

Suerte penal

Un estudio acerca de la interferencia
de la suerte en los sistemas de imputación

Mario Villar

Colección *Tesis doctorales*

Directores

Dr. Edmundo S. Hendler

Dr. Ignacio F. Tedesco



ediciones**Didot**

Índice

Agradecimientos	13
Prólogo	15
Introducción	19
Capítulo I. La suerte en los sistemas normativos	23
I.1. El concepto de suerte	23
A) El requisito de significancia	23
B) El requisito de azarosidad	24
C) Suerte, control y responsabilidad	24
I.2. La suerte moral	26
A) Las formas de la suerte moral	27
I.3. La suerte social	31
I.4. La suerte epistémica	32
I.5. La suerte psicológica	33
I.6. La suerte penal	33
Capítulo II. La suerte moral	37
II.1. Suerte y control	37
II.2. Significados de control	41
II.3. Suerte y control en Kant	43
II.4. La suerte y el axioma “deber implica poder”	53
II.5. Recapitulación	60
II.6. Conclusiones	63
Capítulo III. Psicología social	67
III.1. Introducción	67
III.2. La teoría de la atribución	67
III.3. El análisis contrafáctico	69
III.4. Control e ilusión de control	71
III.5. Control y contrafáctico	75
III.6. Suerte, resultados contrafácticos y reproche	78
III.7. Conclusiones	88

Índice

Capítulo IV. Suerte y epistemología	91
IV.1. Introducción	91
IV.2. Escepticismo, infalibilismo y suerte	94
IV.3. Contextualismo y falibilismo	97
IV.4. El principio de sensibilidad	100
IV.5. El principio de seguridad	102
IV.6. Suerte benigna y maligna	104
IV.7. Seguridad y contrafácticos	110
IV.8. Derrotadores epistémicos	113
IV.9. Conclusiones	115
Capítulo V. La suerte penal	119
V. 1. Introducción	119
V. 2. El resultado	122
A) La identidad o equivalencia entre tentativa y consumación	125
a) Subjetivismo alemán	125
b) Subjetivismo anglo-americano	134
c) Anti resultatismo procedimental (la lotería penal)	139
d) Subjetivismo a-causal	144
e) Equivalencia, subjetivismo y control	152
f) Balance provisional	159
B) Tesis de la diferencia punitiva	165
a) Responsabilidad moral y diferencia punitiva	165
b) Ventaja injusta y proporcionalidad	166
c) Transitividad entre tentativa y consumación	170
d) El argumento de la omisión culpable (de auxilio en posición de garante)	175
e) Análisis económico del derecho y tentativa	177
f) Balance Provisional	181
C) La diferencia como postura intermedia	185
a) Responsabilidad frente a obligación	185
b) Historial moral frente a valor moral	191
c) Identidad y carácter	196
d) Balance provisional	197
D) La postura a favor de la diferencia	198
a) La suerte por los resultados en Adam Smith	198
b) Lenguaje y resultado	206
c) Balance provisional	208
d) Balance general	209

Índice

V.3. El principio de daño	212
A) Relación del principio del daño con la suerte penal	216
B) Concepciones del principio de daño	219
a) Lesión y utilidad	220
b) Protección de la autonomía	223
c) Daño y lesión	226
d) Determinación del daño	227
e) Daño subjetivista	236
f) Daño subjetivizado	243
g) Balance provisional	245
C) El principio de neutralidad	247
D) La neutralidad penal	255
E) Suerte y neutralidad penal	259
a) Resultado e imputación del resultado	259
F) Balance general	263
Capítulo VI. Conclusiones	267
Bibliografía	271

Prólogo

Conocer a Mario Villar, discutir con él en aquellos inolvidables cursos de doctorado de la UPF, disfrutar de su cultura filosófica, de su rigor analítico, de su inteligencia preclara, fue para mí, desde luego, una suerte. Pero solo en la tercera acepción que el vocablo tiene en el Diccionario. Porque únicamente en esa acepción el término suerte significa precisamente “buena suerte” o “suerte favorable”. Las primeras acepciones rezan: “Encadenamiento de los sucesos, considerado como fortuito o casual” y “circunstancia de ser, por mera casualidad, favorable o adverso a alguien o algo lo que ocurre o sucede”. Parece, pues, que si hay algo consustancial a la idea de suerte es la “casualidad”, el “azar”; o, lo que es lo mismo, la ausencia de control e incluso de la posibilidad de éste. Que la suerte sea buena o mala es secundario, accidental.

Pues bien, si ya fue (buena) suerte circunstancial para mí la de coincidir en el mismo mundo, en el mismo tiempo y lugar que Mario Villar, más lo fue que luego me pidiera que lo acompañara en el itinerario azaroso de la realización de su tesis doctoral. El Dr. Villar era ya por aquel entonces docente de la UBA, había escrito artículos científicos de Derecho penal y Filosofía del Derecho y, como he indicado antes, tenía una formación en la filosofía jurídica y moral anglosajona de la que yo no podía sino aprender. Pero cada vez tengo más suerte en esto de las tesis doctorales. Mi intervención es, las más de las veces, modesta y se orienta sobre todo a hacer legibles e inteligibles para un lector de formación jurídico-penal convencionales complejos textos en los que se manifiesta la fértil interacción entre el Derecho penal y la Filosofía o las Ciencias sociales. A cambio, recibo lección tras lección de mