe un derecho absoluto a un ambiente libre de riesgos. Los “accidentes” ocurren inevitablemente, y la gente puede resultar afectada, incluso si todos fueran razonablemente cuidadosos.

Un postulado realista nos enseña qué resultados pueden ser, razonablemente, esperados como consecuencia de ciertas acciones; pero es claro que nunca se podrá

---

<sup>277</sup> MORSE, *Cal. L. Rev.*, 2000, p. 887.

<sup>278</sup> MORSE, *Cal. L. Rev.*, 2000, p. 881.

<sup>279</sup> MORSE, *Cal. L. Rev.*, 2000, p. 881.

<sup>280</sup> MOORE, *Placing Blame: A Theory of The Criminal Law*, 1997, pp. 191-193.

estar seguro de ese resultado, porque nunca será posible tener el control total sobre el mundo exterior. *Morse* concluye que lo máximo que es posible proponer es que ninguna persona debe poner a otra, intencionalmente, en un irrazonable riesgo de daño<sup>281</sup>. En este sentido expresa:

“Ninguna víctima es necesariamente lesionada por un quebrantamiento (de la norma), pero el potencial para el daño que el quebrantamiento amenaza se encuentra completo al momento en que el autor, para crear el potencial de daño, actúa.”<sup>282</sup>

La víctima potencial es completamente “lesionada” al momento del quebrantamiento, porque es cuando los derechos de la víctima son violados en su total extensión. Las reglas morales y legales, por supuesto, pretenden prevenir daños. El peligro de daño constituye el quebrantamiento de un deber precisamente porque el daño es derivado de él. Pero no hay disvalor posterior, no hay violación posterior una vez que el autor actuó incorrectamente al poner en peligro a la víctima. La posibilidad de daño es constitutiva, pero el monto del daño causado, en definitiva, no adiciona nada al total disvalor (*wrongfulness*) de la conducta. El daño causado tiene un valor epistemológico como guía de la intención del agente. Las víctimas potenciales y la sociedad son lesionadas por la acción prohibida, incluso si el daño no se consuma. En contraste, incluso los más grandes daños no son prohibidos sin que el agente quebrante un deber por crear un riesgo irrazonable. Las muertes accidentales son claros ejemplos. En definitiva *Morse* sostiene que:

“Los resultados son, adecuadamente, objeto de celebración o de arrepentimiento, pero sólo las acciones deben ser objeto de elogio o repudio moral.”<sup>283</sup>

Es posible que la moralidad no sea simétrica en este punto. La magnitud del daño podría contribuir al merecimiento cuando el autor haya quebrantado un deber, pero no cuando el autor actúa enteramente en forma inocente<sup>284</sup>.

---

<sup>281</sup> MORSE, *Cal. L. Rev.*, 2000, p. 887.

<sup>282</sup> MORSE, *Cal. L. Rev.*, 2000, p. 888.

<sup>283</sup> MORSE, *Cal. L. Rev.*, 2000, p. 888.

<sup>284</sup> MORSE, *Cal. L. Rev.*, 2000, p. 888. La pregunta sería, entonces ¿en qué quedamos? Podría interpretarse que apunta a la determinación de la pena y que queda vedado un incremento por la sola

En un trabajo posterior<sup>285</sup> mantiene la idea de que las normas funcionan como guías para la acción u omisión de conductas y que se dirigen a las personas como agentes racionales que pueden identificar las razones morales que les subyacen y pueden ser determinadas a actuar por ellas. *Morse* aclara que el máximo de disvalor se presenta con la tentativa acabada y que el argumento que sostiene que las tentativas menos idóneas deben ser castigadas en menor grado que las más idóneas es parcialmente atendible, debido a que si el autor es consciente de su escasa habilidad para obtener el resultado no actuaría con dolo<sup>286</sup>. Sin embargo, los casos de delito imposible o tentativa absolutamente inidónea, en los que se ejecutó hasta el último acto, no se diferencian en merecimiento de los de tentativa acabada idónea<sup>287</sup>. Salvo los casos en que el error del agente evidencia que su comportamiento no es racional.

*Morse* es un subjetivista, pues sostiene que la volición es lo que el agente “hace”, el movimiento corporal es sólo una consecuencia biofísica<sup>288</sup>. Las voliciones serían las que son guiadas por la razón y no las acciones en sí, pero el principio de derecho penal de acto restringe el alcance de la intervención penal a las conductas externas que manifiestan esas voliciones.

Para *Morse* el fundamento del merecimiento no reside en el resultado, ni en las propias conductas, sino en *la capacidad del agente normal de ser guiado por razones*, para que no forme la intención de ejecutar un acto contrario a las razones legales o morales. La voluntad de ejecutar es la referencia única, lo demás, tal como la necesidad de alguna forma de ejecución (tentativa sea idónea o no) para respetar el principio de acto, y su ejecución completa para manifestar el perfeccionamiento de esa intención, son anexos epistemológicos del derecho penal. Es decir, pertenecen a la fundamentación del derecho penal, pero no a la del merecimiento.

---

circunstancia del resultado en sentido fáctico, sería una forma de compatibilizar esta última observación del autor. Pues luego de esta proposición agrega que, desde el plano de la sociología, cuando las personas ven que el autor fue inocente, tienden a dejar de lado sus actitudes de disgusto o resentimiento.

<sup>285</sup> MORSE, *University of Illinois Law Review*, 2004, p. 363-444.

<sup>286</sup> Esta reflexión recuerda el problema del caso de Thyén. Estos casos, más que de tentativa inidónea, serían de puesta en peligro negligente. El autor no confía en su suerte, sino en su falta de habilidad, esto le quita bases racionales al dolo. El mero dolo-intención no es válido para fundar responsabilidad dolosa.

<sup>287</sup> MORSE, *University of Illinois Law Review*, 2004, p. 392.

<sup>288</sup> MORSE, *University of Illinois Law Review*, 2004, p. 373.

Existe una fuerte analogía entre la postura de *Morse* y la del subjetivismo alemán. Las razones que guiaron la ejecución de la conducta fueron erróneas y deben ser reprobadas mediante el castigo. Pero sólo se castiga el recurso a esas razones contrarias a las que expresaba la ley penal. Sólo que a diferencia del subjetivismo no se castiga la intención sino el *código de fundamentación* de esa intención. Es decir, las razones que lo llevaron a formar la intención y a actuar conforme a ella<sup>289</sup>.

La idea de *Morse* implica que las personas deberían formarse razones para la acción similares o, cuanto menos, coincidentes con las que sustentan la norma penal. Si las razones que crea o reconoce el autor son contradictorias con las de la norma, ya estaría dado el sustrato necesario para la responsabilidad penal. Sólo restará una ejecución reconocible como exigencia epistemológica. La intención es relevante si, por sí misma, implica un riesgo irrazonable sobre aquello que la norma pretende proteger, sólo deja de ser relevante si no es racional. Incluso una racionalidad débil puede ser castigada aunque en forma atenuada. Este sería el caso de razones que forman una intención con escasa creación de riesgo.

El riesgo se vincula con las razones que forman una intención o un plan de acción, pero no con la ejecución real del mismo, pues aquí ya opera el mundo que puede frustrar ese plan de acción. El mundo no carga ni descarga de responsabilidad a la intención del autor. Sin embargo, podría pensarse que el peligro o riesgo es siempre una comparación del observador entre el plan y un mundo hipotético coincidente con el tiempo en que el autor forma su plan o intención. No se lo juzga por su acción real, sino por su acción planeada ante un mundo como habitualmente es en un tiempo que aún no es.

El reproche es por la intención, constituida por razones para la acción contradictorias con la norma, la lesión de la misma se perfecciona en ese momento, la necesidad de esperar la acción es una “molestia” provocada por nuestro velo de percepción frente al pensamiento. Pero entonces el dolo del autor es precedente a la acción, el *dolo*

---

<sup>289</sup> Esto significa que las malas intenciones no necesitan buenas intenciones de mayor alcance para ser justificadas. En la justificación penal, por ejemplo, en la legítima defensa, hay dolo de matar, pero hay una intención de defenderse que es valorativamente superior al dolo, por lo menos entre quienes mantienen la separación entre tipicidad y antijuridicidad. La idea de *Morse* llevaría a sostener que esta oposición es ficticia, que las razones para actuar fueron las correctas porque coinciden con las de la norma de justificación. Sería un defensor de la unidad o del tipo total. Cualquiera de las dos posibilidades es compatible con la prevención general positiva.

*antecedens* es el dolo penal, el dolo mostrado en la ejecución es a lo sumo una actualización también epistémicamente requerida desde fuera de la teoría de la responsabilidad penal.

c) Anti resultatismo procedimental (la lotería penal)

*David Lewis* presenta una forma de subjetivismo proponiendo una comparación del sistema actual que distingue entre tentativa y consumación con un sistema de loterías para decidir el castigo:

“Nuestra prevaleciente práctica de castigar por los resultados no es diferente a una lotería penal en la cual el monto de la pena depende de algún evento azaroso como el echar suertes en la elección de palillos cortos o largos.”<sup>290</sup>

En este sentido, lo que separa la tentativa acabada de la consumación es la suerte; por lo cual, la distribución de castigo penal se basa en esa diferencia. *El fundamento del castigo es, para este autor, la peligrosidad de la conducta que se refleja en el merecimiento de pena.* *Lewis* llega a admitir que quizás el acto de quien acierta o logra el resultado sea peor, porque acierta, que el del que falla. Pero sostiene que no son los actos o conductas los que sufren el castigo, sino los agentes.

Esta admisión significaría que las conductas podrían ser evaluadas separadamente de sus autores y que los desvalores resultantes de esos juicios no pueden extrapolarse de unos a otros. Consecuentemente, la muerte no es un disvalor atribuible al individuo bajo la forma de reproche penal o moral.

Es notorio cómo se separa de una concepción subjetivista clásica, la conducta puede ser considerada diferente, en sentido valorativo, cuando se logra el resultado. Aunque ese resultado es debido a la suerte, desde la perspectiva del castigo al autor de la conducta. Las normas no sólo prohíben conductas en sí, pueden abarcar resultados como modificadores de la valoración de la conducta. Lo que no pueden hacer es castigar, a las personas, más allá de sus conductas.

A su vez, *Lewis* sostiene que las conductas en ambos casos son idénticas a los fines de la prevención general, no se puede disuadir del éxito independientemente de la disuasión de la tentativa<sup>291</sup>.

---

<sup>290</sup> LEWIS, *Philos. Public Aff.*, 1989, p. 58.

Cuando explica su comparación con una lotería, indica que se trata de una lotería impura, pues no todo depende de la suerte. En una lotería pura los que ganan no reciben castigo alguno a diferencia de los que pierden. En la impura, los que ganan reciben menos castigo que los que pierden, ese castigo menor se basa en la ausencia de lesión o resultado. A su vez, la lotería del castigo es encubierta, no se informa a los participantes de que asumen un riesgo de recibir un castigo mayor al merecido<sup>292</sup>.

*Lewis* plantea la analogía de la lotería según distintos modelos de la misma. El más sencillo está pensado a partir del riesgo introducido por el autor sobre la víctima y la lotería a través de la elección de palillos largos y cortos. Los cortos representan la medida del riesgo, tal que si el riesgo era del ochenta por ciento de resultado, los palillos cortos serán ocho sobre diez.

El reemplazo del derecho penal de resultados por la lotería dará, a largo plazo, el mismo resultado que el derecho penal. Pues la proporción de condenados a una pena más alta, derivada de la mala suerte en la lotería, será igual a la de los que hubieran sido condenados como homicidas en el sistema penal, salvo que algunos de los que lograron el resultado recibirán la pena menor de la tentativa y algunos que no obtuvieron el resultado serán condenados a la pena mayor. La justicia o injusticia final en el reparto de penas será similar a la del sistema penal. Consecuentemente, la

---

<sup>291</sup> También responde al argumento de que no castigar más severamente la consumación incentivaría al autor a intentar nuevamente, pues no tiene nada que perder. Sin embargo, sostiene *Lewis*, este sería un argumento a favor de castigar más severamente las segundas tentativas, si es que hay más motivos de disuasión que en las primeras. Este argumento habría que estudiarlo en el tema del concurso de delitos y cómo este instituto influye en la disuasión del autor. Aun cuando pueda existir una diferencia, en el marco de la justificación del castigo, entre las normas con sanción y las que disponen como determinar esa sanción bajo ciertas circunstancias, ambas tiene efectos disuasivos que pueden complementarse. Se podría decir que las normas referidas al concurso de delitos son normas secundarias dirigidas al juez y no al autor, pero nada impide considerarlas como parte de un sistema de fijación del castigo justificado (según la teoría de justificación del castigo que se adopte). Sin embargo, retomando la proposición de *Lewis* de que no se puede disuadir de la consumación, considero que podría haber una diferencia en cuanto a las tentativas que exigen un cierto desarrollo en el tiempo, pues ese tiempo puede ser una oportunidad de disuasión del autor para que evite el resultado. El pasaje de tentativa inacabada a acabada o a la frustración material del hecho podría dar lugar a una reflexión del autor y a la evitación del resultado. Esta lógica está detrás de la norma acerca del desistimiento, pues le ofrece al autor el premio de impunidad por el quebrantamiento parcial o total de la norma, esto indica también que el legislador está dispuesto a sacrificar la norma (ya quebrantada total o parcialmente) por la tutela del bien que ella protege.

<sup>292</sup> Interpreto que lo que quiere expresar *Lewis* es que no se le pueden dar razones valederas para ese castigo mayor por el resultado, esto hace a la lotería penal encubierta, aunque los participantes conozcan que hay previsto un mayor castigo por el resultado.

lotería no es menos efectiva que el derecho penal y en términos de disuasión lo es más, pues el autor de tentativa podrá recibir un castigo más elevado que repercutirá en una mayor disuasión<sup>293</sup>.

El modelo más complejo se basa en la reescenificación del hecho con el fin de identificar los factores relevantes para la determinación de merecimiento a los fines de adecuar el riesgo propio de la lotería a esos aspectos<sup>294</sup>. En este último método la

---

<sup>293</sup> La lotería lograría, a largo plazo, una distribución final de castigos similar a la que produce un derecho penal resultatista, aunque las personas concretas castigadas por el resultado o por tentativa serán distintas en uno y otro sistema. El problema es la percepción de las personas acerca de cómo se distribuyen los castigos. Las personas tienden a creer (falsamente para Lewis) que la atribución de resultados no es derivada del azar, sino que reconoce un disvalor superior y, por ello, consideran que el derecho penal les da razones para su proceder. Por otro lado, la lotería es vista como puro azar, desde el punto de vista de la obediencia a la norma (tesis sociológica). Ambas formas de distribución no tienen el mismo valor. Sin embargo, el carácter encubierto lleva al mismo problema que tiene el utilitarismo cuando el mayor beneficio para el mayor número se puede lograr mediante una conducta que es la mejor posible sólo cuando la generalidad de las personas no conoce las razones de la conducta en cuestión (por ej., castigar al inocente). Esta cuestión aparece en el caso clásico de la isla desierta, como lo plantea Smart: “he prometido a un amigo moribundo en una isla desierta, de la que soy rescatado luego, que miraré porque su fortuna (sobre la que tengo control) se entregue a un jockey club” (Smart piensa que, luego de rescatado, sería mejor dar ese dinero a un hospital. Este autor se pregunta ¿por qué hago mal en entregar la fortuna al hospital? La principal preocupación de un utilitarista de reglas se encuentra salvada pues, el quebrantamiento de la promesa no debilitaría la práctica social de prometer, pero si se conociera el incumplimiento la práctica, sufriría un menoscabo muy profundo. Para este problema es que Rawls sostiene que hay dos clases de reglas, las sumarias que resultan de decisiones tomadas en el pasado en las que se aplicó el principio de utilidad directamente y las que forman parte de la institución o práctica social, éstas últimas no pueden someterse a la utilidad del caso particular. Esto llevaría a que la regla de no castigar al inocente (sabiendo que lo es) sea parte de la práctica del castigo o del derecho penal y por ello un derecho penal que fuera una lotería encubierta (sabiendo que lo es) genera una institución diferente a la que pensamos cuando nos referimos al derecho penal, igual que romper las promesas cuando se sabe que no se descubrirá lleva a una práctica de prometer diferente a como la solemos entender. Esto es que la regla de no castigar al inocente la deben respetar todas las teorías que pretendan derivar algún significado del castigo penal. La cuestión a debatir es si el castigo al parcialmente inocente está vedado en la misma forma, pues sólo un derecho que valore la proporcionalidad, como una cuestión de intensidad de desvalor de acción, llevaría a una consecuencia idéntica, es decir si la institución “derecho penal” tiene una regla definitoria que cubra esa exigencia de proporcionalidad. Este camino parece ser el que emprende Feinberg.

A su vez, la idea de no castigar al inocente, sabiendo que lo es, no guarda relación directa con la discusión acerca de si el castigo al inocente, en cualquier caso, sabiendo o no sabiendo que lo es, produce un daño moral como sostiene Dworkin. Esta última cuestión se vincula con la idea de error judicial y con la discusión que plantea en sus últimos trabajos Larry Laudan (LAUDAN, Larry, *Truth, Error, and Criminal Law*, p. 10 y ss.)

<sup>294</sup> Aspectos que permiten determinar con mayor precisión qué se entiende por “cantidad de riesgo”, si se trata de una probabilidad objetiva, o el juicio de un observador objetivo con determinados conocimientos *ex post*, o un observador con conocimientos iguales a los del autor o los del autor



reconstrucción puede dar como resultado hipotético que la víctima muera a diferencia del caso real<sup>295</sup>.

Estos modelos permiten hacer una comparación con un sistema de escenificación que recurre al delito real y que adecua el castigo a la producción del resultado real. El sistema real genera una confusión, que no generan los de lotería no encubierta, consistente en que parece que el merecimiento es decisivo en la atribución de castigo.

Se podría objetar que en los casos de lotería por elección de palillos, el sistema es menos injusto que en la atribución por el resultado, pues el autor, aunque haya muerto la víctima en el delito real, tiene una cierta probabilidad de resultar favorecido por la suerte y no ser castigado más severamente por la muerte (si el riesgo fue del ochenta por ciento, tiene un veinte por ciento de probabilidades de ser castigado sólo por tentativa). La idea del sistema de palillos es que el autor sea sometido al mismo riesgo que la víctima, mientras que en el de resultados no importa el riesgo sino el propio resultado acaecido.

En los modelos de lotería no encubierta nadie cree que el autor es más culpable o malo porque le toque un palillo más largo o más corto, ni cuando resulta penalizado en la lotería por reescenificación en que la víctima muere.

El sistema penal por el resultado oculta que la agravación depende de su componente de azar, haciéndolo aparecer como derivado del merecimiento o, incluso, de la función disuasoria del castigo. Incluso podría decirse que al someter al autor al mismo riesgo a que éste sometió a la víctima, la lotería adecua correctamente el castigo al delito, puesto que la esencia del delito es el sometimiento a riesgo de la víctima. El argumento de Lewis no determina que exista una identidad estructural entre los modelos de lotería y el sistema penal, sólo indica que la práctica actual de

---

propiamente dicho, sin importar cuan poco razonables ellos sean, etc. (LEWIS, *Philos. Public Aff.*, 1989, pp. 65-66)

<sup>295</sup> En este caso no está claro que se trate de una lotería en el sentido en que se viene discutiendo en el texto. Es lotería en la medida en que la reescenificación comprende variables que no pertenecen al caso como se dio, pero sí al caso como podría haberse dado. Si la reconstrucción tiende a eliminar la suerte, pareciera que pretende eliminar lo que de lotería hay en el caso real. En este caso la lotería sería de extrema impureza.

castigar diferenciadamente no guarda relación con criterios válidos de merecimiento<sup>296</sup>, ni de disuasión<sup>297</sup>.

La crítica al derecho penal de resultados es contundente, el aspecto azaroso de su funcionamiento queda evidenciado con la comparación con una lotería, puesto que la misma es más racional que el propio sistema penal de castigo por los resultados. La lotería es menos efectiva a la vista, pues la suerte hace que el que no obtuvo el resultado pueda recibir la pena mayor de la consumación, pero la consideración del riesgo que impuso a la víctima es un criterio más racional que el azar del resultado. *Lewis* no afirma que la comparación con la lotería fundamenta que el castigo de la tentativa debe ser igual al de la consumación, su método lo único que prueba es que tanto el sistema penal como la lotería penal por la suerte en los resultados, del proceso de selección de palillos largos o cortos, ambos castigan por la suerte; esta es la única conclusión fundada.

*Lewis* es menos radical que *Morse*, éste tiende a buscar la responsabilidad en el momento de la intención racional, mientras que *Lewis* no es necesariamente subjetivista, sólo considera que castigar por resultados, como ocurre en la práctica penal actual, no es racional. Sin embargo, no sostiene que ello derive de que lo único relevante para la responsabilidad sea lo interno, la intención o las razones contrarias a la norma.

A este autor no le interesa demostrar su postura mediante una razón sustantiva, sino que intenta una presentación procedimental del azar del sistema penal resultatista.

---

<sup>296</sup> En cuanto al merecimiento, sostiene que no se exige igualar el sufrimiento de quienes hicieron lo mismo, sino que exige que igualemos nuestra contribución al sufrimiento esperado (*LEWIS, Philos. Public Aff.*, 1989, p. 61). Es decir, que la lotería asegura el merecimiento así entendido, si les toca una diferencia “injusta” se debe a su propia suerte y no a nuestra decisión de incrementar el castigo. Por lo tanto, incluso es más acorde al merecimiento que la distinción realizada por el legislador basada en el resultado.

<sup>297</sup> La lotería podría ser más disuasiva debido a que el riesgo que corre el autor es elevado y no depende de otra cosa que una elección *ex-post facto* (ver *LEWIS, Philos. Public Aff.*, 1989 p. 60). *Lewis* menciona el castigo por amotinamiento consistente en la pena de muerte a uno de cada diez amotinados, los cuales eran elegidos al azar. *Polibio* menciona un castigo que aplicaban los romanos en sus ejércitos quienes, ante actos de cobardía en batalla, de entre todos los imputados, por medio de una elección al azar, se elegía, aproximadamente, a la décima parte de ellos para ser castigados con la muerte (Decimación); el resto recibía una ración de menor calidad y debía acampar en un punto desprotegido (*POLYBIUS, Histories, Book VI*). Así, todos eran castigados con el miedo a resultar elegidos para morir y con la deshonra pública.

Incluso, cuando hace una afirmación sustantiva, llega a sostener que el resultado puede ser considerado parte de la conducta e integrar alguna forma de disvalor, aunque ese disvalor no es susceptible de aplicarse a la responsabilidad del agente<sup>298</sup>.

d) Subjetivismo a-causal

Esta propuesta pretende eliminar la suerte por los resultados eliminando la causalidad. El autor de ella es *Joel Feinberg*<sup>299</sup> quien propone como punto de partida el clásico ejemplo del autor que da en el blanco matando a su víctima y de aquél que falla, para sostener que ambos tienen el mismo grado de reprochabilidad moral. La diferencia en el castigo a uno y otro autor viola el principio de proporcionalidad, pues éste requeriría que el castigo sea proporcional a la reprochabilidad moral del autor. La única diferencia es la intervención de la suerte pura y simple.

La decisión de cómo castigar debe liberarse todo lo posible de la arbitrariedad, el autor citado indica que “Confiar en la buena o mala suerte, para asignar peso a factores que se encuentran más allá de la *previsión o control* de los actores centrales, introduce un elemento de arbitrariedad en los procedimientos judiciales.”<sup>300</sup> Y, añade, que “La arbitrariedad es a un sistema legal como el óxido es a una maquinaria.”<sup>301 302</sup>

---

<sup>298</sup> Cabe preguntarse dónde va a parar ese disvalor, es la misma pregunta que puede hacerse un finalista cuando se pregunta dónde va el disvalor que subsiste cuando alguien actúa bajo una causal de inexigibilidad de otra conducta conforme a derecho. La respuesta a esta pregunta podría ser que el disvalor que subsiste es tan bajo que no tiene reflejo en la responsabilidad penal, quizás sea adecuada la misma respuesta a la segunda pregunta, el disvalor que podría significar el resultado es insustancial para el derecho penal. Sin embargo, creo que Lewis tendería a considerar que el disvalor de resultado corresponde a otro orden, a uno en que la acción es el objeto de valuación y no el autor de ella. Este último sólo tiene *el deber de responder frente a otros* por una parte de la conducta, por la que respecta al resultado. Puede ser que *se haga responsable a sí mismo*, quizás pertenezca a alguna forma de relación entre ese *mea culpa* del autor y las actitudes reactivas de la sociedad.

Pero Lewis da a entender que hay una diferencia “moral” entre reproche moral y penal sobre la conducta. Esto podría llevar a sostener que el derecho penal, por razones prácticas (no morales, pero sí valorativas), puede incluir los resultados o algunos resultados derivados de una peligrosidad *ex-ante*. La lotería sería la base de una mano invisible al estilo de Adam Smith. En resumen, Smith sostendría que no es correcto moralmente, pero da resultado positivo sobre la moral social adecuada, para prevenir conductas “percibidas” como peligrosas.

<sup>299</sup> FEINBERG, *Ariz. L. Rev.*, 1995, p. 118.

<sup>300</sup> FEINBERG, *Ariz. L. Rev.*, 1995, p. 119.

<sup>301</sup> FEINBERG, *Ariz. L. Rev.*, 1995, p. 119.

Por esta razón, *Feinberg*, se alinea con los autores que consideran que deben tratarse igual, *esencialmente*, los delitos consumados y los intentados, llamando a esta *postura reformista*. Este autor propone eliminar las condiciones causales del concepto de los llamados delitos consumados o completos, lo cual lleva a un cambio terminológico, lo que ahora se llama homicidio (consumado) sería un “comportamiento homicida ilícito” (*Wrongful Homicidal Behavior -WHB-*). A partir de la igualdad entre tentativa y consumación, se podría decir que “J ejecutó un comportamiento homicida respecto a S, pero no tuvo éxito en matarlo”.

*La condición causal de la conducta debe ser eliminada porque no es un aporte relevante para la reprochabilidad del agente, pues la mayoría de las conductas criminales reprochables pueden o no satisfacer ese requisito.*

No sería un problema distinguir distintas clases de comportamiento homicida ilícito, así *Feinberg* lo define como: “*todo acto de matar o intentar matar o la indebida o reprochable creación de aquel riesgo, es un acto de WHB.*” Luego pasa a tratar los argumentos de la postura contraria llamada “*retencionista*”. En la argumentación de *Feinberg*, el primero de los malos argumentos retencionistas (resultatistas) es expresado por los Profesores *W.R. La Fave* y *A. W. Scott* quienes sostienen que el autor de tentativa *no sólo debe ser castigado en menor medida que el autor de homicidio sino que no debe ser castigado en absoluto.*

Argumentan que si la ley penal se dirige a prevenir el daño al público, no puede haber delito sin daño, esta es una premisa básica de un derecho penal liberal que la punición de la tentativa no cumple. Esta postura intenta unir la idea de la teoría liberal acerca de los límites apropiados de la ley penal y el principio del daño o lesividad. Todo aquel que aprueba el principio del daño, desaprueba los delitos

---

<sup>302</sup> *Feinberg* apunta que los procedimientos al azar, como una lotería, son preferibles cuando hay una razón contra reinstaurar las razones, así para recaudar fondos o para reclutar tropas para una guerra, pues aseguran la imparcialidad contra el prejuicio o el favoritismo. Considera que se pueden defender estas técnicas en algunos contextos, diciendo que tales procedimientos no son realmente arbitrarios, dado que tienen una razón, o afirmando que son instancias de arbitrariedad justificada. Estos términos son preferibles porque dejan en claro que se trata de una cuestión arbitraria sin respuesta clara y no sin importancia.

llamados sin víctima<sup>303</sup>. El liberalismo recomienda al legislador que si la acción es de una clase que generalmente no conlleva daño, entonces no importa cuánto desaprobe los actos de esta clase, no puede prohibirlos. No es su ocupación intervenir en la libertad de aquellos ciudadanos que no comparten su juicio de desaprobación.

*Feinberg* sostiene que de este argumento no se sigue que el autor de tentativa no realice un acto de un tipo tal pueda resultar muy dañoso (como el homicidio, por ejemplo) y que no deba ser criminalizado porque no logró esa meta. Aunque la intención de los autores criticados es buena, el principio de lesividad no puede tener el efecto que le atribuyen. El argumento de *La Fave* y *Scott* se parece al planteado por *Finkelstein* citado al principio de este capítulo. No se trata de que la tentativa no deba ser castigada, sino que su castigo implica un planteo de cierta opacidad: se castiga por la conducta ejecutada en el pasado y por lo que pudo significar si las cosas hubieran sido diferentes. Todos los argumentos penales que recurren al futuro previsible en el momento pasado en que el autor actuó tienen este problema, no son susceptibles de verdad por correspondencia, pero sí de verdad por coherencia. La idea de un principio de daño por correspondencia que sería la forma en que se supone que los principios penales actúan, es demasiado simplista para explicar o justificar al derecho penal real<sup>304</sup>.

El segundo mal argumento, se refiere al principio de proporcionalidad. Intenta demostrar que el homicida exitoso es más reprochable que el que intentó matar y falló, pues si alguien produce más efectos o estados disvaliosos es más reprochable. *El punto central del argumento es que si el agente es responsable por más daño,*

---

<sup>303</sup> Los autores citados parecen afirmar que delito sin víctima quiere decir “criminalización de actividades que no tienden a dañar”. Este concepto estipulativo puede ser discutido, pues la mayoría de la doctrina interpreta que estos delitos se caracterizan porque no hay una víctima física identificable, pero no que no tienden a dañar, por el contrario, tienden a dañar bienes sociales o colectivos donde la victimización recae sobre todos o gran parte de los miembros de un grupo de personas y que la lesión tiende a percibirse recién cuando esas víctimas actúan o pretenden actuar en el ejercicio de algún derecho o facultad legal. Así, por ejemplo, la evasión tributaria puede manifestar su lesividad al impedir una mejora en el servicio de educación pública. Diferente es el caso de conductas que se refieren a la criminalización de conductas que menoscaban ciertos estándares morales cuando esas normas pueden ser calificadas de perfeccionistas.

<sup>304</sup> La idea de un derecho penal cuyas proposiciones se analizan por correspondencia, es parte de un cierto mito, tal como el de la averiguación de la verdad real en el proceso penal o del dolo como psicológico.

*entonces tiene que pagar más.* Pero esta postura es auto-evidente solo en el derecho civil, donde se adiciona el monto del perjuicio de tal forma que se puede presentar una cuenta al causante de daños. En el ámbito del derecho penal, “no se trata de asignar el carácter exacto a su merecimiento moral.”<sup>305</sup> Esto ocurre, sostiene *Feinberg*, porque suele confundirse, incluso en el contexto de la ley penal, entre “más culpable” y “culpable por más”. El error se evidencia si se remueve la causalidad del juicio: se es culpable en el sentido de “responsable *por* la conducta homicida”.

*Feinberg*, indica que, quizás, parte de la explicación de la persistencia del requisito de la causalidad en la ley penal es que subsiste la confusión entre los fines del derecho penal y los del derecho civil, y la variedad de preposiciones en inglés, tales como “*for*”, “*in*” y “*of*”, tienen diferentes efectos sobre el sentido de las proposiciones de que se trate<sup>306</sup>. Se podría interpretar que el principio de proporcionalidad no puede incluir toda causalidad que haga corresponder la conducta con uno o más resultados, sino que debe evaluar sólo aquellos resultados que puedan vincularse moralmente con la conducta.

Otra razón que considera es la inclinación de los americanos por las metáforas comerciales, tales como “alguien debe pagar por esto”. Por lo cual, se inicia una búsqueda para localizar al agente cuyo acto criminal fue la “causa” del daño, y quien debe “pagar” por ello. En el derecho civil, sin daño no hay nada que compensar y de allí que *La Fave* y *Scott* digan que no hay responsabilidad sin daño. Cuando no queda nada para el derecho civil, todavía queda algo que el derecho penal tiene que hacer, pues su función es castigar a quienes realizan actos criminales, aun cuando no existan consecuencias dañosas en el caso individual. El legislador debe dictar leyes para prevenir tipos de conductas que tiendan a causar daño a otros. Pero de ello no se sigue que tales leyes se deberían hacer cumplir sólo cuando su violación produce realmente ese efecto.

Otro argumento, que reseña el autor y que considera más serio es el del consenso democrático. Este argumento fue sostenido por *Oliver Wendell Holmes*, y

---

<sup>305</sup> *Feinberg, Ariz. L. Rev.*, 1995, p. 123.

<sup>306</sup> Creo que la idea de verdad por correspondencia vuelve a jugar un papel en el argumento de que se es más responsable si se causa un daño. Porque cierta interpretación de la causalidad hace que sea un criterio fuerte de pertenencia del resultado al autor.

recientemente por *Fletcher* y *Judith Thomson*. Éste parte de un hecho: la mayoría de los sistemas jurídicos castigan más severamente los delitos consumados que las tentativas. También es evidente que la mayoría de la población adulta está a favor del *status quo* a este respecto. Existen hechos significantes en una democracia, entre ellos se encontraría el de respetar las sensibilidades de la gente común en cuestiones que ellos toman seriamente, de lo contrario se estaría avalando, por implicación, un gobierno en el cual sólo cuenta una elite intelectual minoritaria, y las convicciones genuinas de la mayoría serían desdeñadas como supersticiones morales. En una democracia, continúa *Feinberg*, citando a *Holmes*, aquellos que hacen la ley, la hacen cumplir o la interpretan, no pueden alejarse demasiado de una armonía con la gente común, pues de lo contrario la ley les parecería, en el peor de los casos, tiránica y, en el mejor, oscura. En la misma línea argumental, cita a *Fletcher* quien expresa que “nosotros no podemos explicar adecuadamente por qué el resultado cuenta, pero de todos modos, cuenta”<sup>307</sup>.

*Feinberg* contesta que está bien que si la mayoría de la gente cree en una proposición en particular, sea una buena razón para tolerancia y respeto. Pero no es una buena razón, incluso en democracia, para creer que la proposición es verdadera. En estas discusiones parece que hay dos dimensiones, una legal y la otra moral, que conllevan tres preguntas independientes:

1. ¿Cuál regla es más racional, X o Y (o, de cualquier otra forma, superior)?
2. ¿Cuál regla es más ampliamente aceptada en esta comunidad política, X o Y?
3. ¿Cuál regla debemos adoptar? ¿Debemos mantener X o reformar el *status quo*, adoptando Y? (esta es una pregunta para un legislador o, tal vez, para un tribunal o algún grupo con el poder de facto de diseñar reglas legales)

El argumento del consenso democrático parte de lo que *Feinberg* denomina como “el principio conservador”: la gente con poder de cambiar las reglas legales no debe hacerlo sin un porcentaje sustancial de aprobación de la gente ordinaria. Al menos, este cambio no debería ser impuesto sobre una mayoría resentida o en disenso<sup>308</sup>. El

---

<sup>307</sup> FLETCHER, *A crime of Self-Defense*, p. 66, citado por FEINBERG, *Ariz. L. Rev.*, 1995, p. 126.

<sup>308</sup> FEINBERG, *Ariz. L. Rev.*, 1995, p. 126.

principio en cuestión sugiere una respuesta a la pregunta 3, no a la 1. Si X es más racional (o más justa o más útil) que Y, nosotros debemos adoptar X incluso en una comunidad cuyas tradiciones y sentimientos están fuertemente a favor de Y.

La idea conservadora recurre al argumento del principio de proporcionalidad, antes discutido, en esta línea, *Fletcher* sugiere que las tentativas exitosas, que producen un resultado de daño a otro, son más culpables “moralmente”. *Fletcher* refuerza su argumentación recurriendo a una argumentación relativa a las “emociones morales”, tales como sentimientos de culpabilidad, remordimiento o vergüenza.

Si el autor de una tentativa no siente culpabilidad y si muchas otras personas no esperan que la sienta, entonces él está autorizado a inferir que el público cree que el daño, cuando es causado por el acto del autor, es un determinante independiente del reproche moral.

Para hacer más acuciante el argumento, *Fletcher* recurre a las emociones que se sienten cuando alguien “falla por poco” en un homicidio. Su respuesta es que las emociones de culpabilidad y remordimiento son apropiadas cuando el intento logra el resultado, pero no cuando falla por poco. Esperamos que el que intenta sienta vergüenza, pero no culpabilidad. Para *Feinberg* el problema del argumento de *Fletcher* reside en que éste toma como sinónimos culpabilidad y remordimiento. La idea de que el que intenta y falla no siente culpabilidad y no debe sentirla, parece ser una apreciación desde una postura utilitarista. Pero las personas sienten culpa si casi matan a otro, que se salva por una casualidad. No se trata de un caso de sentimientos correctos y palabras equivocadas. Dentro del concepto de culpabilidad moral se encuentra la idea de desobediencia, que *Fletcher* parece dejar de lado.

*Feinberg*, en respuesta, sostiene que hay dos modelos de culpabilidad moral:

1. Yo sucumbo a la tentación de hacer algo que ha sido prohibido por alguna regla o persona cuya autoridad incuestionablemente acepto (padre, madre, Dios o el código de faltas). En este supuesto, el sufrimiento no viene del daño causado sino de la desobediencia, de mi alienación de la fuente de autoridad moral y del miedo al castigo.



2. Yo sobreviví a un campo de concentración, mientras que todos los demás murieron; o, yo sobreviví todas las batallas, mientras que los demás soldados perecieron. ¿Por qué yo? No soy el más talentoso o virtuoso, ni acreedor a alguna otra forma de merecimiento especial.

La primera clase deriva del concepto de culpabilidad (desobediencia a la autoridad) y pecado (desobediencia de aquella clase que rechaza la autoridad del legislador). La esencia de esta clase es desobediencia o rechazo. Mientras que la resultante de la segunda clase es la indignidad. El remordimiento (*remorse*), característicamente (esto es, cuando es dissociado de la culpabilidad moral), envuelve un intenso pesar (*regret*), un deseo intenso de que el episodio pueda deshacerse, que el daño a otros o la vergüenza propia nunca hubieran ocurrido. *Feinberg* sospecha que el remordimiento es más a menudo digno de respeto que la culpabilidad, y está más directamente unido a la contrición. Entonces, lo que dice *Fletcher* en primer lugar, en cuanto a que es adecuado tener sentimientos de culpabilidad sólo con relación a los delitos consumados, parece errado. A su vez, que el sentimiento adecuado para quien intenta y no obtiene el resultado sea la vergüenza, en lugar de la culpabilidad, no parece menos errado. *Fletcher* sostendría que uno se avergüenza de sí mismo cuando hace algo y falla, pero que no debe sentirse culpable por sus intenciones. Los sentimientos de vergüenza son ocasionados con motivo de la realización de una conducta con relación a la cual su autor piensa que no es de la clase de persona que hace eso. La culpabilidad se siente por actos de ruptura de nuestras relaciones con otras personas.

Para *Feinberg* la vergüenza (*shame*) es una especie de incomodidad con uno mismo. Esto se da cuando se hace algo que no se ajusta a mis ideas de mí mismo (lo contrario de orgullo). Cuando es frente a otros se trata de un verdadero pesar. Si el agente falla el disparo, puede ser que en el complejo de sentimientos haya algo de vergüenza si no se trata de un “satánico inmoral” o un “psicópata amoral”.

En definitiva, los retencionistas no reclaman que el principio de proporcionalidad esté equivocado al darle un rol tan importante a la reprochabilidad moral. De hecho, aceptan y se adhieren al principio de proporcionalidad, pero luego argumentan que la severidad de la respuesta punitiva debe ser proporcionada a algo más: *a la*

*contribución del autor en la cantidad de daño producido en combinación con la contribución del mundo natural, sobre la cual el autor tiene escaso control.*

*Feinberg* no encuentra intuitivamente plausible basar la responsabilidad criminal en el reproche moral, pero éste asegura una posición de cierta respetabilidad *prima facie*, frente a la alternativa de basar el reproche moral en la suerte que pudo tener el agente. Es decir, en la presencia o la ausencia de daño real.

Sostiene que puede ser más honesto hacer recaer la responsabilidad sobre la cantidad de daño causado, como se hacía antiguamente, aunque no significa que hacerlo sea más racional. ¿Por qué hay tantos buenos filósofos y juristas determinados a asignar un rol central al resultado con tan malos argumentos?, se pregunta *Feinberg*. Su respuesta es que quizás sea por la desconfianza de las personas hacia los conceptos morales, que en orden a ser aplicados correctamente requieren el acceso a los procesos internos de los seres humanos, sus emociones, pasiones y opiniones. No sólo se trata de la invasión de la privacidad de otros, sino de hacer sutiles evaluaciones de esos aspectos, lo que es aún más difícil.

Es más sencillo medir el dinero perdido por la producción de un daño material (destrucción de una tostadora) no cubierto por un seguro, que medir el costo de la producción del resultado con relación al riesgo creado por la acción. La sutil influencia de los conceptos de compensación en el concepto de castigo del derecho penal, ha engañado a muchos teóricos complacientes. Y, en este sentido, es más cómodo creer que se está respetando el principio de lesividad como un estándar de legitimidad moral de la legislación penal.

*Feinberg* descarta un argumento importante, como el del principio de daño o lesividad, que suele ir unido a las posturas objetivistas, que sostienen la imputación de resultados. Este principio cumpliría una función propia en un *ámbito anterior* al que se refiere el problema del resultado, es decir, al momento de crear la norma penal. Esta será una de las conclusiones de parte de la doctrina cuando examinemos el problema del principio de daño en este capítulo. A su vez, parece concluir que la normatividad moral y la jurídica, en la medida en que pasen la prueba del principio de lesividad, son idénticas, más allá de la diferencia en las sanciones disponibles contra una u otra infracción a la norma. *Feinberg* concluye que ni el principio de

lesividad, ni el de proporcionalidad, ni los juicios de responsabilidad moral, pueden fundamentar el agravamiento de la pena por la producción de resultados. Su imputación parece basarse más en una serie de prejuicios sociales, errores de los juristas y del público en general.

Esta postura subjetivista de *Feinberg* recurre al principio de proporcionalidad, sumado a la identidad conceptual entre moral y derecho, pues sostiene que no se puede extender la responsabilidad penal más allá de la responsabilidad moral, pues al hacerlo se castiga por la mera causalidad o por un criterio de compensación del derecho civil que se basa en la causalidad. Su subjetivismo pretende ser objetivo. El límite de la responsabilidad no lo establece la intención del agente, sino que no hay argumentos válidos para ir más allá de esa intención. El principio de proporcionalidad y de responsabilidad no lo habilitan: no es posible construir un derecho penal de resultados, porque los delitos frustrados y los exitosos son idénticos a la luz de estos principios. La causalidad es engañosa, nos hace ver una relación entre conducta y resultado que nos parece que debe tener peso al momento de la responsabilidad del agente, pero esto sería tratar de dar fuerza normativa a un evento natural (causalidad). Del ser no puede derivarse el deber ser.

Esto significa efectuar una afirmación de que la causalidad no puede hacerse valer normativamente en absoluto. Sin embargo, la relación causal, o una parte de ella, podría ser en algunos casos refrendada por un juicio valorativo o moral. A pesar de los argumentos de *Feinberg*, se podría sostener que es posible renunciar a la imputación de los resultados, como principio general, en el sentido de imputar todos los resultados causales y, a su vez, afirmar la exclusión o la inclusión limitada del mismo, basado en razones distintas de la causalidad. Esto es lo que hace una teoría como la imputación objetiva, pues intenta discernir una conexión valorativa entre acción y resultado.

De esta manera, podría pensarse en una idea de reprochabilidad o culpabilidad, que fuera más allá de los juicios morales de merecimiento<sup>309</sup>, pudiendo tal concepción

---

<sup>309</sup> Zimmerman lo plantea con base en otra clase de juicios morales distintos a los de merecimiento. Pero también puede ocurrir que el juicio de merecimiento moral y el de merecimiento penal, no sean completamente coincidentes y esto implica la aplicación de la teoría de la imputación objetiva. De lo contrario, la cuestión del resultado debería resolverse fuera del ilícito como lo plantean los

incluir algo más que la intención del agente. Esta será una discusión que se encontrará al momento de discurrir sobre la idea de responsabilidad de *Zimmermann*. Esto implica que hay una laguna valorativa entre “ningún resultado se imputa” y “todo resultado se imputa”. En la pugna entre naturaleza que obra en el mundo y autor penal como agente, habría un espacio en que la intervención del segundo tiene más peso que el aporte de la naturaleza y fundamentaría la decisión de imputación penal al agente. Esta preponderancia de la agencia sobre el resultado es lo que determina una atribución normativa de responsabilidad.

e) Equivalencia, subjetivismo y control

*Steven Sverdlik* sostiene que *una persona sólo puede ser responsable por las condiciones que se encuentran bajo su control y la culpabilidad del agente no se ve afectada por el hecho de que se haya producido un resultado disvalioso*. Al describir el contenido de su postura enuncia el axioma guía de ésta: “*una tentativa acabada, si todo se mantiene igual<sup>310</sup>, es moralmente equivalente a su conclusión exitosa*”. Este autor le atribuye a la idea contraria que su fundamento depende de que si el éxito produce más daño que la tentativa acabada, este factor es suficiente para aumentar la culpabilidad del agente. La *no equivalencia* lleva a sostener que el impredecible vuelo de un ave entre el autor y la víctima puede afectar la responsabilidad moral del primero.

Para demostrar lo absurdo de la no equivalencia, parte del problema que presentan los casos de “*transferred intent*” o “*transferred malice*” del derecho angloamericano, el cual es exactamente el mismo problema que se presenta como error en el golpe (*aberratio ictus*) y el error in persona en el ámbito continental europeo. Estos casos le permiten desarrollar una explicación de tres formas de la teoría de la no equivalencia para enfrentarlas a la equivalencia.

El primer caso que plantea es el de A un tirador que quiere matar a la víctima B y se cruza otra persona llamada C a quien termina matando. El autor agrega que esta

---

subjetivistas, basándose en que el merecimiento penal es igual al moral, pues sólo cuenta el disvalor de intención.

<sup>310</sup> Agrega que hay otros factores que afectan la culpabilidad o la responsabilidad, pero siendo éstos constantes, el mero hecho de que la tentativa tenga éxito no puede cambiar la culpabilidad de la persona.

muerte es accidental y que la interposición de C no era previsible. Considera que la solución que dará la mayoría de la gente es que A es igualmente culpable si muere B o si muere C. Esto daría sustento a la teoría de la equivalencia, pues dado que la tentativa de matar a B es moralmente equivalente a la muerte de C, da lo mismo que muera B o C. Es decir, el contenido de ilicitud o inmoralidad se agotó con la tentativa acabada.

La teoría de la no equivalencia deberá sostener que la característica relevante desde el punto de vista moral reside en que el daño causado es el mismo, muera B o C, no podría recurrir a un argumento de contenido subjetivo para distinguir entre ambos resultados.

Esto significaría, según *Sverdlik*, que si el éxito implica más daño que la tentativa acabada y si más daño es suficiente para establecer más culpabilidad, entonces es plausible sostener que si el daño se mantiene igual entonces la culpabilidad se mantiene igual. Esta es la primera formulación de la no equivalencia que criticará este autor. El punto de partida de su crítica es que el daño a C fue producido *accidentalmente*<sup>311</sup>, por lo cual los defensores de la no equivalencia deberán sostener la posición de que todo daño de igual magnitud implica igual culpabilidad, la muerte *accidental* es tratada en igualdad con la dolosa en términos de culpabilidad. Para llegar a imputar esa muerte como homicidio intencional deberían sostener una forma de responsabilidad objetiva (*strict liability*) inaceptable.

El caso planteado pretende mostrar que el daño como tal no es un elemento esencial para justificar un tratamiento igual o distinto, dado que la culpabilidad puede variar mientras que el daño puede permanecer constante. Esta crítica lleva al autor a la segunda formulación de la no equivalencia: “*una tentativa en la cual el daño*

---

<sup>311</sup> Este autor considera que la muerte de C es accidental, ya que no hubo negligencia por parte de A. Pero la formulación del caso no es lo suficientemente precisa como para excluir la posibilidad de negligencia. Por ejemplo, hay negligencia si A ejecuta una acción contraria a un deber de cuidado referido al uso de armas de fuego, que incluye la lesión o muerte de cualquier persona que se encuentre en el ámbito de riesgo creado por el autor. Igualmente, se mantiene vigente el planteo de Sverlick de que el tratamiento indiferenciado del supuesto en que hay una tentativa dolosa y un homicidio negligente, en vez de accidental, implica alguna forma de responsabilidad objetiva por el resultado. Pero no veo por qué un defensor de la no equivalencia debe, *necesariamente*, sostener la solución unificada para el caso. Claro que lo habitual es que se sostenga que la muerte de C puede imputarse a título de dolo, pues el dolo o la “adecuación al dolo” no guardan, en general, relación con la identidad de la víctima.

*intentado tiene lugar, hace al agente más culpable que en una tentativa en que el daño intentado no tiene lugar*". Esta formulación se vale de la producción del *daño intentado* como factor diferenciador, en lugar del *daño producido* sin más. Esta forma de plantear la teoría hace que en el caso de A, B y C, se pueda encontrar a A menos culpable por matar a C que en la anterior formulación.

Para falsar esta reformulación plantea el siguiente caso: A1 intenta matar a B1 disparándole una bala en la cabeza; B1 no muere como resultado de la herida, pero A1 piensa que B1 está muerto. B1 muere más tarde por un evento determinado y ese evento no lo habría matado sin la herida que le produjo la conducta de A1.

*Sverdlik* plantea que el evento en cuestión es de carácter natural. Así el caso, un poco más circunstanciado, sería que: A1 dispara sobre B1, lo lesiona y queda tendido, inconsciente, en un campo en el cual se desarrolla una tormenta y un rayo mata a B1. La tormenta era totalmente imprevisible al momento en que A1 actuó. *Sverdlik* se pregunta si A1 es tan culpable como si el disparo de su arma hubiera dado muerte instantáneamente a B1. La teoría de la equivalencia entre tentativa y resultado, responde positivamente, debido a que A es tan responsable cuando la tentativa acaba fallida, como cuando tiene éxito de una forma imprevisible.

Este autor sostiene que los defensores de la no equivalencia podrían intentar tres respuestas.

La primera puede sugerir que *el daño intentado debe producirse en la forma intentada si se pretende justificar una diferencia en la culpabilidad*. Por lo tanto A1 no es tan culpable como en el caso en que B1 hubiera muerto por el disparo directamente. Esta interpretación debe ser descartada debido a que generaría conclusiones inadmisibles: si el plan del autor fuera poner una bomba que explotara a las 9.00 y la misma explota a las 9.15 entonces el autor sería menos culpable<sup>312</sup>.

---

<sup>312</sup> En el caso de la bomba volvemos a la cuestión de la adecuación al dolo, es decir de cuándo el plan del autor se corresponde conceptualmente con el dolo típico. Se puede recortar el plan para conformar un dolo típico que a su vez resulta del recorte que implica el tipo objetivo. Esta es una cuestión de todo o nada, pero si el factor tiempo tuviera alguna relevancia en el quebrantamiento de la norma, se podría distinguir del caso original el caso en que el autor conocía que existía la posibilidad de que la bomba explotara, debido a la imprecisión del mecanismo de relojería, a las 9:15. En este último, habría dolo directo de matar a las 9:00 y dolo eventual de matar a las 9:15. Si ambos conceptos de dolo son idénticos, la solución unificada no pierde sentido, pero si son diferentes ¿debería distinguirse

Otra posibilidad sería interpretar que *la forma en que se intenta es moralmente irrelevante, en la medida en que no implique una variación en la cantidad del daño producido*. En este sentido, si A1 intenta producir un daño a B1 en cierta forma, es igualmente culpable si el daño intentado se produce aunque se produzca de una forma diferente, mientras que se trate de la misma cantidad de daño<sup>313</sup>.

El problema es que *el daño está conectado en forma fortuita con la conducta del autor*, para Sverdlik es posible afirmar que la muerte de B1 fue “*causada accidentalmente*” por A1. Esto lo lleva a sostener que la no equivalencia tiene una tendencia a sostener una postura de responsabilidad objetiva en el derecho penal, pues sólo cuenta el daño, no importa cuán fortuitamente se produjo.

La tercera versión se formularía de la siguiente manera: *la producción del daño intentado implica una diferencia en la culpabilidad del autor, siempre que la forma en que se produce sea previsible al tiempo de la conducta*. Para esta formulación la muerte inmediata por el disparo no equivale a la muerte por el rayo.

---

entre tentativa con dolo directo de matar y consumación con dolo eventual?. El autor tiene un dolo eventual *actual* entre 9:01 y 9:15, pero lo anterior fue ejecutado con dolo directo, y lo anterior es la tentativa acabada. El dolo eventual (salvo un caso de control seguro sobre el resultado) aparece cuando el autor ya hizo todo lo que podía hacer para producir el resultado. Entonces, la cuestión de la dimensión temporal sólo debería influir si el tiempo a considerar se incluye en el tiempo de la ejecución de la tentativa, porque ese dolo eventual es post-acción penalmente relevante. Con esta formulación, la solución podría ser la diferenciadora o la unificadora con los argumentos habituales. Pero la unificadora tiene ese salto entre el dolo directo y un dolo eventual *ex-post* ejecución. A su vez, podría sostenerse la actualidad del dolo a partir del momento omisivo. Es decir, si no explota a las 9.00, el autor omite evitar la explosión entre 9.01 y 9.15. Desde una perspectiva volitiva del dolo, el autor realiza una conducta con dolo directo, tanto en su faz activa como omisiva, pues tiene voluntad de matar, de lo que carece es de *conocimiento seguro* acerca del momento en que se consumará su hecho. No se da la nota habitual del dolo eventual que consiste en una alternativa entre resultado contrario a derecho y resultado neutral.

Si consideramos que el dolo eventual es actual al momento de ejecución, junto con el directo, la solución unificada sólo tendría que hacer un ajuste al determinar la pena, pero sería más razonable que en el caso anterior. Todo esto considerando que el tiempo es relevante para el dolo. Ello sin considerar las diferencias entre el resultado de muertes en la explosión a las 9.00 y la explosión en cualquier punto temporal entre 9.01 y 9.15, pues ¿será indiferente que en un punto mueran 10 personas y en otro 100?. En este último caso se debería discutir el alcance de un dolo cumulativo con indeterminación cuantitativa (SILVA SÁNCHEZ, *ADPCP*, 1994, p. 356).

<sup>313</sup> Como en los casos de desvío de la causalidad en que el resultado coincide con el planeado aunque no en todas sus circunstancias específicas, tal como el caso del homicidio en el puente en el que A empuja a B desde un puente para que muera ahogado, sin embargo al caer golpea su cabeza contra los pilares del puente, lo que le produce la muerte.

*Sverdlik* afirma que esta es la versión que rige en el derecho penal, pero la *previsibilidad* es una forma inaceptable para distinguir la solución de los casos desde un punto de vista moral. Así, se pregunta, respecto del caso en que A dispara contra B y la bala da en un pájaro, que se cruza en la trayectoria de la misma, y la desvía a otro lugar del cuerpo de B pero lo mata de todas maneras, ¿esta variación afecta la responsabilidad del autor? La misma pregunta cabe en el caso de la explosión de una bomba, en la que falla el reloj, y el estallido se da quince minutos después de lo planeado, ¿pueden esos minutos hacer cambiar la responsabilidad del terrorista?<sup>314</sup>

*Sverdlik* considera que la no equivalencia quizás está influenciada por la idea común de que el daño exige reparación. Por lo tanto, habría dos clases de obligaciones, la de establecer un reproche justo y la de reparar. El autor de tentativa sólo es objeto de la prima clase y no de la segunda, por ello se piensa que el autor exitoso debe ser objeto de ambas obligaciones y por ello es más responsable.

---

<sup>314</sup> ¿Cambia su responsabilidad si el terrorista quisiera matar a todas las personas que se encuentren en la estación de trenes a las 9.00? y ¿si el estallido se produce a las 9.15 tenía dolo de matar a las personas que se encontraran allí a esa hora? Esta perspectiva difiere de la analizada en la nota anterior en que el tiempo no es el factor determinante, sino las personas, los objetos de bien jurídico. O bien, si el número de personas es superior a las 9.15 que a las 9.00, el excedente puede hacerse valer dentro de la solución unificada para el error en el golpe o debe imputarse homicidio culposo respecto de ese número. El autor no yerra el golpe por una negligencia en su ejecución, sino por error en el mecanismo indetectable. Cuando el plan contiene defectos que pueden aparejar la concreción del mismo en forma diferente a la prevista por el autor, se puede pensar en un *dolo negligente*, es decir un dolo que de alguna forma está mal organizado y que depende del propio autor corregirlo en el momento en que se dispone a ejecutar su conducta antinormativa, siempre y cuando pueda reconocer los defectos de su plan. Si los reconoce y no los corrige podría convertirse en dolo eventual.

El dolo que acompaña la conducta antinormativa del autor no prevé ciertas consecuencias previsibles del plan en ejecución y por ello están fuera de su dolo, pero la forma en que su dolo se organiza es lo que crea el riesgo relativo a la norma referida a la negligencia. Por ejemplo, cuando en el llamado *dolus generalis* el autor da el golpe a la víctima para matarla, lo hace de una forma que no permite descartar las lesiones en lugar de la muerte, como no reconoce esta posibilidad le pasa desapercibida la muerte por ahogamiento al arrojarlo al río para ocultar el hecho. La falta de fuerza en el golpe es un dolo mal organizado o negligente. También podría darse el caso de que el resultado que prevé sea de menor entidad que el que produce, ello debido a un defecto, por ejemplo quiere que la víctima pierda el sentido, pero aprieta su cuello demasiado y la mata. La cuestión es determinar si normativamente los defectos de organización debe tratarse como un dolo general, separadamente dolo y negligencia o como un *dolo negligente*.

Pero en casos en que no hay error atribuible al autor por su plan y su ejecución, pareciera que la suerte y la equivalencia de objetos son el fundamento de la solución unificada. Entonces, la imputación penal por el número de muertes excedente sería imputación por la suerte.



*Sverdlik* parte de que la condición de control es esencial para delimitar la responsabilidad moral y penal, sin expresar en qué consiste ese control o por qué se limita a la discusión del resultado. De cualquier forma, su planteo parte de casos que considera problemáticos para la teoría de la no equivalencia y estos problemas llevan a reformulaciones de la teoría en cuestión, que no le resultan del todo satisfactorias.

Sin embargo, las hipótesis que plantea presentan problemas de imputación del resultado en los casos conocidos como de “desvío del curso causal”<sup>315</sup>. Como en el caso del puente, en que el autor pretende empujar a su víctima para que muera ahogada y, sin embargo, muere por un golpe con uno de los pilares del mismo.

El plan del autor puede influir, en algunos casos, en la imputación subjetiva del resultado, pero esto no significa que desde el punto de vista de la imputación objetiva deba tener la misma influencia. Si lo que importa es imputar de alguna forma valorativa el resultado, la imputación objetiva cumple el papel buscado, luego se tratará de determinar si subjetivamente puede atribuirse a dolo o culpa.

La postura de *Sverdlik* parece exigir siempre, a la teoría de la no equivalencia, una solución unificada, es decir siempre imputar el resultado a título de dolo. Trata de descalificar la posibilidad de combinar tentativa con imputación negligente del resultado, porque habla de “*accidentalmente*” cuando se refiere a la producción del resultado, es decir sin culpa.

Pero en los casos que plantea, no puede descartarse de plano que no exista negligencia. En este sentido, la postura de *Herzberg* se le opone, en cuanto a que la realización dolosa de la conducta implica una ejecución de base negligente, por ejemplo, la utilización de armas de fuego o de explosivos, de por sí ya implica, en las circunstancias del caso, un uso contrario a las normas de cuidado. En consecuencia, el dolo siempre implicaría un sustrato contrario a un deber objetivo de cuidado en su ejecución material<sup>316</sup>.

Resulta claro que la tesis de la no equivalencia tiende a extender el dolo al resultado, pero no siempre, sino cuando los parámetros del concepto de dolo permitan esa atribución al mismo. Cuando esto no es posible, los defensores de esta postura

---

<sup>315</sup> JESCHECK - WEIGEND, *Tratado de derecho penal*, PG, p. 334.

<sup>316</sup> HERZBERG, *RBCCrim.*, 2005, p. 191.

pueden bifurcar la solución sin que implique contradicción alguna o una aplicación de responsabilidad objetiva. Es decir, contrariamente a lo que parece pensar *Sverlik*, que no sean equivalentes consumación y tentativa no significa que siempre debe sostenerse una solución unificada a los problemas de *dolus generalis* o de error en el golpe.

Un problema adicional se presenta con el caso del veneno gota a gota expuesto por *Sancinetti*, aunque el plan del autor sea matar a su abuelo con una gota de veneno diaria y considere que como mínimo necesitará diez dosis, si a la cuarta gota abandona su plan arrepentido y el abuelo muere a consecuencia del veneno ingerido, no puede decirse válidamente que se trata de una tentativa inacabada desistida y que sólo queda el homicidio culposo, que en este caso es difícil verlo como accidental en el sentido de *Sverdlik*: “sin ninguna negligencia por parte del autor”.

Aun un defensor de la teoría de la equivalencia se encontraría incómodo con esta solución, pues el autor hizo todo lo necesario para matar, lo cual implicaría una tentativa acabada, aun cuando su plan estaba en una fase de ejecución inacabada para el autor.

Por lo tanto, debería optar por imputar una tentativa acabada de homicidio. Sin embargo, un sostenedor de la no equivalencia diría que se trata de un homicidio consumado. Sólo un subjetivista alemán diría que es correcta la primera solución de tentativa inacabada desistida.

En el ejemplo al que vengo haciendo referencia, la muerte no puede considerarse accidental, sí quizás negligente, según como se defina el dolo. Si es negligente, no es accidental en el sentido de *Sverlik*, por lo que este autor debería aceptar la atribución de tentativa acabada, sin perjuicio de que deberá lidiar con la negligencia restante sin atribuir el resultado a ella.

Entonces la no equivalencia solo significa que no pueden equipararse, en algunas circunstancias, tentativa y consumación. En este caso puede estar justificado, frente a un *título de atribución* normativo diferenciable, tratar separadamente aquello que sea derivado del ejercicio del control o de la falta de ejercicio del mismo, sin perjuicio de cuál sea el título de imputación subjetiva.

Esto no significa que lo que se utilice para distinguir sea la previsibilidad del resultado, sino que el resultado le es atribuible como producto de su conducta, no importa si era previsible para el autor, basta que cuatro gotas de veneno fueran mortales y que el fin del autor fuera, cuando las suministró, matar a su abuelo. Sólo quien mantiene el dolo como un reflejo de lo puramente interno del autor puede concluir que el caso se resuelve como una tentativa inacabada en concurso con un homicidio culposo<sup>317</sup>.

La postura de *Sverdlik* parte de diferenciar la tentativa inacabada de la acabada a partir de que el dolo del autor está incompleto en la primera y completo en la segunda, siendo el dolo el único fundamento para imputar, pues la condición de control parece depender de la identidad entre ejecución de la conducta y dolo.

Esta visión del problema tendría que llevar, en el caso del veneno gota a gota, a la solución de la tentativa inacabada desistida. Para separarse de ella debería recurrir a la previsibilidad objetiva, que el mismo *Sverdlik* descarta en alternativa a la previsibilidad subjetiva, como criterio diferenciador moral.

Un defensor de la equivalencia no subjetivista también necesitaría recurrir a la previsibilidad. Si el resultado era previsible, la tentativa resulta acabada, no inacabada<sup>318</sup>. Si no es posible defender la equivalencia sin ser subjetivista, al estilo alemán, siempre el punto de vista del autor es el que construye el alcance de su infracción de la norma penal.

Esto significa que cualquiera que adhiera a la solución unificada o a la diferenciada que no sea subjetivista, al estilo alemán, deberá recurrir a un criterio externo a la creencia del autor del hecho. Si es llamado previsibilidad objetiva, criterio del

---

<sup>317</sup> El subjetivismo alemán tiende a construir sus soluciones como si se tratara de un diálogo entre el derecho penal y el autor del hecho. Sus argumentos tratan de conformar al autor con la solución que se da al caso. Por otro lado, los objetivistas tienden a construir sus argumentos como si la discusión fuera entre el derecho penal y la sociedad. Esto puede vincularse, débilmente, con la perspectiva retributiva del subjetivismo y la preventiva del objetivistas.

<sup>318</sup> Para alguna variación de la tesis de la no equivalencia, la previsibilidad objetiva es parte del concepto de conducta objetiva ejecutada por el autor, si él no comprende esa dimensión de su conducta se podrá discutir el título de imputación subjetiva, pero esto no quita credenciales a esa previsibilidad y a su concreción en el resultado para moldear el reproche penal. Esta postura debería sostener que en el tentativa inidónea (como contracara del problema) no hay previsibilidad objetiva y el título objetivo de imputación no se encuentra presente.

observador objetivo, o cualquier otro, no es importante, lo importante es que existe cierta expectativa intersubjetiva que delimita la responsabilidad penal<sup>319</sup>.

#### f) Balance provisional

Las descripciones habituales del subjetivismo alemán están vinculadas al llamado *disvalor de intención* como parcialmente diferente del *disvalor de acción*, en la medida en que éste último incluye *la causalidad y el disvalor de resultado* como parte de sus componentes.

Esta descripción ya permite cuestionar cuál es el significado de la acción como exteriorización, mientras que parece que el verdadero sentido de la acción reside en la acción de formar la voluntad o intención. La manifestación externa es una cáscara vacía cuando existe o aparece la intención.

La idea central del subjetivismo alemán es que la norma se dirige a la conciencia del sujeto. La formación de una voluntad contraria a la norma es el único fundamento para el reproche penal.

En este marco teórico, la exteriorización es algo exigido por nuestras limitaciones epistemológicas para acceder al conocimiento de la voluntad. Por ello, pertenece a otro campo o área de razonamiento. Se trata de la percepción de aquello que pasa en la cabeza del autor, siendo esto último lo realmente contrario a la norma.

---

<sup>319</sup> Esta es la cuestión central entre subjetivismo (idealismo) y objetivismo (realismo). Pareciera que el subjetivismo está determinado por su visión del principio de culpabilidad -alguien responde solo por aquello que controla y que conoce que controla-, y del principio de legalidad. En este último caso consideran que en el *nullum crimen sin lege* hay una exigencia de que lo que la ley exige es aquello que el autor construye subjetivamente como *contra legem* al actuar. Estas dos concepciones se vinculan entre sí y construyen un sistema penal que se auto-justifica frente al autor (concreto) del hecho, no frente a la sociedad. En una especie de posición originaria, al estilo Rawls, si no supiéramos si vamos a cometer delitos, querríamos que el derecho penal protegiera a la mayoría, aun a costa de ciertas discrepancias con el autor del hecho. Si supiéramos que vamos a cometer delitos (deliberadamente), por lo cual ya no estamos en una situación de velo de ignorancia, querríamos que el derecho penal nos castigara por aquello que pensamos que hacemos, siempre que la pena sea menor que la prevista para castigar lo que realmente hacemos. Aquí el subjetivismo tiene un problema con las tentativas inidóneas donde no cumple con la última parte de la proposición anterior. Esta misma cuestión podría rastrearse a la teoría del error subjetivista.

La conducta, sin que importe su significado intersubjetivo, es la fijación probatoria de esa voluntad.

La relevancia de la conducta sería una cuestión de punibilidad, una condición externa que habilita la reacción punitiva. Por ello, *Morse* indica que el merecimiento reside en la capacidad del agente normal de ser guiado por razones.

La repetida fórmula de que la tipicidad es la característica de una *acción* de coincidir con un tipo penal, debe ser reformulada para decir que es la característica de una *intención* de coincidir con un tipo penal y sólo puede coincidir haciendo que la materia de prohibición sea esa voluntad. Por lo tanto, todo lo demás será condición de punibilidad ajena a la contradicción normativa. La norma exige no una obediencia externa, sino interna.

La acción en el sentido externo de la misma sólo es un vehículo para la voluntad, aun cuando no sea compatible con esa voluntad por su carencia de eficacia productiva de los cambios externos que la misma pretende.

El subjetivismo de *Morse* llega a la misma conclusión: la producción externa de la voluntad no es algo que a la norma le interese<sup>320</sup>. Ella es contradicha cuando las razones de la norma son rechazadas por el agente al decidir actuar contra ellas.

El subjetivismo genera un adelantamiento del objeto de disvalor, pues la intención se forma antes de la ejecución y allí ya se contradice la norma. Pero esa intención cristaliza en la ejecución externa. Es decir, como la intención puede cambiar de un momento a otro, la contradicción externa es necesaria para fijar, como en una fotografía, un momento en que *se percibe* cierta estabilización de la contradicción, sin que sea de importancia la capacidad de esa acción externa para la realización de la voluntad.

La postura de Lewis adopta una estrategia diferente, pues se interesa por mostrar la irracionalidad del derecho penal cuando castiga por los resultados externos.

---

<sup>320</sup> Es decir, los estados de cosas no interesan en este nivel del análisis. Ellos, y la conducta es uno de ellos, no pertenecen al mundo de la norma, en todo caso integran un mundo en que la voluntad debe ser reconocible intersubjetivamente o, por lo menos, reconocida por el agente de la norma secundaria; por ejemplo, el juez.

El recurso de comparar el sistema penal con una lotería le permite mostrar, gráficamente, que la suerte tiene un ámbito de juego preponderante en la práctica del castigo penal.

Esta postura tiene en común con el subjetivismo el rechazo del resultado como factor agravante del reproche y de la pena. Pero se diferencia en que no pretende presentar una argumentación acerca de que lo único relevante sea el disvalor de intención. No hay una argumentación sustantiva o material, se trata de una argumentación procedimental.

El subjetivismo alemán rechaza *al disvalor de resultado*, mientras que *Lewis* rechaza *al resultado material* como criterio de agravación. Esta diferencia es relevante frente a la diferencia que hay entre un hecho como es el resultado y una valoración como es el disvalor de resultado.

El planteo de *Feinberg* se funda en que la causalidad debe ser eliminada porque no es parte de la reprochabilidad moral del agente. Sobre esta base unifica la tentativa con la consumación bajo el concepto de “comportamiento homicida ilícito”.

El reproche moral es a-causal, se trata de la desobediencia a una regla que se considera fundada o que proviene de una autoridad legítima.

*Feinberg* considera que la causalidad crea la imagen de que existe una relación valorativa entre conducta y resultado, sin embargo un evento natural como la causalidad no permite derivar un juicio del deber ser.

Esta idea puede cuestionarse porque la causalidad no es la única forma de unir una conducta con un resultado o, más correctamente, con el disvalor que éste implique. *Feinberg* se limita a negar lugar a la causalidad pero no analiza si hay otro nexo valorativo a considerar en su lugar ni cuáles serían las consecuencias de aceptar ese nexo.

La idea de responsabilidad penal es criticada por la inclusión de la causalidad y de los resultados o estados de cosas que la misma explica como relacionados a la conducta. Al abandonar la causalidad parece que sólo queda la acción u omisión del agente como candidatos para la responsabilidad en la medida que permitan sustentar

un reproche moral. Es decir, en la medida en que signifiquen una contradicción subjetiva con la norma.

Pero no se analizan criterios de imputación que puedan actuar como intermediarios en un juicio valorativo respecto de la conducta y el disvalor de resultado o, dicho de otra manera, entre el contenido subjetivo de la conducta y su capacidad de producir un cierto estado de cosas<sup>321</sup>.

Por ello, la afirmación en el texto de que existe una laguna valorativa en el planteo de *Feinberg*. La idea misma de que se castigan personas y no resultados implica que la persona puede ser responsable por algo más que sus intenciones, puede ser castigada por usar su capacidad como agente (moral) de una determinada forma, sea que esta produzca o no un resultado.

*Sverdlik* llega a una conclusión similar a la de las posturas subjetivistas antes analizadas partiendo de la condición de control. Pero lo único que puede extraerse de la explicación de este autor es que la tentativa es lo que controla el sujeto que realiza la conducta antinormativa.

El subjetivismo alemán coincide con la postura de *Sverdlik* en que el resultado no debe contar en los casos de desvíos en el plan de acción. Si se parte de la equivalencia, lo que importa es el disvalor de acción, el resultado no agrega nada e incluso lleva a la doctrina al error de tergiversar la idea de control para poder abarcarlo en los de equivalencia entre el resultado previsto y el producido.

La exclusión de cualquier desvío del plan no parece resolver el problema, porque divergencias de detalle implicarían, automáticamente, un cambio en la responsabilidad del agente. Tampoco parece funcionar la idea de que los resultados deben ser valorativamente equivalentes, pues impulsa la adopción de un criterio de responsabilidad objetiva. Mientras que la opción de que solo las variaciones del resultado previsibles modifican la responsabilidad no parece adecuada cuando la

---

<sup>321</sup> Silva Sánchez indica que posturas teleológicas acerca del ilícito penal sostienen que: "El fundamento de lo injusto, desde perspectivas teleológicas, no es, pues, un elemento subjetivo (la intención, un acto interior de desobediencia), sino una conducta, en la medida en que ésta puede afectar en términos lesivos a los bienes jurídicos merecedores de protección penal. Esto es, en otras palabras, una conducta que contiene un *riesgo objetivo de lesión para bienes jurídicos*." (SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, pp. 387-388).

equivalencia de los resultados se deriva de variaciones irrelevantes, aunque imprevisibles, del plan del autor.

Esto hace que la única solución no problemática sea la equivalencia de tentativa y consumación y que siempre deba estarse a la conducta intencional como parámetro de la responsabilidad. Lo que rige la solución correcta es el control sobre la conducta y su correspondencia con la intención con que fue ejecutada.

El reproche justo o adecuado para este autor pasa por el disvalor de acción<sup>322</sup>, el resultado complica el análisis porque no pertenece al plano de la responsabilidad penal

Corresponde aclarar que nada indica que en los casos en que la conducta resulta inidonea *ex-ante* sea equivalente a los casos en que la conducta es capaz de alcanzar la meta propuesta. Es decir, que nada indica que comparta la idea del subjetivismo alemán de que las acciones que no son capaces de producir cambios en el mundo deban ser parte del juicio de ilicitud penal.

Las posiciones que he reseñado dejan en claro que existen diferencias entre perspectivas que genéricamente son subjetivistas. Todas comparten la conclusión de que el resultado no debe considerarse al momento de evaluar la responsabilidad moral o penal. Pero sólo el subjetivismo alemán y la postura de *Morse* pueden considerarse internalistas respecto del objeto de la desvaloración penal, es decir sólo ellos consideran que lo que el agente pretende debe evaluarse sin consideración a si lo que pretende tenga capacidad de ser realizado efectivamente.

Este internalismo hace que el subjetivismo penal se parezca al subjetivismo ético que sostiene que las opiniones morales están basadas en nuestros sentimientos. Las afirmaciones morales sólo expresan lo que el sujeto considera correcto o incorrecto y esto implica que no puede haber genuinos desacuerdos morales<sup>323</sup>.

---

<sup>322</sup> Aunque no necesariamente por la intención de la acción, pues puede haber reproche por acciones no intencionales. Esta idea parte de que existe una diferencia entre las necesidades explicativas y las necesidades evaluativas respecto del concepto de acción. Es decir, la diferencia entre cuándo hay acción y cuándo hay responsabilidad por la acción. Pero estos planos no son totalmente separables, pues cuando define a la muerte de B como accidental en el plano de la explicación, impide en el plano de la responsabilidad considerar ese resultado como parte de la responsabilidad de A.

<sup>323</sup> RACHELS, *Introducción a la filosofía moral*, p. 62 y ss.



La analogía consiste en que para el autor del hecho la comprensión de la realidad que acompaña a su voluntad de realizar una conducta prohibida u ordenada es lo que el derecho penal tomará como base del juicio de valor propio de la ilicitud.

En esta perspectiva, lo intersubjetivo queda excluido necesariamente. Es decir, no pertenece al acerbo teórico del subjetivismo que haya un contralor externo de la relevancia del hecho o de su valoración como tal.<sup>324</sup>

El subjetivismo alemán también considera una lógica de mundos posibles. El mundo posible del autor del hecho predomina sobre cualquier otro mundo. Siguiendo este camino un subjetivista podría plantear que no se aplica el mundo posible del autor cuando éste actúa contrariando leyes de la naturaleza o de forma supersticiosa. Esto significaría plantear que un límite del subjetivismo es alguna forma de racionalidad instrumental<sup>325</sup>, pero también significaría que lo subjetivo no siempre es determinante de la responsabilidad.

---

<sup>324</sup> Esta analogía no implica que se deba adscribir a alguna forma de realismo moral para adoptar una teoría que se aparte del subjetivismo individual. Incluso un subjetivismo colectivo podría cumplir ese cometido. A su vez, esta argumentación llama a reflexionar acerca del significado del error de tipo, pues la aceptación de esta categoría implica alguna forma de subjetivismo, se le da relevancia a lo que el agente cree que hizo (piensa que está disparando contra un animal y se trata de una persona), pero incluso en este tema predomina lo intersubjetivo, pues la relevancia y la evitabilidad del error es un criterio predominantemente social o intersubjetivo.

<sup>325</sup> Ver nota 65 y el texto pertinente. Se pueden plantear dos casos, en el primero A quiere matar a Napoleón Bonaparte, aunque sabe que es un personaje histórico que, entre otras cosas, fue el Primer Cónsul de la República francesa en 1799, pero cree que vive y que toma el té en su tumba todas las noches a las 21 horas, entonces envenena una taza de té, se la deja en su tumba a las 20.50 y se retira del lugar. El hecho referido a la muerte de Napoleón es el único hecho respecto del cual difiere con el resto del mundo. Hay una diferencia entre el que quiere matar a Napoleón Bonaparte y el que quiere matar a una persona real (actual), pero yerra con relación al tiempo en que una persona actual está en un lugar determinado (no está en la cama a la que dispara el autor). Es menos aceptable que se pueda intentar matar (actualmente) a alguien que no vive en este tiempo. En medio estaría el caso de disparar al muerto, pues la contigüidad entre vivo y muerto es distinta, pues en cuanto el error puede tener cierta razonabilidad. En todo caso matar al muerto, sea reciente o Napoleón, es contrario a las leyes de la naturaleza, aun cuando la razonabilidad del error sea muy diferente. Entonces, en los mundos posibles más cercanos a la creencia del autor, Napoleón está muerto, mientras que el que murió segundos antes de la tentativa no está muerto en los mundos posibles más cercanos. Ésta es una verdadera tentativa, mientras que tratar de matar a Napoleón no lo es. Aun cuando ambas presuponen contradecir que no se puede matar lo muerto. Pero estos mundos son construidos por otro distinto al autor de la conducta analizada, pues en su mundo posible, que para él es el actual, tanto el que murió recientemente como Napoleón viven. Se podría decir que el que quiere matar a Napoleón no entiende la realidad, pero ¿este sería un problema de tipicidad o de culpabilidad?.

Todas las formas de subjetivismo intentan eliminar la suerte por los resultados pero al costo de desplazar partes del contexto en que la conducta se desarrolla. La suerte sería un elemento del contexto de la voluntad que no puede afectar el juicio de contradicción con la norma. Esta eliminación tiene un gran costo, pues cuanto más se aleje el sentido de la acción del contexto intersubjetivo, el costo social del castigo es mayor<sup>326</sup>.

Incluso frente a una teoría simbólica o expresiva del castigo, se estaría comunicando la reafirmación de una norma que no contiene la prohibición de esa conducta concreta, sólo la contiene para la mente del autor. La pena no puede referirse al disvalor de intención en el mundo del autor. Incluso, es dudoso que esto sea una pena, pues está fuera del sistema normativo penal.

El subjetivismo, acertadamente, reconoce el problema de la suerte, pero su método de eliminación reconvierte el significado del castigo penal. Este costo es mucho mayor que el beneficio que se obtiene.

## B) Tesis de la diferencia punitiva

### a) Responsabilidad moral y diferencia punitiva

*Michael Moore* presenta una posición que hace depender la mayor gravedad del hecho, cuando se integra con un resultado, del merecimiento moral del agente. Este autor sostiene que la responsabilidad es necesaria y suficiente para el merecimiento y, consecuentemente, las tentativas responsables son punibles.

La cantidad de daño o lesión que un agente causa en la realidad, no es un elemento necesario ni suficiente, pero contribuye, independientemente, al merecimiento moral del agente responsable. Agrega que se trata de una relación débil con la responsabilidad. Para fundar su postura, *Moore* recurre al argumento de que la suerte por los resultados es indistinguible de la suerte por las variables causales que influyen en el comportamiento del agente. Eliminar a la suerte es imposible; si no

---

<sup>326</sup> Como en el caso de aplicarle una pena por tentativa de homicidio al que dejó a las 20.50 una taza de té en la tumba de Napoleón.

hay responsabilidad por la suerte, y la suerte es ineliminable, no habría forma de responsabilizar a las personas. Si no hay responsabilidad por los resultados no hay responsabilidad por las acciones tampoco<sup>327</sup>.

*El primer argumento que utiliza para afirmar la responsabilidad por los resultados es que muchos creen, intuitivamente, que, cuando el resultado se produce, un incremento del castigo se merece.* Los juicios morales son acerca de características objetivas del mundo y no sobre estados mentales subjetivos. Por lo tanto, hay criterios de verdad acerca de un juicio como “A merece más castigo” y la producción de un estado de cosas disvalioso permite fundar este juicio adecuadamente.

También se fundamenta en que muchas personas tienen más resentimiento contra los agentes que culpablemente causan resultados dañosos que contra quienes no los producen. Las emociones, a veces, responden a características objetivas, intrínsecamente morales, del mundo y la virtud de sentir una emoción apropiada es el mejor criterio acerca de qué es epistémicamente confiable como una guía hacia la verdad moral<sup>328</sup>. Las emociones, al igual que los juicios cognitivos, son proposicionales; son acerca de algo, de objetos<sup>329</sup>.

A su vez, *Moore* trata de fundar su postura en lo que denomina “experiencias en primera persona”. Argumenta que muchas personas se sienten más responsables cuando causan un daño que cuando fallan. No sólo se trata de más responsabilidad, sino de una diferencia cualitativa. Cuando se castiga una puesta en peligro o una tentativa, se trata de una preocupación narcisista, una especie de búsqueda de “mantener nuestra casa moral en orden”. Así, una culpabilidad que refleja una preocupación por otros es más virtuosa que una que sólo se ocupa de nuestra moral personal.

Estos argumentos hacen que la distinción entre tentativa y consumación sea no tanto una cuestión de fundamentación, de cuándo hay un ilícito punible (la culpabilidad de la conducta intencional basta para fundamentar la responsabilidad penal), sino de que

---

<sup>327</sup> Para una crítica a este argumento puede verse MORSE, Stephen, *University of Illinois Law Review*, 2004, p.414.

<sup>328</sup> Moore sostiene una forma de realismo moral.

<sup>329</sup> MOORE, *Placing Blame*, p. 230.

el resultado agrega algo que debe mensurarse. Esta conexión débil que sostiene *Moore* hace que su postura pueda encuadrarse en una versión de diferencia punitiva.

El fundamento de la postura de *Moore* es que una serie de indicadores como la intuición, las emociones y el resentimiento, permiten reconocer en el resultado concreto un elemento moral de agravamiento. Estos indicadores sólo operan cuando se encuentra dada una responsabilidad relativa a la conducta contraria a la norma, sólo justifican un incremento pero no fundamentan la responsabilidad penal. Los resultados, cuando se cumplen estos indicadores, son modificadores cualitativos de la misma.

Esto implica que los indicadores permiten descubrir una realidad moral detrás de ciertos resultados y no de otros. Esto le permitiría a *Moore* diferenciar entre resultados que agravan y los que no mediante juicios morales. De alguna manera estaría distinguiendo resultados por medio de un criterio de imputación moral.

#### b) Ventaja injusta y proporcionalidad

*Davis*<sup>330</sup> es el creador de una postura que pretende establecer un método para determinar el castigo apropiado a la seriedad del delito, es decir respetando el principio de proporcionalidad de los castigos.

La base de su postura reside en una versión del retribucionismo que sostiene que aquello que las penas tratan de compensar consiste en la ventaja injusta que el criminal obtiene al cometer el delito de que se trate; esta ventaja se le saca al ciudadano cumplidor de la ley. Se trata de una postura de *diferencia punitiva*, pues sostiene que su teoría no define cuestiones de demarcación, acerca de lo que debe o no contener el derecho penal, sino que se refiere a cuestiones de proporcionalidad entre ventaja injusta y castigo.

*Davis* parte de que un sistema penal razonablemente justo crea una práctica cooperativa<sup>331</sup>, que conlleva beneficios y cargas para todos. El delincuente evade una carga de auto-restricción que las reglas de la práctica mutuamente benéfica requieren

---

<sup>330</sup> DAVIS, *Law and Philosophy*, 1986, pp. 1-32; *Ethics*, 1983, pp. 726-752; *Philosophy Philos. Public Aff.*, 1986, 236-266; *Law and Philosophy*, 1993, pp. 133-156.

<sup>331</sup> En palabras exactas de Davis: "El derecho penal es, en sí mismo, un sistema viviente de cooperación." (DAVIS, *Law and Philosophy*, 1986, pp. 1-32.

de esa persona. Está rehusando pagar el precio por los beneficios que recibe; hace trampa al sistema. No se trata de la justificación del castigo respecto de la violación de una norma penal particular, sino de la distribución de cargas y beneficios existente debido a que rige una norma penal que pretende guiar la acción de todos<sup>332</sup>.

Para mensurar esta ventaja injusta y determinar la proporcionalidad del castigo, propone un sistema hipotético de subasta de licencias para cometer delitos<sup>333</sup>. Las licencias funcionan como una carta de perdón, un certificado que vale como pago a la sociedad por intentar o por cometer un delito determinado. En esta subasta no sólo puján los que pretenden cometer delitos con las licencias, sino también, asociaciones de ciudadanos que pretenden adquirir las licencias para evitar que las compren los delincuentes<sup>334</sup>. Esta subasta hará que los precios por las licencias indiquen cuál delito es más grave<sup>335</sup>.

---

<sup>332</sup> DAVIS, *Law and Philosophy*, 1986, p. 12. Este autor distingue entre cuestiones de demarcación, como por ejemplo si deben, en general, castigarse las tentativas, de cuestiones de proporción que se resuelven con su subasta de licencias.

<sup>333</sup> El sistema de subastas de Davis ha sido criticado por Duff quien sostiene que este método no refleja cuál es la ventaja injusta que obtiene el criminal de un delito, pues la licencia para robar quizás cotice más alto que la del homicidio. Además de que mucha gente no querría comprar un licencia para matar y sí una para evitar una multa por conducir imprudentemente (DUFF, *Law and Philosophy*, 1990, p. 10). Esta objeción es propia de la crítica general a la teoría de la ventaja injusta (BURGH, *The Journal of Philosophy*, 1982, p. 210).

En esta línea argumental, creo que si el homicidio es un delito que estadísticamente es menos común, ello significa que la mayoría de los que quieren delinquir hará subir el valor de las licencias de hurto, que es mucho más común. El que quiere volverse criminal no tiene en cuenta cuál delito le da una mayor ventaja sobre el ciudadano cumplidor de la ley, sino que considera la satisfacción que el delito le brinda, lo cual muy probablemente no coincida con la idea de ventaja injusta.

<sup>334</sup> Estas asociaciones son importantes para expresar el interés de los ciudadanos en adquirir las licencias para que no puedan ser usadas por los que quieren delinquir con ellas, permiten valorar cuál es la ventaja injusta desde el punto de vista de las posibles víctimas. Pero también generan ciertos problemas en el sistema de subastas, pues si el Estado percibe que las licencias que oferta, que representan la cantidad tolerable de delito en esa sociedad, no son usadas, sino que son adquiridas para guardarlas, pondrá más cantidad a la venta para mantener el nivel tolerado de delito, esto hará que las asociaciones no compren, pues no neutralizan el delito, por lo cual se perderá el efecto que producían de elevar el precio de las licencias y se perderá su visión de la ventaja injusta, quedando sólo las de los pretensos delincuentes.

<sup>335</sup> Existen ciertas limitaciones, no es posible comparar delitos que pertenecen a distintas clases, por ejemplo, las licencias para cometer atentados contra la libertad sexual y las que permiten evadir tributos. Por lo tanto, como lo plantea Duff se necesitaría otro método para hacer un ranking completo, la subasta sólo indicará una escala entre delitos que sean similares (DUFF, *Law and Philosophy*, 1990, p. 10).

Este método lleva a considerar que las licencias para tentativas son menos costosas que las licencias por obtener el resultado. Si es así, existe una razón para mantener las diferencias entre ambas<sup>336</sup>.

Uno de los motivos para que las licencias por intentar se adquieran y cuesten menos es porque el autor que falla, puede pagar con una licencia que le costó menos y no “desperdiciar” una licencia para cometer un delito consumado. Este ahorro de la licencia para el caso de tener éxito se justifica en que los delincuentes emprenden el delito para obtener el éxito, pero podrían cubrirse con una licencia menos cara para el caso de fallar, o bien, reservar la licencia para el éxito para el segundo intento que sería más seguro por tener la experiencia del primer intento fallido. También, supone que habrá más licencias para intentar que para consumir. Esto hace, aun frente a la intervención de las asociaciones de ciudadanos como compradores, que la mayor oferta haga que el precio sea menor. El problema que surge es que aparece una nueva clase de conducta disvaliosa, la delincuencia furtiva (*poaching*). Es decir, aquellos que intentarán o cometerán delitos sin licencia. Se trata de una clase especial de culpabilidad conectada con “hacer trampa” al sistema de subasta de licencias. Esta clase de meta-delito debería ser castigado muy severamente, pues desdibuja todo el sistema de valoración de la equiparación de la ventaja injusta<sup>337</sup>.

Este meta-delito implica que esa pena severa deberá ser determinada por fuera del sistema de subastas o bien, como indica *Duff*, por una meta-subasta, pero siempre va a poder existir una nueva infracción a esa meta-subasta, lo cual crea un círculo vicioso<sup>338</sup>. Este mismo autor critica otro problema generado por la delincuencia furtiva, que consiste en que las licencias para intentar serían como una invitación para este meta-delito<sup>339</sup>. Si la sociedad trata de desincentivar esta conducta debería dejar de ofrecer las licencias para intentar.

---

<sup>336</sup> Esto no discute el tema de si las tentativas deben ser consideradas delito o no, que es una cuestión distinta a la de cuan severamente deben ser castigadas, lo que se responde con la subasta.

<sup>337</sup> Este delito concurriría idealmente con el delito concreto ejecutado, lo cual hace más difícil asignarle una pena que sea preventiva.

<sup>338</sup> DUFF, *Law & Philosophy*, 1990, p. 12.

<sup>339</sup> DUFF, *Law & Philosophy*, 1990, p. 13.

Esta última crítica podría contestarse diciendo que en realidad las licencias para intentar deben ser ofertadas porque el sistema penal contempla las tentativas como un delito separado y debe haber oferta de licencias para todos los delitos penales<sup>340</sup>.

Si el autor de una tentativa, con licencia sólo para ella, logra el resultado no hay una acción de caza furtiva, pues sólo se agrega la producción del resultado luego de la tentativa acabada, por lo que no hay un incentivo a la delincuencia furtiva.

Aquél que se considera un delincuente hábil, deberá tener una licencia para el delito completo, si no quiere ser castigado por su éxito.

Esta respuesta indica que la cuestión de la ventaja del delito consumado, repite la discusión acerca de si el resultado es producto de la suerte o no. Si ocurre por la suerte, por qué el delincuente debe pagar penalmente por esa ventaja que, aunque fuera buscada y produjera cierta satisfacción, no es atribuible a su control.

Esta repetición del mismo problema indica que quizás la ventaja del resultado sea una ventaja a *pagar* en otro lugar del sistema normativo. *Davis* podría mantener que, como su teoría se refiere a la proporción de los castigos, no necesita responder a la cuestión de si el resultado es producto de la suerte. Ese sería un trabajo para una teoría sustantiva, no para una referida a la diferencia punitiva como es la suya.

Sin embargo, el problema renace por una característica de su teoría, la existencia de un nuevo (meta) delito “delincuencia furtiva”<sup>341</sup>. Al tratar de determinar cuál es el concepto de éste, la discusión por el resultado y la suerte vuelven a presentarse por

---

<sup>340</sup> Davis no apunta con su teoría a la construcción del sistema penal.

<sup>341</sup> Esta delincuencia es la que opera cuando se realiza el delito sin licencia para delinquir o con licencias que no cubren la totalidad del delito o la clase de delito de que se trate. Pero es esperable que no todos puedan acceder a las licencias, pues para ello el sistema de adjudicación es una subasta y no un reparto. La menor cantidad de licencias que de interesados en adquirirlas indica a las claras la tasa de deseo de cometer delitos de los postores y que algunos de ellos lo harán aun sin la licencia respectiva.

Además, Davis no indica cuál es el valor de cambio que recibe el Estado por las licencias, pero sí se sabe que los que no obtengan una licencia, igualmente tendrán interés en realizar el delito. Es decir, que habrá dos casos distintos de “delincuencia furtiva”, los que aprovechan una licencia incompleta como la de la tentativa para realizar el delito consumado y los que no pudieron acceder a las licencias por escasez de recursos. La distribución de esos recursos puede estar, a su vez, afectada por la suerte.

fuera de la subasta que estaba diseñada para excluirla, por lo menos en el nivel de la pena.

En resumen, la idea de *Davis* es que la ventaja específica que el agente toma cuando quebranta la ley, debe reflejarse en el castigo, cuya base es retributiva. Consiguientemente, las ventajas obtenidas de los meros intentos de cometer un delito grave son sustancialmente menores que la ventaja que se logra con la consumación y esto se refleja en la subasta de licencias. Por lo cual, el delincuente *merece* un castigo *sustancialmente* menor por las tentativas que por los delitos consumados<sup>342</sup>.

*Davis* plantea un modelo de construcción de castigos proporcionales basado en un criterio intersubjetivo bajo la forma de una subasta<sup>343</sup> que, a su vez, tiene en miras la idea de ventaja injusta que implica el delito. Por ello no discute si el resultado es un fundamento de la responsabilidad penal, sino cómo las personas perciben la ventaja que obtiene el que deja de cooperar mediante la comisión de un delito.

Sin embargo, en la tentativa pareciera que el que falla no obtiene ninguna ventaja real, entonces lo que se analiza es la expectativa de ventaja que implica el emprender el delito y la ventaja real de la consumación. La tentativa paga por la intromisión en la esfera de libertad de otro, intromisión temporaria que luego no se concreta en un resultado que sea consecuencia de esa arrogación.

Esta postura parecería excluir el fundamento subjetivo, pues la ventaja injusta pertenece a la percepción social del crimen. Si la ventaja injusta es la apropiación, aunque sea temporal, de un objeto de bien jurídico, o de su representación simbólica, el resultado es fundamental. Sin embargo, esto significa que volvemos al problema de cuándo la ventaja injusta es adecuadamente atribuida al autor, ¿el resultado producido por suerte es parte de la ventaja injusta o es injusto atribuirlo al autor? El problema de la suerte se reitera en esta concepción de la responsabilidad.

La compra o la puja por una licencia para un delito consumado muestra que la gente valora protegerse contra el castigo de resultados, pero esto no implica que ellos consideren que el resultado sea producto del autor del hecho o de su responsabilidad, significa simplemente que conocen que el derecho penal castiga por los resultados.

---

<sup>342</sup> Davis, *Law and Philosophy*, p. 29.

<sup>343</sup> Es un modelo basado en la teoría de los juegos.



c) Transitividad entre tentativa y consumación

El objetivo de *Katz* es encontrar una justificación no consecuencialista de la punición menor de la tentativa<sup>344</sup>. La cantidad de variantes que presenta la ejemplificación que usa para demostrar la diferencia entre consumación y tentativa es sumamente compleja<sup>345</sup>. Por ello, he tratado de ser lo más fiel posible a su obra.

Este autor reflexiona a partir de un ejemplo puesto por *Nozick* acerca de la “máquina de experiencias”<sup>346</sup> en la que una persona puede tener las experiencias que desee como si fueran reales, pero esa persona está flotando en un tanque con electrodos conectados a su cerebro. La pregunta es si es lo mismo vivir la experiencia que tenerla en la máquina. Modificando el ejemplo, *Katz* lo lleva a las experiencias negativas. Propone que, si la experiencia en la máquina consiste en ser un líder de un pelotón y en esa actividad se mata a otros, ello resulta diferente a ser un verdadero líder de pelotón que mata a otros. Sin embargo, si esa persona se sintiera orgullosa de sus logros, en igual manera, tanto si se trata de la experiencia en la máquina como en la realidad, se debería sentir igualmente culpable por las muertes en ambas situaciones. Debido a que esto no es así, el individuo piensa que actuó peor cuando mató en la realidad que cuando lo hizo imaginariamente, lo cual sugiere que el que yerra el disparo es menos “malo” que el que acierta.

Para demostrar su punto de vista, recurre a un ejemplo, más bien a una conjunción de hipótesis, en que tratará de demostrar que una clase inusual de intento no exitoso es menos grave moralmente que uno exitoso, pero más grave que la clase usual de intento no exitoso. Con lo cual, quedaría demostrado que el autor que logra la consumación debe ser castigado en forma más grave que el que no la logra.

La versión simple del caso plantea que una persona llamada Larry envenenó a cinco personas, intentando causar su muerte. Luego, se arrepiente y piensa en una forma de salvarlos. El veneno actúa de una forma filosóficamente conveniente, a dos les afecta los riñones, a otros dos los pulmones y al quinto el corazón. Los cinco pueden ser

---

<sup>344</sup> KATZ, *Cal. L. Rev.*, 2000, p. 792.

<sup>345</sup> MORSE, *University of Illinois Law Review*, 2004, p.425. La máquina Rube Goldberg es un aparato que es sumamente complejo que realiza una tarea muy simple en una forma muy rebuscada.

<sup>346</sup> NOZICK, *Anarquía, Estado y Utopía*, p. 53.

salvados por un trasplante, pero no existen donantes. Así es que Larry decide matar a otra persona para que le extraigan los órganos y salvarlos<sup>347</sup>.

A Larry, desde un punto de vista deontológico, no le estaría permitido acudir a esta solución. Existe una prohibición general que ordena que una persona debe abstenerse de realizar ciertas clases de intercambios que otorgan ventajas comparativas. Es decir, justamente lo prohibido es la base de sustentación del utilitarismo.

Luego plantea qué pasaría con la responsabilidad moral y legal de Larry según el curso de acción que elija. Si él hace lo correcto, abstenerse de matar a uno para salvar a cinco, será responsabilizado por cinco homicidios. Si él elige la conducta prohibida, matar uno para salvar a los cinco, y tiene éxito, será responsabilizado por un homicidio consumado y, dependiendo de cómo se construya el desistimiento, de cinco tentativas de homicidio. *Pareciera que cinco homicidios resultan ser peores que un homicidio y cinco tentativas*. Haciendo lo equivocado, él puede mejorar su situación legal y favorecer su posición moral.

Para probar su postura, presenta una variante en que se deben imaginar dos personas: Larry y Michael, cuyas vidas han sido idénticas, hasta que, cada uno por su lado, deciden envenenar a cinco personas. Lo hacen y, supongamos, que se les presenta Dios y ellos le preguntan qué deben hacer. Él les aconseja que no maten a una sexta persona para salvar a los otros cinco. Larry no le hace caso y Michael sí. Entonces, Larry mata a una sola persona por medio de la cual salva de la muerte a las cinco que había envenenado previamente. Mientras que Michael termina matando a cinco personas. En este caso Larry *se encontraría en una mejor posición moral*<sup>348</sup>.

Luego, considera una nueva variante del ejemplo de Larry Jr. y Michael. Ambos se encuentran en el momento previo a que comiencen a envenenar a sus víctimas. El plan completo de Larry Jr. es, *desde el comienzo*, envenenar a cinco y matar un sexto para curarlos. Michael, al contrario, solamente quiere envenenarlos y producir sus muertes. Ambos llevan adelante sus planes, sin eventos fortuitos no anticipados o cambios de ideas. Nuevamente debemos comparar sus cuentas morales: Larry Jr.

---

<sup>347</sup> El caso no plantea la participación del médico que hará el trasplante, ni cómo convence a las víctimas y una serie de complicaciones más, presupone que no hay inconveniente y el trasplante es seguro.

<sup>348</sup> KATZ, *Cal. L. Rev.*, 2000, p. 801.

sigue estando mejor que Michael, pues Larry Jr. ni siquiera puede ser considerado autor de tentativa, su intento fue de matar a solo una persona. Michael, al contrario, intentó matar a cinco y cumplió su plan.

Nuevamente, el autor modifica el planteo, supongamos que Larry y Michael intentaron matar a cinco personas, pero cuando ya les habían suministrado el veneno, Larry cambia de idea y decide actuar como Larry Jr. (matando a un sexto para salvarlos). Su conducta externa es igual a la de Larry Jr. (envenenar a cinco personas y matar a una para salvarlos), su estado mental es idéntico al de Michael hasta el momento en que decide matar al sexto (hasta ahí, matar a cinco). En el último minuto, su estado mental cambia al de Larry Jr., en otras palabras la acción de Larry es indistinguible de la de Larry Jr. y su estado mental es igual al de Michael, hasta que decide matar a un sexto hombre, entonces se equipara al estado mental de Larry Jr. Ello sugiere que la maldad de Larry se ubica en un punto entre la de Michael y la de Larry Jr.

Se podría argumentar que se encuentra mucho más cerca de la de Larry Jr. que de la de Michael. Imagine las conductas de los dos Larry de la siguiente forma:

Caso 1. Larry Jr. no puede decidir entre envenenar a cinco sin más o salvarlos matando a un sexto. Segundos antes de administrar el veneno, se decide por matar a un sexto.

Caso 2. Larry no puede decidirse entre envenenar a cinco o salvarlos después de que los envenenó, matando a un sexto. Segundos después de administrar el veneno se decide por salvarlos, siempre matando a un sexto. La diferencia en los casos 1 y 2 es de minutos. *Katz* se inclina por pensar que Larry no es mucho peor que Larry Jr.<sup>349</sup>. Para los propósitos de su demostración, todo lo que se necesita es no juzgar a Larry peor que a Michael.

Para acentuar su conclusión plantea una nueva variación del caso:

---

<sup>349</sup> Esta diferencia es el punto central de la crítica de Robinson a la postura de Katz. Éste último da una respuesta a la objeción con un nuevo argumento en la nota 13 del trabajo de Robinson (ROBINSON, *Cal. L. Rev.*, 2000, p. 818).

Caso 1. Larry envenena a cinco personas intentando matarlas. Luego de envenenados, cambia de opinión y los salva matando a un sexto. En otras palabras, cuando todo termina las cinco personas están vivas.

Caso 2. Stephen envenena a cinco personas intentando matarlas, pero la dosis que utiliza no es suficiente para matar (él puede administrar una segunda dosis y hacer segura la muerte, pero lo ve demasiado arriesgado o difícil y no lo hace). En otras palabras, las cinco víctimas están “vivas y coleando”.

¿Quién es peor, Larry o Stephen? Ambos comienzan tratando de matar a cinco personas, pero fallan en su empresa. Larry sin embargo, consigue el resultado de no matar a cinco mediante el homicidio de un sexto, mientras que Stephen consigue lo mismo sin hacer nada, es decir por no administrar una segunda dosis. La posición de Stephen es claramente mejor que la de Larry. A su vez, Stephen es mejor que Michael, quien intentó matar de idéntica forma, bajo idénticas circunstancias, por idénticas razones, y que tuvo éxito en hacerlo.

Pareciera que Michael es sustancialmente peor que Larry Jr. y Stephen sustancialmente mejor que Larry. Esto significa, al menos, que Larry y Larry Jr. están bastante más cerca en reproche entre sí que lo que existe entre Michael y Stephen.

El planteo puede resumirse de la siguiente manera esquemática:

Caso 1. El asesino A1 envenena a cinco personas y ellas mueren (Michael)

Caso 2. El asesino A2 envenena a cinco personas y las salva, matando a una sexta (Larry). La decisión de matar a la sexta persona es tomada *luego* de envenenar a las cinco primeras.

Caso 3. El asesino A3 envenena a cinco personas y las salva, matando a una sexta (Larry Jr.). La decisión de matar a la sexta persona es tomada *antes* de envenenar a las cinco primeras<sup>350</sup>.

---

<sup>350</sup> Si se pretende seguir el planteo de Katz desde el artículo de Morse debe tenerse en cuenta que el A2 de Morse se corresponde con el A3 (Larry Jr.) de mi texto, siendo que éste sigue el orden de Katz

Caso 4. El asesino A4 envenena a cinco personas. Se comprueba que el veneno era insuficiente para matar (Stephen).

La aproximación habitual al problema de los resultados es el que compara el caso de A1 con el de A4 (el asesino exitoso frente al que falla) y el subjetivismo trata de convencernos de que la suerte es todo lo que los separa. El planteo de *Katz* no parte de comparar A1 con A4; sino que parte de preguntarse por la comparación entre A1 y A2 y entre A3 y A4, sin apelar a la suerte.

La conclusión es:

A1 es peor que A2 y A3

A2 y A3 no tienen una diferencia significativa<sup>351</sup>

A3 es peor que A4.

A1 es peor que A4

De esta forma, el autor llega a la conclusión de que la diferencia entre tentativa acabada y consumación se encuentra justificada, concluyendo que:

“Si incluso aquellas acciones que son reprochables pueden mejorar el marcador moral del actor, entonces no es impensable que eventos sobre los cuales no tiene control puedan mejorar su marcador moral –tal como el vuelo de la bala que ya ha dejado el cargador del arma-. La legislación de la tentativa es perversa. Pero es la clase de perversidad que es inherente a un proceso de puntuación moral.”<sup>352</sup>

La diferencia que *Katz* encuentra es de naturaleza moral, no sobre el agente moral sino sobre el balance de sus acciones y los resultados de las mismas. En definitiva, su fundamentación es que las acciones no pueden separarse de sus resultados sin perder de vista el sentido moral de las mismas. Sin embargo, su argumentación, aunque

---

sin alterarlo. Si se desea hacerlo desde el trabajo de Robinson en la p. 814 aclara a quién se refiere en cada caso, incluyendo a Larry y Larry Jr. bajo A2 .

<sup>351</sup> Tanto Morse como Robinson critican esta afirmación, pues Larry Jr. no tiene intención de matar a las cinco primeras víctimas, pues decidió que las salvaría antes de darles el veneno, por lo cual habría dolo de lesiones graves sumado a dolo de homicidio consumado de la sexta víctima.

<sup>352</sup> KATZ, *Cal. L. Rev.*, 2000, p. 811.

inteligente, mezcla cuestiones relativas a la ejecución de una conducta antinormativa propia de la tentativa con cuestiones relativas al desistimiento o, más estrictamente, a arrepentimientos activos posteriores al acabamiento de la tentativa. Esta mezcla incluye acciones de salvamento y la consideración de saldos o balances propios de la exclusión del ilícito más que de su fundamentación<sup>353</sup>. Esto lleva a que los casos presenten, en el plano penal, conclusiones que no pueden ser refrendadas directamente.

Lo que demuestra es que el resultado cuenta, pero no dice cómo cuenta. Es decir, a qué parte de la teoría del delito adscribir esa relevancia. *Lo que sostiene el autor es que su postura permite afirmar que se trata de una diferencia deontológica y, por lo tanto, vinculada al merecimiento y no sólo a un problema de graduación de la pena. Por ello, su postura es en favor de la tesis de la diferencia estructural.*

Las posturas deontológicas sostienen que algunas elecciones no pueden ser justificadas por sus efectos, algunas elecciones o acciones están moralmente prohibidas sin importar cuán moralmente buenas sean sus consecuencias. Lo que hace a una elección correcta es la conformidad con una norma moral.

La idea de *Katz* de que se puede tener una mejor posición o *score* moral en sentido deontológico matando a una sexta persona, aparece como contradictoria. El autor viola cinco veces la regla de que no debe ejecutarse una conducta que ponga en riesgo la vida de una persona. A su vez, piensa solucionar *ex post* esa violación pasada con un acto actual de infracción de la misma norma o, directamente, a la que dispone que no se debe matar. La compensación de resultados que efectúa no puede significar reparación o desaparición de sus actos deontológicamente disvaliosos.

d) El argumento de la omisión culpable (de auxilio en posición de garante)

El encabezado trata de pasar el argumento de *Russell*<sup>354</sup> a nuestro léxico penal. Sencillamente parte de la comparación de un caso real “*State v. Smith*”<sup>355</sup> con uno hipotético, siguiendo la lógica del argumento de *Katz*, para sostener que la

---

<sup>353</sup> Robinson señala la cuestión del arrepentimiento activo como una concesión a razones prácticas y consecuencialistas (ROBINSON, *Cal. L. Rev.*, 2000, p. 818).

<sup>354</sup> RUSSELL, *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y*, 2004, pp. 419-435.

<sup>355</sup> 409 N.E 2d 1119 (Ind. Ct. App 1980).

diferenciación punitiva es correcta. Smith apuñaló a su tío, dejándolo gravemente herido. Acto seguido lo llevó al hospital donde se le salvó la vida. Sin la rápida ayuda del agresor, la persona hubiera muerto.

En la variante, Smith<sub>2</sub> apuñala pero no ayuda. No es que el resultado marque la diferencia entre ambos casos. Pero Smith cumple con un deber de auxiliar o socorrer a la víctima que no cumple Smith<sub>2</sub>. La decisión de cumplir con este deber y prevenir el daño hace que su reprochabilidad sea menor. Basta el esfuerzo de buena fe para prevenir el daño<sup>356</sup> aunque el daño se produzca igualmente. Consecuentemente, “aparte de causar un resultado prohibido, el deber de actuar para prevenir el daño luego de colocar a una persona o sus intereses en riesgo, da una base adicional- y que no se funda en la suerte por el resultado- para la diferenciación punitiva.”<sup>357</sup>

Luego, *Russell* pasa a contestar dos posibles grupos de casos que resultarían problemáticos desde su perspectiva. Se trata de qué ocurre cuando el autor exitoso cumple con el deber y la víctima, de todas formas, muere; y qué sucede cuando y cuando el autor cuyo hecho queda en tentativa viola el deber y la víctima sobrevive.

La respuesta es que los defensores de la diferenciación punitiva todavía abogarán por castigar la consumación del que cumple el deber más severamente que la tentativa del que lo incumple. Pero argumenta que peor es la posición de quienes defienden la igualdad punitiva, pues deberían estar dispuestos a castigar ciertas tentativas más severamente que algunas consumaciones (diferenciación inversa)<sup>358</sup>, lo cual resulta aún más contra intuitivo que la hipótesis de que sean castigadas igual. Sin embargo, como no diferencian entre tentativa y consumación, cometen una injusticia similar que la que atribuyen a los que sí diferencian. Es decir, los autores no pueden ser castigados en proporción a sus merecimientos comparativos<sup>359</sup>.

Sin embargo, esta crítica es falsa, parte de que los que defienden la identidad aceptan el argumento de que la diferencia no reside en el resultado debido a la suerte sino en la violación de un deber de auxilio. *Russell* instituye al deber de auxilio como base

---

<sup>356</sup> RUSSELL, *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y*, 2004, p. 431.

<sup>357</sup> RUSSELL, *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y*, 2004, p. 432.

<sup>358</sup> Serían las tentativas que no intentan cumplir con el deber de auxilio y las que lo intentan pero fallan.

<sup>359</sup> RUSSELL, *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y*, 2004, p. 433.

adicional del reproche y luego afirma que los que no diferencian aceptan que el fundamento de la diferencia es el incumplimiento de ese deber de auxilio.

El deber de auxilio actúa como un modificador de la responsabilidad sólo en los casos en que la tentativa deja un espacio de acción para evitar el resultado (que es el modelo que toma *Russell*) o cuando la tentativa es, directamente, por omisión. En estos casos, lo más relevante es si viola o no el deber, no la producción del resultado misma, ella sólo vale cuando deriva de la violación del deber. Esto hace que en los casos en que el resultado no se produce, pero sí se viola el deber de auxilio, el reproche debería ser mayor que en los casos en que el resultado se produce pero sin violación de este deber.

Las tentativas con violación del deber son más graves que sin tal quebrantamiento y las consumaciones sin violación del deber de auxilio no tienen el plus que justifique la imputación del resultado. Entonces, *Russell* debería concluir que las tentativas y las consumaciones que no dan oportunidad al surgimiento del deber de auxilio deberían estar equiparadas desde la perspectiva de esta base adicional para la diferenciación punitiva<sup>360</sup>. Sólo en la clase de casos que trata *Russell* hay un indicador para descartar que el resultado sea producto de la suerte. En este sentido, los homicidios instantáneos serían menos graves que los que admiten tiempo para el auxilio. Una posibilidad a analizar es si son más graves porque eliminan *ab initio* la posibilidad de salvamento.

#### e) Análisis económico del derecho y tentativa

Desde la perspectiva del análisis económico del derecho, *Shavell* ha intentado dar una justificación de la punición de la tentativa y de la diferencia de escalas con el delito consumado<sup>361</sup>. Este autor comienza analizando por qué se deberían castigar las tentativas. Una razón es porque elevan la disuasión al aumentar las posibilidades de

---

<sup>360</sup> *Russell* no trata estos casos en su artículo, pero esta debería ser su conclusión, salvo que hubiera otro fundamento para la distinción. La idea de este autor sobre el deber de auxilio, se aproxima al problema del desistimiento en la tentativa acabada y al de la prohibición de sobrevaloración del aporte del partícipe, pero en una variante acerca del autor, se puede decir que el autor es autor por acción y por omisión (del deber de auxilio), entonces debería elegirse al autor por acción como se hace con el partícipe. Sin que deje por ello de ser la faz omisiva relevante, cuanto menos para la imputación del resultado.

<sup>361</sup> SHAVELL, *Journal of Legal Studies*, 1990, p. 435-466.



imponer sanciones. Sin embargo, este argumento no es verdadero dado que para los delitos consumados existe un límite a la posibilidad de aumentar los castigos que es la prisión perpetua. A su vez, los delitos deben diferenciar entre distintos tipos de lesión, pues deben disuadir al posible autor de cometer delitos más graves. Si todos los delitos consumados tuvieran la pena máxima, habría un incentivo para cometer delitos más graves (disuasión marginal)<sup>362</sup>. Entonces, el escalamiento, los castigos y el límite temporal de las penas hacen que la sociedad deba apuntar a la probabilidad de imponer sanciones. Es decir, aumentando el riesgo de ser descubierto y condenado<sup>363</sup>.

El argumento de *Shavell* es que la tentativa aumenta la disuasión suplementaria a los delitos consumados, aumentar la magnitud o la probabilidad de castigo de los delitos consumados no es un sustituto de la punición de las tentativas. Esta teoría considera que la pena óptima en cuanto a la disuasión depende de la probabilidad de que una persona sea detenida y castigada por cometer el delito consumado y la tentativa; entonces, si ambas son diferentes, las escalas de una y otra forma de realización deben ser también modificadas<sup>364</sup>. Luego divide su análisis con base en dos hipótesis acerca de la información que poseen los tribunales respecto de la tentativa; por un lado, si el conocimiento es perfecto y, por el otro, si es imperfecto. En el primer caso sostiene que:

“Primero, el castigo de las tentativas es deseable para actos cuya expectativa de producir un daño es lo suficientemente alta como para crear adecuadamente una expectativa alta de castigo. Segundo, la magnitud óptima de la sanción para una tentativa no se determina

---

<sup>362</sup> Para un estudio sobre disuasión marginal desde la misma perspectiva del texto que aquí se considera puede verse SHAVELL, *International Review of Law and Economics*, 1992, pp. 345-355.

<sup>363</sup> El artículo de Shavell no dice nada acerca de las normas procesales como forma de aumentar la probabilidad de castigo. Quizás porque el derecho procesal se refiere a los casos ya descubiertos, la idea del texto es de trabajar sobre la cifra negra.

<sup>364</sup> Esto hace una diferencia de costos del sistema penal, si es menos costoso aumentar la pena para disuadir, que el gasto necesario para aumentar el descubrimiento de los delitos, puede optarse por escalas más altas; con un límite en que la amenaza pierde efecto en el punto en que los destinatarios detectan el déficit de descubrimiento.

uniformemente y puede ser igual (o en teoría exceder) a la sanción por causar un daño.”<sup>365</sup>

Debido a que el juez tiene toda la información sobre el hecho, conoce la magnitud de la probabilidad de daño, puede haber dos consecuencias: una que la consumación no sea relevante para graduar la pena y otra, la más extraña, es que si el resultado sigue contando como agravante, la tentativa deba ser castigada con una escala envolvente, más baja y más alta que el delito consumado. Si la escala fuera diferenciada (entre tentativas y consumaciones) debería haber una parte de la escala de la tentativa que excediera la de la consumación. Si la escala fuera unificada habría tentativas más severamente castigadas que algunos delitos consumados. Esta última posibilidad avala la postura de que no debe haber atenuación ni agravación obligatoria entre tentativa y consumación. Las consumaciones con baja probabilidad de producir daño deberían ser castigadas menos severamente que las tentativas con alta probabilidad.

Para la segunda posibilidad, cuando la información de los tribunales es imperfecta, expresa:

“...*es deseable castigar las tentativas por actos en los cuales el daño potencial es suficientemente elevado.* A diferencia de antes, sin embargo, el castigo de las tentativas tiene la desventaja de que aquellos que causen un daño con una probabilidad baja enfrenten una expectativa de sanción excesiva. De ello se siguen diversas implicaciones. Primero, las sanciones óptimas para las tentativas son positivas sólo cuando las sanciones por causar daño son máximas. Segundo, la sanción óptima para una tentativa es unilateralmente determinada y representa el mejor compromiso entre la ventaja de incrementar la disuasión de los actos que causan daño con alta probabilidad y la desventaja de crear sanciones excesivas para actos que causan daño con baja probabilidad. Tercero, este mejor compromiso lleva a elevar las sanciones óptimas para actos que causan daño con alta probabilidad. Así, la sanción óptima para las tentativas crece con la distribución de las probabilidades de causar daño.”<sup>366</sup> <sup>367</sup> Las sanciones óptimas para las tentativas son positivas sólo cuando las sanciones por causar daño son máximas.

---

<sup>365</sup> SHAVELL, *Journal of Legal Studies*, 1990, p. 441.

<sup>366</sup> SHAVELL, *Journal of Legal Studies*, 1990, p. 444.

En definitiva, *Shavell* llega a la conclusión de que el castigo de la tentativa puede ser deseable en tanto haya una razón para limitar la sanción por la producción de daño. Toda restricción a la sanción por el daño fortalece el argumento a favor de la punición de la tentativa; porque estas restricciones reducen el valor de disuasión del castigo de los delitos consumados<sup>368</sup>.

Si el castigo de los delitos consumados no es acorde a un máximo de disuasión, por cualquier motivo que sea, léase disuasión marginal y proporcionalidad, debe agregarse disuasión por vía de las tentativas. Ello obliga, también por disuasión marginal y por las limitaciones de conocimiento del juzgador, a que las tentativas sean castigadas menos gravemente que los delitos consumados.

*Kramer* considera que existen dos obstáculos para equiparar las penas de la tentativa y el delito consumado<sup>369</sup>. La primera es que el fracaso de la tentativa puede indicar que es menos lesiva que un delito consumado similar. Si la tentativa es detectada en una etapa temprana, puede no existir suficiente daño social como para imponer un castigo. La segunda es que las penas graves para las tentativas acarrearán altos costos sociales. El costo del encarcelamiento se incrementa en la medida en que se dictan sentencias más largas. A su vez, quienes hayan iniciado su tentativa no se detendrán, pues no tienen nada que perder. Al contrario, incitaría a que los delincuentes se inclinen a realizar delitos más graves.

Por su parte, continuando con los argumentos de este autor, la disuasión marginal refuta la opción de no castigar las tentativas. No castigar las tentativas parte de la idea de que el daño social es bajo y los costos de error son altos. Sin embargo, esto hace que el agente carezca de incentivos para no iniciar una tentativa y para detenerse una vez iniciada.

---

<sup>367</sup> Respecto a la proposición: “las sanciones óptimas para las tentativas son positivas sólo cuando las sanciones por causar daño son máximas”, considero que debe interpretarse de la siguiente manera: si la sanción por homicidio es la máxima posible, no se necesita sancionar las tentativas, porque disuade por sí misma; si las sanciones por homicidio son muy bajas, la tentativa no llega a la sanción óptima; si la sanción por homicidio es la máxima disuasión, la sanción de la tentativa podrá ser óptima para la disuasión marginal.

<sup>368</sup> SHAVELL, *Journal of Legal Studies*, 1990, p. 448.

<sup>369</sup> KRAMER, *J. Crim. L. & Criminology*, 1990-1991, p. 409.

Castigar las tentativas con una pena inferior al delito consumado reconoce la disuasión marginal. La meta de la graduación de las sanciones de las tentativas es minimizar los costos sociales haciendo que los delincuentes se movilen de delitos más graves a menos graves a través de incentivos o desincentivos vinculados con la magnitud y la probabilidad de las sanciones penales<sup>370</sup>.

El problema reside en que el método de graduación de la pena es poco claro<sup>371</sup>. A partir de allí, comienza a perfilar su método que no se basa en el daño social sino en una combinación de éste con el beneficio que obtiene o el costo que significa el hecho para el delincuente, que él llama costo/beneficio privado. Con este método propone una *desaceleración* de las sanciones para la tentativa. Ella consiste en diferenciar, por ejemplo, momentos o etapas de la tentativa para determinar cuánta pena desincentiva a seguir: así, en una tentativa de cuatro pasos, los dos primeros tendrán una pena más baja, el tercero una más alta y el cuarto (que implicaría una tentativa acabada) una más baja que el tercero. Esta rebaja es porque el beneficio para el delincuente está muy cerca y para desincentivarlo, una pena más alta no sirve. La equiparación con la consumación no sirve, pues lo lleva a consumir, un incremento que deje la pena entre el paso tres y la consumación no aporta la suficiente disuasión marginal, por lo tanto, sólo queda reducir la pena con relación al paso tres<sup>372</sup>.

Para estas posturas basadas en la idea de disuasión o, más apropiadamente, en una graduación de las sanciones basada en incentivos, no hay un fundamento por el cual estructuralmente la tentativa deba ser castigada en menor medida que la consumación; sin embargo, en esta lógica, concluyen que la solución racional es que las tentativas tengan una reducción de escala con relación al delito consumado.

Un problema para avalar esta postura reside en la propia estructura del utilitarismo. En éste, por definición, la tentativa es menos eficiente para reducir la infelicidad, o

---

<sup>370</sup> KRAMER, *J. Crim. L. & Criminology*, 1990-1991, p. 410.

<sup>371</sup> KRAMER, *J. Crim. L. & Criminology*, 1990-1991, p. 410.

<sup>372</sup> Hay que tener en cuenta que esta propuesta parte de un sistema en que no se tiene en cuenta el desistimiento o abandono, que lleva a la impunidad en cualquier etapa previa a la tentativa acabada. Lo que ocurre es que una regla sobre desistimiento como la de nuestro código penal, es un factor de turbulencia en cualquier teoría que pretenda aplicar criterios de disuasión marginal.

para empeorar el mundo, que los delitos consumados; por lo cual hay una diferencia entre ambos que surge del principio básico de esta teoría o conjunto de teorías<sup>373</sup>.

Resulta muy interesante la idea de una escala penal “envolvente” para la tentativa, es decir que habría tentativas que pueden ser castigadas más severamente que los delitos consumados de la misma especie. Esto se vincula con la idea de que la comparación entre mundos posibles más cercanos genera casos en que el resultado se produce en el mundo real, pero no en los posibles más cercanos, por lo cual debería castigarse este hecho consumado (o falsamente consumado) con una pena menor que otros hechos consumados en que hay concordancia entre mundo real o actual y los mundos posibles. En los casos de discordancia, la postura de *Shavell* coincide aunque por fundamentos distintos con la de mundos posibles. En los casos de discordancia, porque no se produce el resultado en el mundo actual y sí se produciría en los posibles más cercanos, la pena para esta tentativa (o *pseudo* tentativa) debería ser superior al del delito consumado, con lo que nuevamente coinciden en las consecuencias ambas posturas.

Esto significa que la aplicación de criterios de mundos posibles puede tener una fundamentación desde el análisis económico del derecho, cuanto menos desde la perspectiva de *Shavell*.

#### f) Balance Provisional

La postura de *Moore* parte del *realismo moral*, es decir que los juicios morales pueden ser verificados con relación a una realidad moral objetiva. La significación moral del resultado debe analizarse en el marco de una conexión débil con el juicio penal, es decir, que si existe, según sea el caso, aporta un disvalor adicional al hecho del agente. El resultado es un elemento de agravamiento moral cualitativo.

*Moore* se opone a la eliminación de la suerte como algo que pueda aislarse sin que la valoración del hecho pierda su significado. Pues, la eliminación de la suerte por los resultados lleva a la necesidad de prescindir de toda clase de suerte, incluso de la implicada en la causalidad y la conducta.

---

<sup>373</sup> Para un análisis del tema desde la perspectiva de la disuasión puede verse el trabajo de FERRANTE, *Expresso Preprint Series*, 2005, Paper 482.

Esta defensa de la tesis de la diferencia se basa en postulados difíciles de aceptar, pues exige creer en el realismo moral, en cierta ontología moral en que la prueba de su existencia es la experiencia personal, las emociones o la intuición.

Otra defensa de la tesis de la diferencia es la de *Davis* de que el delito es una ventaja injusta de la que se apropia el autor del hecho. Lo que determina la injusticia es el quebrantamiento de la norma, es decir que no se trata de una postura metafísica sino práctica. La medida de la gravedad depende de cuánto se pagaría por licencias para delinquir en una determinada sociedad.

Se puede pensar que en esa sociedad se encuentran establecidos los delitos pero no las penas. Las mismas dependerán del precio de las licencias que adquieren los que piensan delinquir y los ciudadanos que no quieren que esas licencias sean usadas<sup>374</sup>.

Este sistema permite concluir que los ciudadanos pagan más para evitar los resultados y los delincuentes pagan más para ser impunes cuando los obtienen.

A su vez, aunque *Davis* no lo plantea, esta postura exigiría que la puja por las licencias se produzca entre ciudadanos y delincuentes. Si los ciudadanos no pujaran, el valor de la licencia que surja de las ofertas de los que pretenden cometer el delito no posee el valor indicativo que pretende el autor. Pues, si a los ciudadanos no les interesa esa licencia es porque no consideran que los afecte, que el delito lesione algún valor que daba ser protegido. Entonces, la hipótesis de la subasta también podría servir para determinar qué se debe considerar delito<sup>375</sup>.

---

<sup>374</sup> En esta sociedad hay una diferencia entre el Estado que piensa que cierta cantidad de delitos es aceptable y los ciudadanos que quieren reducir o eliminar el delito. Si los ciudadanos compraran todas las licencias, existiría la caza furtiva, es decir la delincuencia sin licencia. Si el Estado no quisiera castigar todos los delitos sin licencia con la misma pena o escala penal, debería hacer una distinción, por ejemplo por la gravedad del delito en cuestión y entonces se generaría un meta-sistema penal que sería un reflejo, aunque con penas más elevadas, del sistema penal de licencias. Pero entonces, ¿qué sentido tendría establecer el sistema de licencias? El planteo de *Davis* presupone que los ciudadanos no poseen el dinero suficiente para comprar todas las licencias o, como expresamente lo plantea, el Estado emitiría más cantidad de licencias hasta que se asegure que el número suficiente termina en manos de los que pretenden delinquir.

<sup>375</sup> ¿Por qué los ciudadanos pujarían por una licencia de tentativa inidónea? Este caso sería el último delito por el cual pujarían, sólo si les sobrara el dinero y no hubiera más licencias que comprar. Los delincuentes sólo pujarían por ellas en caso de que se quisieran asegurar de no gastar innecesariamente una licencia de tentativa idónea. Pero en cualquier caso de cierta escasez de dinero el valor sería cercano a cero. Si nadie las comprara el Estado las dejaría de emitir.

Sin embargo, pareciera que *Davis* parte de una consideración moral para determinar qué es delito<sup>376</sup> y de una razón práctica para determinar la pena o escala penal. Esta característica permite deducir que la diferencia entre tentativa y consumación en los delitos de resultado es relativa, pues depende de las circunstancias de la sociedad de que se trate reflejada en el sistema de licencias y de su configuración concreta.

En definitiva, aunque *Davis* considere que el sistema de subasta de licencias siempre tendrá como consecuencia que las licencias que se refieren a los resultados serán más valiosas que las de tentativas, las variables que pueden incluirse en el modelo que usa permiten relativizar esa consecuencia.

*Katz* nos acerca otra idea acerca de cómo se puede justificar la tesis de la diferencia. La idea general es que si un agente que pone en riesgo la vida de cinco personas y las salva matando a una, su conducta es menos grave que si deja morir a los cinco. Si intenta matar a uno y el resultado no se produce, es menos grave que si hubiera logrado su meta. La puntuación moral del autor de tentativa es diferente a la del que produce el resultado.

Para *Katz* hay una *diferencia deontológica* entre un hecho con resultado lesivo y uno que no lo produce. Pero su postura depende de que al iluminar ciertas diferencias produce el efecto de oscurecer ciertas características de los hechos que compara. Se podría decir que su idea se resume en “*menos resultados, menos malo*”.

Pero su idea es insensible, entre otras cosas, al tiempo en que se quebrantan las normas de sus ejemplos. Plantea los casos como si ocurrieran al mismo tiempo y como si se tratara de una única norma. Salvar a cinco luego de la tentativa acabada, matando posteriormente a un sexto, no puede solucionarse, desde una perspectiva deontológica, con un análisis *ex-post*. Pues desde esa perspectiva se mantiene en el tiempo, en que se dirige a matar el sexto, la norma que le dice “no mates” y ello le impide compensar con esa muerte sus acciones anteriores.

---

<sup>376</sup> Sin perjuicio de que en la consideración moral pudieran haber surgido diferencias de gravedad, éstas podrían ser borradas para acceder sin que se reflejen y afecten al sistema de subasta de licencias. Pero si la sociedad ya tenía en cuenta diferencias morales entre tentativa y consumación, es muy difícil que no se reflejen en la compra de licencias.

Los quebrantamientos normativos respecto de los cinco ya están fijos en el pasado, pero desde la postura de *Katz* el quebrantamiento está en espera de que se produzca o no el resultado. Cualquier evitación del resultado por una conducta del autor implica un desistimiento y sólo resta entonces pagar el costo del desistimiento, es decir la muerte del sexto.

El significado del desistimiento de la tentativa es un punto muy importante para la postura de *Katz*. Porque para que su solución sea correcta deontológicamente, el desistimiento tiene que tener ese carácter. Si responde sólo a consideraciones preventivas o consecuencialistas no puede influir sobre la valoración de la ilicitud (deontológica) de la conducta.

*Katz* considera que aun cuando no se tomara como un desistimiento, la conclusión sería la misma, pero se analizarían cinco tentativas con un homicidio por oposición a cinco homicidios consumados. Igualmente se mantiene la confusión entre qué se considera prohibido y cómo se lo castiga, *Katz* dice que responde a la primera pregunta cuando está respondiendo a la segunda.

*Russell* plantea que el plus de disvalor del resultado reside en la violación de un deber de auxilio que surge entre la tentativa y la producción del resultado. Este es un argumento que no abarca todo el campo de la discusión, sólo justificaría la diferencia punitiva en los casos en que este deber se concreta.

En los casos en que no hay una composición entre acción y omisión, el resultado no debería valorarse o debería hacérselo con base en que la acción era tan efectiva que no dio lugar a la aparición del deber de auxiliar, es decir la autoexclusión del deber de auxilio agrava. También podría pensarse en que el disponerse a auxiliar ya cumple con el deber, aunque sea una tentativa inidónea de salvamento (derivada de la eficacia de su propia acción precedente) ya cumple con el deber y releva del plus de disvalor del resultado, el valor de intención compensa el plus. Pero entonces, se aproximaría a una solución subjetivista.

Esto no lo aclara *Russell* y hace incompleta su descripción y análisis del problema.

En el caso de *Shavell* el objetivo es disuadir del delito, por ello no parte de una idea preconcebida de que la tentativa es menos que la consumación o que la tentativa y la



consumación están equiparadas. Por ello, la idea de una “*escala envolvente*” en que algunas consumaciones sean castigadas menos severamente que algunas tentativas y a la inversa permite salir de una visión formalista del problema.

La idea de una escala envolvente puede ser una conclusión aceptable para una propuesta de mundos posibles, pues habrá tentativas que en los mundos posibles más cercanos se consuman y por ello contienen un alto disvalor de resultado aun cuando no se hallan consumado en el mundo actual. Mientras que otras que poseen una baja capacidad de concreción aun cuando hayan sido exitosas. Esto hace que el mero hecho de haber consumado el resultado no sea el parámetro adecuado para determinar el disvalor del hecho, como se pretende desde una postura resultatista naturalista.

La línea divisoria de las escalas diferenciadas entre tentativa y delito consumado no es la producción en el mundo de un resultado material, pues si lo fuera no podría haber una escala envolvente como plantean estos autores. En la solución de mundos posibles la escala actual diferenciada es en sí misma parcialmente envolvente si se la analiza con base en el disvalor de resultado contrafáctico. Es envolvente en lo que las escalas de tentativa y consumación se superponen, pero sólo parcialmente porque debería ser posible sostener que ciertos ilícitos con resultado aunque con bajo disvalor de resultado contrafáctico se encontrarían en el mismo nivel de valoración que ciertas tentativas con un disvalor de resultado contrafáctico similar a esas consumaciones materiales, los cuales deberían poder ser ubicados en la parte de la escala reducida por tentativa. A su vez, algunas tentativas de alto disvalor contrafáctico deberían ser castigadas en la parte de la escala que sólo corresponde al delito consumado.

Las teorías de la identidad se equivocan en la medida en que excluyen al disvalor de resultado del ilícito penal atacando al resultado material como portador de ese disvalor.

Las teorías de la diferencia se equivocan cuando asumen que el resultado material es el elemento diferenciador. Esto ocurre tanto bajo la forma de ventaja injusta al estilo de *Davis*, los indicadores morales en el caso de *Moore* o simplemente bajo la idea de causación del resultado como lo hace la dogmática continental tradicional.

## C) La diferencia como postura intermedia

### a) Responsabilidad frente a obligación

*Michael Zimmerman* plantea el problema de la suerte moral en forma de silogismo<sup>377</sup>:

1. Una persona P es moralmente responsable por la producción de un evento *e*, sólo si la producción de *e* no fue una cuestión de suerte.
2. No existe evento cuya producción no sea una cuestión de suerte.
3. No hay evento por cuya ocurrencia P sea moralmente responsable.

El acertijo se supone que reside en que las premisas son verdaderas y la conclusión falsa. *Feinberg* acepta la conclusión, *Nagel* acepta las dos premisas y niega la conclusión y *Williams* acepta la segunda premisa, pero niega la primera. La clase de responsabilidad que considera *Zimmerman* es aquella que tiene una conexión esencial con la libertad de la voluntad o de la acción. En este sentido “responsabilidad” significa que si alguien es responsable por algún evento, entonces él es sujeto de elogio o reproche por tal evento. Tanto elogio como reproche pueden ser de una *clase inactiva* como *activa*. El reproche o elogio *inactivo* consiste en una evaluación positiva o negativa del agente a la luz del evento. Tales elogios o reproches no son acciones, sólo meros juicios, juicios acerca de la posición moral (del valor moral) de la persona a la luz del evento en cuestión. No siendo acciones, tales juicios de elogio o reproche no son asunto de justificación moral, aunque, como juicios, sí son tema de justificación epistémica.

El elogio o reproche *activo* –referido a acciones que usualmente sirven para expresar, y que presuponen, juicios de elogio o reproche– son, por supuesto, tema de justificación moral; tan es así que, como acciones, ellas pueden ser moralmente correctas o equivocadas. Hay una gran diferencia entre juicios *internos* de elogio o reproche y *externos* o sobre acciones expresivas de tales juicios. *Zimmerman* define a

---

<sup>377</sup> ZIMMERMAN, *Luck and Moral Responsibility*, en *Moral Luck*, 1993, p. 217-233.

la suerte resultante (por los resultados) como aquella consistente en suerte con respecto a aquellos resultados de las decisiones, acciones y omisiones propias.

Toma la idea de *Nagel* de que la suerte está relacionada con alguna forma de ausencia de control: lo que ocurre como una cuestión de suerte es algo que sucede fuera del control de cualquiera. Pero él distingue dos vías para que algo pueda estar fuera de nuestro control. El *control restringido* respecto a un evento con relación al cual el sujeto puede hacer surgir su existencia o prevenirla y el *control irrestricto* o completo respecto de un evento cuando el agente goza de control restringido de ese evento y también controla todos aquellos eventos por los cuales su producción o existencia es contingente.

*Zimmerman* sostiene que el control restringido o débil basta para fundar un juicio de reproche o alabanza.

A su vez, considera que el *indicador directo* de la responsabilidad moral es la intención y la conducta y el *indicador indirecto* es el resultado. Pero que si tratamos con juicios de reproche el agente que logró el resultado responde *por algo más* que el que no lo logró, lo cual no significa que deba *responder más*, sólo que *hay algo más* por lo cual debe responder. En definitiva, considera justificado el reproche activo (castigo) con base en el resultado, aunque no repercuta sobre la responsabilidad moral del agente que depende, enteramente, de su decisión de acción. La idea de control restringido es la fuente del disvalor del resultado para determinar el reproche.

En un trabajo posterior<sup>378</sup> plantea la cuestión desde otra perspectiva. Sostiene que la suerte es irrelevante para la responsabilidad moral. Es imposible que alguien sea más culpable porque logre obtener un resultado que aquel que buscó el mismo resultado, actuando de una forma idéntica, pero en el camino de su disparo mortal se cruzó un ave evitando el resultado.

Sin embargo, cuando fundamenta su postura vuelve a la distinción de su trabajo anterior: el que logra el resultado es responsable por más cosas que el que falla. Esta diferencia se funda en que es necesario distinguir entre el *grado de responsabilidad* y la *extensión o ámbito de la misma*. En cuanto al grado, ambos agentes son

---

<sup>378</sup> ZIMMERMAN, *The Journal of Philosophy*, 2002, pp. 553-576.

igualmente responsables por su tentativa de matar. Pero el que mató hizo algo moralmente disvalioso que no hizo el que falló. Reafirma que esta diferencia no tiene que ver con el merecimiento de ambos agentes, merecen por igual. El grado de responsabilidad o merecimiento se vincula con el grado de control del agente, pero la extensión de la responsabilidad puede abarcar otros factores.

El juicio sobre la conducta del agente y su control es un juicio que *Zimmerman* denomina *hipológico*, mientras que el relativo al resultado es un juicio *deontológico*. Los juicios deontológicos se vinculan con la justificación moral de una actitud reactiva mayor sobre el que obtiene el resultado. Podría justificarse moralmente una pena mayor para la consumación, pero como cuestión ajena al merecimiento. Unos años después el autor retoma su pensamiento, en otro trabajo sobre suerte moral<sup>379</sup>, para explicar con mayor detenimiento la distinción entre juicios hipológicos y deontológicos. Los juicios hipológicos son prospectivos, debido a que tratan de establecer si un agente tenía una determinada obligación en un tiempo *t* de realizar una conducta en un tiempo posterior a *t* (*t\**). Hasta ese momento la obligación permanece sin resolver, por lo que su cumplimiento o incumplimiento espera su determinación. Cuando esta cuestión se resuelve la obligación desaparece (está cumplida o incumplida) y con ella el objeto de esta clase de juicios. Por lo cual, la cuestión de la suerte en esta clase de juicios debe ser analizada cuando se incurre en la obligación y no cuando se resuelve la obligación (cumplimiento o incumplimiento). Los juicios deontológicos son retrospectivos, tratan de cuándo y cómo se incurre en responsabilidad. Los juicios hipológicos se basan predominantemente en la conducta, aunque pueden comprender aspectos vinculados con el agente<sup>380</sup>, mientras que los deontológicos se refieren sólo al agente<sup>381</sup>.

Luego de esta introducción retoma el caso de los dos tiradores, para sostener, nuevamente, su distinción entre grados de responsabilidad y extensión o ámbito de la misma. Pero detalla que lo que llama acción mínima es la decisión de actuar de una determinada manera (de apretar el gatillo, por ejemplo) y que ella es lo único que se

---

<sup>379</sup> ZIMMERMAN, *Can. J. Philos.*, 2006, pp. 585-608.

<sup>380</sup> El autor no especifica qué elementos podrían referirse al agente y cuáles excederían el marco de estos juicios por pertenecer a la categoría de responsabilidad por el carácter.

<sup>381</sup> El cuadro de juicios lo completaría el de los aretaicos que se refieren a la responsabilidad por el carácter.

encuentra bajo su control directo, el resto de los pasos hasta el impacto del proyectil en el cuerpo de la víctima y la muerte de la misma se encuentran bajo un control indirecto del agente<sup>382</sup>. El grado de responsabilidad depende sólo de aquello que controla directamente, ambos agentes responden en igual grado. Pero el espectro o extensión de su responsabilidad varía, pues uno de ellos logró el impacto del proyectil en el cuerpo de la víctima y el resultado muerte. En este espacio el ámbito de responsabilidad es irrelevante para establecer cómo el agente debe ser juzgado<sup>383</sup>.

La distinción entre control directo e indirecto puede trasladarse al concepto de obligación moral, por lo cual una obligación indirecta sería aquella que obliga a lograr algo por medio de otra conducta. El ejemplo de *Zimmerman* es el de un doctor que está obligado a restablecer la salud de su paciente mediante la aplicación de una inyección. La obligación directa es restablecer la salud del paciente y la indirecta el medio, la inyección, respecto de la cual no es relevante cómo la lleva adelante, si con más o menos conductas parciales, lo relevante es el cumplimiento de ésta para el logro de la obligación principal o directa. Por ello las conductas o eventos necesarios para la ejecución y cumplimiento de la obligación directa no tienen un peso moral en el merecimiento del agente, sólo generarán más cantidad de errores en el curso del intento del cumplimiento de la misma. Esto lleva a que este agente responderá por más cosas, pero no por algo diferente al primero. Ambos (tiradores) fallan al intentar cumplir su obligación directa y allí reside el merecimiento.

Luego, *Zimmerman* quiere poner de manifiesto que, en el marco del lenguaje vinculado con el concepto de responsabilidad, la distinción entre responsabilidad directa e indirecta se corresponde con la de control directo e indirecto. Así, se puede ser responsable directo sólo de aquello sobre lo que el agente tiene control directo. En el lenguaje de la obligación, se da la situación inversa, se es responsable directo (restablecer la salud del paciente) por aquello sobre lo que el médico tiene control

---

<sup>382</sup> El control indirecto se refiere al caso en que la persona no controla una conducta o un evento, pero si controló su actuar precedente, sería similar al fundamento de la responsabilidad en la *actio libera in causa*.

<sup>383</sup> ZIMMERMAN, *Can. J. Philos.*, 2006, p. 599. El autor lo compara con el valor instrumental por oposición al valor intrínseco. El primero puede llevar a que haya más cosas buenas, pero eso no significa que haya más bien en el mundo.

indirecto, mientras que sobre la obligación indirecta (la forma de llegar a ese resultado) tiene control directo.

De esto concluye que los juicios de responsabilidad (deontológicos) se basan en el agente y los relativos a la obligación (hipológicos) se basan en conductas. De esta forma lo externo al agente cuenta en los primeros y no cuenta en los segundos. Esta disparidad genera una disparidad en la forma en que estos juicios son afectados por la suerte. El cumplimiento de una obligación depende de la intervención de la suerte, pues se necesita la cooperación del mundo exterior, mientras que la responsabilidad no.

La idea de *Zimmerman* es interesante porque parte de una postura acerca de la obligación moral o legal como incluyente del resultado. El médico está obligado a restaurar la salud del paciente, esto es parte de la conducta del agente obligado. La obligación incluye la producción o evitación de un resultado<sup>384</sup>. La responsabilidad que apunta al agente no puede cargarle esta parte de la obligación por carecer de control. Así el incumplimiento de una parte de la obligación puede estar exenta de responsabilidad (entendida como merecimiento).

*Zimmerman*, cuando se refiere a la suerte, diferencia entre asumir una obligación y cumplirla. Esta distinción podría sustentar una compatibilización de la postura de este autor y el principio “deber implica poder”. Este principio, a simple vista, parece no cumplirse cuando se incluye al resultado sin más en la obligación del agente, pues cuando a éste no le sea posible cumplir esa parte de su obligación (de no producción o evitación del resultado), no debería ser su obligación.

Si se distingue entre el tiempo de asumir la obligación y el tiempo de cumplir esa obligación, la máxima recupera su operatividad. Al tiempo de asumir es posible hipotéticamente cumplir con el resultado, mientras que al tiempo de ejecutar esa obligación puede ocurrir que el mundo no coopere con el agente y el resultado sea inalcanzable, momento en el cual no es su deber alcanzarlo o evitarlo. Pero si lo alcanza, aunque sea por una cooperación del mundo, su obligación ha sido cumplida o incumplida completamente, según sea su formulación.

---

<sup>384</sup> Porque es parte de la conducta del agente. Para *Zimmerman*, desde la decisión hasta el resultado son parte de la conducta o acción.

La idea de *Zimmerman*, es que este esquema de obligación no es simétrico con el de responsabilidad del agente que está fundada en el merecimiento. Quizás, en esta lógica, la idea de deber esté más cerca de la de responsabilidad que de la de obligación<sup>385</sup>. En el tema específico de la imputación de resultados, para la discusión central de este capítulo, *Zimmerman* apuntalaría, parcialmente, la postura de la indiferencia o identidad, la tentativa vale igual que la consumación, en lo que respecta al merecimiento de los agentes involucrados. Sin embargo, no descarta que las actitudes reactivas puedan fundar un reproche basado en lo que hizo (a) demás el agente que logró el resultado. Pero este reproche es porque su acción fue más efectiva, sin importar cuanta suerte influyó en esa efectividad.

Esa suerte es depurada en el pasaje al agente, éste no puede controlar el resultado y por ende no es responsable por lo que su acción logró o produjo. Este desdoblamiento entre la acción y el agente funda dos juicios morales diferentes.

La postura de *Zimmerman*, retomando la discusión sobre la identidad o la diferencia entre tentativa y consumación, aporta una justificación para ambas posturas, pues los juicios sobre la conducta sólo remiten al merecimiento y dan la razón a los subjetivistas, mientras que los juicios deontológicos incluyen al resultado como producto del agente. Aunque en este último caso no se trate de merecimiento, el castigo penal y el reproche moral no se limitan al mismo, sino que incluyen un desvalor ínsito al agente por ser un agente que emprende la conducta que produce el resultado, aunque en parte sea por la suerte por lo que logra esa meta.

La idea de *Zimmerman* sobre la diferencia entre obligación y merecimiento es parte de esta distinción acerca de la responsabilidad moral. La obligación (moral o penal) se incumple, completamente, cuando se logra el resultado; la obligación directa del agente es evitar el resultado. El reproche por merecimiento no comprende a este resultado porque reconoce que deriva, parcialmente, de la suerte. Mientras que en los juicios sobre la obligación reconoce que hay suerte, pero su valoración se fundamenta en que es desencadenada por la conducta del agente, sobre la que tiene control directo. Empezar una conducta que genera ciertas condiciones del resultado, o que no las interrumpe (omisiones), es suficiente para que el agente se

---

<sup>385</sup> Esta idea compatibiliza con la de Armin Kaufmann en lo que toca a la existencia de capacidad de acción para que la obligación se concrete en deber.

deba hacer cargo del resultado. La suerte fue ubicada en el lugar en que se encuentra por el propio agente con su conducta. Esto es lo que sostiene al juicio deontológico que incluye en su ámbito al resultado.

En definitiva *Zimmerman* considera que la suerte moral no mina, *per se*, el reproche moral, puede juzgarse al agente que produce el resultado más severamente, a pesar de la suerte por los resultados. El error de los sostenedores de la identidad es que consideran como única fuente de los juicios morales a los juicios hipológicos relativos al merecimiento, error que se extendería al fundamento de la responsabilidad penal.

La culpabilidad penal tampoco se limita al merecimiento, pues existen otras justificaciones morales para el castigo penal. Las teorías de la identidad, que en su mayoría son subjetivistas, deberían creer, entonces, que la única justificación para el castigo es el merecimiento. Por ello tales teorías estarían vinculadas a cierto trasfondo retributivo del derecho penal, una interpretación de la retribución (R1) que no incluya resultados. Pero si la retribución (R2) se basa en juicios deontológicos ¿cómo hacer para llegar a ella desde un juicio hipológico?

En este punto la discusión pasa por determinar cuál es el concepto correcto de retribución. Las demás teorías de justificación moral del castigo no se basan exclusivamente en juicios hipológicos.

#### b) Historial moral frente a valor moral

*John Greco* considera que además de la paradoja que implica la suerte moral, es decir que si todo ocurre como una cuestión de suerte nadie es responsable de nada, existe otra que se refiere justamente al problema de la suerte por los resultados y la desigual responsabilidad que ella implica<sup>386</sup>.

Esta segunda paradoja no se hace evidente porque todo parece ser una cuestión de suerte. Así, el problema parece ser que agentes que son en ciertos aspectos similares merecen evaluaciones morales similares. Pero, ante cualquier agente que es candidato de elogio o reproche moral, es posible describir un segundo agente que es similar en los aspectos relevantes, pero que no es no elogiado o reprochado por el

---

<sup>386</sup> GRECO, *Metaphilosophy*, 1995, p. 81.



evento en cuestión. Como en la primera paradoja, el resultado amenaza ser que nadie es moralmente responsable por nada de lo que pase.

*Greco* recurre al ejemplo de los conductores alcoholizados D1 y D2. Si los dos conductores en esas condiciones conducen sus respectivos automóviles y sólo D1 atropella a un peatón, la muerte del peatón es cuestión de suerte (no tiene control respecto a que un peatón estuviera allí) y por lo tanto D1 no es responsable por matar a un peatón. En tanto que D2 no mata a ningún peatón, no puede ser responsable por homicidio. Consecuentemente, si eliminamos el resultado del reproche, D1 y D2 tienen el mismo grado de responsabilidad: ninguno de los dos es responsable por matar a un peatón<sup>387</sup>.

*Greco* explica que la solución de *Zimmerman* a la primera paradoja distinguiendo entre distintas clases de juicios y lo que sería una forma de responsabilidad sustancial relativa a la conducta y una insustancial en cuanto a que el que logra el resultado sólo realiza más cosas para el reproche, permitiría centrar la responsabilidad en la conducta que es idéntica.

Usando esta distinción se podría sugerir que D1 merece un reproche insustancial por matar al peatón, pero no reproche sustancial. La idea es que el reproche sustancial, o el reproche que cuenta contra el estatus moral de la persona, debe ser encontrado en otro lugar distinto del resultado. Por ejemplo, se podría pensar que tanto D1 como D2 son sustancialmente reprochables por beber y conducir. Desde este punto de vista, el reproche sustancial se fundamenta en las acciones libres pero no en las consecuencias de esas acciones. Esta postura reconoce el rol de la suerte en la determinación de las consecuencias de las acciones, y busca aislar la responsabilidad derivada de la suerte fundando el reproche sustancial en las acciones en sí mismas. Hasta aquí podríamos asimilar la conclusión anterior al planteo del subjetivismo alemán.

*Greco* agrega una variante al caso: D3 va a una fiesta, se emborracha, decide conducir su auto; pero pierde el conocimiento antes de poner el auto en marcha. El autor indica que no es posible reprochar a D3 por beber y conducir, ya que él no bebe y conduce. Pero es una cuestión de suerte que D3 se desmaye antes de conducir,

---

<sup>387</sup> Es evidente que es este ejemplo responde a la lógica de los delitos de resultado negligentes.

mientras que D1 y D2 no tienen tal suerte. ¿Cómo podemos fundamentar la aserción de que D1 y D2 están sujetos a más reproche que D3? Parece equivocado decir que D3 es mejor persona en virtud del hecho de que no condujo su auto alcoholizado. Si se continúa con esta estrategia de aislar el reproche sustancial debe retrocederse aún más. El siguiente paso es decir que sin perjuicio de que D3 no realizó la conducta de beber y conducir, él *decidió* beber y conducir. Esto sugiere que el reproche sustancial se fundamenta en las decisiones libres del agente. Por lo tanto, los tres sujetos son iguales en su estatus moral.

Ahora bien, *Greco* vuelve a variar el caso: D4 ni siquiera decidió beber y conducir, pues estaba retrasado con su trabajo y se quedó a hacerlo por la noche. D4 no se hubiera quedado trabajando si no estuviera retrasado, sino que hubiera ido a la fiesta y podría haber decidido libremente beber y conducir. Podríamos decir que D4 es una persona que todo el tiempo decide libremente beber y luego conducir y que hubiera continuado con este comportamiento si hubiera tenido oportunidad de hacerlo. ¿Es D4 superior moralmente a D1, D2 y D3 por no haber decidido beber y conducir? La intuición de *Greco* es que la respuesta es no, sino que es, también, una cuestión de suerte que D4 se hubiera tenido que quedar trabajando la noche de la fiesta, y una cuestión de suerte que D1, D2 y D3 no hayan tenido que trabajar hasta tarde.

Podemos continuar buscando un fundamento para el reproche sustancial, pero nos llevaría por caminos muy lejanos de nuestras intuiciones de sentido común. Por ejemplo, se podría sugerir que podemos reprochar a las cuatro personas por la clase de personas que podrían decidir beber y conducir si tuvieran la oportunidad. Esto significa que las personas nunca pueden ser sustancialmente reprochables por sus decisiones, acciones o las consecuencias de sus acciones. Además, la gente será reprochada sustancialmente por ser de la clase de persona que podría elegir actuar en cierta forma, incluso si no eligen o no actúan de tal forma. *Greco* continua esta línea argumental indicando que si aceptáramos estos resultados contraintuitivos, esta postura fracasa en resolver el problema debido a que es posible imaginar a una persona D5 que no es la clase de persona que elegiría beber y conducir dada la oportunidad, pero sólo porque perdió un amigo cercano por beber y conducir y se encuentra sensibilizado por los peligros que implica tal accionar.

A su vez, podemos decir que D1, D2, D3 y D4 si hubieran perdido a un amigo cercano por beber y conducir se habrían convertido en personas que no decidirían libremente beber y conducir. También es posible imaginar a D5 como sensible a este riesgo debido a un curso al que concurrió y se concienció de ello. Si se imagina a D1, D2, D3 y D4 todos matriculados en el mismo curso, pero fueron excluidos del mismo por un error de la computadora. La única cosa que separa a D5 de los otros es una cuestión de suerte. Entonces, D5 no es reprochable por ser la clase de persona que decidiría beber y conducir si tuviera la oportunidad. Habiendo desistido de encontrar un fundamento para la reprochabilidad sustancial, se llega a la segunda paradoja que indica que no hay diferencia entre dos personas respecto a un resultado, excepto por factores que están fuera de su control, por lo que no se diferencian en su responsabilidad por la producción del resultado.

Siempre será posible hacer una comparación entre agentes tal que la suerte sea lo único que los diferencia. Finalmente, ningún evento, conducta o decisión puede generar responsabilidad, nadie es moralmente responsable por nada. Sin embargo, *Greco* no avala esta conclusión, parte de una distinción entre la responsabilidad moral y el valor moral. La responsabilidad moral se basa en el *historial moral* de una persona, que es una función de lo que esa persona decide y hace voluntariamente. Mientras que el *valor moral* de una persona es una función de lo que ella podría decidir voluntariamente y lo que podría hacer voluntariamente en una variedad de circunstancias en las que esa persona podría no encontrarse nunca.

Esto permite decir que todos los conductores de los ejemplos son iguales en su valor moral, desde que todos ellos podrían haber tomado, voluntariamente, las mismas decisiones y cometido los mismos actos en las mismas circunstancias. Pero esto no es lo mismo que decir que ellos tienen un historial moral igual o que son igualmente responsables por los mismos eventos o por como las cosas resultaron en la realidad. Así, retornando el ejemplo, D1 tiene un peor historial moral que cualquier otro de los conductores. D1 mató a un peatón y es responsable por matarlo como una consecuencia previsible de su acción voluntaria. Esto no hace que D1 sea una persona peor que las otras, aun cuando todos los conductores son iguales respecto a las decisiones voluntarias y a las acciones que podrían haber tomado en una variedad de situaciones. Otra forma de presentar este punto es decir que el valor moral es una

cuestión de carácter, más que de elecciones y acciones reales. El historial moral comprende la suma total de todos aquellos eventos por los cuales puede ser reprochado o elogiado. Ello incluye las decisiones, las acciones voluntarias y las consecuencias previsibles de aquellas decisiones y acciones.

Lo que es extraño en *Greco* es cómo llega a la conclusión de que el historial moral de una persona incluye los resultados. Se puede estar de acuerdo en que las comparaciones de las acciones reales con las hipotéticas de otras personas pueden indicar que nadie es responsable por nada o que todos lo son por todo, incluso por el carácter. Pero, desde este punto de partida, afirmar la inclusión del resultado porque es algo que existe y que está vinculado a la decisión y la conducta del agente no constituye un argumento válido. *Greco* acepta que ese resultado puede, igualmente, deberse a la suerte, pero sostiene que no es paradójico, debido a que está conectado con el agente de una forma razonable. La fundamentación requerida puede provenir de su postura epistemológica. El conocimiento se fundaría en las virtudes epistémicas del agente, consistente en, por ejemplo, el conocimiento inductivo. Si el agente es un razonador eficaz, su decisión, su acción y las consecuencias tienen una vinculación que va más allá de la suerte verídica que es la suerte equivalente, en epistemología, a la suerte por los resultados.

La postura de *Greco* puede denominarse confiabilismo de virtudes (*virtue confiabilism*) y sostiene que el conocimiento se funda en las virtudes (habilidades o excelencias) cognitivas del agente<sup>388</sup>. Si el agente no es confiable se debe a que

---

<sup>388</sup> Ernst Sosa formula una posición similar al sostener que una creencia verdadera constituye conocimiento sólo si es “apta”, esto es sólo si es verdadera porque es el resultado de las habilidades o competencias del sujeto. Whiting afirma que, desde la perspectiva de Sosa o de *Greco*, se supone que esta idea permite explicar por qué el conocimiento sería un valor fundamental o final, como fin en sí mismo, independientemente de cualquier valor instrumental que podría tener (WHITING, *Ratio*, 2012, pp. 216-230). En este sentido, la imputación de resultados sería secundaria ante el valor principal de la virtud epistémica del agente, pero como derivado de esa virtud, la atribución del resultado es (válidamente) parte de alguna clase de juicio evaluativo. Whiting pone en cuestión esta aproximación de *Greco* y considera que es diferente el valor de estar haciendo algo y el del estado de cosas resultante, pone un ejemplo respecto a la diferencia entre graduarse en una universidad y el estar graduado en la misma. El valor de graduarse viene del esfuerzo y habilidades, pero el estado de graduado tiene un valor por el futuro empleo o beneficios que obtendrá del mismo. Analógicamente, el disvalor de ejecutar un homicidio y el resultado de esa ejecución pueden variar en valor entre sí, y sólo el primero parece vinculado con sus habilidades o competencias, aunque el resultado sea consecuencia del uso de esas habilidades. Whiting concluye que “el estado relevante no es

carece de esas virtudes, aunque logre el resultado buscado éste será debido a la suerte y no a su conocimiento<sup>389</sup>. Este autor sostiene, en definitiva, una postura intermedia. Los resultados cuentan porque modifican el historial moral del agente, pero, a su vez, siempre y cuando puedan pasar el control del confiabilismo de virtudes. Es decir, siempre que el agente actúe y logre el resultado por el ejercicio de ciertas virtudes que hacen confiable que la conducta pueda arribar al resultado. Lo confiable es algo que está en el propio agente que se manifiesta en su conducta, por ello es apta para producir el resultado que en definitiva se dio en la realidad.

---

directamente valioso y que la intuición en contrario es el resultado de proyectar equivocadamente en el estado el valor del logro que implica el camino que significa llegar a él. Recomienda una alternativa que consiste en analizar los juicios acerca del valor epistémico de estados desde la historia que los vindica”. Es decir, que sólo cuando esa historia tuviera valor tendría valor el logro, pero no por sí mismo. Es interesante ver el argumento desde la idea de futuro, el graduado tiene un futuro por haberse graduado, el homicida priva de un cierto futuro a la víctima por su éxito al matar, ese enriquecimiento futuro y esa privación futura indican el valor o disvalor, respectivamente, del estado de cosas. El homicidio se desaprueba porque priva a la víctima de todo futuro (por el contrario, piénsese en quienes se suicidan o matan a otros para tener un futuro en la historia o la posteridad –el asesino de John Lennon sería un arquetipo de la segunda variante-), las lesiones porque la priva de cierto futuro inmediato o mediato por sus secuelas si las hubiera. Esta idea sería la derivada de la postura de Whitig: disvaloro el resultado por la conducta y las habilidades internas del autor puesta en pos de ese resultado, debido a que esas habilidades permiten prever el resultado, el mismo es parte de su demérito y, a su vez, disvaloro el resultado como estado de cosas privador de logros futuros de la víctima. Entonces, el disvalor de resultado es *ex-ante* por su conexión con el sujeto, sus habilidades y su actualización de esas habilidades (conducta) y es *ex-futuro* por la privación que implica. Esta idea de privación (de futuro) es parte de lo que se discute en derecho penal con el significado de los llamados adelantamientos de la causalidad o la causalidad de reemplazo, no se trata de un “lenguaje” ajeno al derecho penal .

<sup>389</sup> Este confiabilismo lleva a una evaluación del carácter del agente para luego analizar sus acciones y los resultados. La racionalidad de la conducta que los subjetivistas intentan introducir con base en el sustrato objetivo del tipo penal, los confiabilistas de la virtud la introducen a través del carácter. Esto quiere decir que los tipos objetivos se dirigen a sujetos con ciertas virtudes epistémicas mínimas y a partir de ese umbral, el disvalor se gradúa hacia arriba. Esto llevaría a sostener que el tipo objetivo es graduable, a mayor virtudes cognitivas, mayor enfrentamiento con la norma. Enfrentamiento objetivo, no subjetivo, el conocimiento es un problema de tipo objetivo. El conocimiento deriva de este proceso confiable basado en virtudes epistémicas. El aspecto subjetivo se vincula más con las creencias que no llegan a conocimiento y que pueden resultar verdaderas, ciertas tentativas inidóneas caerían en esta categoría, aquellas cuya inidoneidad no es tan segura. El margen de duda objetiva respecto al procedimiento emprendido por el autor es el parámetro de la determinación del disvalor – objetivo- de la conducta en el marco del tipo penal objetivo. Conclusiones similares pueden obtenerse a partir de otras posturas epistémicas que no recurren al carácter para evaluar el conocimiento.

c) Identidad y carácter

*Judith Jarvis Thomson* plantea que si aceptamos el determinismo la conclusión es que nadie responde por lo que hace porque nadie puede abstenerse de hacer lo que hace. El planteo apunta a que la visión de *Nagel* y *Williams* acerca de la suerte moral se le parece en que si los resultados de las conductas son debidos a la suerte, nadie responde más que por su conducta. Esto lleva a lo que ella llama el *resultado fuerte*: frente a cualquier cosa que hagamos, nuestro hacer no es nuestro descrédito.

*Thomson* plantea que no siempre los resultados son debidos a la suerte, en el caso en que el asesino que dispara a la cabeza de la víctima a quemarropa no puede decirse que su acierto es por casualidad o suerte. Mientras que si fallara, podría decirse que la falta del resultado es debida a la suerte.

Entonces, si un agente no merece un descrédito diferente por realizar una conducta determinada que por realizarla y obtener el resultado, si no hay diferencia el descrédito se ubica en otro lugar. Podría residir en los actos mentales que dan origen a una intención. De ello deriva el *resultado débil*: *nuestro hacer contiene un descrédito por aquellos actos mentales por los cuales lo actuamos.*

Ante este resultado débil toma en consideración dos variantes de un concepto de responsabilidad. La primera se refiere a que las personas responden por los *estados de cosas* (resultados) sólo si fueron causados por una conducta ilícita respecto de la cual no se tiene una excusa adecuada. La segunda indica que una persona responde *por hacer algo*, cuando el hacer ese algo sea una conducta ilícita para la cual no tiene una excusa adecuada. El resultado débil no se ocupa del grado de descrédito que merece una persona por el advenimiento de un resultado o un estado de cosas, sólo apunta al grado de descrédito que corresponde a nuestro hacer. Pero estas variantes del concepto de culpabilidad no admiten grados, para hacerlo se necesita otro concepto de culpabilidad que indicaría que: *una persona es más o menos responsable según se tenga una razón fuerte o débil para pensar que es una mala persona.*

*Thomson* considera que esta versión de culpabilidad es la que “merodea” la idea de descrédito en el resultado débil. Sin embargo, no hay motivos para sostener que lograr el resultado implique una diferencia en la clase de persona que es. En la evaluación de si una persona es buena o mala, la suerte por los resultados no juega

ningún papel, pero la suerte constitutiva y circunstancial sí, pues aquél que tiene un carácter vicioso puede ser calificado de mala persona aunque ese carácter reposa en su mala suerte constitutiva. *Thomson* considera que el resultado débil es compatible con que una persona sea responsabilizada por los resultados que causa (primera variante del concepto de responsabilidad). Pero será responsable por esos resultados si puede considerarse responsable bajo la segunda versión del concepto de responsabilidad. Así, quien quiere matar a otro y lo logra, es responsable por el resultado de su conducta y hay razones fuertes para considerarlo mala persona. Pero esto no lo diferencia del que quiere el resultado, ejecuta su conducta de la misma forma, y no lo obtiene.

En resumen, *Thomson* parece sostener que los resultados cuentan cuando pueden atribuirse al agente por su conducta ilícita o incorrecta, pero que ello no va a hacer una diferencia con aquel que no logra el resultado cuando entre los dos haya razones fuertes para considerarlos malas personas. El resultado cuenta pero no hace una diferencia cuando las razones respecto al carácter que manifiesta su hacer son de igual entidad. Tentativa y consumación en el delito doloso no deben diferenciarse si no es por existencia de razones fuertes para desvalorar el carácter de uno de los agentes por sobre el del otro.

#### d) Balance Provisional

El concepto de responsabilidad de *Zimmerman* parte de la premisa que la justificación moral del merecimiento (juicios hipológicos) es diferente de la justificación moral de la responsabilidad (juicios deontológicos), debido a que se basan en distintas clases de juicios morales. Es decir, merecimiento de la conducta y responsabilidad del agente no tienen la misma respuesta.

La teoría de la identidad sólo opera con los juicios que se refieren a la justificación del merecimiento. Mientras que distintas posturas dentro de la teoría de la diferencia, continental europea, perciben esta distinción con formulaciones diversas. Así aquellos que dividen el plano del merecimiento y el de necesidad de pena o que distinguen entre norma de determinación y de valoración.

En el marco de esta argumentación, se deberán formular ambos juicios frente a cada hecho concreto y determinar si ellos concluyen en un juicio negativo sobre la

conducta y el resultado o difieren entre sí, debiendo operar el derecho penal conforme esa convergencia o divergencia.

El problema de esta postura es que el resultado en el juicio que le corresponde se imputa aunque haya habido suerte moral. Para su planteo esta suerte es irrelevante, pero no se la excluye. Se recrea o reconstruye el problema de tal forma que deja de ser relevante, pero no se resuelve el cuestionamiento de que “nadie debe *responder* por su suerte”.

En el caso de *Greco* también puede verse una postura intermedia entre equivalencia y diferencia. Los resultados cuentan porque modifican el historial moral del agente, siempre que el agente actúe y logre el resultado por el ejercicio de las virtudes que hacen confiable que la conducta que ejecuta pueda arribar al resultado.

La capacidad de resultado está en el agente que elige una conducta objetivamente apta para la producción del resultado. La relación de sentido está centrada en el agente.

El planteo de *Thomson* es muy claro en cuanto a que la responsabilidad opera en dos niveles, el de la conducta y el del carácter. Cuando el resultado se condice con éste último la imputación puede justificarse. Esta postura indica que la suerte por los resultados no se debe excluir pero, de alguna manera, se neutraliza con la constatación de que ese resultado se corresponde con el carácter del agente.

Estas posturas intermedias siempre giran en derredor de la distinción entre disvalor de la conducta y del carácter del agente. En algunos casos, como en el de *Thomson*, es muy clara la vinculación de la imputación del resultado con el este tópico y es mucho menos fuerte en la postura de *Zimmerman*. Siempre que se utiliza el lenguaje de la virtud se está más cerca de la valuación del sujeto.

La introducción del disvalor de resultado como un aspecto más elaborado que la simple producción de un resultado material es relevante a los fines de la discusión acerca de la suerte. Sin embargo, la forma en que se intenta atribuir ese disvalor al



sujeto y no a su hecho constituye un problema para la perspectiva continental del derecho penal de acto<sup>390</sup>.

## D) La postura a favor de la diferencia

### a) La suerte por los resultados en *Adam Smith*

El problema de la suerte por los resultados es tratado por *Adam Smith* en la sección III, de la segunda parte, de su Teoría de los sentimientos morales, bajo el título “De la influencia de la fortuna en los sentimientos de las personas, con relación al mérito o demérito de las acciones”. La doctrina ha prestado poca atención a su solución acerca de la función del resultado en los juicios morales, quizás con la sola excepción de *Thomas Nagel* que lo menciona en su trabajo sobre suerte moral. En el campo del derecho penal, tanto en el ámbito angloamericano, como continental europeo, no se le ha prestado la más mínima atención<sup>391</sup>.

*Adam Smith* nos plantea el problema de la suerte moral por los resultados a través de la idea de la irregularidad de los sentimientos morales:

“Nuestro enojo con la persona que sólo intentó hacer un mal es rara vez tan vehemente como para que sostengamos que se le debe infligir el mismo castigo que habríamos pensado le correspondería si lo hubiese hecho realmente. En el primer caso la alegría por nuestra salvación alivia nuestro sentido de la atrocidad de su conducta; en el otro la aflicción por nuestro infortunio la incrementa. *Su demérito efectivo, empero, es indudablemente idéntico en ambos casos, puesto que sus intenciones eran igualmente*

---

<sup>390</sup> Es decir, de lo que se actúa en el mundo con un cierto significado. En este sentido, JAKOBS, *Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico*, p. 303. Lacey sostiene que en el derecho anglo-americano hay una revitalización del carácter como criterio de responsabilidad penal, cuyo resurgimiento proviene de las normas sobre determinación de la pena referidas a categorías de autores peligrosos, de los delitos contra la integridad sexual, de las leyes sobre terrorismo, la utilización de perfiles criminales y una renovada apertura a la prueba del carácter en el proceso penal (LACEY, *The Resurgence of Character: Criminal Responsibility in the context of Criminalisation*, 2012, p. 4).

<sup>391</sup> Sin embargo, en el primero de los ámbitos jurídicos mencionados, se pueden identificar autores que recurren a la moral popular o a las creencias morales mayoritarias. Tales planteos difieren del punto de vista de Smith, aunque, desde una visión superficial, el estilo argumental es análogo.

*delictivas*, y existe en este respecto, por tanto, una irregularidad en los sentimientos de todas las personas y una consecuente relajación de la disciplina de las leyes, en mi opinión, en todas las naciones, las más civilizadas y las más bárbaras.”<sup>392</sup>

*Smith* plantea una *máxima de equidad*, fundamental y auto evidente, que expresa que sólo las intenciones son objeto adecuado de reacción punitiva. Refirmando esta idea sostiene que:

“Las consecuencias buenas o malas que de hecho y en la realidad se derivan de cualquier acción son, si ello fuera posible, aún más indiferentes a la loa o a la censura que los movimientos externos del cuerpo”.

Esta máxima que, para *Smith*, es aceptada universalmente cuando se analiza el problema en abstracto, deja de ser evidente cuando se aplica a los casos concretos donde los resultados generan, frente a los sentimientos morales, un demérito que va afectar la evaluación moral y penal del agente. En el conflicto entre la máxima y los sentimientos morales, *Smith* prefiere el juicio que emana de estos últimos. Esta preferencia deriva, en primer término de una razón prudencial y, en segundo, de una razón vinculada a un mayor beneficio social<sup>393</sup>. En cuanto a la razón prudencial, luego del párrafo citado, que se ubica en la parte que se refiere a la extensión de la influencia de la fortuna, al tratar la causa final de esta irregularidad de los sentimientos morales, indica que la función de los resultados es proteger a los individuos, pues si se persiguieran las males intenciones de la misma manera que las malas acciones “cualquier tribunal se transformaría en una verdadera inquisición”<sup>394</sup>. Este es un punto central de su argumentación, que implica una profunda preocupación por la configuración de un derecho penal que pudiera castigar los pensamientos. Si los sentimientos morales no fueran irregulares, la razón llevaría a castigar los pensamientos o intenciones aun cuando no se expresaran externamente.

---

<sup>392</sup> SMITH, *La teoría de los sentimientos morales*, 2004, p. 206.

<sup>393</sup> La influencia de Hutcheson sobre Smith se refleja en su idea de valor moral, pues para aquél, la benevolencia es la base de la moral y el amor benevolente es la buena intención. Sin embargo, Smith propone un doble nivel de valoración y por ello “considera que los objetos ideales de nuestros juicios morales son los motivos y las intenciones, los objetos reales son frecuentemente las acciones y sus consecuencias”(UJALDÓN, *Δαίμων*, 2005, p. 122).

<sup>394</sup> SMITH, *La teoría de los sentimientos morales*, p. 213.

La irregularidad de los sentimientos morales es un reaseguro contra la intromisión en la interioridad o conciencia de las personas. Esta idea aproxima su pensamiento a los autores que consideran la exteriorización como una mera forma de contrastación de la interioridad del sujeto. Más adelante indica que los únicos objetivos *correctos* de la sanción son las acciones que producen o pretenden producir un mal real.

Esto último reafirma que, para *Smith*, la irregularidad abarca la exteriorización en general. La exteriorización, entonces, es una cuestión solamente epistemológica, pero intrínseca al ser humano. Es decir, conocemos con mayor seguridad aquello que se puede percibir por medio de los sentidos<sup>395</sup>. La perceptibilidad es la única guía para afirmar un juicio de conocimiento que precede al juicio moral. Esta idea adelanta posturas actuales como la de *Norvin Richards* quien sostiene que las cuestiones que están más allá del control del agente tienen que ver con cuan claro percibimos lo que merece y, además, con la legitimación de nuestro trato para con él, su suerte no cambia su merecimiento, sino que cambia los fundamentos por los cuales estamos obligados a juzgarlo<sup>396</sup>.

Aquí juega algún papel la idea del “velo de percepción”. Este velo es una respuesta posible a la pregunta acerca de cómo la percepción nos da razones para nuestras creencias respecto al mundo empírico<sup>397</sup>. Para *Smith* el problema de los resultados no

---

<sup>395</sup> Flanders plantea que la aparición de un resultado refleja nuestra limitación epistémica respecto a la existencia de una específica intención o negligencia por parte del autor. Cuando las malas consecuencias no se producen, queda un vacío en nuestro conocimiento de las intenciones, deseos, pensamientos o planes del agente. Pero también considera que los resultados tiene una función diferente, consistente en reflejar una intuición ética. Esta intuición indica que es preferible pagar el costo de que cierto daño se produzca o manifieste, antes que restringir la libertad de esa persona sin tener la confianza razonable de que causará un daño a terceros. Adam Smith es un liberal y la idea de proibir la persecución de los pensamientos es muy fuerte, pero esto se enfrenta a un presupuesto de su filosofía que es que el ser humano está hecho para la acción, para modificar su entorno hacia la felicidad de todos. Esta oposición de la virtud interna y la externa se resuelve en una posición respecto al diseño general de la sociedad y de su bienestar. Su utilitarismo sería de reglas, debe diferenciar entre el juicio moral o de reproche sobre el individuo y el juicio institucional o social, que, en definitiva, resulta prevalente. Siempre en el utilitarismo hay algo de sacrificio del individuo, pero es un aspecto de moral ideal, no de moral real. Traspasado al derecho penal, se castiga por el resultado a un inocente ideal (derecho penal ideal), pero no al sujeto real, éste debe responder como consecuencia del juicio penal de la sociedad real.

<sup>396</sup> RICHARDS, *Moral Luck*, p. 170.

<sup>397</sup> Algunos autores han considerado esta cuestión como un verdadero problema filosófico, aunque de carácter epistemológico, muy discutido en el ámbito de la filosofía analítica. Este problema se vincula con la percepción de objetos físicos y del mundo físico (CRANE, *Síntesis Filosófica*, 2005, p. 237). Los pensamientos tienen una existencia, aunque no física. Por lo tanto, no hay percepción en el sentido

pasa por la distinción tentativa-consumación, sino por la distinción interioridad- exterioridad. Se trata de una continuidad en la que el resultado no se diferencia de la ejecución de la acción como exterioridad perceptible y objeto de evaluación moral o penal. El autor de *La Riqueza de las Naciones* argumenta, adicionalmente, que la simpatía por la víctima es parte de la reacción mayor frente al resultado. A falta de daño a la víctima, una reacción punitiva igual a la del caso de producción del resultado, aparecería como desproporcionada<sup>398</sup>.

*Adam Smith* intenta derivar los juicios morales desde el punto de vista de un observador desinteresado o imparcial que analiza las conductas y sus resultados a través del sentimiento de simpatía<sup>399</sup>. Para ello hace dos clases de juicios, los juicios de propiedad de los sentimientos y los de mérito o demérito. La diferencia más obvia entre ellos es que cuando se realiza un juicio de propiedad sólo se trata de determinar si la reacción fue adecuada, apropiada, proporcional a la acción ejecutada o al hecho acaecido. Por ejemplo, si alguien cuenta un chiste, la risa será una reacción correcta o proporcionada, si el chiste es de la clase que provoca tal reacción en la gente. En los

---

del velo de percepción que mediaría entre el objeto y lo percibido como si fuera el objeto. Se podría entender que el velo de percepción se duplica, no es posible percibir los pensamientos directamente, allí reside el primer velo, y para percibirlos indirectamente debo ver su manifestación y sobre ella recae el velo de percepción propiamente dicho, por lo cual su percepción es doblemente indirecta. Sin embargo, con todo, es mejor que cero percepciones. La normativización requerida para formular un juicio sobre el pensamiento, logra un sustento intersubjetivo, de lo contrario sólo dependería de una “confesión” cuya verdad sería indiscutible, pues sólo el pensador tiene acceso epistémico a su pensamiento. El problema que preocupa a Smith es que el derecho penal quiera atribuirse acceso epistemológico directo para castigar el pensamiento o las intenciones. El argumento racional que lleva a sostener que lo disvalioso es el pensamiento o la intención, también depende del argumento racional que sostiene que no hay acceso directo al pensamiento o intención. Este es el fundamento de un derecho penal de acto, el significado intersubjetivo del mismo. Por ello Smith se refiere a que la indulgencia de la ley respecto al castigo más leve de las tentativas puede ser aprovechada por criminales permitiendo que aquellos de carácter peligroso evadan el castigo efectivo y adecuado. Ello, aceptando que el castigo de aquello que no se realiza es castigar por el carácter apartándose del derecho penal de acto. De igual manera, aunque en sentido opuesto, la idea de “*strict liability*” se distancia del derecho penal de acto, pues sólo repara en lo exterior sin fuerza significativa de intención alguna que sea reflejada en el mismo. El problema de la percepción de estados mentales es idéntico al que se presenta al discutir acerca del dolo y de su prueba.

<sup>398</sup> La idea de simpatía es considerada fundamental en el sistema de pensamiento de Adam Smith (FRIERSON, *Pac. Phil. Q.*, 2006, pp. 442–480).

<sup>399</sup> Russell sostiene que en el caso del reproche, se trata de un sentimiento compuesto. Se siente antipatía directa con aquél que ha motivado la conducta que lleva al resultado o la lesión y simpatía indirecta con la víctima. El sentido del demérito aparece cuando la acción causa algún daño a otro y podemos reconocer la impropiedad de los motivos del agente (RUSSELL, *HPQ*, 1999, p. 37).

juicios morales, se efectúa una evaluación de si la acción y sus consecuencias son buenas o malas y merecen recompensa o castigo. Mediante este mecanismo parece dissociar la proporcionalidad del merecimiento. Aquel juicio que establezca la proporcionalidad entre la acción y la reacción puede no coincidir con el que establezca el reproche.

Esta diferencia deriva de la propia naturaleza de los juicios y de la intervención de factores emotivos más fuertes en los de la última clase. Además, pareciera que el observador imparcial en ambas clases de juicios difiere, pues en la primera se trata de una aprobación o desaprobación por una simpatía o antipatía en abstracto, mientras que en la segunda, se trata de un observador con la responsabilidad de determinar una reacción con efectos sociales. La postura de *Smith* es clara en cuanto a que no se responde por los resultados sin que se encuentren abarcados por alguna forma de ejecución y sin que la misma sea guiada por algún elemento subjetivo. Por ello, considera que el mal realizado sin intención debe ser considerado una desgracia<sup>400</sup>.

El catedrático de Glasgow entiende que los sentimientos morales implican una desviación de la máxima de equidad (sólo responsabilidad por las intenciones), pero que está justificada por los resultados más beneficiosos para la sociedad a largo plazo. En realidad, para *Smith*, esta irregularidad fue impuesta por Dios y se encuentra justificada en la práctica, pues mejora a la sociedad<sup>401</sup>.

Hay una tensión en la argumentación de *Smith*, por un lado la máxima de equidad es racional, por el otro, la práctica de castigar por los resultados es irracional, pero prefiere la última pues a largo plazo trae más beneficios que la primera. La idea es que la racionalidad de intenciones y resultados evaluada en el mismo plano genera esta tensión, pero al notar que ambas explicaciones se mueven en distintos planos surge una justificación dominante a favor de la racionalidad sistémica. A su vez,

---

<sup>400</sup> SMITH, *La teoría de los sentimientos morales*, p. 215. Sin embargo, indica que no puede considerarse un simple observador del hecho, pero no recae sobre el autor un demérito real sino una “sombra de demérito” que indica una necesidad de expiar o reparar (Smith usa la palabra “piacular”) el mal causado. Sus argumentos se dirigen contra la idea de “*strict liability*” (vid., nota 12).

<sup>401</sup> Smith era un defensor del derecho natural. En una carta dirigida a Gilbert Elliot considera al espectador imparcial como una parte de la propia personalidad que actúa como un juez de nuestras conductas, comparándolas con el sentimiento de aprobación o desaprobación que experimentamos con las conductas similares ajenas y considera que los errores de espectador pueden ser corregidos por un tribunal superior que es el propio Dios (SMITH, *Correspondence of Adam Smith*, p. 48 y ss.).

considera que aquel que es juzgado por los resultados tiene la posibilidad de argüir la máxima de equidad en su favor cuando provoca males que no pretendía<sup>402</sup>, pero este déficit subjetivo puede hacer que su caso no sea abarcado por la irregularidad de los sentimientos. Lo que quiere dar a entender es que el que tuvo mala intención no puede apelar a la máxima de equidad, la valoración en su contra del resultado está justificada por la mala intención<sup>403</sup>.

Existe una discusión respecto a la función del espectador imparcial en la argumentación de *Smith*. *Flanders* sostiene que, si el espectador es imparcial, debería adherirse a la máxima de equidad y que su utilización en los distintos párrafos de la teoría de los sentimientos morales es ambigua<sup>404</sup>. Sin embargo, *Smith* lo utiliza para justificar la imputación de resultados pensando en que el espectador imparcial hace un juicio de los efectos en el caso concreto y de los mismos sobre la práctica o institución del castigo y su utilidad social a largo plazo.

La intervención del espectador implica la existencia de una explicación de mano invisible<sup>405</sup>. Es decir, una explicación de la práctica, aunque implique cierto grado de injusticia en los casos individuales, se organiza espontáneamente produciendo un resultado beneficioso que la justifica<sup>406</sup>.

---

<sup>402</sup> SMITH, *La teoría de los sentimientos morales*, p. 216.

<sup>403</sup> Esta idea la analizaremos con mayor detenimiento cuando se discuta acerca de la capacidad del dolo de producir el resultado.

<sup>404</sup> FLANDERS, *New Voices on Adam Smith*, 2006, p. 193.

<sup>405</sup> Entendiendo por mano invisible aquellos casos en que el fenómeno explicado no puede identificarse como el producto de una decisión centralizada o de acuerdos explícitos para producir un determinado estado de cosas o resultado, siendo que resulta de un proceso en el que se agregan acciones separadas de numerosos individuos conformando un esquema que lleva al estado de cosas a ser explicado (ULLMANN-MARGALIT, *Synthese*, 1978, p. 263-291). El espectador imparcial descubre ese esquema y la valía social de sus resultados.

<sup>406</sup> Para *Flanders* esta explicación es externa a la institución, es decir que prescinde de su lógica interna, centrándose en mostrar que la misma produce beneficios para sus miembros, incluso cuando estos miembros no intentaron lograr obtenerlos o no conocían que los recibirían. *Flanders* considera que *Smith* intuitivamente, o al pasar, brinda una *explicación interna* de la práctica, al mencionar las *limitaciones epistémicas* que llevan a la humildad epistémica acerca de la dificultad de conocer las verdaderas intenciones y la necesidad de esperar más pruebas de las mismas antes de castigar y cuando considera *el remordimiento o necesidad de expiación* que sienten las personas que causan, sin negligencia o intención, un resultado lesivo. Estas personas tienen un sentimiento adecuado o esperable en una persona. Estos dos argumentos, según *Flanders*, explicarían la práctica de castigar por los resultados. *Smith* no trata como algo secundario la limitación epistémica, sino que es fundamental como obstáculo para racionalizar la práctica, considera que la máxima de equidad no podría llevarse

La diferencia entre la máxima de equidad y la máxima del castigo podría interpretarse en el sentido de que debe diferenciarse, como lo indica *Rawls*, entre la justificación del castigo individual y la de la institución penal propiamente dicha. Sin embargo, *Smith* justifica el castigo individual incluyendo los resultados porque si no lo hiciera la institución del castigo no tendría forma de ajustar los castigos a la utilidad social<sup>407</sup>. *Smith* consiente el sacrificio de los individuos por un bien mayor, no pretende armonizar dos niveles independientes, trata de controlar el grado o cantidad de sacrificio necesario para que la práctica sea útil, en otras palabras trata de controlar la clase de suerte que es útil de la que es perjudicial.

La hipótesis que resulta de la lectura de *Smith* es que la suerte se inmiscuye en los juicios morales y penales cuando se valora algo más que el pensamiento o la intención para fundar el castigo o el reproche. Sin embargo, una institución que buscara aplicar penas con tal base sería muy peligrosa y directamente permeable al abuso, por lo que corresponde valorar las conductas y los resultados, los cuales actúan como filtros ante esa posibilidad de abuso y, a largo plazo, generan una sociedad mejor<sup>408</sup>.

La valoración de cierta suerte por los resultados, en particular aquella que tiene correspondencia con las intenciones de los agentes juzgados, cumple una función correctiva de errores más graves ante la falta de prueba segura e intersubjetiva de las intenciones. La suerte por los resultados no sólo no debe eliminarse sino que es benéfica socialmente. Este beneficio impone un sacrificio, en clave social, de los individuos sometidos a castigo. La suerte opera en dos planos con efectos contrapuestos en ambos. En el individual viola el principio de culpabilidad derivado de la máxima de equidad. En el social esa misma mala suerte se convierte en buena suerte social que genera una mejora en la calidad social futura. La mano invisible

---

adelante en la práctica institucional del castigo, por ello opta por una aproximación realizable (castigar las exteriorizaciones). Bien podría aplicarse la frase, atribuida a Goya, de que los sueños de la razón crean monstruos, para evitarlos acepta un sacrificio de la misma en pos de un mayor beneficio social.

<sup>407</sup> Cabe aclarar que esta distinción de Rawls, que se corresponde con el utilitarismo de actos y de reglas, apunta a las teorías del castigo que deben aplicarse en cada perspectiva, pero no se refiere a qué debe tenerse en cuenta para castigar. En cualquiera de los casos da por supuesto que se incluyen los resultados en la medida en que sea racional hacerlo para la teoría de la justificación moral del castigo de que se trate. Mientras que para *Smith* apunta a que excluir los resultados podría funcionar en el nivel del castigo individual para el caso, pero impediría el logro de metas sociales.

<sup>408</sup> “la felicidad y perfección de la especie”, SMITH, *La teoría de los sentimientos morales*, p. 213.

produce esta conversión de valencia de la suerte al tratarla en planos de evaluación diferentes.

La solución de *Smith* no puede simplificarse bajo el rótulo de utilitarista<sup>409</sup>. Su utilitarismo parte de una limitación epistemológica, la de que no es posible evaluar con exactitud aquello que sería el objeto adecuado de evaluación. Por lo tanto, no es posible hacer un juicio racional seguro o intersubjetivamente racional (condición de seguridad fuerte y débil) respecto de las intenciones. Si de todas formas se lo formula, sería imposible controlar a quién se lo juzga correctamente y a quién incorrectamente por sus intenciones, lo cual llevaría a la tiranía, injusticia e inquisición. Lo que se puede hacer es juzgar por las manifestaciones perceptibles que permiten, aunque en forma indirecta o doblemente indirecta, fundar (condición de seguridad débil) el juicio de reproche<sup>410</sup>.

En esta hipótesis subsiste un margen de error, pero existe cierta posibilidad de controlarlo o cuanto menos el error tiene un significado dentro de una postura utilitarista o consecuencialista: el sacrificio de unos pocos para el beneficio de la mayoría. Pero estos pocos sólo se sacrifican desde una perspectiva ideal-individual, desde la perspectiva social no cuentan como parcialmente inocentes sino como socialmente culpables y no se trata de un engaño permitido (*inganni permessi*)<sup>411</sup>, sino un tratamiento legítimo porque el presupuesto moral del juicio social está conformado por los resultados de las conductas.

---

<sup>409</sup> Como intenta hacerlo Russell.

<sup>410</sup> Smith argumenta que las malas o buenas intenciones no ejecutadas permanecen como imperfectas, necesitan perfeccionarse mediante la-materialización en acciones. Si nos preguntamos ¿con relación a qué resultan imperfectas?, la respuesta es con relación a los otros y con relación, por consecuencia, al espectador imparcial cuyo juicio de reproche no puede ser fundado. Ahora bien, la lógica del argumento lleva a sostener que cuanto más cerca se esté de una expresión externa completa, más perfecta será la intención. Este fundamento subyace a la teoría de la diferencia de castigo entre pensamientos, actos no indicativos o preparatorios, tentativa y consumación. Lo que se puede discutir es el valor epistemológico de los resultados como distinto del de las conductas, que Smith iguala a partir de los sentimientos morales del espectador imparcial.

<sup>411</sup> En el sentido de Vico. En este punto difiero del análisis, profundo por cierto, que realiza Ramón Ramos Torre acerca de que la mano invisible necesite de un “engaño”, pues verlo de este modo implica analizar el pensamiento de Smith desde una perspectiva externa al mismo, como puede ser una cierta forma de visión retributiva (RAMOS TORRE, Política y Sociedad, 2001, p. 38).



La moral de *Smith* no es completamente racionalista, pero tampoco sólo emotivista, la combinación de ambas crea un espacio para la mano invisible. El emotivismo local – de acciones- prepara el racionalismo general –de sistema social-.

b) Lenguaje y resultado

En general los autores contemporáneos que recurren a los sentimientos morales, lo hacen para sostener la validez de la diferencia. *Fletcher* se opone a la postura académica que denomina como “diseño científico de políticas”. Esta postura choca con las sensibilidades del público acerca de la culpabilidad y su graduación. Este autor indica que:

“Si el castigo está ligado a juicios del culpabilidad culturalmente compartidos, entonces dañar es claramente una mayor ofensa que intentar o preparar ese daño. De ello se sigue que el resultado, cuando ocurre, es parte de la acción por la cual el autor es castigado.”

A su vez, funda, su inclusión del resultado en la acción, en el lenguaje ordinario acerca del delito, así como el religioso, en los cuales las prohibiciones se dirigen contra acciones dañosas. Las tentativas, aduce, son siempre delitos derivados. Ellas son creadas para atrapar al autor en los estadios preparatorios en los cuales sólo puede asustar a la víctima potencial o tomar riesgos excesivos sobre ella. Por ser derivadas del delito consumado, y menos intrusivas en los derechos de las potenciales víctimas, reciben una pena menor.

Argumenta, también, con base en la estructura de la responsabilidad. Ella se asienta en algo indeseado que ocurre realmente, no existe un reproche en abstracto.

Si se partiera de que existe algo así como la responsabilidad en sí misma, se llegaría a la conclusión de que la negligencia no sería una forma genuina de responsabilidad<sup>412</sup>. Esta postura se refleja en la idea de que la responsabilidad se funda, exclusivamente, en el requisito de *mens rea*, como algo separado del *actus reus* en el mundo exterior, lo cual se refleja en la punición del delito imposible. Por ejemplo, en el caso de quien cree que el azúcar es cianuro y lo pone en el café de otro.

---

<sup>412</sup> FLETCHER, J. *Contemp. Legal Issues*, 1994, p. 108.

*Fletcher* rechaza esta argumentación, considerando que, en estos casos, lo único que convierte a la conducta del agente en un acto criminal es su intención; ni la víctima, ni terceros en general, pueden ver más que un acto inocente e inofensivo. Lo único que el acto tiene de inquietante es la intención de matar. El centro de esta argumentación de *Fletcher* es que la conducta, por sí misma, debe ser indicativa de su contrariedad a la prohibición o al mandato, como algo que integra la propia definición de castigo. Desde el punto de vista de la víctima es fundamental para definir a la conducta como peligrosa. Puede ser que la intención permita identificar a un autor peligroso, “pero el pasaje, de un acto peligroso a un autor peligroso, es moralmente monumental”<sup>413</sup>.

El profesor de la universidad de Columbia insiste en la corrección de la teoría de la diferencia desde una fundamentación, parcialmente, distinta a las expresadas antes<sup>414</sup>. Sostiene que el delito implica una relación de subordinación entre el autor y víctima, y que el castigo debe representar el quebrantamiento de la misma, es decir que expresa solidaridad con la víctima y restaura la igualdad anterior al delito.

Sin embargo, el propio *Fletcher* considera que esta última línea argumental se separa, por un camino retributivo, de la principal que considera que la escala de ilicitud y el grado de responsabilidad dependen de características de la conducta y no de la relación de dominación que esa conducta establece. Así el profesor *Fletcher* pretende mantener la validez de la tesis de la diferencia partiendo del fin de prevenir el desarrollo de un derecho penal conducido por una élite moral. Esta propuesta coincide con la de *Williams* y *Sen* cuando se refieren a un utilitarismo de casa de gobierno (*Government House utilitarianism*) en el cual las mayorías no comparten las creencias impuestas desde el Estado.

---

<sup>413</sup> FLETCHER, J. *Contemp. Legal Issues*, 1994, p. 109.

<sup>414</sup> Es parcialmente diferente, pues la idea de que debe restablecerse la relación de igualdad implica que el punto de vista de la víctima domina la extensión de la compensación y en el caso de la tentativa la subordinación es menor que en los delitos consumados. El problema aparece con el homicidio, pues la víctima deja de existir y su subordinación es permanente, por lo cual el concepto de víctima parece desplazarse a quienes sufren la pérdida del otro, como parece indicarlo al citar el ejemplo de los desaparecidos, que no sólo implica que el Estado se hace cómplice del delito si no castiga o actúa conforme a derecho (similar al caso de la isla kantiana), sin embargo, aquí el argumento parece girar de la relación delincuente-víctima a la relación delito-sociedad. Ello ocasiona que la pregunta acerca de por qué se castiga tenga componentes diversos.

En un tono similar puede ubicarse el enfoque de la *credibilidad moral* de *Robinson y Darley*<sup>415</sup>, por medio de la cual consideran que las normas deben elaborarse a partir de las creencias populares acerca de la justicia<sup>416</sup>, en el marco de un sistema democrático y constitucional. Estas ideas se acercan a formas de análisis del discurso que consideran que las categorías de los miembros de un grupo deben prevalecer en el estudio de esta disciplina, en el sentido que no deben imponerse nociones preconcebidas, sino que es aconsejable partir del respeto de las maneras como los propios miembros del grupo interpretan y categorizan las propiedades del mundo social<sup>417</sup>.

En fin, tales ideas parecen rozar una especie de populismo penal donde la percepción social debe conducir la incriminación o, cuanto menos, los límites de la misma. Esto se separa de *Smith*, quien veía detrás de una medida popular, castigar por los resultados, la necesidad de un respaldo de utilidad social real o hipotético, esto es que esa medida fuera conducente a una mejora real en, o propendiera a, una situación de mayor utilidad o felicidad.

c) Balance provisional

Las posturas de los autores reseñados coinciden en que los resultados son relevantes y deben diferenciarse con la imputación por tentativa. Esta coincidencia se fundamenta en una perspectiva social. Ellos difieren en el contenido de esta mirada social, pues para *Adam Smith* se trata de un verdadero beneficio social a largo plazo, mientras que *Fletcher* dirige su argumentación a una cierta concordancia entre las leyes penales y las creencias populares, la sensibilidad social y el concepto de democracia participativa. Es decir, apunta a una cierta estabilidad social como un beneficio.

La perspectiva de la sociedad acerca del castigo se basa, según estudios empíricos, en alguna forma de merecimiento más que en ideas de corte preventivo, esto lleva que

---

<sup>415</sup> FERRANTE, *Concepciones populares y reforma del derecho penal*, en [http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/MarceloFerrante\\_Spanish .pdf](http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/MarceloFerrante_Spanish.pdf), (última visita 5/02/2014).

<sup>416</sup> Considero que la crítica que hace Ferrante a este modelo de justificación normativa, como modelo general, es correcta. Sin embargo, se debería analizar su validez en el marco de los temas difíciles o conflictivos, aplicándola cuando no haya una posibilidad de resolver racionalmente entre dos posturas o soluciones. Allí cobra importancia cuál es la solución que se adapta mejor a la creencia popular.

<sup>417</sup> VAN DIJK, *El discurso como estructura y proceso*, Vol. 1, p 59.

exista un cierto descontento cuando las soluciones punitivas del sistema penal se apartan significativamente de esta percepción colectiva<sup>418</sup>.

El problema con un análisis del significado del castigo en cuanto práctica social difiere del mismo análisis efectuado desde la perspectiva de alguna teoría del estado.

La idea de un derecho penal de una élite moral parece diseñada para resaltar su oposición con un derecho penal popular o democrático. Esta idea, también aparece en el concepto de “utilitarismo de casa de gobierno”.

El problema es ¿qué significaría un derecho penal democrático en cuanto al contenido del castigo y al sentido del resultado?

La palabra democrático se convierte en un significante vacío, es decir cumple la función de exclusión de las otras posturas e implica la apropiación del sentido positivo del significante<sup>419</sup>.

También habría que tener en cuenta los aportes de la psicología social acerca de la desviación de las percepciones de cómo influye la suerte en la producción y asignación de valor a los resultados. Los datos empíricos deben analizarse a la luz de estas conclusiones.

En definitiva, para acceder a la corrección o incorrección de las posturas tratadas en el apartado precedente es necesario profundizar en temas de teoría política, sociología y de recolección de información empírica muy superiores a lo realizado por los autores citados.

## E) Balance general

El capítulo trata de una oposición entre posturas que no consideran relevante al resultado a los fines de la construcción del concepto de ilícito penal y aquellas que justifican la imputación de un disvalor de resultado.

---

<sup>418</sup> ROBINSON, GOODWIN & REISIG, *The Disutility of Injustice*, 2010, p. 1943.

<sup>419</sup> LACLAU, *Emancipación y diferencia*, pp. 69-76.

Las distintas posturas subjetivistas tienen en común una renuncia a lo externo, una especie de escepticismo acerca de que el mundo exterior pueda afectar el merecimiento.

El subjetivismo parte de que lo interno es lo único que puede ser valorado y que lo externo sólo juega como una forma de fijar el contenido subjetivo, de determinarlo como definitivo. Es decir, de establecer un punto de corte al cambio de las intenciones del agente con respecto a la norma. La conducta externa como principio de ejecución es sólo una necesidad epistemológica para reconocer la intención y para fijarla en el tiempo.

Esta concepción, al eliminar la suerte por los resultados, debería eliminar la suerte circunstancial y la suerte constitutiva como formas de alteración de la libertad interna del agente. Pero este paso nunca fue dado, porque significaría reconstruir al sujeto de la imputación de una forma mucho más radical que lo que sus bases teóricas podrían justificar.

La idea de identidad personal que está detrás de la postura subjetivista no rinde frutos, pues sería necesario reconstruirla como exclusivamente interna, creando otro sujeto distinto al que se juzga. Esta reconstrucción resultaría, o bien, imposible o se trataría de un sujeto nuevo totalmente diferente del agente que realizó el hecho.

Las posturas objetivistas, en general, tienden a seguir la estela causal hacia el resultado producido. Es decir, no pueden separarse de cierto naturalismo que no permite solucionar un problema normativo como el de la influencia de la suerte en los juicios de responsabilidad penal. Es decir, que siguen pensando en el disvalor de resultado como si fuera un acontecimiento en el mundo, como un cambio en un estado de cosas determinado.

La alternativa es tomar un camino normativo que no se vincule con el control real de la exterioridad o con sus consecuencias materiales, sino con un análisis contrafáctico.

Esto significa que la conducta externa ejecutada es una producción en sí misma y que como tal debe comparársela con relación al mundo como regularidad contextual de esa producción personal.

El mundo real o actual en que la conducta se desarrolló puede ser excepcional en algún aspecto, tal que modifique la exteriorización de esa conducta y las consecuencias de la misma.

Esta suerte moral por los resultados puede eliminarse con una reconstrucción del mundo, no del sujeto como pretenden los subjetivistas.

El mundo o mundos contrafácticos tienden a ser mínimamente diferentes al actual en lo que éste se sale de las expectativas racionales de cualquier operador en el mundo.

La idea es que si se dispara un arma de fuego en dirección de una víctima humana no va a recibir el disparo un pájaro que se cruza entre el proyectil y la víctima original de la acción.

La conclusión fundamental de este capítulo es que la aplicación de contrafácticos a través del recurso a mundos posibles más cercanos al actual permite reconocer los juicios de imputación que se encuentran influidos por la suerte en los resultados y depurarlos adecuadamente para no castigar al agente parcialmente inocente.

Los mundos posibles derivan de las proposiciones acerca de que las cosas pudieron haber ocurrido de forma diferente a como lo hicieron en el mundo actual. Sencillamente, si en una habitación hay cuatro sillas y una mesa, puedo creer que esas sillas y esa mesa podrían haber estado ubicadas de forma diferente, cada ordenación distinta de las sillas y la mesa representa un mundo posible más o menos cercano al actual.

La misma idea aplicada al significado de un término implica que éste no sólo indica a qué cosas se aplica, sino a qué cosas puede aplicarse. Una teoría del significado exige determinar qué es posible y qué es imposible expresar, los mundos posibles son una forma de acceder a esa respuesta.

Las perspectivas epistemológicas más fructíferas y que descansan, aunque más no sea parcialmente, en contrafácticos, son aquellas que se fundamentan en los *derrotadores epistémicos* y las que directamente recurren a una *condición de seguridad* contrafáctica.

Los derrotadores epistémicos son elementos del contexto que, enfrentados a la creencia del agente, permiten demostrar que ésta es falsa o injustificada.

Esta operación se realiza con relación a los derrotadores presentes al momento de la conducta del agente y que éste tuvo, pudo o debió tener en cuenta y a aquéllos que se presentan hasta el momento consumativo, ocurran o no en la realidad. Algunos derrotadores pueden atribuirse a la suerte y otros al sujeto como agente.

El problema que presentan los derrotadores es que operan tanto en un nivel subjetivo como en uno objetivo. Pues se ocupan de aquello que el agente como tal debió reconocer y de aquello que objetivamente pertenece al contexto de la acción. Esto puede provocar una justificación racional para creer que la acción es una acción de matar, pero objetivamente puede ser que su acción no sea calificable como de esa clase. Ello implicaría que puede darse un dolo objetivo, u objetivamente bien constituido, y una acción incorrectamente constituida en sentido objetivo. Esto podría significar que el dolo no puede considerarse como producido por la suerte moral del sujeto (suerte circunstancial), pero que el resultado sí pudo ser producido por suerte (suerte en los resultados).

En definitiva, la norma penal se definiría por la inclusión de derrotadores que pertenecen a lo que el derecho penal pretende evitar. Ello tendría también una influencia decisiva en el quebrantamiento subjetivo, pues los derrotadores a considerar podrían no coincidir totalmente con los del quebrantamiento objetivo.

Esto podría dar una explicación al castigo de las tentativas idóneas e inidóneas y a la distinción entre grados de idoneidad de las primeras.

La solución basada en la condición de seguridad que remite a lo que acontece en los mundos posibles más cercanos sólo se refiere al aspecto objetivo del hecho.

Es decir, que si hay un asesino y una posible víctima del mismo, la víctima preferiría todos aquellos mundos en que el asesino falla. Esta también es la situación que prefiere la norma penal. Ahora bien, la víctima, en principio, no tiene preferencia por un fundamento en particular del fallo del asesino. Mientras que la norma sí tiene preferencia por los motivos del fallo, si el autor falla por la buena suerte de la víctima, o del mundo que ella habita, el quebrantamiento es similar al caso de resultado actual.

La proposición “el disvalor de resultado se encuentra realizado” no depende de la producción actual del resultado. En ese aspecto ambos mundos son equivalentes. En cambio, si la conducta se anuda a un resultado que en los mundos posibles más cercanos no se produce, porque la capacidad de la acción es muy baja, el resultado en el mundo actual no cuenta como un completo disvalor de resultado.

El que se verifique fácticamente un estado de cosas “*X no ha muerto*”, no significa que ese estado de cosas deba juzgarse como ausencia de disvalor de resultado con relación a la conducta de A. Si la conducta produce el resultado en los mundos posibles más cercanos, indica que era capaz de resultado en el mundo actual y que la suerte desvió esa capacidad hacia un estado de cosas diferente.

Cuando en los mundos posibles más cercanos el resultado no se produce, es debido a que el disvalor de resultado de la conducta es bajo o no es suficiente como para imputarle el resultado producido en el mundo real. A la inversa, si en los mundos posibles más cercanos el resultado se produce mientras que en el real no, el disvalor de resultado está dado y resulta imputable válidamente.

La decisión de atribuir o no ese disvalor será una cuestión ajena a esta teoría. Si se decide no hacerlo debido a que no hubo, por ejemplo, un muerto en el mundo real, se trata de una limitación que surgirá de otros fundamentos relativos al fin o sentido del castigo.

Esto lleva a una discusión acerca del principio de lesividad o daño. Si el mismo estuviera vinculado al resultado material sólo sería un límite naturalístico difícilmente aceptable como tal, mientras que si se vinculara con la imputación del resultado cuando éste se produjera en los mundos posibles más cercanos tendría una impronta netamente normativa mucho más acorde con la eliminación o neutralización de la suerte penal.

### V.3. El principio de daño

En este apartado trataré de analizar la cuestión de los resultados y la suerte por su realización desde una perspectiva específica, la del principio de daño o lesividad. La



atención a este principio se debe a su tradición y a su función específica consistente en evitar que el castigo penal se confunda con alguna forma de lesión moral. Al hacer esto, el principio puede tener una influencia potencial sobre la suerte por los resultados, porque tradicionalmente se entiende que no cualquier resultado objetivado en la realidad satisface la restricción que plantea sobre el derecho penal. Pero también se podría cuestionar si exige que haya algún resultado material para atribuir el disvalor de resultado a una conducta.

La cuestión del daño como lesión penal data de épocas antiguas. La diferencia entre matar con un objeto no diseñado para ese fin y hacerlo con una espada, marcada en el Digesto, no es simplemente una diferencia respecto al dolo del autor, sino, predominantemente, acerca de la diferencia valorativa para el derecho entre una y otra muerte de la víctima basada en el riesgo percibido *ex ante*<sup>420</sup> vinculado con la conducta y su contexto<sup>421</sup>.

La afirmación de que ciertas conductas vinculadas con la producción de cierto resultado disvalioso merecían ser reprobadas penalmente está presente en la aparición del concepto de “*malum factum*” y en la distinción germana entre “hechos malos” (*Uebelthaten*) y “hechos fortuitos” (*Ungefährswerke*). En los primeros se sobreentiende la intención de dañar. Al regir el axioma de que “el acto mata al hombre” como un principio del derecho penal resultativista, la intención aparecía con la idea de que dicha intención encarnaba exteriormente en el acto mismo.<sup>422</sup>

---

<sup>420</sup> Tal como entiende Jakobs, dolo *ex re* “significa que la parte perceptible por otras personas, es decir, la parte externa del comportamiento da a entender, casi sin más, que el autor actúa con dolo típico” (JAKOBS, *ADPCP*, 1991, p. 506). Este es un método de *reconocimiento-atribución* del dolo. El hecho de que se actúe sobre la esfera de libertad de otro con un objeto peligroso en sí mismo, como una espada, implica cierta capacidad de la acción para lesionar, sin que por ello necesariamente exista una intención de hacerlo. Sin embargo, la doctrina del *dolus ex re* parte del *reconocimiento* objetivo de la capacidad de resultado y de allí *atribuye* que existe un aspecto subjetivo de la acción coincidente con el riesgo real. Esta idea implica una especie de deber de reconocer el riesgo o capacidad de resultado que la propia acción introduce. Desde el punto de vista teórico, el *dolus ex re* es aquello que la persona no puede no conocer que derivará, o puede derivar, de su acción, mientras que desde la perspectiva procesal es una figura probatoria del dolo que admite grados y por ello puede dejar lugar al principio *in dubio pro reo*, esto es cuando el reconocimiento no permite una atribución segura.

<sup>421</sup> De la conducta externa puede derivarse un *animus indirectus* que se decanta en que, por el carácter vulnerante del arma, puede considerarse que su autor *consintió* el resultado. Las elaboraciones de la doctrina en el siglo XVII acerca del dolo eventual parten de esta base externa.

<sup>422</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, *Derecho Penal*, tomo V, p. 318. Esta misma idea está detrás de la postura de Feinberg cuando apunta que debe remplazarse la designación de homicidio por la de “conducta

La idea de lesión o daño imperaba como fuente de atribución de responsabilidad, pero acompañada de una consideración cualitativa que se fundaba en cierta concepción del contenido subjetivo de la conducta. Sin perjuicio de que el objeto de referencia era la protección de ciertos bienes a través de la percepción objetiva de una lesión a un tercero o de un intento de tal lesión, lo destacable es que sin esa percepción exterior, el *factum*, no resultaba penalmente relevante. El límite entre derecho penal y libertad era ya la falta de lesión objetiva. Esto implica una idea, aunque primitiva, del principio de lesividad o daño.

El pasaje de una concepción material o fáctica del principio a una normativa es parte de la discusión actual. Así *Tatjana Hörnle* considera que no hay diferencia entre el principio de lesividad y el de ofensividad. “Una separación estricta entre daño y ofensa es impuesta sólo desde una concepción naturalista del concepto de daño, por un lado, y por un concepto psicológico de ofensa, por el otro. Una versión naturalista define daño como una intrusión sobre recursos.”<sup>423</sup> La autora citada afirma que “Una comprensión materialista de daño es insuficiente. Desde una perspectiva normativa, intereses y derechos son las palabras clave para *todas* las incidencias que perjudican a otros.”<sup>424</sup>

El problema del principio de daño, cualquiera sea su formulación, es que tiene más de un uso posible. Por un lado, y desde una perspectiva *ex-ante*, justifica la existencia de una norma punitiva, el legislador prohíbe una conducta porque ella es de la clase que se puede prever que provocará un daño a otro; pero también, *ex-post*, permite valorar un estado de cosas que puede ser vinculado racionalmente con una conducta prohibida.

Esta dualidad justificatoria que pretende el principio de daño es lo que crea la confusión que lo hace aparecer como redundante, interviene repitiendo la valoración de lo mismo frente a dos operadores distintos, el legislador y el juez, respectivamente.

---

homicida ilícita” (*Wrongful Homicidal Behavior*), pues más allá de que la denominación propuesta por ese autor tiende a una solución particular del problema de la imputación del resultado, también contiene una normativización acerca de cuáles conductas son del tipo que abarca la norma penal que protege la vida.

<sup>423</sup> HÖRNLE, *Buff. Crim. L. Rev.*, p. 268.

<sup>424</sup> HÖRNLE, *Buff. Crim. L. Rev.*, p. 269.

Para una postura que niega la relevancia de la visión *ex post*, el intérprete de la norma, en general el juez, reintroduce en contra del infractor aquello que ya pertenece a la valoración de la conducta. La norma está justificada porque la lesividad es parte de la identificación o del concepto de conducta penal (penalmente relevante) debido a su potencialidad de producir el resultado, a partir de cierto baremo que mide esa capacidad. La concreción de esa capacidad sólo reafirma epistémicamente el acierto del legislador, pero no permite extraer de allí un nuevo juicio de disvalor exclusivamente atribuible al resultado como tal.

Sin embargo, se podría sostener que el legislador justifica sus normas penales con un mínimo de capacidad de resultado del conjunto de acciones relevantes (tentativa) y luego establece una gradación, a la manera de círculos concéntricos, de disvalor que se vincula con la mayor capacidad de resultado de la acción, para brindar al aplicador una mayor flexibilidad para graduar el disvalor de la acción concreta que tiene a la vista. Esto hasta el punto de que el último círculo es integrado por el resultado material propiamente dicho. En este punto le impone al intérprete un límite objetivo.

Esta idea puede ser entendida con mayor claridad si se mira al código penal desde la tentativa a la consumación y no a la inversa como suele ocurrir. Lo normal es pensar que la tentativa es una forma imperfecta de realización con relación al delito consumado. Pero si pensamos a la tentativa como un ámbito de libertad para graduar la capacidad de la acción para el resultado podemos ver al delito consumado como un ámbito de no libertad de ese operador por disposición del legislador que quiso limitarlo. Si el resultado se produce, la escala penal que juega es la escala que no se superpone con la de la norma de tentativa. Para plantearlo dramáticamente, el juez que aplica, *ceteris paribus*, una pena por homicidio consumado dentro del marco de la escala de tentativa, decidiría *contra legem*<sup>425</sup>.

---

<sup>425</sup> Esta afirmación debe leerse en el marco de la discusión que plantea el texto, puede haber otras variables que permitan permear ambas escalas. La regulación de la tentativa como un recorte de la escala del delito consumado tiende a reafirmar la visión de que la tentativa es una imperfecta realización y no que es un tópico normativo independiente. Otra perspectiva podría ser considerar que el legislador cuando crea la norma relativa al homicidio consumado incluyó distintas clases de conductas con distintas capacidades para la producción del resultado, las con menor capacidad siempre estarán dentro de la escala de la tentativa aun cuando produzcan el resultado y las con mayor capacidad se encontrarán en la escala del consumado aun cuando no concreten el resultado. Esto respetaría un principio de lesividad normativo. Sin embargo, si al principio de lesividad se lo

Dentro de la lógica de esa parte de la escala puede haber una conexión normativa del resultado con la conducta que justifique esa limitación que el legislador le impone al aplicador. Es decir, alguna forma de conectar el resultado con la conducta que no sea la construcción que atribuye disvalor al riesgo o a la capacidad de la conducta para el resultado, de la norma de la tentativa.

Este es un punto interesante de discusión y casi toda la bibliografía relativa al principio de daño apunta a clarificar los dos momentos *ex ante* y *ex post*. Pero no es muy clara en cuanto a si el resultado cuenta por sí mismo como resultado naturalístico o como resultado normativo: mucho menos lo es en el punto de si hay un corte entre el valor fundamentador del riesgo para la acción y el resultado.

Si se trata de la justificación *ex ante*, la expectativa o capacidad de daño es lo que fundamenta la norma que prohíbe y sanciona una determinada conducta. En esta línea argumental, la circunstancia de que el daño previsto se realice, por sí solo, no justifica un castigo en particular (mayor). Se podría contra argumentar que si el fundamento justificatorio es la expectativa de daño, cuando él se realiza está dado el mayor disvalor que puede alcanzarse y cuando no se da hay un menor disvalor, se trata de una justificación *ex ante* que resultó *ex post* incompleta.

La perspectiva *ex-ante* implica cierta restricción al principio de daño, limitándolo a la expectativa prevista para justificar la restricción normativa de esa clase o conjunto de conductas. Esta es una normativización del daño previsto por el legislador. Esta perspectiva *ex ante* debe ser reevaluada por el intérprete de la norma frente a una conducta concreta, quien determina si ésta crea el riesgo de lesión previsto por la aquella como relevante, lo que la convierte en una perspectiva *ex post*. Esta reevaluación no puede ser negada si no quiere sostenerse que todos los delitos son de peligro abstracto, pues sólo en éstos basta el riesgo presupuesto por el legislador para desvalorar la conducta descrita por la norma. En este juego de perspectivas el resultado que podía no contar para nada en la argumentación *ex ante*, se vuelve vital

---

considera vinculado al resultado material éste sería el indicador para colocar la conducta dentro de la escala del delito consumado. Para atenuar esta excesiva dependencia de lo naturalístico se deberían mantener las conductas con baja o media capacidad para el resultado que producen el resultado en la parte de la escala que es común a la escala de tentativa y la de consumación. Pero esto sólo limitaría la arbitrariedad, no la excluiría.

para el análisis *ex post*. El resultado indica epistémicamente que la conducta es de las que están en el extremo mayor del disvalor.

La disyuntiva de quienes defienden la exclusividad de la perspectiva *ex ante* es la de aceptar que todo delito es de peligro abstracto y que está vedado al intérprete recurrir al riesgo o al resultado. Este es el costo que debe asumir el subjetivismo, costo que implica cierta concepción de la función del aplicador de la ley penal.

### A) Relación del principio del daño con la suerte penal

La consideración del principio de daño, en su versión *ex post*, como determinado por la presencia de un resultado externo o naturalístico produce los efectos de la perspectiva planteada por *Lewis*, el derecho penal se parece a la elección entre palillos largos y cortos. La suerte por los resultados no sólo no es excluida, sino que es consolidada por un principio penal.

El concepto del principio de daño que se adopte es fundamental para establecer cuál es el límite conceptual de la teoría del tipo objetivo que deba regir. Si el principio es tomado como una barrera naturalística, la adjudicación de responsabilidad no podrá separarse de la suerte penal por los resultados. Es decir, en muchos casos el principio *obligará* a castigar al parcialmente inocente, al que la suerte penal haya elegido con el resultado. Un principio de daño así entendido es adecuado a una concepción del tipo penal como la sustentada por la teoría del delito clásica o causalista.

La perspectiva *ex ante* del principio lleva a considerar el riesgo como factor constitutivo del concepto de daño. La selección de conductas que permite se vincula con su capacidad para producir el resultado de las conductas y sólo las que superen cierto umbral serán conductas típicas. Pero como el tipo penal objetivo es tan amplio, de tal forma que contiene conductas con grados muy disímiles de capacidad de resultado, se necesita evaluar en un mundo hipotético en el que los factores que son ajenos al agente y a su conducta para que puedan ser aislados con el fin de determinar el verdadero alcance de la capacidad de la conducta de producir disvalor de resultado. El criterio que se utilice tiene que eliminar aquello que es entorno no

adecuado de la conducta y por lo tanto constitutivo de suerte para la misma y su concreción material.

La exigencia de este criterio de racionalidad choca con un principio de daño *ex post* que considere al resultado material cumpliendo esa función.

En la medida en que el principio de daño se construya con una exigencia de daño fáctico-naturalístico no podrá excluirse la suerte que desvirtúa el juicio de responsabilidad penal. Esta formulación del principio de daño estaría dando carta de ciudadanía a la suerte penal, impidiendo el objetivo central del derecho penal que es que nadie debe responder por su suerte.

La única forma de que no implique suerte penal es que se lo considere como una exigencia del tipo garantía y que sólo pueda habilitar la pena de consumación cuando se haya cumplido la exclusión de la suerte en el nivel del tipo penal. Es decir, que cuando está excluida la suerte por los resultados y el resultado material se produce, recién allí se podrá acceder a un castigo penal por consumación. Lo que se asegura es que la punibilidad opere como un seguro naturalístico a la atribución racional<sup>426</sup>.

El principio de daño o lesividad garantiza que la sola lesión a un interés del Estado o a una pauta exclusivamente moral de comportamiento no puede ser suficiente para establecer prohibiciones o mandatos penales. Tampoco puede serlo cualquier característica de la persona (raza, sexo, apariencia, etc.) que no se corresponda con la imagen social de persona, so pretexto de defensa social.

---

<sup>426</sup> Esta idea permitiría reconocer los sentimientos morales frente a la materialidad de la muerte de una persona. Pero no deja de ser una concesión referida al cuerpo, no a la vida. Cuando el disvalor de resultado normativo, por exclusión de la suerte, se encuentre completo pero sin resultado material el castigo por tentativa no parece adecuado, pues la vida ya ha sido puesta en cuestión en su mayor grado por el agente. Si se debe producir el resultado en el mundo real pero no se produce y, por ello, se lo castiga menos duramente, es porque el derecho penal considera otro valor distinto del bien jurídico vida, que podría consistir en una especie de perdón jurídico parcial atribuible a la actuación benigna de la naturaleza. Sería un premio al agente por una constelación externa favorable, es decir por una actuación de la suerte circunstancial. En consecuencia, introducir el resultado material a nivel de la punibilidad es hacer ingresar una nueva clase de suerte, la suerte circunstancial. Se elimina la suerte por los resultados del tipo penal y se introduce nuevamente bajo la forma de suerte circunstancial en la punibilidad.

Este principio especifica que sólo cuando hay daño para terceros que derive (directamente) de la conducta de una persona podrá restringirse su libertad aplicándole sanciones penales.

Esta limitación a lo que el derecho penal puede regular se vincula con el problema de la suerte, pues si el vínculo existente entre conducta y lesión es sólo una cuestión de suerte, no puede decirse que el daño le pertenezca al autor de la conducta como agente.

El principio de lesividad o daño resuelve un problema de atribución de responsabilidad: sólo aquel daño que se pueda relacionar con la conducta cumple con el concepto de daño que el principio contiene en su formulación.

Es decir, a este principio le interesa el daño en tanto emanación de la conducta, no se refiere a ellos como dos términos separados, sino como una relación. El principio excluye que la suerte sirva para fundamentar la existencia de esa relación.

Se podría argumentar que el principio de daño sólo exige una relación causal y que no se trata de una relación normativa lo suficientemente sofisticada como para excluir a la suerte.

Sin embargo, si la relación fuera solo causal el principio no serviría de mucho, pues siempre puede buscarse una relación causal en el ámbito de los argumentos de defensa social o entre los de corte paternalista<sup>427</sup>.

La relación es tal que a la conducta pueda atribuirse, directamente, el resultado. Esto no ocurre cuando la suerte determina total o parcialmente esa relación. Es decir, el contenido de la relación normativa entre conducta y daño o lesión implica que la suerte no puede ser parte de la misma porque el principio carecería de sentido limitador.

El siguiente punto a determinar es si el principio de lesividad relaciona conductas con resultados materiales o se trata de resultados normativizados bajo la forma de un disvalor de resultado que puede ser determinado contrafácticamente.

---

<sup>427</sup> Se podría sostener, por ejemplo, que el adicto a estupefacientes causa el narcotráfico o que causa que otros consuman esas sustancias. Mientras que en el ámbito de los argumentos perfeccionistas se trata principalmente de la degradación moral del propio sujeto.

La relación conducta/daño es normativa, pero ¿también lo es el segundo término de esa relación? ¿Daño es igual a resultado material? Esta segunda cuestión es fundamental para que el método de eliminación de la suerte pueda operar a través de una condición contrafáctica<sup>428</sup>.

El principio de lesividad es relevante para esta investigación en la medida que es la fuente normativa de una exigencia de cierto contenido en la relación conducta/daño o lesión y exige un cierto concepto de daño como segundo término de la relación antes citada<sup>429</sup>.

## B) Concepciones del principio de daño

En el marco del concepto de daño, una de las formulaciones modernas más conocidas del principio es la de *John Stuart Mill*:

“El único propósito por el cual el poder puede ser ejercido correctamente sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es prevenir el daño a otros. Su propio bien, sea físico o moral, no es justificación suficiente.”<sup>430</sup>

El principio, como lo presenta *Mill*, deja ciertos interrogantes acerca de cuándo se puede utilizar el principio para restringir el poder estatal y, quizás el problema más fundamental, qué se entiende por daño a terceros. Este capítulo podría comenzar por el principio de daño o lesividad tal como lo formula *Mill*. Con este inicio se estaría tomando el concepto clásico de lesividad y a partir de él derivar qué significado tiene el resultado para el derecho penal. Este procedimiento debería permitir determinar la clase o grado de suerte que este principio admite y la que descarta o excluye. Sin

---

<sup>428</sup> El que la relación conducta/daño sea normativa, permite sostener que la teoría de la imputación objetiva sería una forma de constatar esta relación en el tipo objetivo. Si ya se constató que la conducta era de aquellas que resultan prohibidas por ser riesgosas (en sentido normativo) qué sentido tendría exigir un resultado material. El único sentido sería dar un contenido material a la relación normativa de riesgo, se trataría de una especie de graduación del riesgo en dos niveles: riesgo prohibido y riesgo prohibido con resultado. Mientras que exigir un resultado normativo implica una inclusión de contenido con relación al juicio relativo al riesgo prohibido y de una posibilidad de graduación vinculada con los mundos posibles más cercanos. Es decir, que la capacidad de resultado de la conducta se evalúa depurando al resultado de su contenido de suerte.

<sup>429</sup> Se podría decir que el primer término de la relación lo define el principio de derecho penal de acto.

<sup>430</sup> *Mill, On liberty*, p. 223.



embargo, antes debe analizarse si el principio de daño propuesto por *Mill* debe entenderse como daño efectivo o real o como un daño normativo y contrafáctico, para luego discutir cómo el principio de daño así formulado puede verse delimitado por otro principio fundamental del liberalismo, tal como el de neutralidad.

La cuestión de ante qué autoridad el principio ejerce una función limitadora, tiene relación con el funcionamiento *ex ante*, frente al legislador, como creador de la norma penal y con una visión *ex post*, frente al juez, que constata si el daño previsto se ha producido. Esta discusión la podríamos llamar de la *aplicación temporal*, pues trata de si es aplicable al tiempo de la justificación del dictado de la norma o al tiempo de la evaluación de la conducta que la quebranta. Aunque no se trata sólo de un problema de aplicación, pues contiene un problema de definición debido a que en caso de que una forma de aplicación excluyera la otra el concepto de daño implicado será diferente.

La cuestión del concepto de daño abarca la discusión acerca de si se parte de una aproximación consecuencialista o deontológica, también la de si el principio de autonomía personal es un componente normativo necesario, la de si el daño se determina fáctica o contra fácticamente, si es directo o indirecto, *prima facie* o *ultima facie*. Todo ello se vincula con la discusión sobre el contenido normativo del principio.

Este problema se aborda, generalmente, desde la pregunta acerca de qué clases de perturbaciones que la conducta produce en los terceros pueden justificar la intervención coactiva del Estado, cuestión íntimamente vinculada con la caracterización del daño como directo e indirecto.

Estos planteos podríamos denominarlos conceptuales o sustantivos, no se trata de cuándo se aplica el principio sino de qué es daño o qué daño es relevante. La cuestión de a quién va dirigido el principio y como opera en distintos momentos de la vida de la norma es otra cuestión y resulta de un paso posterior en el análisis del principio. Se trata de un estudio acerca de su función. El estudio subsiguiente tratará acerca del concepto apropiado de daño, para tratar luego el de la función del principio de lesividad, para determinar cuál es el alcance de la exclusión de la suerte por los resultados, qué implica y cómo y cuánto puede operar sobre ella.

a) Lesión y utilidad

Una aproximación a este problema puede llevarse a cabo desde las justificaciones que pueden aportar teorías más generales como el consecuencialismo y el deontologismo, este es el camino que plantea *Nils Holtug*<sup>431</sup>. En efecto, el utilitarismo puede presentar dos formulaciones del principio de daño compatibles con el utilitarismo de actos. La primera sería que “*El Estado puede intervenir en la vida de los individuos contra su voluntad si y sólo si haciéndolo maximiza la suma de utilidad*”. Esta versión queda descartada desde el inicio debido a que vacía de contenido al principio de daño. Pues cualquiera podría ser castigado si ello mejora la utilidad total, incluso aquel no realizó conducta lesiva alguna. Esta máxima alabaría el castigo del inocente por razones de utilidad<sup>432</sup>.

La segunda formulación permite entender que una vez que el principio de daño justifica la norma, su existencia, de ahí en más, lo que guía al Estado para castigar es el principio de utilidad. *El Estado puede intervenir en la vida de los individuos contra su voluntad si la norma restringe acciones que pueden ser lesivas (hipotéticamente) y si la intervención maximiza la utilidad.*

Está claro que esta propuesta dependerá del concepto de lesión que se adopte y que no podría adoptarse uno utilitarista o consecuencialista, pues carecería de sentido como restricción. Esta idea permite entender al principio de daño como negativo. No dice que debe castigarse todo daño, sólo que la capacidad de daño de la conducta, calculada por el legislador bajo algún criterio de racionalidad, justifica la norma y que el castigo dependerá de otros principios, requisitos o elementos.

Esta postura, pues, no define al principio de daño por la maximización de la utilidad, sólo adiciona al principio en cuestión un filtro posterior de maximización de la utilidad.

---

<sup>431</sup> HOLTUG, *Ethical Theory Moral Pract.*, 2002, pp. 357–389.

<sup>432</sup> El principio de daño así configurado actuaría como excluyente del azar, pues el castigo estaría guiado por un criterio de razón: la utilidad. Sin embargo, normalmente, la contracara de la exclusión de la suerte es la responsabilidad del sujeto en el sentido de merecimiento y este sentido aun perduraría. Quizás esto es así porque el concepto de suerte tiene además del azar como base la idea de perjuicio y se podría decir que ser castigado sólo por su utilidad, sin ser verdaderamente autor, deja subsistente este componente crítico del concepto de suerte.

Esto podría resolver problemas marginales, como el de la justificación de castigar la destrucción de bienes propios o de bienes ajenos en determinadas situaciones de estado de necesidad. En el caso de destrucción de bienes propios, no habría daño, dependiendo de la formulación del principio que se adopte. Mientras que en el caso de bienes ajenos en estado de necesidad, habría daño pero no utilidad social que fundara su castigo. Esto permitiría una distinción entre atipicidad y justificación. Además esta perspectiva haría posible castigar sólo las tentativas peligrosas (nuevamente, depende cuáles sean del concepto de lesión que se adopte) y no las inidóneas no peligrosas, pues no pasan el filtro de la primera parte de la formulación.

Esto significa que, en este contexto, no puede haber ilícito que no pase por alguna forma de lesividad, aun cuando fuera útil castigar por razones de utilidad. Así, no podría considerarse ilícita la conducta de introducir en la bebida de la víctima una dosis de veneno mínima o insuficiente para producir alguna lesión, aun cuando fuera útil disuadir de futuros comportamientos similares o más peligrosos. El argumento del aprendizaje del autor quedaría excluido.

Una tercera vía consiste en ver al principio de daño como incorporando un contenido que recupere el sentido limitador original del principio, de tal forma que reduzca o prevenga la lesión de los derechos de otros a través de un procedimiento de decisión que optimice la utilidad.

Con lo cual se termina en cierta forma de protección de derechos, debido a que si ya son derechos, han pasado ese filtro de utilidad (utilitarismo de reglas). El principio de daño implica que las normas penales sólo pueden limitar válidamente la libertad de las personas cuando las conductas de éstas restrinjan un derecho reconocido por una norma y que en ese derecho pueda reconocerse una utilidad social. El reconocimiento de ésta última legitima el dictado de la norma y la aplicación de una sanción; como norma secundaria se dirige al legislador y al juez en momentos distintos.

En esta hipótesis solo habría daño cuando el bien, protegido por el derecho, cumpla una función social, lo que excluiría la protección de aquellos bienes o situaciones que respondan a fines meramente hedonísticos. Así, por ejemplo, la destrucción de dinero circulante prendiéndolo fuego para encender un cigarro es un delito<sup>433</sup> debido a lo

---

<sup>433</sup>Sección 333 del Título 18, capítulo 17, del Código Penal de los Estados Unidos.

que simboliza el dinero, tal como en el caso de quemar una bandera, pero no hay des-utilidad social en que el individuo destruya su propio dinero o su propia bandera, por lo que, desde esta perspectiva el Estado no está legitimado a dictar tal norma penal o a asociar un castigo a esa conducta<sup>434</sup>.

En definitiva, tomando el principio de daño desde una perspectiva utilitarista, lo que puede concluirse es que la primera hipótesis es inviable. Reemplazar daño por utilidad significa vaciar al principio de contenido limitador. La segunda posibilidad exige un concepto de lesión preexistente y posteriormente asegura que se analice esa lesión desde la visión del principio de utilidad, pero no parece viable debido a que se sigue sin definir cuál es el contenido de lesividad que precede al análisis de la utilidad. A su vez, la tercera posibilidad que intenta aproximarse a un utilitarismo de reglas, se basa en que hay lesividad si hay un derecho con contenido de utilidad social, pero la propia creación de un derecho presupone la utilidad y por lo tanto la lesividad, por lo cual no constituye un límite real al poder del Estado de crear normas penales<sup>435</sup>.

#### b) Protección de la autonomía

Otra fundamentación se basa en el principio de autonomía: la norma puede prevenir o reducir la afectación de los planes de vida de otros. Esto habilita la intervención coactiva del Estado para castigar al autor aun cuando signifique limitar su propia

---

<sup>434</sup> Esto podría significar que la protección de la vida sólo estará justificada si tiene una utilidad social, el problema que surge aquí es el de utilidad directa o indirecta que es similar al de daño directo e indirecto bajo la discusión tradicional del principio de lesividad. Así por ejemplo el art. 491.2 del Código Penal español castiga al que utilizare la imagen del Rey o de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o de la Reina consorte o del consorte de la Reina, o del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero, de cualquier forma que pueda *dañar el prestigio* de la Corona. En este tipo penal está la idea de que la imagen sólo se protege si puede apreciarse un daño social representado por la institución de la Corona, pero puede ser interpretado muy ampliamente tal que incluya la idea de daño indirecto.

Esta cuestión se vincula con el tema del suicidio, pues la postura que considera que la vida no le pertenece al individuo sino a la sociedad, considerará que hay des-utilidad social en el suicidio (auto-homicidio).

Este problema también se puede apreciar en el derecho de propiedad, ¿qué ocurriría si el mayor terrateniente de un país decide destruir sus sembrados sabiendo que gran parte de la población morirá de hambre?

<sup>435</sup> La crítica se vincula con la artificialidad de los derechos, si el legislador puede saltar la valla del principio de lesividad mediante una acción previa de crear un derecho que luego protege penalmente mediante otra norma, entonces no hay garantía detrás de tal principio de daño, sólo establece un límite al orden temporal en que debe operar el legislador.

autonomía, tratándolo como un medio y no como un fin en sí mismo. Esto significa que la protección de la autonomía no excluye un castigo consecuencialista.

Para proteger la autonomía de las posibles víctimas, es necesario limitar la autonomía de los posibles autores, siempre que sea útil para los primeros la limitación de los segundos. De lo contrario, estaría limitando la autonomía de los autores en forma no justificada.

La autonomía es entendida como capacidad de autogobierno de la persona que se manifiesta en la acción como agente, es decir que puede verse una relación entre sus motivos o razones y sus conductas para llevarlos adelante<sup>436</sup>. La autonomía personal implica que la persona se guíe por sus propias consideraciones, deseos, razones, justificaciones que no son impuestas externamente sobre ella, sino que son parte de lo que se considera su auténtico ser. La autonomía juega un papel importante en las discusiones relativas al concepto de persona, de obligación y de responsabilidad política, moral y legal. Pero también en la idea de qué es la suerte moral y si debe ser excluida de los juicios sobre las personas y sus conductas en los mismos ámbitos en que la autonomía resulta relevante.

En el ámbito penal, continental, predomina la idea de que aquellas conductas, o resultados de las mismas, que no puedan ser identificadas como derivadas del ejercicio de la autonomía personal no pueden considerarse objeto de reproche o sanción. Esto surge de una interpretación de la autonomía personal en el interior del principio de derecho penal de acto y del de culpabilidad. Esta característica vincula a la construcción de la responsabilidad con una idea retributiva de la estructura del ilícito penal.

Esta caracterización necesita del principio de daño para marcar cuándo ese acto autónomo puede ser restringido legítimamente. La interferencia con la esfera de ejercicio de la autonomía ajena es el límite, es el principio de distribución adecuada

---

<sup>436</sup> La discusión acerca de cuándo una persona es realmente autónoma, enfrenta a varias posiciones desde los más amplios como Ronald Dworkin a más restrictivos como Raz o Gerald Dworkin, pero aquí se puede optar, a los fines de esta discusión del principio de daño, por la variante más amplia que admite que aun aquél que ejecuta acciones sólo por el placer que éstas le causan, que no posee razones más elevadas y que no tiene un plan de vida definido por razones que vayan más allá, actúa autónomamente. El que pasa su vida bebiendo cerveza y viendo televisión porque le gusta, o por lo que sea, goza de autonomía y tiene un plan de vida que debe ser, en principio, no interferido.

de la autonomía en ejercicio. Este principio es una consecuencia necesaria de la idea de autonomía y de su vinculación en el mercado de los bienes jurídicos, es decir de cierto concepto de moral pública correlativa a una idea de autonomía moral predominantemente deontológica. Las interferencias a la autonomía ajena que deriven de la suerte no se consideran una intervención que merezca una reacción punitiva.

Los planes de vida son una guía de los objetivos que pretenden alcanzarse y que el individuo considera valiosos y parte de su realización personal y requieren de la autonomía, aunque con ciertas limitaciones derivadas de la protección necesaria de las personas que no son completamente autónomas, es decir que eligen sus conductas pero no tienen una comprensión de sus efectos para su futura autonomía. Es el caso de los menores o personas con capacidades mentales reducidas.

Si la autonomía es lo que protege el principio de lesividad sólo intervenciones sobre la autonomía de terceros habilitan la existencia de una norma penal. Este concepto de daño deja fuera del derecho penal normas perfeccionistas y gran parte de las paternalistas. También quedarían fuera de la norma penal aquellos actos que aún no producen un influjo en la esfera de la víctima, como el caso de los ladrones que están a la espera de la víctima que nunca aparece. El principio de daño podría proteger no sólo los derechos negativos, como la no disminución de la autonomía presente, sino también los derechos positivos, entendidos como autonomía positiva, es decir como capacidad de autonomía futura. Daño sería aquello que disminuye la autonomía pero también las conductas que afectan los prospectos de autonomía de una persona.

Esta postura debe cuidar de no reintroducir el paternalismo o el perfeccionismo antes excluidos, pues la autolesión de la autonomía potencial podría ser castigada. Es decir, si el propio agente tomara un curso de acción que implique que su autonomía futura se encontrará seriamente restringida, se podría recurrir a la coerción para evitar que actuara en ese sentido. Esto se evita recordando que sólo las heterolesiones forman parte del ámbito de protección<sup>437</sup>. Esta interpretación del principio hace más clara la lesividad de las omisiones. Los mandatos tienden a proteger esa potencial autonomía, más que la lesión de un derecho negativo. El autor no mata porque lesiona, mata porque reduce, con su omisión, las posibilidades de desarrollo de la autonomía del

---

<sup>437</sup> Esta limitación se vincula con el principio, liberal, de neutralidad.

sujeto en el futuro. Como lo protegido es un estado futuro o la expectativa razonable de un cierto estado futuro, el estado actual que lo amenaza, o pone en riesgo, se compone de dos factores. El primero el peligro de la situación y el segundo, la no intervención que deja completar el proceso del riesgo. Lo protegido es esta última parte, pues lo que define la afectación de la autonomía potencial es la omisión<sup>438</sup>.

El principio de daño funciona, en este contexto, como un principio de autonomía moral. El individuo busca su felicidad a través de su autonomía personal, pero el derecho limita su búsqueda de diversas formas. Las justificadas por el principio de daño son aquellas que derivan de un cierto concepto de autonomía moral. La no interferencia sobre los planes de vida o la autonomía actual o potencial de terceros, es una formulación del principio de autonomía moral<sup>439</sup> que se refleja en una formulación posible del principio de daño.

En este sentido, el principio del daño como principio moral o derivado de la moral podría incluir más que la simple causalidad que lleva a que el plan de una persona lesione injustificadamente el plan de otra u otras. Podría incluir un componente directamente moral, como el de que sólo se responde por el ejercicio de una conducta lesiva cuando ella fuera ejecutada con control del agente sobre la misma y sus consecuencias. El principio de daño funcionaría como un límite a la suerte moral, como parte de su contenido y función. Cuando la lesividad deja de ser meramente causal y se convierte en moral, aquello que lesiona pero no es controlado o no pertenece a lo que es atribuible al sujeto *qua* agente no puede considerarse lesivo a la luz de este principio.

El principio de daño que se genera en este punto es sustantivo, daño es sólo lo que interfiere en la autonomía o en los planes de vida de una persona. El resultado es relevante cuando afecta la autonomía o los planes de vida de terceros, en los casos en

---

<sup>438</sup> Hay cierta analogía entre esta fundamentación de las omisiones punibles y la prohibición de regreso, pues se castiga a quien no interviene debiéndolo hacer sin importar cuál es el origen de ese peligro, si, por ejemplo, la propia víctima se hubiera puesto en peligro renunciando a sus deberes de autoprotección esto en nada cambia que quien responde por el resultado es quien omite en posición de garante, de la misma forma si el primero que interviene es alguien que pone a la víctima en el peligro en que se encuentra, el incumplimiento del deber de actuar del segundo es lo que prima como fuente de la responsabilidad penal.

<sup>439</sup> Podría ser que la autonomía personal fuera limitada desde dentro por un componente moral, lo cual ocasionaría que no hubiera diferencia entre ambas formas de autonomía y que la segunda se convirtiera en autónoma, en vez de proveniente desde *afuera* como el derecho.

que tal lesión pueda ser atribuida a un sujeto como agente. La impronta de esta formulación es fuertemente normativa, la lesión naturalística no es definitiva de la violación del principio.

c) Daño y lesión

En el planteo de *Feinberg* que analizaremos en los párrafos siguientes se nota otra variante de la impronta normativa del principio de daño. *Feinberg* comienza haciendo una distinción entre daño y lesión en el sentido del principio de lesividad o de daño. No cualquier perjuicio o evento, estado o condición que percibamos como perjudicial es abarcado por este principio penal. Es interesante cómo en esta etapa preliminar de su análisis ya contrapone aquello que fundamenta la intervención del derecho penal por ser una *lesión* de un interés, de aquello que constituye mera intervención, lisa y llana, de la *suerte*.

Distingue la suerte de aquello que considera una *invasión* de intereses. La suerte impide el desarrollo de los intereses o los bloquea, pero no puede considerarse una *invasión*. Hay una *invasión* en sentido moral o penal cuando se produce un estado en que el interés en cuestión se halle en una peor condición que si tal *invasión* no hubiera ocurrido. Así la *lesión*, o la *invasión*, se determina en términos contrafácticos.

Luego se refiere a otro sentido de *lesión* que lo compara con la idea de injusto (*wrong*), la *lesión* de un interés es objeto de protección aunque no haya un menoscabo si se hace una ponderación de los intereses de esa persona. Pone como ejemplo la entrada a la propiedad de otro con el fin de pasar por ella. Se afecta un derecho a la exclusión de otros del propietario, aun cuando en el balance no haya daño alguno a esa propiedad o incluso una mejora. Reconoce que no toda *invasión* de intereses es un injusto, haciendo referencia a las causas de justificación y a las de exculpación. También analiza los casos en que hay daño pero no hay injusto por el consentimiento de la víctima.

*En este marco de ideas, el principio de lesividad es claramente normativo, consecuentemente, y más allá de su función de limitador de la legislación penal, no puede usarse para avalar la imputación de resultados por el mero hecho de ser resultados externos o perceptibles por los sentidos.*



Esta postura implica que tiene que haber una dimensión normativa de ese resultado que se pueda incluir en la definición normativa de lesión y una dimensión normativa de la falta del resultado que pueda incluirse, también, en el ámbito del principio de lesividad.

d) Determinación del daño

Algunos autores optan por discutir sobre el concepto de daño en un nivel diferente al de las teorías más generales como el utilitarismo, deontologismo o de la autonomía personal. Intentan determinar qué entendemos por daño, partiendo del lenguaje común y si ese concepto puede formularse a partir del resultado material o si requiere de una determinación contra fáctica, sea considerándolo como un estado de cosas o como un evento. Esta visión de la cuestión lleva a posturas en que el resultado o daño debe compararse con otro estado de cosas previo o hipotético y posturas en las que el daño se delimita sin consideración a contexto alguno, llamándose teorías comparativas las primeras y no comparativas las últimas.

En este marco de discusión, *Judith Jarvis Thomson* parte de la premisa que dañar a una persona es aproximadamente equivalente a causarle el padecimiento de un daño<sup>440</sup>. El concepto fundamental es padecer un daño. Se excluyen del concepto las connotaciones emotivas, tales como el sufrimiento o la angustia<sup>441</sup>. En esta postura, prima la idea de que el verbo dañar es causal, tal como, por ejemplo, matar, lo que lleva a considerar que *sólo hay daño cuando se causa un cierto estado de cosas que es disvalioso*.

Esta idea genera dos posibilidades, o bien el daño es un cierto estado de cosas, o bien es un evento que por sí mismo es disvalioso. Esto lleva a una confrontación entre daño como un estado de cosas y daño como un evento. Los estados de cosas suelen vincularse con cierta cualidad de ser portadores de probabilidades. Es decir que, si nos ceñimos a los resultados, se trata de un cierto estado del mundo que puede o no ocurrir en el mundo real<sup>442</sup>. Por ejemplo, existe una cierta probabilidad de que,

---

<sup>440</sup> THOMSON, *Philosophy and Phenomenological Research*, 2011, pp. 436-458.

<sup>441</sup> Las reflexiones de Thomson se enmarcan en una discusión de un trabajo previo de Mathew Hanser (HANSER, *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. LXXVII, 2008, pp.421-450).

<sup>442</sup> TEXTOR, *States of Affairs*, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2012, Edward N. Zalta (ed.), <http://plato.stanford.edu/archives/sum2012/entries/states-of-affairs/> (última entrada

al arrojar dos dados, ambos sumen once. Las hipótesis posibles son estados de cosas aunque sólo una se realice en el mundo presente al momento en que los dados dejan de rodar. En el ejemplo, el estado de cosas comprende los dados en cuestión, la acción de tirar los dados, el giro de los mismos, etc..

Los eventos son algo que ocurre. Un evento particular es algo que se da sólo una vez, aunque esto no significa que deba ser instantáneo, puede durar en el tiempo. La diferencia con un estado de cosas es que éste incluye muchos más componentes, incluyendo eventos, y las relaciones entre sus componentes lo individualizan de otros estados de cosas; en definitiva, es más complejo. Un resultado puede ser un evento pero también un componente de un estado de cosas. Un evento posible no es un evento si no se realiza en el mundo real, pero sigue siendo parte de un estado de cosas que no se materializó.

Los estados de cosas no tienen menos existencia por el hecho de que se realicen o no en el mundo actual o real<sup>443</sup>. Mientras que los eventos son tales sólo si se realizan. Existen diversas formas de determinar el estado de cosas que será objeto de un juicio de valor negativo. La primera es la perspectiva *no comparativa*. Para ella, una persona sufre un daño cuando se encuentra mal por estar en cierto estado de cosas.

Esta postura debería distinguir entre estados absoluta y relativamente malos, pues los primeros serían no comparativos, mientras que los segundos serían relacionados con algún otro estado respecto del cual el actual es peor. En el primer grupo, se podría incluir el que una persona esté ciega. Este estado de cosas sería siempre malo, mientras que tener la inteligencia de un niño de dos años sólo sería malo si se tiene más de dos años de edad. En resumen, los no comparativistas sostienen que A padece un daño si se encuentra en un estado *s* respecto del cual puede afirmarse que es malo, no comparativamente, estar en él. Los ejemplos que se utilizan para objetar esta postura son dos, el de un científico con una inteligencia muy elevada que sufre un ataque y queda con una capacidad intelectual promedio y el de un oftalmólogo especialista que opera a una persona ciega pero no puede devolverle una visión

---

6/03/2013); Un problema presente alrededor de los estados de cosas es qué es lo que unifica al estado de cosas como tal, esta discusión se trata en: VALLICELLA, *Noûs*, 2000, pp. 237-259.

normal y queda con una visión borrosa; no por una limitación propia o de la técnica sino que ese era el mejor resultado posible de la operación.

En el primer ejemplo, para decir que el ataque le produjo un daño, se debe comparar la situación anterior del científico y la actual, de lo contrario debe decirse, conforme la postura no comparativa, que no hay daño. En el segundo caso, como el estado de visión borrosa es malo y no debe compararse con el de ceguera, la conclusión es que el cirujano produjo un daño con la operación. Sin embargo, parece contra intuitivo sostener que el científico no ha sido dañado y que el paciente sí lo ha sido.

Estos problemas llevan a otra variante del daño como estado de cosas, la llamada *temporal-comparativa*: “A sufre un daño si se encuentra en un estado  $s$  tal que A está peor, en cierta forma, por estar en el estado  $s$  que justo antes de que se encontrara en  $s$ ”

Esto resuelve el caso de la operación oftalmológica, pues justo antes de la misma A se encontraba ciego, por lo tanto no hay daño. En el caso del científico sí hay daño, pues justo antes del ataque era un genio.

Una crítica a esta postura se refiere a qué pasa con los daños que provienen de prevenir que se desarrolle una conducta que podría mejorar el estado de cosas en que se encuentra la víctima. Por ejemplo, hay un especialista C que puede curar la ceguera de A, pero B impide que C opere a A<sup>444</sup>. Este sería un daño que causa la evitación de un mejoramiento o que previene que la víctima se encuentre en un mejor estado que el actual. Esto no significa que se encuentre en un peor estado que justo antes del estado actual, el paciente permanece justo como estaba antes.

Sin embargo, este ejemplo podría tener una respuesta satisfactoria desde esta postura, pues se podría afirmar que quien previene o evita la obtención del beneficio (B) reduce o elimina una chance de que el paciente fuera curado. La expectativa de ser curado existía y la frustración de esa expectativa es un daño, pues se encuentra en un estado que es peor que el anterior, de ciego con posibilidades de ser curado a ciego a secas.

---

<sup>444</sup> Supongamos que hace desaparecer la cita para la operación del calendario del especialista cada vez que A intenta ser operado o como A es su enemigo hace que contraten al especialista en un país lejano para evitar que A pueda ser intervenido quirúrgicamente.

Pero aún resta un ejemplo problemático para esta postura, aportado por *Thomson*. Un doctor, que trabaja en una clínica de fertilidad, altera los genes en la concepción de E de tal forma que nacerá estando programado genéticamente para padecer paraplejia a los diez años. Este problema lo puede resolver la siguiente adaptación de la idea de daño como estado de cosas, la que es denominada *comparativa contrafáctica*. Para esta variante A sufre un daño si se encuentra en un estado de cosas tal que A está peor por estar en *s* que lo que hubiera estado si no estuviera en *s*. Esta idea permite responder el caso del doctor de la clínica de fertilidad, pues permite sostener que no hubiera estado en la situación de paraplejia en el futuro, pues él hubiera sido genéticamente normal si no fuera por la acción de alteración genética del médico. Mientras que en el ejemplo oftalmológico, el estado de cosas visión borrosa no es peor que el de ceguera y por lo tanto el especialista no daña al paciente.

Sin embargo, esta forma de ver el análisis contra fáctico parece poco sofisticada con relación a la perspectiva utilizada al ver su uso en la epistemología en el capítulo respectivo. Pues permite pensar que el estado contra fáctico en el caso de la paraplejia podría ser que otro médico alteraría aún más los genes y la paraplejia sería de nacimiento o a los cinco años y no a los diez<sup>445</sup>.

*Thomson* prevé esta posibilidad y modifica su postura comparativa contra fáctica mediante el planteo de un nuevo caso: Y arroja ácido en los ojos de A, el cual lo dejará ciego en poco tiempo. El ácido comienza a afectar los ojos de A, pero antes de que complete el proceso que lleva a la ceguera de A, interviene B tratando de neutralizar el veneno con agua. Sin embargo, lo único que logra es que A quede con una visión borrosa.

Y responde por el daño producido a A si la conducta de Y causa que A se encuentre en el estado menos ventajoso o lesivo (*s*) y esa misma causación es la que priva a A de estar en el estado más beneficioso (*s\**). Es decir que Y daña por arrojar ácido a la cara de A.

---

<sup>445</sup> Este caso plantea otros problemas como el de saber si la alteración permite concebir a la misma persona que si no hubiera habido alteración o a otra, con los problemas que implica que de no ser por la alteración no habría nacido y por lo tanto nacer con ese problema no es peor que no nacer.

En el caso de la conducta de B puede decirse que no daña, porque el proceso causal le “pertenece” a Y y no a él. El proceso causal de B se refiere sólo a arrojar agua para contrarrestar el ácido.

La concepción de daño resultante sería la siguiente:

Y daña a A sólo en caso de que A se encuentre en un estado  $s$ , tal que Y cause que A se encuentre en  $s$  con relación a un estado  $s^*$  si,

- a) Y impide a A estar en  $s^*$  *por los mismo medios* por los que Y causa que A se encuentre en  $s$ , y
- b) A esta peor por estar en  $s$  de lo que hubiera estado si hubiera estado en  $s^*$

Esta postura permite imputar el daño de la vista de A al sujeto Y. Pero no se imputa daño a B, respecto de quien no se cumple la cláusula a). A su vez el estado  $s$  que debe tomarse en consideración con relación a B es distinto al que debe considerarse con relación a Y. B actúa con un estado de cosas que lleva a una pronta ceguera total por el ácido, mientras que para Y el estado que debe tomarse de parámetro es el de visión normal.

El ácido trabajando sobre la vista de A es parte del modelo real al que se contrapone el contra-fáctico  $s^*$  para el caso de B, por ello fracasa, también, la condición b) con relación a este interviniente.

Esta última opción permite contar con dos estados de cosas comparables para determinar si hubo daño o lesión. El contrafáctico se construye sobre el estado en que se encontraba la víctima antes de la intervención causal que se quiere analizar para establecer si es productora de un daño.

Esta postura genera ciertos problemas con casos en que el estado anterior ya se encontraba comprometido por otra intervención causal en marcha. La hipótesis consiste en que la vista normal de la víctima ya estuviera comprometida inevitablemente por otra conducta anterior de otra persona distinta; por ejemplo, X envenenó el agua que A tomó ayer, siendo que el resultado de ceguera se iba a producir en el mismo momento en que el ácido surte efecto. La cuestión es cómo

debe analizarse este ejemplo, pues ello depende de cuál es el estado  $s^*$  a tomar en cuenta.

Se puede considerar que para la conducta de arrojar el ácido, el estado  $s^*$  sería un estado de “visión normal con ceguera en T3”, pero como T3 aún no es un estado, la acción de arrojar ácido sigue siendo daño en el caso de la postura comparativa contra fáctica modificada, pues el estado  $s^*$  es “visión normal”. Pero esto hace perder de vista que en el momento en que la “ceguera por el ácido” se convierta en realidad, en un estado propiamente dicho, también será realidad el de “ceguera por el agua envenenada”. En este caso hipotético, tomar como estado  $s^*$  el de visión normal no parece realista, pues el estado es “visión en vías de extinción” y este camino de extinción no puede ser modificado, ni siquiera con la intervención, de buen samaritano, de B de arrojar agua a los ojos de A.

Tomar como base un *estado valorativamente extendido*, implica quitar relevancia como daño a la acción de Y de arrojar el ácido. Recuérdese que no es un adelantamiento del resultado, sino una superposición. Si volviéramos a incluir a B en el caso, su intervención sólo atenuaría el efecto del ácido pero no el del agua envenenada, el resultado sería ceguera total con o sin B, pero la conducta de arrojar ácido no causaría el estado de ceguera sino sólo la de poner agua envenenada. La irreversibilidad de esta última conducta juega un papel en esta discusión, el estado visión normal sólo existe durante T1 y T2 y en esos tiempos ya es sabido que en T3 quedará ciego<sup>446</sup>. Se supone que son tiempos de corta duración, pero qué pasaría si fueran extensos, tal que tanto el ácido como el veneno hicieran efecto el mismo día de la muerte natural de la víctima, de forma tal que la ceguera sólo dura unos instantes o que producida ni siquiera es percibida porque la víctima muere dormida.

Está claro que el daño, cualquiera sea su entidad comparativa, se produce de todos modos, pero esto no cambia en nada la relación de las conductas entre sí.

---

<sup>446</sup> Esto sería análogo a un producto, ¿alguien compraría, al precio de mercado, un producto que sabe que ya está en tal condición que en un tiempo corto dejará de cumplir su cometido o será inútil para su uso normal? ¿Se podría decir que una cafetera que el vendedor le dice al cliente que, por una pieza alterada, va a dejar de funcionar correctamente en dos meses, sea una cafetera en un estado de funcionamiento normal, en particular con relación a otra idéntica pero que no tiene nada que indique que no funcionará normalmente durante toda su vida útil? ¿Sería aceptable que el vendedor dijera que la primera cafetera se encuentra en un estado normal de funcionamiento?

Desde la perspectiva de la postura comparativa contrafáctica mejorada de *Thomson* no hay daño hasta que no se manifiesta como estado de cosas. Así podría decirse que no hay daño ni por parte del agua envenenada ni por el ácido, hasta que está peor, es decir hasta el día de su ceguera.

Si se partiera de otra postura que considerara que un daño es un evento que produce la pérdida de un bien básico o el impedimento de la adquisición de esta clase de bienes, y no un estado, tampoco habría una respuesta satisfactoria, pues el evento a considerar es el de privar de la vista y ello no ocurre hasta el tiempo  $t_3$ .

Una solución sería considerar que el daño puede considerarse como un proceso que va desde que la causa del daño es introducida hasta la producción del estado de cosas resultante propio de ese proceso. Ello no permite distinguir entre estado de cosas y evento si se considera que un proceso puede ser un evento, pero sí permite incluir en el estado de cosas al resultado: “envenenado con muerte segura”, en los mundos posibles más cercanos la muerte se produce en el tiempo  $t_3$ , por lo cual cuenta de la misma forma en el tiempo en que aún la misma no se produjo, pues el efecto del veneno era irreversible (ya en  $t_1$  o  $t_2$ ).

Con relación al ácido, en los mundos posibles más cercanos su efecto todavía es reversible o parcialmente modificable (no sólo por la intervención o posible intervención de B). En ambos casos (veneno y ácido) se puede imputar el resultado cuando aún no se produjo, porque ambos crearon un estado de cosas penalmente disvalioso, que es apto para producir el resultado en los mundos contra fácticos relevantes. Lo que podría discutirse es si el resultado puede imputarse en distinta medida, por la diferencia normativa respecto al estado de cosas que integra cada una de las conductas, es decir resultado inevitable o todavía evitable. Esta diferencia se vincula con la cantidad de mundos posibles que son relevantes. En el primero, en todo mundo posible se concreta la muerte, mientras que en el segundo, no se concreta en los mundos menos cercanos que actúa B. La cuestión es si la distancia modal entre uno y otro caso es relevante o no.

*Justin Klocksiem* plantea una defensa del concepto de daño contrafáctico distinguiendo distintas posibilidades<sup>447</sup>. La primera aproximación que hace indica

---

<sup>447</sup> KLOCKSIEM, *American Philosophical Quarterly*, 2012, pp. 1- 7.

que alguien es dañado cuando las cosas van peor de lo que podrían haber ido. Precisando, *un evento e constituye un daño para S si y solo si S esta mejor en el mundo más cercano posible, en el cual e no ocurre.*

Para responder a los problemas habituales de la concepción contrafáctica reconstruye el concepto a partir de una clasificación del daño en *prima facie* y *última facie* (considerando todas las cosas) y en extrínseco e intrínseco.

El daño *prima facie* es aquél en que, analizada la conducta, el evento o el estado de cosas resulta contra-fácticamente lesivo sin considerar el contexto. Mientras que el daño *ultima facie* se da cuando se analizan todas las conexiones contextuales relevantes. Es decir, una conducta, evento o estado de cosas iniciales, debe ser analizado, en una consideración general, con otras conductas, eventos o estados de cosas que resultan lesivos, neutrales o beneficiosos. Así en un acto de salvamento en el que, para que sea efectivo, debe, por ejemplo, lesionarse a la víctima, la lesión en cuestión es un daño *prima facie*, pero debido a que se produce en el marco de un salvamento no resulta ser un daño *ultima facie*.

La distinción intrínseco – extrínseco, se vincula, respectivamente, con que el daño sea percibido como una pérdida, lesión, disminución o sufrimiento por parte de la víctima o que sólo sea percibido por un observador externo como tal.

El problema con una posición como la de *Thomson* es que considera estados de cosas aquellos que realmente se producen o actualizan. Si lo analizáramos desde una perspectiva contra fáctica de mundos posibles o desde la idea, dominante, de que los estados de cosas pueden o no actualizarse sin que ello les quite existencia como tales, se podría pensar que tanto el arrojar el ácido como envenenar el agua tienen como posible consecuencia, la creación del riesgo prohibido de producir ceguera.

El adelantamiento de uno sobre el otro o la conducta del buen samaritano que trata de evitar que surtan efecto no influye su carácter de estado de cosas o como configuración de mundos posibles que la norma pretende evitar (evitar la producción de un riesgo). La producción del resultado es sólo un factor a considerar para la imposición de una pena por el delito consumado a uno de los autores paralelos, pero ambos merecen, por el estado de cosas que crean o por la configuración del mundo posible en el que actúan, la imputación del disvalor de resultado completo. El



principio de daño normativo está cumplido, mientras que el material, fáctico, no se cumple para uno de los autores, el resultado como evento sólo puede imputarse a uno,

El concepto de lesión o daño posee una gran complejidad, pues si se lo analiza desde una visión moral, no se comprende su dimensión penal, pues daño desde la primera perspectiva es todo aquello que afecte el *statu quo* del sujeto. Aun cuando se lo limite al daño extrínseco, una sociedad que perciba como lesiva la adopción de ciertas prácticas religiosas, podría determinar que las mismas pueden ser sometidas a censura. Pero desde la perspectiva penal, sólo interesa aquel daño que afecte a “intereses legítimos de terceros”, aunque representen una desviación de ciertos estándares de virtud personal, excluyéndose las meras preferencias de los demás acerca del modo de vida que el agente debe adoptar.<sup>448</sup>

Sin embargo, cuáles son esos intereses legítimos no resulta fácil de responder sin que se caiga en cierta argumentación circular. Los derechos no pueden ser la fuente de esos intereses debido a que son establecidos por el propio Estado. Por ello no pueden constituir la base de una limitación para legislar en el campo penal. Si por derechos se entiende algo previo a su reconocimiento normativo legal, se puede considerar que todos aquellos “derechos pre-existentes” constituyen el cimiento de un principio de daño que limita fuertemente al Estado. Pero esta es una ficción, pues esos derechos anteriores al Estado van siendo “descubiertos” cuanto más sofisticado es ese Estado o esa sociedad. A su vez, no son los mismos derechos en todos lados. Esta discusión es la misma que se da con relación a los derechos humanos.

La naturaleza *ex post* de su identificación hace que no puedan ser fuente adecuada de la limitación que el principio de daño presupone, pues modifican de esa manera el alcance del principio de daño con su aparición. La normativización del principio, por su parte, relativiza su capacidad de actuar como límite al Estado, pues los daños indirectos pueden ganar terreno y ampliar la legitimidad normativa en demasía. Sin embargo, la normativización significa un progreso en cuanto a la suerte por los resultados, pues permite desprender el principio de una raíz predominantemente naturalista atada al resultado material o fáctico.

---

<sup>448</sup> NINO, *Los límites de la responsabilidad penal*, p 293.

El criterio contrafáctico permite comprender mejor el concepto de daño, haciendo que el resultado lesivo pueda justificar un cierto nivel de reproche independientemente del resultado material dado en el mundo actual. Esta postura genera cierto desfase con el componente emotivo del resultado material en los casos en que éste se produce en el mundo actual, pero no debería según el análisis contrafáctico. Castigar por el resultado en estos casos podría socavar la confianza en el principio de lesividad. La postura analizada opera con relación a la expectativa de que el resultado material debe llevar a un castigo más elevado del hecho que en los casos de ausencia del mismo.

Pero no necesariamente debe entenderse que la interpretación de “daño” que ella postula sea la única que asegura que el daño sea el límite de la intervención del Estado. Pues sigue siendo el daño, aunque determinado contra fácticamente, el que dirimiría la cuestión. La hipótesis en que hay resultado y no hay relación de riesgo es similar a la que puede surgir de esta forma de análisis.

La otra posibilidad es que no haya resultado pero contrafácticamente sí, puede parecer que implica un exceso si se la reprueba en la misma medida que si hubiera resultado material, pero esto no es un problema de limitar la entrada al derecho penal sino de limitar la medida de pena que se necesita o que es adecuado imponer, es un problema distinto al central aquí discutido. Aunque adherir al concepto contrafáctico puede implicar ya una solución determinada para este problema.

La distinción *prima y ultima facie* puede servir para distinguir distintas formulaciones del principio de daño. Pero lo que hace esta distinción es permitir considerar que existen dos principios de daño, uno propio del aspecto fundamentador de la ilicitud de la conducta y otro de la exclusión de la reprobación práctica (incluyendo la justificación y la exculpación). El segundo principio en todo caso podría dar razón a quienes consideran que la exclusión o negación de la justificación no puede depender del aspecto subjetivo, es decir si no hay daño *ultima facie* no puede haber antijuridicidad, así la ausencia de los elementos subjetivos no puede significar antijuridicidad<sup>449</sup>.

---

<sup>449</sup> La teoría de los elementos negativos del tipo afirma que dados los elementos objetivos de la justificación pero no los subjetivos, se está ante un caso de tentativa. Nótese que la tentativa que se

El daño contrafáctico permite solucionar los problemas de concurrencia de riesgos mejor que la consideración fáctica, pues en ella el resultado pertenece necesariamente a un curso causal concreto, mientras que con la primera los disvalores de resultado corren independientemente para cada riesgo y cada agente<sup>450</sup>.

Estas discusiones son de detalle, acerca de si el resultado pesa como construcción normativa contra-fáctica o como evento. Pero la verdadera problemática es si basta una constatación contrafáctica para habilitar la legitimidad de una norma penal. Es decir, no se trata tanto de saber si el resultado se imputa en mayor o menor medida, sino de saber si la norma puede considerarse legítima como respetuosa del principio de daño. *La primera pregunta es si un principio de daño normativo legitima la intervención del Estado mediante castigos penales. Luego sigue la pregunta por el quantum del castigo que se encuentra legitimado con un resultado material o con un resultado contrafáctico.*

El paradigma de la justificación del legislador, desde la visión contra fáctica, es el peligro abstracto. Pues los mundos posibles más cercanos son los que racionalmente pueden pensarse como estados de cosas que incluyan cierto tipo de conductas y su relación con cierto tipo de resultados. La base empírica que puede brindar una estadística acerca de esta correlación entre acciones y resultados puede ser un fundamento que permita construir un estado de cosas alternativo al actual para evaluar el disvalor de la ilicitud del hecho.

---

genera de esta manera es siempre una tentativa (con relación al tipo total) inidónea. Esta solución no es tan radical si se adopta una postura contrafáctica, pues en los mundos posibles más cercanos, la situación de justificación objetiva puede no darse y por lo tanto subsiste ilicitud. La solución de la teoría de los elementos negativos parte de un principio de daño material o fáctico.

En el caso inverso, que suele resolverse como un caso de error de tipo, sí hay lesividad y la solución no es objetable desde este punto de vista. Algo similar pasa con las causas de exclusión de la culpabilidad. La pregunta por lo subjetivo exige la constatación previa de la lesividad.

<sup>450</sup> En el caso de Hart en que A envenena el agua de la cantimplora de B y C vuelca su contenido para que muera de sed (HART and HONORÉ, *Causation in the Law*, p. 239), debido a que la muerte se produce por la sed, debe imputarse el resultado a C, mientras que A es autor de tentativa de homicidio; pero si se analiza contra-fácticamente, en los mundos posibles más cercanos la muerte se hubiera producido por el veneno, por lo que A realiza una conducta con todo el disvalor de resultado. En tanto C realiza una conducta que en los mundos posibles más cercanos hubiera matado a C, por lo tanto tiene el disvalor completo. En principio, el castigo de ambos no debería diferir. La buena suerte de A (causada por la intervención de C) no puede mejorar su situación.

La postura de *Thomson* es interesante, porque su principio del daño permite una valoración de las conductas y resultados mediante el procedimiento de construir el estado de cosas real o actual mediante la comparación con estados de cosas contrafácticos. Pero ello siempre condicionado a la necesidad de valorar una conducta que produce causalmente un resultado material.

Si se procede de la misma forma pero sin el resultado material como aquello que debe ser imputado *qua* resultado, se podría construir un principio de daño como protección de la autonomía utilizando la comparación de mundos posibles. Esto llevaría a que la suerte moral por los resultados sea parte de lo que el principio de lesividad excluye.

El legítimo ejercicio del derecho penal sobre los miembros de una comunidad civilizada sólo puede orientarse a impedir el daño a terceros. Pero sólo se puede impedir aquello que el agente puede evitar, la suerte por los resultados no es parte de ello.

#### e) Daño subjetivista

*Sancinetti* plantea que la ilicitud penal se refiere a la relación que existe entre la norma y la conducta, allí se agota aquello que será objeto de sanción. Una de las tesis de este autor es que:

“un principio de lesividad, en el sentido de que la medida de un hecho punible esté dada por la medida del daño material efectivamente causado por el delito sobre un objeto de bien jurídico, es incorrecto”

La técnica para afirmar esta proposición que utiliza este autor es afirmar el acierto del subjetivismo a partir de la teoría de los imperativos. Mediante la construcción de un ilícito subjetivo ya se descarta cualquier posibilidad de que se encuentre justificada cualquier otra interpretación del principio de lesividad. Es interesante analizar postura acerca de lo que llama “*el mito del resultado*”<sup>451</sup>. El mito primario es el que sostiene que *el resultado puede significar una mayor maldad del autor*.

Debería hacerse una aclaración sobre el significado de esta afirmación, pues no creo que el derecho penal mida la maldad, sino cierta conjunción entre conocimiento o su

---

<sup>451</sup> SANCINETTI, *Subjetivismo y objetivismo en Derecho Penal*, p. 66 y ss.

posibilidad y el significado social de su acción y sus consecuencias. Para que tenga sentido, en un derecho penal de acto, debe sostenerse que el mito consiste en sostener que *el resultado puede significar un mayor disvalor del hecho*. Esta adaptación es necesaria, pues nadie sostiene que el resultado implique mayor maldad del autor, primero porque no se está pensando en responsabilidad por el carácter del autor, la maldad es un concepto ajeno a la discusión. A su vez, la formulación original del mito asume que el resultado por sí mismo, como producción fáctica, es lo que el derecho penal (de los objetivistas) valora, aun cuando sea para medir la maldad. Esto implica un principio de daño exclusivamente fáctico, del mundo del ser, del que se derivan, directamente, consecuencias (maldad del autor) para el mundo del deber ser.

Es interesante notar que *Sancinetti*, aun cuando se opone al *mito del resultado*, abre una puerta a la posibilidad de lo que llama una *imprudencia invertida*, que se da cuando la tentativa es concebida o ejecutada de una forma grosera, esto es, cuando no se condice el plan del autor con la realidad o el contexto.

Esta idea se parece a la de capacidad de resultado de la conducta. Hay tentativas que contienen todo el disvalor posible, porque su concepción y ejecución se encuentran adaptadas a las circunstancias reales o actuales y otras que no encajan adecuadamente en distintos grados. Esta diferenciación es la que está detrás del principio de daño normativo. Es decir, no toda tentativa que logra el resultado tiene detrás un verdadero disvalor de resultado y no toda tentativa que queda o termina como tal carece de disvalor de resultado. El mito primario, según el cual *el resultado puede significar un mayor disvalor del hecho*, no sería completamente falso. En algunos casos habrá correspondencia entre resultado y disvalor de resultado y, en esos casos, el resultado coincide con un mayor disvalor de resultado.

El que llama "*mito secundario*" afirmaría que *el resultado cumple una función de reemplazo de la prueba del dolo: si el resultado se produce el autor tiene dolo de ese resultado*.

Esta idea, que tiene cierto predicamento, no es incorrecta si se la une con el contenido de verdad del mito primario. Así, si la conducta es de aquellas que poseen una alta capacidad de resultado, es probable que haya sido escogida por el autor por

ese motivo. El sujeto que pone una dosis mortal de veneno en el vaso de su enemigo en lugar de jugo de naranja, pareciera que ve como más probable la muerte que el mero disgusto por el sabor del ácido ascórbico. El grado mayor de disvalor aparecería cuando la conducta no puede sino apuntar a la producción del resultado, a la manera de la imputación objetiva, cuando no puede identificarse un uso o aplicación lícita en el contexto del caso.

Entonces, el valor de verdad del mito secundario es que a mayor capacidad de resultado de la conducta, mayor será la probabilidad de que actúe con dolo. De cualquier forma, la idea del mito de vincular disvalor de resultado con dolo no es central en nuestra discusión. El principio de lesividad negado por *Sancinetti* en su primera tesis<sup>452</sup>, puede defenderse desde una perspectiva normativa del principio de daño, pero quizás sea necesario argumentar desde la construcción correcta del principio para este autor, que en ningún momento define positivamente. Para este autor, el principio correcto de lesividad sería aquél que afirmara: *es lesiva toda conducta que el autor crea que puede perjudicar intereses ajenos*.<sup>453</sup> Pues ello sería coincidente con la norma que expresara “no dirijas tu acción a ...”.

El problema es que ya no es un principio de lesividad intersubjetivo, pues depende del propio autor. Esto es lo que se criticó antes al subjetivismo desde la epistemología, es una teoría pensada para un diálogo entre autor y juez, en que el autor no puede objetar la base del juzgamiento pues éste es conforme a su creencia acerca de su conducta y del significado de la misma, si el autor cree que está matando, no puede quejarse de que lo castiguen por tentativa. Si el autor cree que no estaba matando y sí lo estaba, no lo pueden castigar por lo acontecido en la realidad o por el significado intersubjetivo de su ejecución. Esta base dialógica es más propia de cierta variante de pensamiento moral retributivo.

---

<sup>452</sup> SANCINETTI, *Teoría del delito y disvalor de acción*, p. 88.

<sup>453</sup> La creencia del autor puede significar culpa o dolo, según como se la especifique. En otro lugar, Sancinetti afirma que “Sí es verdad que, para un subjetivista, la realización del tipo objetivo en el mundo exterior es superflua para fundamentar el ilícito; *éste se agota en la convicción del autor de crear justamente aquel riesgo que, según un juicio objetivo, es un riesgo no permitido* (SANCINETTI, *Subjetivismo y objetivismo en Derecho Penal*, p. 90). Esto significa que la convicción del autor es constitutiva de la ilicitud, si la convicción es equivocada (error al revés) no afecta la ilicitud (tentativa).

*Sancinetti* no defiende directamente este principio de lesividad, porque le interesa correrlo hacia atrás, al momento en que el legislador se propone regular una determinada conducta, pero allí no es subjetivo, no basta lo que el legislador crea, sino que debe dar razones objetivas para suponer que cierta conducta puede ser lesiva de un bien jurídico. La estrategia es decir que no hay principio de lesividad para una postura subjetivista al momento de evaluar la conducta y su resultado, sino solo una norma que excluye de esa evaluación a este último factor.

El principio de lesividad sólo se refiere a la legitimidad de la norma, pero la norma como imperativo se desprende de toda objetividad. Ello, aunque la consideración de la imprudencia invertida parecería negar que el desprendimiento de la objetivo sea completo.

Cuando *Sancinetti* afirma “Sí es verdad que, para un subjetivista, la realización del tipo objetivo en el mundo exterior es superflua para fundamentar el ilícito; éste se agota en la convicción del autor de *crear justamente aquel riesgo que, según un juicio objetivo, es un riesgo no permitido.*”<sup>454</sup>, acepta que el juicio que legitima la norma es un juicio objetivo acerca del riesgo para el bien jurídico. Este es el principio de lesividad que acepta el autor, el dirigido al legislador como juicio objetivo. No hay lesividad que se oponga a la conducta del autor, el juicio a su respecto es sólo regido por su convicción personal.

Para este autor, pueden convivir la teoría subjetiva y la imputación objetiva, a diferencia de lo que pensaba *Armin Kaufmann*<sup>455</sup>, cuanto menos para el delito doloso. Pues la referencia del dolo es el riesgo para el bien jurídico, pero es sólo referencia en cuanto a la racionalidad de la prohibición. La convicción subjetiva del autor acerca de que está creando ese peligro, es suficiente para la ilicitud de su conducta, aunque el juicio del legislador y el del autor difieran. La realización del tipo objetivo en la cabeza del autor es lo único necesario para fundamentar el ilícito. Pero esto es contrario a la imputación objetiva, pues ella exige alguna manifestación del principio de daño como previa a lo subjetivo.

---

<sup>454</sup> SANCINETTI, *Subjetivismo y objetivismo en Derecho Penal*, p 90 (las itálicas pertenecen al texto original).

<sup>455</sup> KAUFMANN, ¿ “Atribución objetiva” en el delito doloso?, en *Estudios de Derecho Penal*, p. 74.

Esto presenta un problema, pues la norma legitima el castigo, o cuanto menos la ilicitud como una condición necesaria del mismo, de ciertas conductas que integran el universo de conductas peligrosas, cualquiera sea la definición de peligrosa que utilice que sea consecuente con cierta definición del principio de daño. Pero el autor puede extender o reducir ese universo, mediante su convicción subjetiva de que la conducta en cuestión está o no está comprendida en ese universo<sup>456</sup>. Esto podría denominarse el mito primario del subjetivismo: *la lesividad (maldad) de la conducta depende (casi) exclusivamente de la convicción del autor*.

Esto se puede traducir en que la maldad está en la cabeza, no en la realidad. Pero no en sentido de *Hume*, de que la maldad o bondad de algo no es un hecho sino algo que se agrega valorativamente. El significado subjetivista se refiere a que es definida por la lectura de la voluntad del autor.

En general, existirá una coincidencia entre las conductas objetivas-disvaliosas y las subjetivas, pues las últimas serán parte de cierta captación intersubjetiva acerca de la capacidad de la conducta para lograr su meta. Pero cuando no coincidan, lo definitorio, para la postura discutida, es lo subjetivo-individual y no lo social u objetivo<sup>457</sup>. Esto significa que en la mayoría de los casos de conductas riesgosas, no va a haber diferencia entre imputación objetiva y subjetiva. Pero en los casos de divergencia, se define si se adopta una postura subjetivista u objetivista, porque la primera se decanta, necesariamente, por la imputación de ilicitud, mientras que la segunda se decide por la licitud<sup>458</sup>.

---

<sup>456</sup> Incluso si la permisón de inclusión tiene un límite en lo supersticioso o en lo racional, éste es un límite objetivo, aunque mínimo si se quiere.

<sup>457</sup> Esto se presta a una discusión que en este tema no aporta demasiado, es decir si lo intersubjetivo es lo mismo que lo objetivo. Quizás la respuesta sea negativa, pero en la base de lo intersubjetivo puede haber cierta matriz objetiva, cierta clase objetiva de conductas se valora de determinada manera, mientras que en lo subjetivo-individual la construcción del sentido de la conducta es puramente la creencia de ese individuo. No creo que se reproduzca exactamente la misma distinción que en la meta-ética entre subjetivismo individual y social por un lado y objetivismo moral por el otro.

<sup>458</sup> El caso clásico del sobrino que envía a su tío al bosque durante una tormenta para que muera por un rayo, no sólo diferencia un objetivismo naturalista de uno normativista, sino también de un subjetivismo. El sobrino decidió su suerte al querer la muerte aun cuando su conducta no fuera parte del universo de conductas de matar incluido por el legislador en la norma. Sostener la ilicitud sólo tiene un sentido de comunicar algo al autor por su maldad o acerca del carácter del mismo a la sociedad, mientras que la licitud comunica a la sociedad que cada uno no puede crear su propio



Ello es debido a que un defensor de la imputación objetiva sostiene un principio de lesividad que juega a nivel de la aplicación de la norma. Esta cuestión se vincula con la crítica a que se somete la postura de *Nino* de que la norma busca prevenir resultados y entonces sólo aquellas conductas que causan los resultados que se trata de prevenir pueden ser castigadas. Se puede intentar describir la posición de *Nino* con el título puesto por él mismo: “El perjuicio como condición de responsabilidad penal”. Aquí enuncia el principio liberal de que “la ley sólo debe estar destinada a prevenir conductas que causan algún perjuicio a terceros”<sup>459</sup>. Este principio, en su esquema de pensamiento, se debería combinar con el principio de protección prudencial de la sociedad que permite justificar la ley penal, la pena y su aplicación en la medida en que prevenga daños mayores que los que genera.

Podría analizarse una diferencia entre actos lesivos y actos que carecen de un valor positivo. Estos últimos podrían ser objeto del derecho penal, pues aunque no lesionen en un sentido fuerte, podrían afectar ciertas preferencias de las personas de un valor positivo. Consecuentemente, el derecho penal podría incluir estos actos en su campo normativo. Esta idea, en términos generales, es la expresada por *Feinberg* al sostener que el principio de daño se complementa con el de ofensividad. Específicamente, cuando las ofensas son lo suficientemente irritantes y los ofendidos no tienen ninguna vía de escape de él, esta combinación permite agotar el campo de razones moralmente relevantes para establecer prohibiciones penales<sup>460</sup>. Esto podría

---

mundo penal y que éste sólo trata de regular la convivencia por perturbaciones externas que afectan a terceros. El principio de lesividad (en la aplicación de la ley al hecho) no es un principio disponible por el autor, como él quería poner en peligro o lesionar se lo debe castigar. El que el sujeto aceptara dejar de lado el principio de lesividad no significa que el Estado puede hacerlo, pues lo contrario sería como permitir, mediante el castigo, la hetero-lesión que es consentida sobre una base falsa. Ello, en oposición al castigo como hetero-lesión consentida como la de *Nino*. De este argumento se podría deducir que habría una analogía entre la punición de la hetero-lesión consentida, como en el caso del homicidio a petición del derecho penal alemán, con la hetero-lesión consentida del castigo que directamente no sería punible (e incluso legítima), concluyendo que ninguna de las dos debería ser castigada. Pero hay diferencias relevantes, esta última es un acto del Estado y el consentimiento deriva de un acto lesivo de terceros, mientras que en la segunda sólo se trata de consentir la lesión por otro, que es un sujeto individual y cuyos límites de actuación no están claramente establecidos. A su vez, y creo que esto es lo definitorio, la clase de acto que demuestra o expresa el consentimiento tiene una significación propia que es relevante para la distinción. Estos argumentos sólo rechazan una solución analógica directa entre ambas heterolesiones pero no rechazan *per se* la posibilidad de que ambas puedan ser lícitas.

<sup>459</sup> NINO, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, p. 269.

<sup>460</sup> FEINBERG, *Harm to Others*, pp. 14 y 15.

justificar, por ejemplo, por qué un acto de exhibicionismo, de contenido sexual, puede ser prohibido, a pesar de que no haya menores que puedan ser afectados. En el caso el local en cuestión que no permitía la entrada de los mismos y no estaba destinado a esa clase de conductas<sup>461</sup>. Esta postura acerca de la lesividad lleva a considerar al subjetivismo como una especie de perfeccionismo, perfeccionismo legal. Ello, pues pretende que las personas se ajusten psicológicamente a la norma. Se trata de un perfeccionismo en sentido estricto, lo relevante es el mérito o demérito interno del actuar u omitir.

El principio del hecho, la exigencia de externalización, es sólo un mecanismo adaptativo al desconocimiento del pensamiento, una adaptación epistemológica. Esta necesidad de exteriorización con sentido que está implícita en el principio de daño, aplicado al caso, no se detiene en lo externo sino que principia en ello para poder sostener, por razones objetivamente perceptibles, que una persona actúa de una forma penalmente relevante. Esta necesidad se refleja en el principio de ejecución, el cual es relevante como primer acto de externalización de la voluntad antinormativa, que deja de llamarse acto preparatorio para ser ejecutivo.

La idea de que el subjetivismo es compatible con cualquier concepto del principio de ejecución objetivo -formal o material- es incorrecta, pues esas posturas desperdician tiempo en lo externo con cierto contenido epistémico, para el subjetivista desde la intención mental ya hay tentativa<sup>462</sup>. Tal como lo indica *Nino*: “Tanto el pensamiento jurídico inglés como la teoría continental del delito, a pesar de abrazar generalmente en forma explícita la concepción liberal, aceptan algunas soluciones

---

<sup>461</sup> *R. v. Labaye*, [2005] 3 S.C.R. 728, 2005 SCC 80.

<sup>462</sup> Para evitar esta consecuencia, un subjetivista puede acudir a dos caminos de evasión. El primero consiste en discutir el concepto de intención diciendo que sólo existe cuando va unida a un acto externo, diferenciándola del deseo. Pero este camino no lleva muy lejos, pues lo único que agrega es que la mala intención necesita de un acto no importa como sea ese acto, por lo tanto a lo sumo lo lleva al primer acto preparatorio. El otro camino es sostener que el acto externo es el único acceso al pensamiento del autor y sólo cuando el acto permite discernir la intención es cuando se comienza la ejecución, como una limitación epistemológica. Pero esto es mantener que lo correcto es castigar por el pensamiento pero sólo se puede acceder a él por lo externo, como una forma de conductismo. Pero esto no convierte a ese sentido externo en el principio de ejecución subjetivista sino en la prueba de una intención anterior donde “realmente” comenzó a actuar contra la norma. En cualquiera de los dos casos, el principio de ejecución está en ese momento previo a la ejecución objetiva, sea el primer acto preparatorio, que si es tal ya se reconoce la preparación de lo que se intenta o se tiene en mente ejecutar una vez que se encuentre todo listo (preparado), sea a la pura intención mental a la que permite retrotraerse un acto externo indicativo de ella.

que sólo son compatibles con el punto de vista perfeccionista.”<sup>463</sup>. Esto le pasa al subjetivismo que tiene una fuerte vinculación con el perfeccionismo.

f) Daño subjetivizado

Se podría argumentar que el principio de daño formulado por *Mill* admite una interpretación subjetivista. Según *Mill* la función del principio es “gobernar por completo las relaciones entre la sociedad y el individuo en todo lo concerniente a compulsión y control, sea que se trate del uso de la fuerza física bajo la forma de penas o mediante la coerción moral de la opinión pública. El principio se formula en dos etapas<sup>464</sup>:

1. “El único fin por el cual la humanidad está justificada, individual o colectivamente, para interferir con la libertad de acción de cualesquiera de sus miembros es la autoprotección.”
2. “Que el único propósito por el cual el poder puede ser justamente ejercido sobre cualquier miembro de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es impedir el daño a otros.”

La autoprotección se especifica definiéndola por el daño a otros, el derecho a la autodefensa deriva de que la imposición de un sufrimiento o restricción de la libertad del atacante se justifica en que no es posible exigir un abandono de la propia integridad, el perjuicio a un tercero que es el propio atacado hace que deba permitirse la defensa en donde el Estado no sería eficaz como garante de la integridad de la víctima. Esto permite entender ambas partes como referidas al perjuicio a terceros y unifica el único justificativo para la legislación punitiva en la prevención de ese daño.

Unas líneas más adelante, el autor aporta otro concepto del principio dirigido a acentuar su aspecto subjetivo:

---

<sup>463</sup> NINO, *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, p. 302. El perfeccionismo, en la medida que pretende reaccionar con castigos contra las conductas inmorales, hace caso omiso de la suerte constitutiva. Pero como teoría general, sus esfuerzos se deberían dirigir a compensarla, pues el origen de la imperfección es el carácter, que se forma con la lotería natural, más la suerte circunstancial.

<sup>464</sup> MILL, *On Liberty, Collected Works of John Stuart Mill*, Volume XVIII, p. 223.

“Para justificar que la conducta respecto de la cual se desea disuadir (lo) debe estar *dirigida* a producir un mal en alguien más.”<sup>465</sup>

Es decir, que se justifica la disuasión mediante la amenaza de castigo cuando la conducta está dirigida a (*calculated to*) producir un mal sobre otro. Por lo tanto, aquí aporta una justificación diferente a la del concepto original y apunta a una fundamentación que podría tildarse de subjetivista.

Esta postura avalaría que la punición de la tentativa se encuentra justificada por el principio de daño y, a su vez, que éste no exige, necesariamente, el daño fáctico. Esta hipótesis se ve reafirmada por la proposición siguiente en el texto de *Mill* cuando afirma que la única parte de la conducta de una persona, por la cual es responsable frente a la sociedad, es que concierna a otros. *Mill* no repite la necesidad de daño, sino basta que concierna a otros, lo cual sumado a la frase que apunta a la dirección de la acción a producir un mal, podría interpretarse subjetivístamente, permitiendo que la intención de la conducta sea suficiente para cumplir con este requisito.

Está claro que esta formulación se inserta en un párrafo que se dirige a resaltar la diferencia entre la soberanía que posee el individuo, respecto de su propio cuerpo y mente, de la del Estado. Pero no deja de ser llamativo que pueda considerarse una reformulación del principio, luego de definirlo a partir del daño a otros. Más tarde, indica nuevamente, que se trata de conductas lesivas de terceros y que ello constituye un fundamento, *prima facie*, para punir. También se expresa el requisito del principio como “causar mal a otros”<sup>466</sup>, “lesión”<sup>467</sup>, “hacer mal a otros”<sup>468</sup>, “no dañarlos”<sup>469</sup>, “no implicando daño a otros”<sup>470</sup>.

En otro lugar, *Mill* apunta a definir el principio de lesividad cuando expresa:

“Ninguna persona debe ser castigada por estar ebrio; pero, un soldado o un policía deben ser castigados por estar ebrios durante su turno. Siempre que,

---

<sup>465</sup> “To justify that, the conduct from which it is desired to deter him, must be calculated to produce evil to someone else.” (MILL, *Collected Works of John Stuart Mill*, Volume XVIII, p. 224).

<sup>466</sup> MILL, *Collected Works of John Stuart Mill*, Volume XVIII, p. 225.

<sup>467</sup> MILL, *Collected Works of John Stuart Mill*, Volume XVIII, p. 225.

<sup>468</sup> MILL, *Collected Works of John Stuart Mill*, Volume XVIII, p. 225.

<sup>469</sup> MILL, *Collected Works of John Stuart Mill*, Volume XVIII, p. 226.

<sup>470</sup> MILL, *Collected Works of John Stuart Mill*, Volume XVIII, p. 226.

en resumen, haya un daño definitivo o un riesgo de daño definido, tanto individual como público, el caso es sustraído de la provincia de la libertad y colocado en la de la moralidad o de la ley.”<sup>471</sup>

También se refiere a una lesión perceptible a un individuo determinado. En el caso de daños sociales, que no implican el quebrantamiento de un deber específico y que no causan un daño perceptible a un tercero, sino a sí mismo, sus costos deben ser cargados a la sociedad en *pro* del mayor bien para la libertad humana.

Sin embargo, no interesa tanto saber si el principio formulado por *Mill* admite una interpretación subjetivista, como saber si puede haber un principio de daño afín al subjetivismo que funcione como límite al poder del Estado.

Se podría interpretar que la proposición citada que reza que “para justificar que la conducta respecto de la cual se desea disuadir (lo) debe estar *dirigida* a producir un mal en alguien más” sólo quiere decir que se exige dolo respecto a la conducta que daña a terceros, es decir que es necesario que se encuentre dirigida a ese fin para que pueda hablarse de disuadir al agente de ejecutarla. Es decir, que no puede haber responsabilidad objetiva donde el fin de la amenaza penal es disuadir al agente de su ejecución.

Por lo tanto, no estaríamos frente a un argumento subjetivista realmente, sino que no puede haber disuasión donde el agente no conoce que su conducta es peligrosa para terceros o capaz de producir el resultado lesivo. El que perjudique a terceros, como fundamento *prima facie*, se complementa con el aspecto subjetivo, pero éste no puede remplazar al primero.

Una cuestión relevante en la discusión del principio de daño es la relativa al principio de neutralidad. Se puede intentar analizar éste principio más general, en el esquema de pensamiento liberal, para determinar si pueden extraerse consecuencias diferentes o si ratifica alguna variante del mismo.

---

<sup>471</sup> Las posiciones de garante generan un campo suplementario de lesividad, la autosustracción de la capacidad de acción requerida por la posición que ocupan en un determinado tiempo y lugar.

g) Balance provisional

El principio de lesividad fue pensado como un límite al perfeccionismo y al paternalismo, es decir para evitar que se considere legítimo legislar sobre la virtud, la moralidad privada o la autolesión. A su vez, la conjunción de este principio con el concepto de bien jurídico establece un estándar para la limitación de la libertad que puede pretender una norma penal.

El problema es qué quiere decir el principio de lesividad cuando se refiere al daño a terceros<sup>472</sup>. ¿Se refiere a una conducta con ciertas características y a un resultado material como su consecuencia o se trata de un principio en que el daño puede ser satisfecho con un perjuicio valorativamente determinado?

En el primer caso se trata de un principio que depende de un evento que es la producción de un resultado, mientras que en el segundo se trata de un cierto estado de cosas que valorativamente puede considerarse lesivo a terceros<sup>473</sup>.

Esta discusión presentada en los apartados anteriores lleva a la formulación del principio mediante el análisis contrafáctico de mundos posibles más cercanos. Sea que se mantenga la necesidad de un resultado material como lo hace *Thomson* o que se prescinda del mismo como factor fundante del mismo.

En cualquier caso esta orientación del principio es más viable que la subjetivista que pretende omitir el control de lesividad *ex post*, es decir el control sobre si la conducta ejecutada debe o no ser lesiva, conformándose con el control *ex ante* que se dirige al legislador. Esto le permite al subjetivismo utilizar a las conductas externas como meros hitos externos que permiten identificar la intención del agente que es el único objeto de reprobación penal para esta teoría.

La formulación que parece más adecuada para sostener que el principio mantiene su capacidad de limitación a la legislación perfeccionista y paternalista es una de carácter objetivo, debiendo depender de la capacidad de la acción para producir el resultado. Pero esa capacidad es determinada mediante la aplicación de la condición

---

<sup>472</sup> Este problema surge porque Mill no especifica que entiende por “daño”. TURNER, *Ethics*, 2014, p. 299.

<sup>473</sup> Un principio de daño o lesividad que incluya la causación de un resultado tendría problemas con la postura mayoritaria en derecho penal que considera que las omisiones no causan.

de seguridad que implica que la conducta debe ser lesiva en los mundos posibles más cercanos, sin perjuicio de que haya o no sido lesiva en sentido material bajo la forma de un resultado en el mundo actual.

Es posible construir un principio limitador sin las connotaciones naturalísticas del resultado material y que, además, al excluirse éste último el principio del daño contendría en sí mismo una exigencia de no responsabilizar por la suerte. Pero en lugar de hacerlo desde del concepto de responsabilidad, éste excluye la responsabilidad por la suerte partiendo desde la perspectiva de la lesividad. *La conclusión es que no hay lesividad, en el sentido del principio, cuando la lesión o daño se producen por la suerte en los resultados.*

En definitiva, no hay lesividad imputable al agente que pueda emanar de la suerte. El principio es en sí mismo un filtro para la suerte por los resultados.

La idea general esbozada al principio de la investigación por la proposición “*no hay responsabilidad por la suerte*” tiene en el principio de lesividad su formulación expresa para la suerte penal, el cual expresa: “*no hay responsabilidad por la suerte penal*”<sup>474</sup>.

*El principio del daño exige que sólo los resultados que no dependan de la suerte puedan ser objeto válido de imputación al sujeto.*

### C. El principio de neutralidad

El principio de daño tiene la función de limitar la intervención coercitiva del Estado frente a intromisiones que van más allá del daño a otros. Claro que la puesta en peligro puede considerarse una forma de daño, puesto que el peligro significa una disminución, en un tiempo determinado, de posibilidades de desarrollo futuro de la

---

<sup>474</sup> Lo que se constata *ex post* es si ese resultado producido, o la ausencia del mismo luego de la ejecución de una conducta prohibida, se fundamentan en la capacidad contrafáctica de la conducta ejecutada. Es decir, se trata de determinar si el resultado y la conducta son de aquellos que lesionan a terceros en el sentido del principio del daño, si las conducta y el resultado pueden ser incluidos entre aquellos que el legislador pudo incluir válidamente en la norma penal mediante el juicio *ex ante*.

persona o de algún interés relevante de ella, aunque ese daño en expectativa nunca llegue a producirse.

El verdadero carácter de límite a la coerción surge de la diferencia entre daño o peligro punible y daño o peligro moral. Para esta distinción, es fundamental la raíz antiperfeccionista del principio. El sentido antiperfeccionista se manifiesta en la necesidad de que la coerción deba ser independiente de consideraciones relativas al valor moral de la conducta o de la virtud moral exhibida por el agente. Esta raíz se vincula con el llamado *principio de neutralidad*, que sostiene que el Estado debe ser neutral respecto a los planes de vida de los ciudadanos relativos a su propio bienestar o desarrollo. En palabras de *McIntyre*:

“Para el individualismo liberal, la comunidad es sólo el terreno donde cada individuo persigue el concepto de buen vivir que ha elegido por sí mismo, y las instituciones políticas sólo existen para proveer el orden que hace posible esta actividad autónoma. El gobierno y la ley son, o deben ser, neutrales entre las concepciones rivales del buen vivir, y por ello, aunque sea tarea del gobierno promover la obediencia a la ley, según la opinión liberal no es parte de la función legítima del gobierno el inculcar ninguna perspectiva moral.”

475

De allí que la dignidad de la persona sea un fundamento general para la neutralidad y, también, para el principio de lesividad.

La crítica de *Raz* es que los argumentos a favor de la neutralidad no son neutrales, pues suponen que las diferencias morales no ameritan intervenir en la autonomía de las personas, por lo que esa área de conductas no puede ser dirigida o controlada por el Estado. Esto no es neutralidad, sigue el autor citado, es optar por una postura acerca del valor de ciertos valores morales. Se podría decir que este renunciamiento general a intervenir está menos justificado que el renunciamiento especial relativo al derecho penal. Ello, puesto que el derecho penal afecta de una manera general los

---

<sup>475</sup> MACINTYRE, *Tras la virtud*, p. 257.



planes de vida de quien es castigado, la privación de libertad frustra sus planes masivamente a partir la aplicación de una pena de prisión<sup>476</sup>.

La pena es una respuesta poco sensible a los planes de vida, pues frustra los mismos más allá de los motivos por los cuales se impone al autor de un delito.

La idea de retrotraer el estudio del problema del valor del resultado a un principio superior al principio de daño, lleva al estudio del principio de neutralidad. El principio de daño es una herramienta para delimitar la neutralidad de la intervención estatal, cuanto mejor se pueda conocer porque se formula el principio de daño, más se sabrá acerca de su alcance. El principio de neutralidad se encuentra en la base de sustentación del pensamiento liberal y afirma que el Estado debe ser neutral con relación a los planes de vida o a las concepciones de bienestar de las personas. Este principio brinda un punto de partida o un procedimiento para derivar de él principios racionales de justicia.

Las instituciones políticas estarán justificadas en la medida en que puedan servir a los intereses de los individuos de la sociedad en que esa institución opera. Así, los principios de *ultima ratio* y de mínima intervención se sustentan en esta idea; también el de culpabilidad, pues el reproche o la reprobación penal implica un apartamiento justificado de la neutralidad.

En este apartado, lo único que interesa es determinar cómo influye sobre el principio de lesividad. Para ello, será necesario optar por una definición de neutralidad que sea apta para precisar los límites de la lesividad penal.

Este principio se origina en los escritos de *John Stuart Mill* y se fundamenta en el valor intrínseco de la autonomía o de la individualidad. En el famoso, e incansablemente citado, fragmento de *On Liberty* en que presenta al principio de lesividad en sentido más amplio, define la idea de neutralidad:

“Aquel principio es que el único fin por el cual la humanidad está autorizada, individual o colectivamente, para interferir con la libertad de acción de cualquiera de sus miembros es la auto-protección. El único

---

<sup>476</sup> Raz tiene en mente la pena de prisión por ser de carácter general, es decir frustra con la privación de libertad muchos aspectos de los planes de vida de la persona, incluso facetas que no guardan relación con los propios fines de la pena.

propósito por el cual el poder puede ser legítimamente ejercido, sobre cualquiera de los miembros de una comunidad civilizada, contra su voluntad, es prevenir el daño a otros. Su propio bien, tanto físico como moral, no es suficiente justificación.”<sup>477</sup>

El principio de neutralidad expresado en este párrafo, indica que tanto el paternalismo como el perfeccionismo quedan fuera del ámbito justificado de la limitación de la libertad de los individuos que posee el Estado.

La frase no se refiere exclusivamente al castigo, sino a cualquier forma de limitación de la libertad proveniente de actos del Estado. Entendido en esta forma, es necesario un segundo nivel de justificación: la justificación neutral de la propia idea de neutralidad. Tal la crítica de *Raz* antes citada.

En el primer nivel de justificación se encuentra el principio de lesividad. Es importante discutir sobre la neutralidad debido a que puede despejarse la duda de si el principio de lesividad encarna adecuadamente el antiperfeccionismo que exigiría la neutralidad y si puede evadir el caer en alguna forma de consecuencialismo que frustre la función limitadora del principio. Las definiciones generales de neutralidad son muy difíciles de controvertir y resultan vacuas; pues tratar a todos igual no parece objetable. Sin embargo, no informa demasiado acerca de cuál es sentido de igualdad que sostienen. Por ello, se necesita determinar con mayor precisión cuál es el punto en disputa, a qué trato intentamos calificar de neutral y a qué conjunto de personas se aplica. La aclaración de estos interrogantes permitirá una discusión más rigurosa del principio.

Existe una postura que considera que el liberalismo no es neutral respecto de valores o concepciones de vida, sino respecto de las personas que sostienen esos valores<sup>478</sup>. Esto significa que una ley podría justificarse con base en el consenso social o convergencia sobre alguna pauta o pautas morales, si es que con ello no se opone a las concepciones del algún ciudadano o grupo de ellos<sup>479</sup>. Así, la neutralidad impide

---

<sup>477</sup> MILL, *Collected Works of John Stuart Mill*, Volume XVIII.

<sup>478</sup> GAUS, *Controversial Values and State Neutrality and in On Liberty*, in *Mill's On Liberty: A Critical Guide*, copia on line <http://www.gaus.biz/Gaus-MillNeutralistLiberalism.pdf>, p. 5 y 6 (última visita 5/02/2014).

<sup>479</sup> De los argumentos de Gaus pareciera que exige un consenso real, pero no se sabe cómo se logra en una sociedad de masas. Si se sometiera a una votación un determinado tema o, específicamente, un

tomar partido por un lado del conflicto. Pero si no hay conflicto no es necesaria la neutralidad.

En este sentido, si todas las personas de una sociedad desvaloraran los actos homosexuales, una ley que los reprimiera no sería contraria a la neutralidad y por consiguiente, al principio de daño o lesividad. Esto significa que una cierta concepción moral controvertible, en términos teóricos pero no prácticos, podría justificar la intervención coercitiva del Estado. Sin embargo, esta idea parte de una visión acerca de la homogeneidad moral de la comunidad política o social que no parece realista. Es posible sostener que ciertos valores morales justifican la mayoría de las leyes penales; así, por ejemplo, la defensa de la propiedad privada no es neutral frente a otras concepciones acerca de su distribución y uso. Incluso las que parecen más neutrales como las que protegen la vida humana, pueden ser consideradas no neutrales, pues protegen ciertas formas y otras no (aborto, eutanasia, suicidio, etc.). Se podría decir, llevando al extremo el argumento, que los criminales no comparten la idea (moral) general de combatir el crimen.

La neutralidad depende de que la lesión a terceros pueda ser considerada como un mínimo para que las personas puedan desarrollarse, es decir que la base sobre la que se construye la comunidad exige que la heterolesión no consentida deba ser prohibida. Este mínimo consenso, aunque no sea neutral, una vez aceptado, genera una forma de neutralidad moral del Estado.

La neutralidad puede referirse al propósito o a los efectos de una ley o de una política del Estado. Para ello debe observarse cómo afecta a la libertad de acción, debido a que el liberalismo clásico parte de una presunción a favor de la libertad en general. Resulta claro que la presunción en favor de la libertad no es neutral en sí misma, implica un juicio de valor fundamental. Una vez aceptado debe buscarse la neutralidad en la intervención mínima de la libertad.

---

tipo penal que reprimiera la realización de actos homosexuales, podría ser el caso de que el único que se opone a la criminalización no quiera votar, sea porque se opone a que leyes perfeccionistas puedan ser ratificadas por el voto o al propio sistema de voto popular. Cualquiera sea el motivo valorativo de peso para que alguien rechace la forma de expresar la disconformidad pautada por el Estado, daría lugar a la sospecha de que la ley no puede ser aprobada; es decir es necesario que el cien por cien de los ciudadanos votaran a favor; la mera ausencia de alguno impediría aprobar la ley.

En este contexto, la definición de neutralidad necesita del principio del daño o lesividad como factor clarificante. Así es como la lesividad se convierte en un elemento necesario, aunque no suficiente<sup>480</sup>, para que la ley no viole la neutralidad entre personas.

La neutralidad del principio del daño deriva de una especie de fórmula de universalización que el propio *Mill* propone en *On Liberty*. Esta postura es ejemplificada con la lesión de la sensibilidad religiosa: nadie está dispuesto a aceptar que sea posible descalificar una norma coercitiva que prohibiera cierta práctica religiosa porque ofende a los fieles de otras creencias, pues sería posible aplicarlo a alguna de las creencias propias en igual manera. No es posible la utilización de argumentos morales para limitar la libertad moral mediante normas coercitivas<sup>481</sup>.

Los argumentos fundamentales que justifican al principio de lesividad, desde la perspectiva del principio de neutralidad, son dos. El primero, se basa en que la intervención sobre conductas que sólo se refieren al interés propio del agente tiende a la imposición de las propias preferencias y que la práctica del Estado de establecer normas al respecto tiende a cometer errores sistemáticos y persistentes<sup>482</sup>. El segundo consiste en el ideal de reciprocidad. Todo aquel que recibe protección de la sociedad le debe algún beneficio, consistente en observar cierta línea de conducta hacia los demás<sup>483</sup>.

El liberalismo de *Mill* se apoya en el concepto de individualidad, en el respeto por cada individuo y sus preferencias de vida. Pero aun cuando la individualidad sea esencial a la postura de este autor, no es necesaria para fundar el principio de lesividad, pues *Mill* habla de una justificación convergente. Distintas personas

---

<sup>480</sup> Puede haber buenas razones que permitan el daño a otros, claro que los liberales piensan que serán de corte consecuencialista. Sin embargo, puede haber razones no consecuencialistas que justifiquen el daño o lesión a terceros. Así, la legítima defensa no se basa en razones consecuencialistas, sino de principio: el derecho no debe ceder ante lo injusto. La neutralidad depende de los límites a esa justificación.

<sup>481</sup> En un Estado liberal, pues en un Estado religioso fundamentalista serían el argumento central, pero en definitiva su imposición dependerá del poder real para imponer sanciones. Pero este no es un argumento basado en razones.

<sup>482</sup> GAUS, *Controversial Values and State Neutrality and in On Liberty*, in *Mill's On Liberty: A Critical Guide*, copia on line <http://www.gaus.biz/Gaus-MillNeutralistLiberalism.pdf>, p. 26 y 27 (última visita 5/02/2014).

<sup>483</sup> Esta podría ser una línea de justificación de la criminalización de la omisión de socorro.

adoptarán el principio basadas en razones diversas lo cual le da neutralidad al mismo, al estilo de los acuerdos teorizados en forma incompleta de *Sunstein*<sup>484</sup>.

Detrás de esta discusión está la cuestión epistemológica de que las personas descubren medias verdades y que la verdad total está más allá de la condición humana. Pero todos coinciden en que sus verdades tienen el mismo derecho a ser experimentadas que las de los demás. Sólo la limitación al daño a otro puede convivir con esta apertura epistemológica<sup>485</sup>.

Estas ideas dan lugar a la *teoría de la legislación neutral justificada*, es decir que el principio de daño se justifica porque es el único principio que limita al Estado sin perder neutralidad con los ciudadanos y sus planes de vida.

*Susan Dimock* se refiere a la *neutralidad política*: el Estado debe ser neutral con relación a la concurrencia de concepciones del bien que sus miembros puedan adoptar, o al menos, con respecto a aquellas que son razonables en algún sentido específico<sup>486</sup>. Es un principio de restricción de tal forma que puede interpretarse que niega al Estado el derecho de perseguir ciertos resultados valiosos o que requiere que no perturbe ciertos estados de cosas, incluso y aun cuando, podría mejorarlos. De esta interpretación que proviene de *Raz*, se derivan las distintas clases de neutralidad y sus diferentes alcances. La *neutralidad como igualdad de consecuencias* exige que el Estado promueva todas las concepciones de vida buena en igual extensión. El Estado debe asegurar que todos los individuos gocen de un igual nivel de bienestar, sin perjuicio de qué valores constituyen su función de utilidad. Se trata de asegurar un estado final donde todos tengan un igual nivel de satisfacción.

Esto requiere de un importante grado de intervención sobre los individuos, pues exige la realización de juicios sustantivos acerca de lo que constituye el bienestar de cada individuo y una escala de intereses objetivos para calcular ese estado final

---

<sup>484</sup> SUNSTEIN, *Public Law and Legal Theory*, 2007, p. 3. Con esto Sunstein se refiere a que los participantes de una práctica pueden estar de acuerdo con un resultado específico, incluso si no están de acuerdo con las razones o con la teoría que justifica ese resultado.

<sup>485</sup> También se puede fundamentar desde las perspectivas del liberalismo político de Rawls o de Larmore.

<sup>486</sup> DIMOCK, *The Journal of Value Inquiry*, 2000, p. 189.

igualitario. Además, implica cierto grado de fungibilidad entre los intereses en juego hasta compensar sólo un estado final adecuado. Pero en el proceso para llegar a él, puede lesionar intereses que con una concepción de neutralidad en el sentido político sería inadmisibles conculcar. A su vez, la búsqueda de un estado final equitativo implica tratar como medio a quien tiene los recursos que se necesita redistribuir.

*La neutralidad como igualdad de oportunidades y recursos* exige que el Estado deba proveer de igualdad de oportunidades para promover o perseguir su concepción de bien. Se trata de obtener un estado de cosas en que todos los individuos tengan una igual oportunidad de alcanzar su bien o una igual habilidad para alcanzar sus concepciones del bien. *La neutralidad como distribución de recursos* impone al Estado que distribuya los recursos entre los individuos de tal forma que les sea posible perseguir en igualdad sus diversas concepciones de la vida buena. Rawls se encuentra en esta posición, pero recurre a un procedimiento para esta distribución: la posición originaria. Mediante este mecanismo y el velo de ignorancia, parece permitir una distribución de recursos conforme lo que elegiría una persona racional sin apoyarse para la elección en una determinada concepción de bienestar.

Sin embargo, haciéndose eco de las críticas acerca de que la primacía de bienes primarios resultante no es neutral sino que tienen como trasfondo alguna concepción liberal de sociedad, modificó su postura sosteniendo que esos bienes no son independientes de cualquier concepción de bienestar, pero son *instrumentalmente necesarios* para vivir una vida autónoma<sup>487</sup>. Para Dimock esta postura implica una forma de perfeccionismo, una teoría perfeccionista del liberalismo, pues privilegia una concepción de bien, una vida autónomamente elegida. La autonomía es un valor controversial y como tal no neutral. Dworkin intenta enmarcar la neutralidad en una noción de igualdad. Todos deben ser tratados como iguales, con un derecho a una igual preocupación y respeto por parte del Estado. Una concepción liberal del Estado entiende que sus decisiones deben mantenerse independientes de cualquier concepción de bienestar. En una concepción no liberal de igualdad, el Estado debe tratar a los ciudadanos de tal forma que exista igualdad en la distribución de recursos u oportunidades o al menos, debe trabajar para asegurar un estado de cosas en el cual los ciudadanos deban gozar de igualdad o estar lo más cerca posible de ello.

---

<sup>487</sup> RAWLS, *Philos. Public Aff.*, 1985, pp. 223-251.

Las dificultades de algunos para cubrir sus necesidades básicas pueden entorpecer el alcanzar su meta, así como las discapacidades o inhabilidades de otros también frustran o comprometen el logro de sus objetivos de vida. Estos problemas deben diferenciarse de las preferencias y elecciones de las personas que aunque afectan las posibilidades de completar sus planes de vida, tienen un estatus diferente<sup>488</sup>. Esta diferencia justifica que las primeras deban ser compensadas por la sociedad, mientras que las segundas no. Pero esto significa que ciertos recursos tienen prioridad sobre otros o cierta falta de ellos exige su redistribución, lo cual equivale a afirmar que tienen un valor positivo y superior a otros.

La neutralidad en las consecuencias o en el estado final siempre es inconsecuente con el ideal de neutralidad en los planes de vida. Pues, la idea de justicia distributiva que subyace implica la toma coercitiva de recursos de unos para dárselos a otros. Así, si los planes de vida de los primeros no son respetados, la redistribución es irreconciliable con la neutralidad. *La neutralidad justificatoria o neutralidad de razones* puede ejemplificarse con la postura de Raz, quien sostiene que “ninguna acción política debe ser emprendida o puede estar justificada sobre la base de que promueve un ideal de lo bueno o de que permite a los individuos perseguir un ideal de lo bueno”<sup>489</sup>. Raz plantea que el liberalismo puede ser visto desde dos perspectivas, la de Locke que se basa en la afirmación de las libertades básicas o la de Mill que expresa la tradición liberal a través de principios de restricción.

Raz considera que *un principio es un principio de restricción si, y sólo si, las razones consideradas inapropiadas para una acción política son buenas razones*<sup>490</sup>. Esto es, que los principios de restricción se basan en argumentos creados para establecer que

---

<sup>488</sup> La diferencia que hay entre una preferencia como un gusto caro y una mala elección ocasiona que deba diferenciarse entre uno y otro. Pareciera que un gusto puede ser adquirido y que el plan de vida no puede girar en torno a ese gusto. Pero esto es perder neutralidad, claro que distinto es decir que el Estado tiene que proveer de los medios para satisfacer ese gusto de una persona particular. El Estado no puede prohibir que las personas satisfagan, por sus propios medios, sus gustos (que no perjudica a otros, pues puede ser ofensivo frente a los que no pueden satisfacer sus necesidades mínimas). Pero desde el punto de vista de la igualdad de oportunidades, un plan de vida epicúreo se vería frustrado. Las elecciones presentan ciertas aristas más controversiales, pues el motivo de que no haya que compensarlas es que justamente, son decisiones libres del agente, pero no siempre es así y en el margen de predeterminación puede componerse con aspectos de la lotería natural que no pueden cargarse sin más al agente.

<sup>489</sup> RAZ, *The Morality of the Freedom*, p. 116.

<sup>490</sup> RAZ, *Midwest Studies in Philosophy*, 1982, pp. 89-91.

ciertas razones, a pesar de que son generalmente válidas, en razón de la naturaleza de ciertos actores o acciones políticas, no deben contar como razones para algunas o todas las acciones políticas.

*Raz* considera equivocado interpretar el principio de daño como si estableciera un área libre de intervención estatal o como un derecho absoluto a la no interferencia en las acciones privadas. Se trata de un *principio de restricción de razones*. Ciertas razones para la intervención en la conducta de las personas siempre deben ser descartadas. Ello no significa que si hay otra clase de razones no pueda intervenir.

Esta es la misma idea de *Locke* en su *Carta sobre la tolerancia*, pues cree que las razones religiosas son inválidas para entrometerse en la religión de otro. Sin embargo, razones de índole social o de protección social pueden fundar una intervención sobre algún aspecto de la religión o las religiones. Así una acción política puede válidamente perjudicar a una religión con relación a otras, pero sólo si las razones de esta limitación son de aquellas a que el estado puede apelar, por ejemplo vinculadas o derivadas del principio de daño.

Esto implica que ciertas limitaciones de la libertad pueden justificarse basándolas en razones ajenas a un ideal de lo bueno. Las razones independientes permiten mantener la neutralidad respecto a la cuestión o conflicto que se le presenta al Estado. Esta neutralidad es compatible con limitaciones que afectan la capacidad o posibilidad de las personas de lograr desarrollar ciertos planes de vida. Esta postura lleva a la concluir que *las restricciones que están basadas en buenas razones e independientes de los planes de vida en competencia no son violaciones al principio de neutralidad*. Pero impide que el Estado adopte restricciones sobre las personas por el hecho de que han adoptado ciertos planes o formas de vida. *La neutralidad contractualista*, se vincula con la idea de que la neutralidad está en la propia fundación del Estado.

Se supone que los principios de justicia que surgen del contrato, hacen que cada uno se encuentre en una mejor posición que si no se hubieran aceptado estos principios. En el llamado “estado de naturaleza” los individuos se preocupan por maximizar su propia utilidad sin las limitaciones de un Estado con poderes coercitivos. Si fueran preguntados acerca de qué conjunto de reglas aceptarían, bajo la garantía de todos los demás también las aceptarían, surgirían los principios que, por su propia forma o



procedimiento de concepción, resultan neutrales a las distintas concepciones de vida. Esta *neutralidad fundacional* requiere que se especifiquen ciertos valores que deben ser compartidos por todos los participantes del contrato y que proveen el contenido necesario para especificar el derecho y los límites de la neutralidad política.

Los límites de la libertad son marcados por principios morales y políticos, reglas, prácticas e instituciones que todas las personas reconocen o acuerdan aceptar, porque sirven a los diversos intereses de todos ellos. El axioma es que debe obtenerse “la máxima libertad posible para cada uno, con una libertad similar para todos”. Pero esa libertad no es neutral, depende de a qué concepción de vida se hayan referido. Aun cuando la autonomía fuera su base, ésta no deja de ser una variante que, aunque parezca más justa implica una selección de un conjunto de formas o planes de vida determinada.

#### D) La neutralidad penal

La neutralidad vinculada al derecho es aquella que se refiere a la restricción del Estado para intervenir con sanciones sobre las personas sometidas a su jurisdicción. Es una idea de neutralidad negativa. Tal neutralidad es diferente de la que sostienen algunos teóricos debido a que no se refiere al concepto de neutralidad en el sentido de que el Estado estaría obligado a intervenir para modificar la fortuna de las partes si ellas se encuentran en una situación en que la suerte pudo haberlas mejorado o empeorado inmerecidamente con relación a la distribución de bienes básicos<sup>491</sup>. Es decir, si el Estado debe intervenir compensando esas diferencias para que la situación derivada del azar lo ubique como imparcial, es decir se trata de un concepto de neutralidad más amplio y de carácter positivo.

En lo que concierne a la neutralidad penal, ella sólo exige no intervenir, salvo que la conducta de una parte perjudique ilegítimamente a la otra o a terceros. Es decir, cuando la modificación del *statu quo* derive de una conducta imputable a un tercero. En el área penal, el Estado no interviene sobre la fortuna o la suerte de una persona, sólo interviene cuando se constata la existencia de una conducta, individual o grupal,

---

<sup>491</sup> IWASA, *Croatian Journal of Philosophy*, 2010, p. 148.

que ponga en juego los bienes jurídicos, la autonomía o la integridad de los planes de vida de otro u otros. A su vez, si interviene cuando se encuentran en cuestión conductas no lesivas o sólo moralmente disvaliosas, excede su campo de acción, al igual que si castiga por resultados lesivos cuando éstos no son producidos por el agente como tal. En estos casos, está dejando de ser neutral porque castiga por la mala suerte penal por los resultados.

Sólo con una concepción normativa del resultado, lesión o daño puede cumplir con el sentido del principio de neutralidad en clave penal. Se trata de castigar por lo lesivo y no por la suerte, lo que deriva de un principio de lesividad normativo que comprenda ambos aspectos. Este doble enfoque de la neutralidad es lo que caracteriza un derecho penal racional que excluye la suerte. En el principio de lesividad, considerar solamente la faceta fáctica del resultado es insuficiente para respetar la neutralidad, aunque cumpliera con alguna formulación del principio de daño visto aisladamente. A su vez, tomar una posición como la del subjetivismo, es contrario a la neutralidad porque castiga por componentes morales o meramente subjetivos.

La búsqueda de un parámetro para conceptualizar adecuadamente el principio del daño lleva a analizar el principio más general de neutralidad. Éste exige del primero una composición que hace que deba integrarse con alguna concepción acerca de la exclusión de la suerte penal por los resultados, pues no es neutral el Estado que utiliza al agente como un medio y no como persona cuando lo castiga sólo por un estado de cosas calificado como disvalioso.

Esto se condice, aunque son ámbitos separados, con la idea de que el principio de neutralidad debe funcionar en otros campos de la actividad estatal como excluyente de la suerte (circunstancial y constitutiva), es decir en ámbitos donde la neutralidad exige una acción positiva del estado, como en los ejemplos en que si el Estado no favorece, con una acción positiva, a quienes sufren alguna discapacidad, o una discriminación en el pasado, puede significar un trato injusto o inequitativo para con esas personas, así como en la distribución de empleos o cargos públicos. Allí se necesita excluir cierta suerte y el concepto de mérito o demérito no es el que define a los criterios de exclusión, pues se trata, predominantemente, de una cuestión de justicia

distributiva<sup>492</sup>. Mientras que en la neutralidad penal, las suertes constitutiva y circunstancial operan, nuevamente, como negativas, por ejemplo con la exclusión de la culpabilidad por minoridad o inimputabilidad o mediante el estado de necesidad, respectivamente<sup>493</sup>.

El principio de lesividad se encuentra presente en las distintas concepciones de la formación de una comunidad política, justamente por esta característica de exclusión de la suerte. Ninguna postura política está dispuesta a aceptar que se castigue por la suerte<sup>494</sup>. Esto significa que no sólo el liberalismo individualista de *Mill* puede fundar la necesidad de lesividad como base de las normas penales y la justificación de su existencia. En este sentido, *Rawls*<sup>495</sup> sostiene que aun tomando en cuenta la limitación propia de la posición originaria y el velo de ignorancia, el principio sería adoptado como base de la comunidad política. Por su parte, *Habermas* partiendo del principio del discurso racional, consistente en que sólo son válidas aquellas normas de acción respecto de las cuales todos los posibles afectados pudieran acordar como participantes en el discurso racional, llegaría a la misma conclusión<sup>496</sup>, ello debido a que la suerte no puede ser fuente racional de responsabilidad. Sea el ideal del

---

<sup>492</sup> Esto no significa que en la determinación de un castigo no influyan criterios de justicia distributiva y sólo sean adecuados los de justicia retributiva, pero hay una diferencia en el momento de análisis, la suerte por los resultados está muy vinculada a la idea retributiva pues sólo aquello que la persona merece determina si es responsable, aquello que le viene dado por la buena o mala suerte, en particular esta última, no puede fundar un crédito o débito para la asignación de responsabilidad. También se podría usar el lenguaje de la distribución, diciendo que no puede haber reparto de responsabilidad donde no hay agente y sólo hay suerte. En la distribución de responsabilidad no puede ser un criterio la suerte que nos toque. Tampoco significa que no puede haber otras clases de suerte además de la suerte por los resultados que interese al derecho penal, sólo que por ahora nos interesa observar esta clase en particular que se vincula con el principio de daño.

<sup>493</sup> Un Estado que aplicara un castigo a quien no actúa como agente responsable, aunque lograra un margen de disuasión no *negligenciable*, estaría violando el principio de neutralidad, pues estaría aplicando una institución a quien no se corresponde con el concepto de sujeto o persona que la institución presupone. Estaría distribuyendo un mal en forma no neutral. Sin perjuicio de la paradoja de que busca modificar las conductas de los sujetos que se corresponden con los presupuestos de la institución mediante su aplicación a quienes no resultan agentes. Siendo además una forma de discriminación porque le exige algo a quien no puede responder adecuadamente.

<sup>494</sup> Ni siquiera el sistema penal soviético renunciaba a poner un límite de edad para la atribución de responsabilidad penal, ni a la consideración de ciertas enfermedades mentales como excluyente del control sobre las conductas analizadas (BERMAN, *Yale L. J.*, 1946-1947, p. 816). Sí se renunciaba a la retribución como fundamento del castigo (NIKIFOROV, *MLR*, 1960, p. 38).

<sup>495</sup> RAWLS, *El liberalismo político*, p.190

<sup>496</sup> HABERMAS - RAWLS, *Debate sobre el liberalismo*, p. 179.

discurso racional, el principio de individualidad o de respeto por las personas, el principio de neutralidad, o la posición original, el principio de daño surge como límite necesario al poder de coaccionar por parte del Estado.

Es interesante analizar la idea de Raz de que el castigo es poco sensible como medio, pues restringe los planes de vida en aspectos que no se vinculan con los fundamentos del castigo. Esta idea puede ser de utilidad, pues implica que los planes de vida no pueden ser restringidos más allá de lo necesario para que el castigo guarde correlación con la ofensa cometida<sup>497</sup>. La distribución *resultatista-naturalista* de castigos puede violar la limitación que establece la neutralidad, pues operaría como una lotería insensible al fundamento del castigo. La postura subjetivista, por ejemplo, resultaría lesiva del principio de neutralidad, recordando la postura de Raz de que *“ninguna acción política debe ser emprendida o puede estar justificada sobre la base de que promueve un ideal de lo bueno o de que permite a los individuos perseguir un ideal de lo bueno”*. Tampoco un “ideal de lo malo” puede justificar el castigo por sí mismo, pues es una forma de perfeccionismo. El disvalor de intención como tal, viola el principio de neutralidad.

La exclusión de la suerte mediante los mundos posibles más cercanos, respeta el principio de neutralidad en cuanto a que está vedado cualquier castigo no sensible a los fundamentos del mismo. El resultado por sí mismo no es indicador de sensibilidad distributiva, el verdadero indicador es la capacidad de la acción para producir ese resultado. El resultado naturalista que pase esta prueba es fundamento válido del castigo. También otros métodos de exclusión de la suerte por medio del riesgo podrían ser conformes al principio de neutralidad. Pues tienden a buscar la correlación entre hecho y castigo neutral a los planes de vida. Esta relación entre neutralidad política y penal, permite entender al principio de daño como mediador normativo entre imputación y castigo. Ello en un doble sentido, tanto como fundamento de la norma penal como al momento de castigar frente al hecho

---

<sup>497</sup> Puede entenderse que Raz quiere decir que la privación de libertad restringe los planes de vida excesivamente, por ejemplo al privar del ejercicio de ciertos derechos que no se vinculan con el hecho cometido o su significación social. Pero también que la neutralidad debe refinar el castigo a una correlación entre delito y privación, en los límites estrictamente necesarios para que haya una simetría comunicativa. Esto permite ver al castigo como apegado al principio de derecho penal de acto y no de autor.

concreto. En ambos casos, está en juego la neutralidad del Estado frente a los planes de vida del autor<sup>498</sup>.

El sentido antiperfeccionista y antipaternalista del principio de neutralidad hace que su aplicación recaiga tanto al momento de la creación normativa, como al de la aplicación concreta.

## E) Suerte y neutralidad penal

### a) Resultado e imputación del resultado

El proceso de imputación depende de una condición de seguridad que identifique la *suerte verídica* y, a su vez, se necesita un criterio contrafáctico que puede construirse mediante la semántica de mundos posibles. En este marco, para poder decir que A

---

<sup>498</sup> Tanto el resultado como evento natural como la intención no lesiva, quedan fuera del ámbito de respeto al principio de neutralidad. Por sí mismas, ni la exterioridad ni la interioridad pueden significar una justificación para sancionar penalmente. En algún punto vuelve a estar presente la idea de Feinberg y Nino de que cierto grado de ofensividad puede justificar ciertas intervenciones penales. Esto es que la neutralidad cedería frente a acciones ofensivas, no lesivas, debido a que de lo contrario se permitiría que unos impongan sobre otros, sin aviso o posibilidad de negarse, ciertas manifestaciones de sus propios planes de vida sobre otros que no los comparten. Pero creo que no es una (con) cesión de la neutralidad. Se trata de que la neutralidad exige regular ciertos intercambios sociales, para que no se pierda la capacidad de elección de vida. Si, por ejemplo, se anuncia que se presentará la ópera *La traviata* y cuando el público amante de la ópera ya está en la sala descubre que se trata de una representación nudista de la obra, lo sorpresivo y la falta de capacidad de evitación del primer contacto con la representación no puede evitarse, esto constituye un abuso del espacio común. Algo similar sucede con las exhibiciones obscenas, aun cuando no hubiera riesgo de que sean presenciadas por menores, pues la libertad para ejecutarlas es la imposición de un plan de vida sobre otro y otros, el exhibicionista trata como un medio a los demás, pues los necesita para satisfacer su necesidad de exhibición. Otro aspecto del problema se presenta cuando la representación tiene una finalidad social, por ejemplo una publicidad muy chocante, que no puede ser evitada como en el caso de la ópera, pero que quiere comunicar la gravedad de una cuestión social. En este caso, ¿puede justificarse el impacto sobre las preferencias de otros por el sentido social? Si el estado no interviene, se podría pensar que viola la neutralidad pero que éste no es el único valor en juego y, también, que podría justificarse en que no afecta el núcleo de la neutralidad, es decir no es ni paternalista ni perfeccionista. El castigo por el resultado naturalístico es visto como beneficioso a largo plazo por Adam Smith aunque es un autor liberal, detrás está esta idea de hay una comunicación social o enseñanza que surge de la percepción del resultado y del saber que está castigada su producción, también la percepción de que el riesgo y la finalidad van asociados, en la generalidad de los casos, al resultado. Esta lectura es paternalista, se miente aprovechando el error de los sentimientos morales generales, no se trata a los destinatarios de la comunicación que implica el castigo, como fines en sí mismos sino como medios para protegerlos o beneficiarlos a largo plazo, creándoles un hábito de comportamiento tendiente a evitar resultados.

mató a B debemos formular un juicio contrafáctico que concuerde con esa afirmación. Si en los mundos más cercanos al actual o real, se mantiene verdadera la proposición del mundo real, podemos afirmar que A mató a B, es decir que se puede imputar a A la muerte de B sin que se esté imputando una porción de suerte en el juicio de atribución de responsabilidad.

El lenguaje no debe confundirnos. Si se afirma que la acción de A *es* de matar a B, se quiere decir que es una acción que debe ser tratada como de matar a B, aun cuando puede ser que en el mundo actual o real, la acción de A no haya matado a B. Una cuestión vinculada con ésta es la de si en alguno de los mundos posibles más cercanos resulta que A no mata a B. Así, por ejemplo, si en los tres primeros mundos más cercanos es una acción de matar a B, pero en el cuarto no lo es (A no mata a B en ese mundo) hay un déficit de capacidad de matar a B en un mundo posible bastante cercano, por lo tanto en ese mundo que se le impute a A el homicidio es suerte. Pero no es suerte que se le impute en el actual. La cuestión es que no todas las acciones que poseen capacidad de resultado de matar tienen la misma intensidad y por lo tanto, son susceptibles de resultado en todos los mundos posibles cercanos.

Una cierta suerte queda en el juicio de imputación tal que no puede decirse que la acción de A de matar a B sea una verdad completamente corroborada (para ello debería pasar por el filtro de todos los mundos posibles)<sup>499</sup>. Sin embargo, la idea de mundos posibles sirve para mostrar si en el mundo actual el resultado ha sido excéntrico.

La pregunta que subyace a esta selección de mundos, es por qué no adoptar la idea de exclusión de la suerte del subjetivismo, pues pretende excluir toda suerte por los resultados. Una respuesta es que nunca puede eliminarse toda la suerte verídica, sólo se puede reducirla de tal forma que no pueda aducirse que el juicio de responsabilidad *depende* de ella. Otra posibilidad es que el factor de suerte que permite filtrar lo subjetivo también puede ser bajo. Pero oculta esta deficiencia bajo

---

<sup>499</sup> Para algunos sólo las verdades lógicamente necesarias pasan esta prueba de todos los mundos posibles, las verdades necesarias o analíticas no se mantienen en todos los mundos posibles. La exigencia de la condición de seguridad no puede ser de tal alcance, porque sería irrealizable. La limitación de los mundos posibles más cercanos implica una selección de cuantas características del mundo real estamos dispuestos a resignar para sostener que la conducta es capaz de resultado y hasta qué punto tiene sentido apartarse del mundo real para excluir el fantasma de la suerte penal.

la forma de atribución por el dolo, reemplaza con ello la capacidad de la acción de tal forma que incrementa la imputación a partir del mundo posible construido por la mente del autor, lo cual es de una naturaleza totalmente distinta de aquello que fundamenta la responsabilidad sin suerte a partir de un sustento objetivo.

El estatus penal de la conducta como conducta de matar deriva de su correlación con los mundos posibles más cercanos. Esto significa que no hay responsabilidad por el resultado libre de suerte, pero ello no significa que siempre y cualquier suerte afecte a la justificación penal de la responsabilidad por el resultado. Esta es la diferencia entre un problema cuantitativo y uno cualitativo. Cierta cantidad residual (*quantité négligeable*) de suerte es compatible con la responsabilidad penal. Una vez resuelto el problema cualitativo, que desdibuja el significado de la responsabilidad, el aspecto cuantitativo restante no puede ser parte de un argumento relevante en contra del criterio utilizado.

El significado normativo no depende de este último aspecto, sino del primero. A diferencia de la frase de *Jakobs* de que “un mínimo de naturalismo” no puede ser eliminado<sup>500</sup>, que parece una observación derivada de la misma definición de resultado de que parte, el naturalismo a que me refiero es irrelevante para la definición misma de delito de resultado. Este no hace referencia a un estado de cosas sino a la justificación de la imputación cuando hay un estado de cosas determinado, su valor depende de una definición normativa de responsabilidad penal.

El mínimo de naturalismo de *Jakobs* es co-fundante de la responsabilidad. El que resta de los mundos posibles es descartable, es tan escaso que no puede afectar a la fundamentación normativa.

El estatus penal de la conducta, podría decirse, deriva de la clarificación de la relevancia de la suerte en el juicio de responsabilidad. El mínimo de naturalismo es el azar remanente que no constituye suerte relevante (no predomina dentro del juicio de imputación), pues no juega en contra sino mínimamente, como mundo posible no tan cercano. El margen de suerte depende de cuántos mundos posibles puedan considerarse para mantener o descartar la imputación, cuán cercanos resultan con

---

<sup>500</sup> “...un derecho penal que se configure en función de los delitos de resultado: estos obligan, por la misma definición del resultado, a un mínimo de naturalismo.” JAKOBS, *Concurrencia de riesgos: curso lesivo y curso hipotético en derecho penal*, en *Estudios de derecho penal*, p. 273.

relación al actual, como para sostener normativamente que la cantidad de suerte es irrelevante.

Está claro que en los delitos culposos quizás haya que buscar la justificación en mundos que no son los más cercanos, pero esto podría resultar un prejuicio subjetivista derivado de que no hay percepción subjetiva de la dirección objetiva de la conducta. Sin embargo, cuanto mayor sea el grado de negligencia objetiva, más cercano será el mundo posible en que el resultado se habría producido. El riesgo de resultado de la conducta o su capacidad para el resultado, puede ser más elevada que en los delitos dolosos, por ello una postura que da por sentado que estos últimos son siempre más graves que los primeros debería descansar, predominantemente, en el aspecto subjetivo.

Esto puede significar que la norma de cuidado puede ser desafiada si el factor objetivo está del lado de quien la desafía. Por lo tanto, cuanto más lejos del riesgo relevante se encuentre la norma de cuidado, tanto más hará justificable racionalmente que se la desafíe. Claro que allí operará otro mecanismo de responsabilidad. Si el resultado se produce, la suerte contenida en esa producción es una suerte que puede serle imputada como suerte por opción, por optar imponer su margen de seguridad contra el de la norma. La norma incluiría un factor de suerte mayor en su configuración como anillo de seguridad contra la lesión, pero allí la escala penal deberá comprender ese aumento de la suerte en una asignación del mínimo de la pena muy bajo, como para poder graduar ese *handicap*.

La norma entendida como regla técnica lo hubiera aislado o protegido contra esa suerte. Las normas de cuidado son normas de construcción de un cierto mundo posible que es inmune a la producción de resultados (penalmente relevantes) imputables. Es decir, resultados que cuenten en contra de quien cumple con las exigencias de ese mundo<sup>501</sup>.

---

<sup>501</sup> La idea de que el mínimo de la escala debería ser sensible al grado de suerte que implica, por ejemplo, un delito de peligro abstracto, guarda relación con el juicio del juez y la capacidad de éste de determinar una pena lo más libre de suerte posible. El límite sería la inidoneidad de la conducta, por ejemplo en un delito de tenencia. Pues en ese caso la suerte afectaría el propio juicio de responsabilidad de una forma relevante. Ello no puede ser compensado por el recurso a la suerte por opción, pues no es reprochable optar por violar una norma que no protege nada con relación a la conducta concreta, sería castigar por un delito de desobediencia. Esto también se vincularía con las



La norma de cuidado se niega a ser falsada. Para no ser sometida a ese procedimiento, afirma sin excepciones que cumplida ella no habrá responsabilidad por el resultado y no cumplida, el resultado se imputa porque la conducta pertenecía a otro mundo posible.

La responsabilidad por el resultado se fundamenta en dos especies de factores. El primero, la relación entre el mundo real y los mundos posibles más cercanos. Cuanto más cercano, más capacidad objetiva de la conducta, aporta mayor justificación para imputar el resultado. El segundo, indica que se puede responsabilizar por el resultado cuando hay una mayor carga de suerte, siempre que haya un desafío a las normas de cuidado como fundantes de un mundo posible que excluye los resultados (como normativamente relevantes) si se las cumple. En este caso se debe poder reducir el reproche proporcionalmente al desafío y a la capacidad menor de resultado, pero nunca se podrá castigar sólo basado en el desafío.

La idea de *Herzberg* de que todo delito doloso contiene un delito culposo, podría ejemplificar esta tensión entre capacidad de resultado y desafío de la norma de conducta<sup>502</sup>. El recurso a los mundos posibles, permite identificar cuáles conductas se encuentran asociadas a ciertos resultados por algo distinto de la suerte por los resultados.

Esto pone en cuestión la distinción tradicional de imputación de la conducta e imputación del resultado. La imputación de la conducta y la del resultado forman una sola imputación, salvo los casos en que se castiga el peligro abstracto. No se puede imputar por la conducta en un delito de resultado cuando hay una distancia modal que hace que la acción no pertenezca a la clase de conductas que pueden ser llamadas, por ejemplo, de matar.

La tentativa no puede basarse en conductas que no posean esa característica. Esta unión de los juicios de imputación reduce el campo de la tentativa relevante y, consecuentemente, de la punible. De lo contrario, la tentativa deberá contar como

---

penas de corta duración y su inconveniencia desde el punto de vista preventivo, pues en los casos de mucha suerte por los resultados y, consiguientemente, escasa capacidad de resultado, el merecimiento de pena podría ser contrabalanceado y negado desde la perspectiva preventiva.

<sup>502</sup> HERZBERG, El delito doloso consumado como un delito cualificado respecto del delito omisivo, imprudente y en tentativa, 2005, p. 191.

delito de peligro abstracto respecto de un delito de resultado cuando se consuma, pero el fundamento de esta consideración deberá ser otro.

Nótese que decir “adelantamiento de la punición”, es una forma coloquial de referirse a este problema, pues no se adelanta sino que se recurre a otra forma de justificar la imputación. Se castiga por apartarse de un mundo hipotético creado por el legislador, cuyo fundamento es la presuposición de cómo serían los mundos posibles en que esas conductas se permitieran. Los mundos posibles ya no funcionan como forma de determinar si hay imputación penal, sino como forma de poner en tela de juicio el fundamento de la norma de peligro abstracto. Se pasa de una exclusión de cierto azar del mundo, al azar que el legislador considera viable en el quebrantamiento de la norma.

El legislador bloquea el uso directo de contrafácticos, pero no puede bloquear el uso indirecto para cuestionar su norma. En este sentido, no se puede cuestionar si la tenencia de armas o de estupefacientes es una conducta que puede traer resultados negativos en los mundos posibles. Pero sí se puede discutir si esa norma protege algo valioso, viendo qué es lo que en los mundos más cercanos posibles resulta lesionado, si resulta que es algo que guarda o no vinculación con el derecho penal, por ejemplo si se afecta a la salud individual o un bien jurídico como la salud pública. También puede ocurrir que la afectación sea remota, lo cual indica que el componente de azar en el peligro abstracto predomina sobre el componente lesivo propio de la conducta o estado que genera la conducta.

A través del contrafáctico de mundos posibles, se valida la norma y el castigo en la medida en que el agente *es* responsable de su conducta. Más allá de ello, puede haber razones de utilidad, que deberá demostrarse que sean compatibles con el análisis contrafáctico, que puedan habilitar o deshabilitar el castigo o modificar su medida.

## F) Balance general

En este capítulo se ha podido observar que la cuestión de la identidad entre tentativa y consumación se basa, predominantemente, en argumentos subjetivistas.

La apreciación de *Finkelstein* acerca de que si se aplica el principio del daño, las tentativas no deben ser penadas en absoluto, y si se aplica el de igual culpabilidad, ellas deberían ser castigadas en forma no diferente de los delitos consumados, viene a confirmar que desde el aspecto de la culpabilidad, como manifestación de una voluntad contraria a la norma, en nada se diferenciarían. Sin embargo, si se aplica el principio del daño son diferentes, pero no puede concluirse que las tentativas no deberían ser castigadas, pues sólo las tentativas inidóneas carecen de afectación a tal principio, si este exige algo diferente al mero daño o lesión material de un objeto de bien jurídico.

A su vez, entre las tentativas idóneas puede que algunas contengan una capacidad de resultado muy superior a la de otros delitos que llegaron a consumarse y por ello merecerían una pena dentro de una escala penal envolvente, como refiere *Sunstein*.

La discusión planteada en el texto permite ver que al variar el argumento que sustenta la tesis de la diferencia haciéndolo residir en la eliminación de la suerte por los resultados, permite distinguir la gravedad de un ilícito por fuera de las categorías tradicionales de tentativa y consumación cuando ellas dependen de la existencia de un resultado material.

La conclusión es que la teoría de la diferencia tiene razón cuando el resultado puede validarse mediante la condición de seguridad de los mundos posibles más cercanos. *El resultado cuenta cuando se encuentra respaldado por un disvalor de resultado el cual surge luego de eliminada la suerte penal por los resultados.*

Esta conclusión provisional luego se vuelve a revisar frente al significado del principio de lesividad para el derecho penal. La función de garantía del mismo permite entender que su objetivo es evitar que el derecho penal imponga una cierta concepción moral de la sociedad sobre el individuo (perfeccionismo) o una cierta visión acerca de qué agentes pueden elegir cómo actuar libremente (paternalismo), siendo una exclusión del derecho penal de cierta clase de suerte por las circunstancias en el primer caso y una eliminación de alguna concepción de la suerte constitutiva y circunstancial<sup>503</sup>. Lo cual lleva a pensar que la idea rectora del

---

<sup>503</sup> El paternalismo presupone que la persona a la que se dirige la norma que le impone una protección de su propia persona no puede evaluar adecuadamente por sí misma su situación o si el bien protegido

principio es respetar al agente y su libertad para decidir cómo llevar adelante sus planes de vida, sólo cuando como *agente* elige un plan de vida lesivo de terceros puede el derecho penal reprocharle su conducta o el estado de cosas que genere<sup>504</sup>. *Esto hace que los resultados sean relevantes cuando provienen de la agencia del sujeto, no cuando provienen de la intervención de la naturaleza como suerte por los resultados.*

El principio viene a destacar que sólo aquello que puede imputarse al sujeto como tal puede formar parte de lo que se le prohíbe y reprueba. En este sentido nunca el principio podría tener una interpretación material únicamente, pues no podría habilitar al derecho penal a castigar por la intervención de la naturaleza.

Una formulación que respeta este sentido del principio es reflejo del axioma intuitivo de que “*no hay responsabilidad por la suerte*” que sirve de guía a las elaboraciones de la teoría moral en torno a la suerte moral y de la epistemología acerca de la suerte epistémica. *En derecho penal este axioma está puesto por el legislador constitucional en el principio de lesividad.*

La idea de un principio de limitación como el de lesividad es la restricción de las razones que puede argüir el Estado para justificar su intervención en el área de libertad de las personas. *Las razones que puede utilizar para criminalizar una conducta o su resultado no incluyen razones basadas en la suerte.*

Esta idea puede encontrarse en la postura de *Raz* que se reseñara al tratar el principio de neutralidad.

Las variantes del principio, tales como la neutralidad política, la justificatoria o la fundacional, podrían especificar ciertas formas de compensación por la suerte que afectara negativamente a los ciudadanos en la medida en que les impidiera llevar adelante sus planes de vida o que hiciera que la distribución de bienes no fuera aprovechable por esas desventajas creadas por la suerte constitutiva o la

---

debe ser cedido. Le quita la decisión sobre sus propios bienes porque considera que las circunstancias hacen que no pueda decidir por sí o que su constitución sea personal, educacional, social o política se lo impide (suerte circunstancial y constitutiva). El principio reclama tratar a las personas como personas o agentes. Por ello no excluye el paternalismo sobre los menores o incapaces, porque no los puede considerar agentes en sentido completo.

<sup>504</sup> Cuando Mir se refiere a “*imputación personal*” lo hace en un sentido análogo (MIR PUIG, Derecho penal, PG, p. 111).

circunstancial<sup>505</sup>. Pero lo que no podría el Estado hacer, bajo ninguna forma de neutralidad, es repartir sufrimiento basándose en la suerte. La violación de la neutralidad en este sentido es evitada mediante la restricción que implica el principio del daño o de lesividad.

Es decir, el Estado podría válidamente, frente a algunas formulaciones del principio de neutralidad, distribuir bienes a consecuencia de la mala suerte de las personas, pero de ninguna manera podría distribuir males en razón de ella<sup>506</sup>.

*El castigo derivado de la suerte por los resultados es un mal que no puede justificarse en el marco del principio de lesividad.*

---

<sup>505</sup> En general, como formas de la “suerte bruta”.

<sup>506</sup> Esta idea es bastante general, pues cuando reparte un bien lo obtiene de alguna otra persona y a esta última puede parecerle un mal esa disminución. Las razones para distribuir y qué se afecta con ella debe ser parte la discusión sobre la neutralidad.

## VI. Conclusiones

En el primer capítulo se analiza la suerte moral y se llega a la conclusión de que existe la forma de compatibilizar la imputación de resultados con el axioma de que “*no hay responsabilidad por la suerte*” es la adopción de una *tesis congruentista* que permite fundar la responsabilidad por algunos resultados, aquellos que no se encuentran determinados o afectados por la suerte moral.

Cuando *Kant* afirma que las malas consecuencias de una acción ilegítima pueden imputarse al sujeto, debe interpretarse que por acción ilegítima entiende a la acción, una vez eliminada la suerte, con un poder potencial de producir el resultado.

Esta tesis se diferencia de la mera coincidencia entre acción y resultado, la mera consideración causal del mundo actual sólo aporta datos para esta coincidencia sin eliminar la suerte no hay una verificación de la congruencia. Los “resultatismos” que surgen de ambas aproximaciones son totalmente diferentes.

En el siguiente capítulo se analizó el problema desde la psicología social. En ese marco, se pudieron obtener varias pautas para la eliminación o neutralización de la suerte. En primer lugar, una precisión sobre el concepto de suerte y de azar, la primera es el azar atribuido a una persona con una atribución de significado positivo o negativo.

El concepto de suerte es en sí mismo valorativo y la atribución de suerte a un resultado o estado de cosas depende de la capacidad de generar una explicación contrafáctica aceptable para la conducta que produce ese estado de cosas. En otras palabras: *el grado en que un individuo es reprochado por un resultado negativo debe ser determinado, al menos en parte, por la relevancia de las alternativas contrafácticas que son construidas después de que el evento ha ocurrido.*

El paso siguiente fue analizar la suerte epistémica, es decir la suerte que influye en la formación de nuestras creencias verdaderas. La idea de conocimiento implica que se obtiene por alguna forma que pueda atribuirse al mérito del sujeto y no a interferencias que le son ajenas y que no puede controlar.

La formulación del axioma de que no hay responsabilidad moral por la suerte se transforma en que “la suerte excluye el conocimiento”.

La epistemología distingue entre distintas clases de suerte, siendo la más relevante a los fines de esta investigación la llamada “*suerte verídica*”. Esta clase de suerte es la que afecta el conocimiento de forma más relevante. Por medio de su acción, esta clase de suerte, hace que el agente formule una proposición verdadera, es decir que acierta que es verdadera, pero a costa de un error acerca del mundo<sup>507</sup>. Esta constelación se asemeja a la del resultado penal, pues el agente produce el resultado, la proposición verdadera, pero por medio de la intervención de la suerte.

Esta ciencia desarrolla varias formas de evitar la intervención de la suerte, entre ellas la más apropiada y traspolable al derecho penal es la que se basa en una condición de seguridad contrafáctica. En este sentido, *se puede atribuir a la suerte aquellos casos en que, en los mundos posibles más cercanos, manteniendo las condiciones iniciales del caso, la conducta del agente hubiera llevado a consecuencias distintas a las que se dieron en el mundo real o actual.*

Esta suerte afecta al estatus de la conducta y, por lo tanto, a la atribución de responsabilidad al agente.

Las conclusiones de estos dos campos normativos constituyen la base del análisis del problema penal con relación a la suerte por los resultados.

En el ámbito penal la suerte que afecta la atribución de responsabilidad se convierte en suerte penal. Ésta suerte específicamente enfocada a los resultados, permite ver que el principio de exclusión de responsabilidad por la suerte se refleja como una prohibición de responsabilizar al inocente o parcialmente inocente, siendo que la

---

<sup>507</sup> Cómo se recordará aquí se utilizaba el ejemplo de Russell del reloj confiable, el agente acierta al afirmar que son las nueve de la mañana mirando en el reloj confiable, pero el mismo se había detenido doce horas antes.

atribución de resultados meramente causales se asemeja a la coincidencia y no a la congruencia de la atribución moral de responsabilidad.

La necesidad de que existe congruencia para evitar la responsabilidad del inocente o parcialmente inocente se logra mediante la misma técnica que en el campo de la epistemología. *Los mundos posibles más cercanos ejercen un control de seguridad de que lo imputado no dependa de la suerte, de aquello que le es ajeno al agente como tal.*

Esta delimitación de lo congruente y “agenciable”, no sólo resulta exigida por cierto concepto de racionalidad en la atribución de la responsabilidad que es común al campo moral y epistemológico, sino por la propia configuración del sistema de la teoría del delito.

La teoría del delito es un sistema para excluir la imputación por la suerte, siendo este objetivo ordenado por el principio de lesividad o del daño.

La conclusión respecto al concepto del principio del daño es que no se refiere a la mera producción de un resultado material, sino que se constituye por daños normativos y excluye que se pueda entender como daño aquello que no pertenece al agente como propio de su conducta y que está dado por la suerte penal en los resultados.

Esto último, hace que la analogía acerca del significado disvalioso de la suerte para los juicios de responsabilidad moral, la epistemológica y penal no pueda ser desvirtuada por las diferencias que en otros aspectos pudieran tener entre sí. Pues, esta significación disvaliosa es ínsita al principio de lesividad. En la medida en que se atribuya a una persona un resultado que es obra de la suerte no se lo estará tratando como agente.

El principio del daño afirma que sólo habrá lesividad en la medida en que la suerte no sea la fuente de atribución total o parcial de un resultado. El límite que plantea este principio al derecho penal no se cumple con la producción de un resultado material, sino con la construcción de un resultado normativo imputable al agente como tal.



La gran diferencia con una postura subjetiva que excluye la imputación de resultados es que la atribución de un resultado material puede hacerse en la medida en que su producción sea congruente con la conducta del agente, no todos los resultados son excluidos y no todos los resultados son imputados. Resulta definitorio que el resultado normativo se corresponda con el resultado material. Las diferencias entre las capacidades de las distintas conductas de configurar un resultado normativo serán relevantes para que no haya atribución de suerte por el resultado material.

El principio de neutralidad le impone al Estado una limitación para actuar conforme a preferencias respecto de los planes de vida de los ciudadanos. El Estado no puede promover o priorizar ciertos planes de vida por sobre otros o afectar el ejercicio de planes de vida que le parezcan incorrectos o inmorales, sólo puede intervenir si los mismos afectan a terceros en el sentido del principio de lesividad.

Esta neutralidad se manifiesta en lo relativo al resultado, manteniendo la reacción estatal en los límites de lo que es necesario para que los planes de vida de unos no colisionen con los de otros.

La suerte puede ser un factor relevante que justifique la intervención del Estado para evitar que frustre planes de vida los ciudadanos. En este sentido, el Estado, bajo ciertas formas del principio de neutralidad, puede partir de la suerte para intervenir a favor de los ciudadanos, pero no puede intervenir sobre las personas tomando como base la suerte para empeorar su posición social mediante el castigo. El Estado puede redistribuir bienes a consecuencia de la suerte, pero no puede distribuir pena con esa misma base.

El merecimiento no es un factor excluyente, e incluso puede carecer de relevancia por completo, para re-distribuir bienes, pero no puede dejarse de lado cuando se trata de distribuir males.

En este sentido la redistribución de bienes no puede abarcar los casos de redistribución negativa como lo es el castigo basado en la suerte.

El análisis contrafáctico, mediante los mundos posibles más cercanos genera una forma de exclusión la suerte por los resultados materiales y permite disponer de una

concepción objetivista que exige congruencia entre lo imputable y lo propio del agente.

Estas conclusiones se ensamblan para determinar que la teoría del delito actúe como un instrumento para excluir o neutralizar la influencia de la suerte por los resultados<sup>508</sup>. El Estado no puede dirigir las normas penales a estados de cosas que no puedan ser atribuidos a los agentes como agentes. La suerte frustra esta comunicación entre norma y agente, haciendo que el castigo actúe como una pseudo-comunicación.

La teoría del delito vista como un sistema de atribución de responsabilidad no puede observarse a sí misma, requiere que la observación provenga de una instancia externa que contenga un criterio de corrección. La condición de seguridad, aportada por la epistemología, como forma de exclusión de la suerte hacia el interior de la teoría del delito cumple esta tarea posibilitando que la función de la teoría del delito pueda cumplirse en mayor medida.

Esta es una tesis metodológica que muestra o ensaya un camino para la identificación y exclusión de la suerte penal por los resultados, pero puede ser aplicada a otros puntos de la teoría del delito como la suerte en la teoría de la participación y de la accesoriadad, en los delitos de omisión y las asignaciones y consecuencias de las posiciones de garante, en la teoría del error, etc.

La suerte no puede excluirse de los acontecimientos del mundo, ni de los estados de cosas que se producen en él, pero es un imperativo excluirla de la atribución de responsabilidad penal.

---

<sup>508</sup> En realidad abarca otras clases de suerte en los distintos niveles o estratos que la componen, como la suerte circunstancial frente al error de tipo, las causas de justificación y exculpación. También respecto de la suerte constitutiva en la inimputabilidad.

## Bibliografía

- Alston**, William P., *Epistemic Desiderata*, Philosophy and Phenomenological Research, Vol. 53, nº 3, 1993, pp. 527-551.
- Anderson**, Craig A., *The Causal Structure of Situations: The Generation of Plausible Causal Attributions as a Function of Type of Event Situation*, Journal of Experimental Social Psychology, Vol. 19, 1983, 185-203.
- Anderson**, Elizabeth S., *What is the Point of Equality?*, Ethics, Vol. 109, nº 2, 1.999, pp. 287-337.
- André**, Nathalie, *Good fortune, luck, opportunity and their lack: How do agents perceive them?*, Personality and Individual Differences, Vol. 40, 2006, p. 1470-1471
- Aramayo**, Roberto R., Inmanuel Kant, Edaf, Madrid, 2001.
- Arenella**, Peter, *Character, Choice and Moral Agency*, en “*Crime, Culpability and Remedy*”, Ellen Frankel Paul, Fred D. Miller Jr. and Jeffrey Paul eds., Oxford, 1990.
- Aristóteles**, *Ética Nicomáquea – Ética Eudemia*, Introducción por Emilio Lledó Íñigo, Gredos, 1988.
- Athanassoulis**, Nafsika, *Morality, Moral luck and Responsibility*, *Fortune´s Web*, Palgrave Macmillan, Great Britain, 2005.
- Axtell**, Guy, *Two for the show: Anti-luck and virtue epistemologies in consonance*, Synthese, Original Paper, Springer Science+Business Media B.V. 2006, pp. 1-21
- *Felix Culpa: Luck in Ethics and Epistemology*, Metaphilosophy, vol. 34, nº 3, 2003, pp. 331-352.

**Baehr**, Jason S., *Character in Epistemology*, Philosophical Studies, Vol. 128, 2006, pp. 479–514.

**Beade**, Gustavo, *¿El resultado como fundamento de la sanción en un teoría de la responsabilidad penal preventiva?*, [http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a\\_20080521\\_25.pdf](http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080521_25.pdf) (última visita 29/07/2013).

**Berman**, Harold J., Principles of Soviet Criminal Law, Yale Law Journal, Vol. 56, 1946-1947, pp. 803-836.

**Beukman**, The effect of Selected Variables on Lidership Behaviour within the Framework of a Transformational Organization Paradigm (tesis doctoral), Universidad de Pretoria, 2005, p. 82, <http://upetd.up.ac.za/thesis/available/etd-11082005-083347/unrestricted/04chapter4.pdf> (última visita, 24 de Julio de 2007).

**Boecio**, *La consolación de la filosofía*, Akal, Madrid, 2009.

**Black**, Tim y **Murphy**, Peter,. In Defense of Sensitivity, *Synthese*, Vol. 154, nº 1, 2007, pp. 53-71,

**Blom**, Gunnar; **Englund**, Jan-Eric; **Sandell**, Dennis, *General Russian Roulette*, Mathematics Magazine, Vol. 69, Nº. 4., 1996, pp. 293-297.

**Brady**, Michael – Pritchard, Duncan, *Epistemic Virtues and Virtue Epistemology*, Philosophical Studies, Vol. 130, 2006, Pp. 1–8.

**Broda -Bahm**, Ken, Ph.D., *Your Counterfactual Strategy: How You Can Influence Jurors' Thoughts About 'What Might Have Been'*, Court Call, Vol. 20, nº 1, 2004.

**Brogaard**, Berit, *Contextualism, Skepticism, And The Gettier Problem*, Synthese, Vol. 139, 2004, pp. 367–386.

-- *Epistemological Contextualism And The Problem Of Moral Luck*, Pacific Philosophical Quarterly, Vol. 84, 2003, pp. 371-83.

**Brown**, James, *Moral Theory and the Ought—Can Principle*, Mind, New Series, Vol. 86, nº 342, 1977, pp. 206-223.

**Burger**, Jerry M. y Smith, Norris G., Desire for Control and Gambling Behavior among Problem Gamblers, *Personality and Social Psychology Bulletin*, Vol. 11, No. 2, 1985, pp. 145-152.

**Burgh**, Richard W., *Do the Guilty Deserve Punishment?*, *The Journal of Philosophy*, Vol. 79, No. 4 (Apr., 1982), pp. 193-210.

**Burkhardt**, Björn, *Is There a Rational Justification for Punishing an Accomplished Crime More Severely Than an Attempted Crime?*, 1986, *Brigham Young University Law Review*, pp. 553-571.

**Card**, Claudia, *The Unnatural Lottery*, Temple University Press, 1996.

**Coffman**, E. J., *Thinking About Luck*, *Synthese*, 2007, Vol. 158, pp. 385-398.

-- The Warrant Puzzle: A Nonpartisan Argument for Fallibilism, [http://66.102.1.104/scholar?hl=es&lr=&q=cache:eNO\\_pGJ7AnYJ:www.nd.edu/~ecoffman/writingsample.pdf+puzzle+autor:Coffman](http://66.102.1.104/scholar?hl=es&lr=&q=cache:eNO_pGJ7AnYJ:www.nd.edu/~ecoffman/writingsample.pdf+puzzle+autor:Coffman), última visita el 22/8/2007.

**Cohen**, Stewart, *Contextualism, Skepticism, and the Structure of Reasons*, *Philosophical Perspectives*, Vol. 13, *Epistemology*, 1999, pp. 57-89.

**Crane**, Tim, *What is the Problem of Perception?*, *Síntesis Philosophica*, Vol. 2, 2005, pp. 237-264.

**Creyer**, Elizabeth H. y **Gürhan**, Zeynep, *Who's Blame? Counterfactual Reasoning and the Assignment of Blame*, *Psychology and Marketing*, Vol. 14 (3), 1997, pp. 209-222.

**Croson**, Rachel and **Sundali**, James, *The Gambler's Fallacy and the Hot Hand: Empirical Data from Casinos*, *Journal of Risk and Uncertainty*, Vol. 30, nº 3, 2005, pp. 195-209.

**Chotai**, Jayanti y **Wiseman**, Richard, *Born lucky? The relationship between feeling lucky and month of birth*, *Personality and Individual Differences*, Vol. 39, 2005, pp. 1451-1460.

**Darke**, Peter R. y **Freedman**, Jonathan L., *The Belief in Good Luck Scale*, Journal of Research in Personality, Volume 31, Issue 4, 1997, pp. 486-511.

**Davis**, Michael, *How to Make the Punishment Fit the Crime*, *Ethics*, Vol. 93, No. 4 (Jul., 1983), pp. 726-752.

-- *Why Attempts Deserved Less Punishment than Complete Crimes*, Law and Philosophy, Vol. 5, 1986, pp. 1-32.

-- *Harm and retribution*, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 15, n° 3, 1986, 236-266.

-- *Criminal Desert and Unfair advantage: What's the Connection?*, Law and Philosophy, Vol. 12, 1993, pp. 133-156.

**Day**, Liza – **Maltby**, John, “*With Good Luck*”: *Belief in good luck and cognitive planning*, Personality and Individual Differences, Vol. 39, 2005, pp. 1217-1226.

**De Guevara**, Antonio, “*Reloj de Principes*”, Valladolid 1529, <http://www.filosofia.org/cla/gue/guerp342.htm>, última visita 5/2/2014.

**Dimock**, Susan, Liberal Neutrality, *The Journal of Value Inquiry*, Vol. 34, 2000, 189–206.

**Duff**, R.A., *Auctions, Lotteries, and the Punishment of Attempts*, Law & Philosophy, Vol. 9, n° 1, 1990, pp. 1-37.

-- y **Garland**, D., *Introduction: Thinking about Punishment*, en *A Reader on Punishment*, Oxford, 1994.

**Dworkin**, Ronald, *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality*, Oxford, 2000.

-- *Sovereign Virtue Revisited*, *Ethics*, Vol. 113, 2002, pp. 106-143.

-- *What Is Equality?* Part 1: Equality of Welfare, *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 10, n° 3, 1981, pp. 185-246.

**Feinberg**, Joel, *The Moral Limits of the Criminal Law, Harm to Others*, Vol. 1, Oxford University Press, 1983.

-- *Equal Punishment For Failed Attempts: Some Bad But Instructive Arguments Against It*, Arizona Law Review, Vol. 37, 1995, ps. 117-133.

**Feldman**, Richard, *Contextualism and Skepticism*, Philosophical Perspectives, Vol. 13, Epistemology, 1999, pp. 91-114.

**Ferrante**, Marcelo, *Deterrence and Crime Results*, ExpressO Preprint Series, 2005, Paper 482.

**Finkelstein**, Claire, *No Harm No Foul? Objectivism and the Law of Attempts*, Law and Philosophy, Vol 18, n° 1, 1999, pp. 69-84.

**Finnis**, J. M., *Legal Enforcement of "Duties to Oneself"*, Columbia Law Review, vol. 87, n° 3, 1987. pp. 433-456.

**Fischer**, John Martin y Ravizza, Mark J.S., *Responsibility and Control*, Cambridge University Press, USA, 1998.

**Flanders**, Chad, *"The Irregularity of Sentiments: Adam Smith on Moral Luck"*, History of Philosophy Quarterly, Vol. 16, 1999, pp. 37-58.

-- *'This irregularity of sentiment': Adam Smith on moral luck*, New Voices on Adam Smith, Routledge Studies in the History of Economics (2006/05) p. 193-221.

**Fletcher**, George, *A crime of Self-Defense*, 1988

-- *The Nature and Function of Criminal Theory*, California Law Review, vol. 88, 2000, pp. 687-704.

-- *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000.

-- *What is Punishment imposed for?*, Journal of Contemporary Legal Issues, Vol. 5, 1994, pp. 101-115.

**Friedland**, Nehemia, *Games of Luck and Games of Chance: The Effect of Luck – versus Chance-orientation on Gambling Decisions*, Journal of Behavioural Decision Making, Vol. 11, n° 3, 1998, pp. 161-179.

**Frierson**, Patrick R., *Adam Smith and The Possibility of Sympathy With Nature*, Pacific Philosophical Quarterly, vol. 87, 2006, pp. 442–480.

**Fumerton**, Richard, Moore, *Causation, Counterfactuals, and Responsibility*, San Diego L. Rev., Vol. 40, 2003, pp. 1273-1281.

**Gaus**, Gerald F., *Controversial Values and State Neutrality and in On Liberty*, in Mill's *On Liberty: A Critical Guide*, ed. C.L. Ten, Cambridge University press, <http://www.ppe-journal.org/Gaus/Gaus-MillNeutralistLiberalism.pdf>.

**Gettier**, Edmund L., *Is justified True Belief Knowledge?*, Analysis, Vol. 23., 1963, pp. 121-123.

**González García**, José M., *La diosa Fortuna. Metamorfosis de una metáfora política*, Antonio Machado Libros, 2006, p. 63.

**Gracián**, Baltazar, *El Héroe*, Clásicos Castalia, Madrid, 2003.

**Greco**, John, *Virtue and Luck, Epistemic and Otherwise*, Metaphilosophy, Vol. 34, n° 3, 2006, pp. 353-366.

-- *Virtue, Luck and the Pyrrhonian Problematic*, Philosophical Studies, Vol 130, n° 1, 2006, pp. 9-34.

-- *Knowledge as Credit for True Belief*, en *Intellectual Virtue: Perspectives from Ethics and Epistemology*, Michael DePaul and Linda Zagzebski, eds., Oxford: Oxford University Press, 2004 (<http://johnngrec.googlepages.com/KnowledgeasCreditforTrueBelief.pdf>).

-- *A Second Paradox Concerning Responsibility and Luck*, Metaphilosophy, Vol. 26, 1995, pp. 81-96

-- *Virtue and Luck, Epistemic and Otherwise*, Metaphilosophy, Vol. 34, n° 3, 2003, pp. 353-366.



**Greene**, David M., *The Identity of the Emblematic Nemesis*, Studies in the Renaissance, Vol. 10, 1963, pp. 25-43.

**Habermas**, Jürgen - **Rawls**, John, Debate sobre el liberalismo, Paidós, Barcelona, 1998.

**Hanser**, Mathew, *The Metaphysics of Harm*, Philosophy and Phenomenological Research, Vol. LXXVII, No. 2, September 2008, pp.421-450.

**Hardoon**, Karen K., **Baboushkin**, Hayley R., **Derevensky**, Jeffrey L. y **Gupta**, Rina, *Underlying Cognitions in the Selection of Lottery Tickets*, Journal of Clinical Psychology, Vol. 57, nº 6, 2001,749-763.

**Harsanyi**, John C., *Morality and the theory of rational behaviour, Utilitarianism, uncertainty and information, Utilitarianism and beyond*, Amarthia Sen y Bernard Williams, Cambridge (Eds.), 1999, p. 57.

**Hart**, H.L.A., *Punishment and Responsibility*, Clarendon Press, Oxford, 1968.

-- and **Honoré**, *Causation in the Law*, Oxford University Press, 1985.

**Hegel**, Friedrich G.W., *Principios de la filosofía del Derecho*, Edhasa, Barcelona, 1999.

**Heller**, Mark, *The Proper Role for Contextualism in an Anti-Luck Epistemology*, Philosophical Perspectives, 13, Epistemology, 1999, pp. 115-129.

**Herzberg**, Rolf Dietrich, El delito doloso consumado como un delito cualificado respecto del delito omisivo, imprudente y en tentativa, Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 13, n. 52, jan./fev. 2005.

**Holtug**, Nils, *The Harm Principle*, Ethical Theory and Moral Practice, Vol. 5, 2002, pp. 357-389.

**Hörnle**, Tatiana, *Offensive Behavior and German Penal Law*, Buffalo Criminal Law Review, Vol. 5, pp. 255-278.

**Howard-Snyder**, Daniel Frances, “*Cannot Implies not Ought*”, Philosophical Studies, Vol. 130, 2006, pp. 233-246.

-- y **Feit**, Neil, *Infallibilism and Gettier's Legacy*, Philosophy & Phenomenological Research, Vol. 66, n° 2, 2003, pp. 304-327.

**Hruschka**, Joachim, *Imputation*, Brigham Young University Law Review , 1986, pp. 669-704.

-- *La imputación ordinaria y extraordinaria en Pufendorf*, Universidad de Externado, Bogotá, 2006.

**Hurley**, Susan, *Justice, Luck, and Knowledge*, Harvard University Press, 2003.

--*Luck, Responsibility, and the "Natural Lottery"*, Journal of Political Philosophy, Vol. 10, n° 1, 2002, pp. 79-94.

**Iwasa**, Noriaki, *The impossibility of Political Neutrality*, Croatian Journal of Philosophy, Volume 10, Issue 2, 2010, ps. 147-155.

**Jakobs**, Günter, *Derecho Penal. Parte General*, 1995.

-- *Estudios de derecho penal*, 1997.

-- *Representación del autor e imputación objetiva*, Anuario de derecho Penal y Ciencias Penales, T.XLIV, Fasc.II, Mayo-Agosto 1991, pp. 515-524.

--*Acción y omisión en Derecho penal, en Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 2004, pp.149-170.

-- *Indiferencia como dolo indirecto, en Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, 2004, pp.189-208.

**Jansen**, Henrike, *E Contrario Reasoning: The Dilemma of the Silent Legislator*, Argumentation, 2005, Vol. 19, pp. 485-496.

**Jescheck**, Hans Heinrich - **Weigend**, Thomas, *Tratado de derecho penal, parte general*, 2002, p. 334.

**Johnson**, J.T., *The Knowledge of what might have been: Affective and attributional consequences of near outcomes*, Personality and Social Psychology Bulletin, Vol. 12, No. 1, 1986, pp. 51-62.

**Kadish**, Sanford, Foreword: *The Criminal Law and the Luck of the Draw*, Journal of Criminal Law & Criminology, Vol. 84, n° 4, 1994, p. 679-702.

**Kahneman**, D., *Judgment and Decision Making: A Personal View*, American Psychological Society, Vol. 2, n° 3, 1991, pp. 142-145.

**Kant**, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, trad. Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho, Altaya, Barcelona, 1996.

-- *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. Luís Martínez de Velasco, Espasa, Madrid, 2001.

-- *Lecciones sobre Ética*, trad. Roberto Rodríguez Aramayo y Concha Roldán Panadero, Crítica, Barcelona, 2001.

-- *En defensa de la Ilustración* (comp.), Trad. Javier Alcoriza y Antonio Lastra, Alba, Barcelona, 1999.

**Kapitan**, *Autonomy and Manipulated Freedom*, Philosophical Perspectives, Vol. 14, Action and Freedom, 2000, pp. 81-103.

Kaptein, Hendrik, *Legal Progress Through Pragma-Dialectics? Prospects Beyond Analogy and E Contrario*, Argumentation, 2005, Vol. 19, pp. 497—507.

**Katz**, Leo, *Why the Successful Assassin Is More Wicked than the Unsuccessful One*, California Law Review, Vol. 88, 2000 pp. 791-812.

**Kaufmann**, Armin, *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*, trad. Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, 1977.

-- *Dogmática de los Delitos de Omisión*, Trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, 2006.

-- *Estudios de Derecho Penal*, Buenos Aires, 2013.

**Keren**, G., *The rationality of gambling: Gambler's conceptions of probability, chance and luck*, en *Subjective probability*, G.Wright & P. Ayton (Eds.), 1994, pp. 485-499.

**Kessler**, Kimberly, *The Role of Luck in the Criminal Law*, University of Pennsylvania Law Review, Vol. 142, 1994, pp. 2183 -2237.

**Klein**, Peter, D., *A Proposed Definition of Propositional Knowledge*, The Journal of Philosophy, Vol. 68, n° 16, 1971, pp. 471-482.

**Klocksiam**, Justin, *A Defense of The Counterfactual Comparative Account of Harm*, American Philosophical Quarterly, vol. 49 no. 4, 2012.

**Kramer**, Samuel, *An Economic Analysis of Criminal Attempt: Marginal Deterrence and the Optimal Structure of Sanctions*, The Journal of Criminal Law & Criminology, Vol. 81, n° 2, 1990-1991, pp. 398-417.

**Kremnitzer**, Mordechai, *Is There a Rational Justification for Punishing an Accomplished Crime More Severely than an Attempted Crime? A Comment on Prof. Dr. Björn Burkhardt's Paper*, Brigham Young University Law Review, Vol. 4, 1990, pp. 81-95.

**Lacey**, Nicholas, *The Resurgence of Character: Criminal Responsibility in the context of Criminalisation*, Legal Research Papers, n° 54, University of Oxford, 2012, pp. 1-47.

**Lackey**, Jenifer, *What luck is not*, Australasian Journal of Philosophy, Vol. 86:2, 2008, pp. 255-267.

**Laclau**, Ernesto, *Emancipación y diferencia*, Ariel, 1996.

**Landman**, Janet - Petty, Ross, *"It Could Have Been You": How States Exploit Counterfactual Thought to Market Lotteries*, Psychology and Marketing, Vol. 17, n° 4, 2000, pp. 299-321.

**Latus**, Andrew, *Constitutive Luck*, Metaphilosophy, Vol. 34, No. 4, 2003, P. 467.

**Laudan**, Larry, *Truth, Error, and Criminal Law*, Cambridge Studies in Philosophy and Law, 2006.

**Lehrer**, Keith, *Coherence, Justification, and Chisholm*, Philosophical Perspectives, vol. 2, Epistemology, 1988, pp. 125-138.

**Lewis, David**, *The Punishment that Lives Something to Chance*, Philosophy and Public Affairs, Vol. 18, n° 1, 1989, pp. 53-67.

**Lewis, David**, *Counterfactuals*, Oxford, 1973, p.85-86.

-- *Scorekeeping in a Lenguaje Game*, Journal of Philosophical Logic, Vol. 8, n° 1, 1979, pp. 339-359.

-- *Counterfactual Dependence and Time´s Arrow*, Noûs, Vol. 13, 1979, pp. 455-476.

**Lippert Rasmussen, Kasper**, *Egalitarianism, Option Luck, and Responsibility Ethics*, Vol. 111, n° 3, 2001, pp. 548-579.

**Locke, John**, *An Essay Concerning Human Understanding*

**Lockie, Robert**, *Problems for virtue theories in epistemology*, Philosophical Studies, 2008, pp. 169-191.

**Loptson, Peter**, *Locke, Reid and Personal Identity*, The Philosophical Forum, Vol. XXXV, n° 1, 2004, pp. 51-63.

**Luper, Steven**, *Epistemic Relativism*, Philosophical Issues, Vol. 14, Epistemology, 2004, pp.271-295.

**Macarthur, David, McDowell**, *Scepticism, and The “Veil of Perception”*, Australasian Journal of Philosophy, vol. 81, n° 2, 175-190, 2003, p. 176-177.

**MacIntyre, Alasdair**, *Tras la virtud*, 2004.

**Malamud Goti, Jaime**, *Suerte, moralidad y responsabilidad penal*, 2008.

-- *Equality, Punishment, and Self-Respect*, Buffalo Criminal Law Review, Vol. 5, 2001-2002, pp. 497-508.

-- *Lo que nos puede tocar en suerte: reflexiones sobre responsabilidad y subjetivismo*, Nueva Doctrina Penal 2004/A, p. I-XVII.

**Markman, Keith D. and Tetlock, Philip E.**, *“I couldn´t have known”:* *Accountability, foreseeability and counterfactual denials of responsibility*, British Journal of Social Psychology, Vol. 39, 2000, pp. 313-325.

-- *Accountability and Close-Call Counterfactuals: The Loser Who Nearly Won and the Winner Who Nearly Lost*, *Personality and Social Psychology Bulletin*, Vol. 26, n° 10, 2000, pp. 1213-1224.

**McGraw**, Peter A., Mellers Barbara A. y Ritov, Ilana, *The affective Cost of Overconfidence*, *Journal of Behavioral Decision Making*, Vol. 17, 2004, pp. 281-295.

**McIntyre**, Alison, *Doing Away with Double Effect*, *Ethics*, Vol. 111, 2001, pp. 219-255.

**Mandil**, Daniel M., *Chance, Freedom, and Criminal Liability*, *Columbia Law Review*, Vol. 87, 1987, pp. 125-141.

**Menzies**, Peter, *Counterfactual Theories of Causation*, *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, 2001, revision 2014.

**Merricks**, Trenton, *Reading Parfit*, *The Philosophical Review*, Vol. 108, n° 3, 1.999, pp. 422-425.

**Milan**, Anne, *Taking charge: Perceptions of control over life and chances*, *Canadian Social Trends*, 2006, pp. 10-15.

**Mill**, J.S., *On Liberty.*, en *Collected Works of John Stuart Mill*, Volume XVIII, ed. John M. Robson and Jack Stillinger, introduction by Lord Robbins, Toronto: University of Toronto Press, London: Routledge and Kegan Paul, 1981.

**Mir Puig**, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 4° ed., 1996.

**Mitchell**, Harvey, *“The Mysterious Veil of Self-Delusion” in Adam Smith’s Theory of Moral Sentiments*, *Eighteenth-Century Studies*, Vol. 20, n° 4, 1987, pp. 405-421.

**Moles**, J. L., *Aristotle and Dido’s Hamartia*, *Greece & Rome*, 2<sup>nd</sup> Ser., Vol. 31, n° 1, 1984.

**Montefiore**, Alan, *“Ought” and “Can”*, *The Philosophical Quarterly*, Vol. 8, n° 30, 1958, pp. 24-40.

**Moore**, Michael s., *Placing Blame: A General Theory of the Criminal Law*, Oxford University Press 1998.

-- *Choice, Character and Excuse*, en "Crime, Culpability and Remedy", Frankel, Miller y Leffrey (Eds.), Oxford, 1990.

-- *Independent Moral Significance of Wrongdoing*, 5 *Journal of Contemporary Legal Issues*, 1994, pp.237-281.

**Morillo**, Carolyn, *Epistemic Luck*, *Naturalistic Epistemology, and the Ecology of Knowledge*, *Philosophical Studies*, Vol. 46, 1984, pp. 109-129

**Morse**, Stephen, *The Moral Metaphysics of Causation and Results*, *California Law Review*, Vol. 88, 2000, pp. 879-894.

-- *Reason, Results, and Criminal Responsibility*, *University of Illinois Law Review*, Vol. 2004, pp. 363-444.

**Murphy**, Jeffrie, *Does Kant have a theory of Punishment?*, *Columbia Law Review*, Vol. 87, 1987, pp. 509-532.

**Murray**, Brad, *Counterfactual Examples in Philosophy: The Puzzle of Imaginative Resistance*, *Prolegomena*, 2001, pp. 1-7.

**Nagel**, Thomas, *Mortal Questions*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2002.

**Nikiforov**, Boris, *fundamental principles of soviet criminal law*, *The Modern Law Review*, vol. 23, ps. 31 a 42

**Nino**, Carlos Santiago, *Subjetivismo y objetivismo en derecho penal*, *Revista jurídica*, Universidad Autónoma de Madrid, Nº. 1, 1999, pp. 47-82.

-- *Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, 1980.

**Nozick**, Robert, *Anarquía, Estado y Utopía*, trad. De Rolando Tamayo, FCE, 1990.

-- *Philosophical Explanations*, Belknap, Cambridge, 1981.

**Ofstad**, Harald, *Frankena on Ought and Can*, *Mind*, New Series, Vol. 68, nº 269, 1959, pp. 73-79.

**Overwalle** Van, Frank, *Structure of Freshmen's Causal Attributions from Exam Performance*, Journal Of Educational Psychology, Vol. 81, n° 3, 1989, p. 400-407.

**Parfit**, Derek, *Personal Identity*, The Philosophical Review, Vol. 80, n° 1, 1971, pp. 3-27.

**Percival**, Philip, *The Pursuit of Epistemic Good*, Metaphilosophy, Vol. 34, n° 1/2, 2003, pp. 29-47.

**Polybius**, *The Histories*, Book VI, Evelyn S. Shuckburgh, Cambridge, Ontario, 2002.

**Pritchard**, Duncan, *Epistemic Luck*, Clarendon Press, Oxford, 2005.

--*Neo-Mooreanism versus Contextualism*, Forthcoming in Grazer Philosophische Studien (special issue on Contextualism), 67, 2005.

-- and **Smith**, Matthew, *The psychology and philosophy of luck*, New Ideas in Psychology, Vol. 22, 2004, pp. 1-28.

-- *Resurrecting the Moorean Response to the Sceptic*, International Journal of Philosophical Studies, Vol. 10, n° 3, 2002, pp. 283-307.

-- *Virtue Epistemology and Epistemic Luck*, Metaphilosophy, Vol. 34, n° 1/2, 2003, pp. 106-130

-- *Moral and Epistemic Luck*, Metaphilosophy, Vol. 37, n° 1, 2006, pp. 1-25.

-- *Anti-Luck Epistemology*, Synthese, Original Paper, 2006.

-- *Sensitivity, Safety, And Anti-Luck Epistemology*, Forthcoming in *The Oxford Handbook of Skepticism*, (ed.) J. Greco, (Oxford: Oxford University Press).

-- *Scepticism, Epistemic Luck and Epistemic Angst*, Forthcoming in Australasian Journal of Philosophy, Vol. 83 n° 2, 2005, pp. 185 – 205.

-- *Knowledge, Luck, and Lotteries*, *New Waves in Epistemology*, (eds.) D. H. Pritchard & V. Hendricks, Ashgate, 2006.

-- *Epistemic Luck*, Journal of Philosophical Research, Vol. 29, 2004, pp. 193-222.



**Pufendorf**, Samuel, *The Whole Duty of Man According to the Law of Nature*, trad. Andrew Tooke, Ian Hunter and David Saunders, with Two Discourses and a Commentary by Jean, 1691, Libro I, capítulo I., Barbeyrac, trad. David Saunders (Indianapolis: Liberty Fund, 2003).

**Rachels**, James, *Introducción a la filosofía moral*, FCE, Trad. Gustavo Ortiz Millán, 2006.

**Raphals**, Ann Lisa, *Fate, Fortune, Chance, and Luck in Chinese and Greek: A Comparative Semantic History*, Philosophy East and West, Vol. 53, number 4, octubre 2003, pp. 536-574.

**Rawls**, John, *Justice as Fairness: Political not Metaphysical*, Philosophy and Public Affairs, Vol. 14, No. 3, (Summer, 1985), pp. 223-251.

-- El liberalismo político, FCE, 1996

**Ramos Torre**, Ramón, *La más melancólica de las reflexiones. Simpatía, virtud y fortuna en La Teoría de los Sentimientos Morales de Adam Smith*, Política y Sociedad, vol. 37, 2001, Madrid, pp. 21-46.

**Raz**, Joseph, *The Morality of the Freedom*, Oxford University Press, 1988.

-- *Liberalism, Autonomy, and the Politics of Neutral Concern*, Midwest Studies in Philosophy, Vol. 7, nº 1, 1982, pp. 89-120.

**Rescher**, Nicholas, Luck. *The Brilliant Randomness of Everyday Life*, University of Pittsburgh Press, 1995.

--*Los enigmas del azar*, en <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/rescher.html>, última visita 4 de febrero de 2014.

**Riggs**, Wayne, *Why epistemologist Are So Down On Their Luck*, Synthese Vol. 158, 2007, pp. 329-344

**Rivera López**, *Responsabilidad y suerte moral. Circunstancias y consecuencias de la acción*, Análisis Filosófico, Vol. XX, nº 1 y 2, 2000, pp.33-54.

**Richards**, Norvin, *Luck and Desert*, Mind, New Series, Vol. 95, n° 378, 1986, pp. 198-209.

**Riggs**, Waine, *Why epistemologists are so down on their luck*, Shyntese, Springer Science, 2007, pp. 329-344.

**Robinson**, Paul, *The Role of Harm and Evil in Criminal Law: a Study in Legislative Deception?*, Journal of Contemporary Legal Issues, Vol. 5, 1994, pp. 299-322.

-- *Some doubts About Argument by Hypothetical*, California Law Review, Vol. 88, 2000, p. 813-825

-- Goodwin & Reisig, *The Disutility of Injustice*, New York University Law Review, vol. 85, 2010, p. 1940-2033.

**Roose**, Neal J., *Counterfactual Thinking and Marketing*, Introduction to the Special Issue, Psychology and Marketing, Vol. 17, 277-280, 2002

-- *Counterfactual Thinking: The intersection of affect and function*, Advances in Experimental Psychology, Vol. 29, 1997, pp. 1-59.

**Rogers**, Paul y **Webley**, Paul, *'It could be us!': Cognitive and social psychological factors in UK National Lottery play*, Applied Psychology: An International Review, vol. 50, n° 1, 2001, pp. 181-199.

**Rotter**, J. B., *Generalized expectancies for internal versus external control of reinforcement*, Psychological Monographs, Vol. 80, 1966, pp. 9-17.

**Russell**, Bertrand, *Human Knowledge, Its Scope and its Limits*, 1948.

**Russell**, Christopher, *Does Attempted Murder Deserve Greater Punishment than Murder? Moral Luck and the Duty to Prevent Harm*, Notre Dame Journal of Law Ethics & Public Policy, Vol. 18, 2004, pp. 419-435.

**Russell**, Paul, *Smith on moral Sentiment and Moral Luck*, History of Philosophy Quarterly, Vol. 16, n° 1, 1999, pp. 37-58.

**Sancinetti**, Marcelo, *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa*, Temis, 1995.

-- *¿Responsabilidad por acciones o responsabilidad por resultados?*, Universidad Externado de Colombia, 1996.

-- *Teoría del delito y disvalor de acción*, Hammurabi, 2001

-- “*Dolus generalis*” y “*suerte penal*”, en *Desviación del curso causal y “dolus generalis”*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003

**Sanna**, Lawrence J. y Turley-Ames, Kandi Jo, *Counterfactual intensity*, European Journal of Social Psychology, Vol. 30, 2000, p. 273-296.

-- *Antecedents to spontaneous counterfactual thinking: Effects of expectancy violation and outcome valence*, Personality and Social Psychology Bulletin, Vol. 22, 1996, pp. 906-919.

**Sextus Empiricus**, *Against the Logicians*, Vol. II, English translation by R. G. Bury, Harvard University Press, London, 1967.

**Shavell**, Steven, *A Note on Marginal Deterrence*, Internacional Review of Law and Economics, 1992, Vol. 12, pp. 345-355.

-- *Deterrence and the Punishment of Attempts*, Journal of Legal Studies, Vol. XIX, 1990, p. 435-466.

**Silva Sánchez**, Jesús María, *Aproximación al derecho penal contemporáneo*, Barcelona, 1992.

--“*Aberratio ictus*” e imputación objetiva, ADPCP, T.XXXVII, Fasc. II, Mayo-Agosto 1994, pp. 347-386.

**Simonson y Staw**, *Descalation strategies: A comparison of techniques for reducing commitment to losing courses of action*, Journal of Applied Psychology, Vol. 77, 1992, pp.419-426,

**Sinnott-Armstrong**, Walter, *From ‘Is’ To ‘Ought’ In Moral Epistemology*, Argumentation, Vol. 14, 2000, pp. 159–174.

-- “*Ought*” Conversationally Implies “*Can*”, The Philosophical Review, Vol. 93, nº 2, 1984, pp. 249-261

**Smith**, Adam, *La teoría de los sentimientos Morales*, trad. Carlos Rodríguez Braun, Alianza, Madrid, 2004.

-- *Correspondence of Adam Smith*, Glasgow Edition Works, Vol. 6.

**Solum**, Lawrence B., *Virtue Jurisprudence. A Virtue Centered Theory of Judging*, *Mataphilosophy*, Vol. 34, n° ½, 2003, pp. 178-213.

**Sosa**, Ernest, *How to Resolve the Pyrrhonian Problematic: A Lesson from Descartes*, *Philosophical Studies*, Vol. 85, 1997, pp. 229–249.

**Sprott**, David E., Brumbaugh, Anne M. y Miyazaki, Anthony D., *Motivation and Ability as Predictors of Play Behaviour in State- Sponsored Lotteries: An Empirical Assessment of Psychological Control*, *Psychology and Marketing*, Vol. 18, n° 9, 2001, pp. 973-983.

**Statman**, Daniel (ed.), *Moral Luck*, State University of New York Press, 1993.

-- *Moral and Epistemic Luck*, *Ratio*, New Series, Vol. IV, n° 2, 1991, pp. 146-156.

**Strassfeld**, Robert N., *If...: Counterfactuals in the Law*, *George Washington Law Review*, Vol. 60, 1991.1992, pp. 339-416.

**Sunstein**, Cass, *Incompletely theorized agreements in constitutional law*, *Public Law and Legal Theory*, Working Paper n° 147, 2007, pp. 1-25.

**Sverdlik**, Steven, Kant, *Nonaccidentalness and the Availability of Moral Worth*, *The Journal of Ethics*, Vol. 5, 2001, pp. 293–313.

-- *Crime and Moral Luck*, *American Philosophical Quarterly*, 1998, Vol. 25, pp. 79-86; en “Moral Luck”, Statman (ed.), 1993, p. 181.

**Teigen**, Karl Halvor, *Luck, envy and gratitude: it could have been different*, *Scandinavian Journal of Psychology*, vol. 38, 1997, p. 313-323.

--*Hazards mean Luck: Counterfactual thinking in reports of dangerous situations and careless Behaviour*, *Scandinavian Journal of Psychology*, Vol. 39, 1998, pp. 235-248.

-- **Evensen**, Pia C., **Samoilow**, Dimitri J., **Vatne**, Karin B., *Good Luck and bad Luck: how to tell the difference*, European Journal of Social Psychology, Vol. 29, 1999, p. 981-1010.

**Textor**, Mark, "*States of Affairs*", The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Summer 2012 Edition), Edward N. Zalta (ed.), <http://plato.stanford.edu/archives/sum2012/entries/states-of-affairs/> (última entrada 6/03/2013).

**Thomson**, Judith Jarvis, *More On The Metaphysics of Harm*, Philosophy and Phenomenological Research, Vol. LXXXII, No. 2, 2011, pp. 436-458.

**Turner**, Piers Norris, "*Harm*" and Mill's Harm Principle, *Ethics*, vol. 124, nº 2, 2014, pp. 299-326.

**Tversky** y **Kahneman**, *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*, CPU, 1988.

**Ujaldón**, Enrique, *¿Es posible formular un juicio moral válido? La respuesta de Adam Smith*, Δαίμων, Revista de Filosofía, nº 36, 2005, pp. 117-129.

**Ullmann-Margalit**, Edna, *Invisible Hand Explanations*, Synthese, vol. 39, 1978, p. 263-291.

**Vahid**, Hamid, *Knowledge and Varieties of Epistemic Luck*, Dialectica, Vol. 55, nº 4, 2001, pp. 351-362

**Vallentyne**, Peter, *Brute Luck Equality and Desert*, en *Desert And Justice*, edited by Serena Olsaretti, OUP, 2003.

--*Brute Luck, Option Luck, And Equality Of Initial Opportunities*, *Ethics*, Vol. 112, 2002, Pp. 529-557.

**Vallicella**, William F., *Three Conceptions of States of Affairs*, Noûs 34, 2000, pp. 237-259.

**Van Dijk**, Teun, *El discurso como estructura y proceso*, Vol. 1, 2000.

**Vranas**, Peter B.M., *Ought , therefore I can*, Philosophical Studies, 2007, Vol. 136, pp. 167–216

**Villar**, Mario A., *Los objetos de la verdad*, academia.edu, [http://uba.academia.edu/MarioVillar/Papers/910482/Los\\_objetos\\_de\\_la\\_verdad](http://uba.academia.edu/MarioVillar/Papers/910482/Los_objetos_de_la_verdad), última visita 3 de febrero de 2014.

**Wagenaar y Keren**, *Chance and Luck are not the same*, Journal of Behavioural Decision Making, Vol. 1, 1988, pp. 65-75

**White**, Katherine y **Lehman**, Darrin R., *Looking on the Bright Side: Downward Counterfactual Thinking in Response to Stressful Life Events*, Personality and Social Psychology Bulletin, Vol. 31, No. 10, 2005. pp. 1413-1424.

**Whiting**, Daniel, *Epistemic Value and Achievement*, Ratio, Vol. 25, nº 2, 2012, 216-230.

**Williams**, Bernard, *Moral Luck, Philosophical Papers 1973-1980*, Cambridge University Press, United Kingdom, 1999.

**Williams**, Michael, *Scepticism and the Context of Philosophy*, Philosophical Issues, 14, Epistemology, 2004, 456-475.

-- *Skepticism, The Blackwell Guide to Epistemology*, Ed. John Greco y Ernest Sosa, 1999, pp. 35-69.

**Wilson**, William, *Central Issues in Criminal Theory*, Hart Publishing, 2002.

**Wohl**, Michael J. A. Y Enzle, Michael E., *The effects of near wins and near losses on self-perceived personal luck and subsequent gambling behaviour*, Journal of Experimental Social Psychology, vol. 39, nº 2, 2003, pp. 184-191.

-- *The deployment of personal luck: Illusory control in games of pure chance*, Personality and Social Psychology Bulletin, Vol. 28, 2002, pp. 1388-1397.

**Wolf**, Susan, *The Moral of Moral Luck*, Philosophic Exchange, Annual Proceedings, vol. 31, 2001, pp. 5-19.

**Wood**, Alnen W. Kant, Immanuel. *Groundwork for the metaphysics of morals*, Yale University Press, 2002.

**Zagzebski**, Linda, *The Search for the Source of Epistemic Good*, *Metaphilosophy*, Vol. 34, n° 1/2, 2003, pp. 12-28.

-- *The Inescapability of Gettier Problems*, *The Philosophical Quarterly*, Vol. 44, n° 174, 1994, ps. 65-73

**Zimmerman**, Michael, J., *Luck and Moral Responsibility*, in *Moral Luck*, State University of New York Press, 1993.

--*The Concept of Moral Obligation*, Cambridge, 1996.

--*Controlling Ignorance; A Bitter Truth*, *Journal of Social Philosophy*, Vol. 33, 2002, pp. 483-490.

-- *Introduction, Ethics*, Vol. 101, n° 2, 1991, p. 236.

-- *Luck and Moral Responsibility*, *Ethics*, Vol. 97, n° 2, 1987, pp. 374-386.

-- *Moral Luck: A Partial Map*, *Canadian Journal of Philosophy*, Vol. 36, n° 4, 2006, pp. 585-608.

-- *Taking Luck Seriously*, *The Journal of Philosophy*, Vol. 99, n° 11, 2002, pp. 553-576.

**Zikmund-Fischer**, Brian, J., *De-escalation alter Repeated Negative Feedback: Emergent Expectations of Faliure*, *Journal of Behavioural Decision Making*, Vol. 17, pp. 365-379, 2004.

**Zielinski**, Diethart, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito*, trad. Marcelo Sancinetti, 1990.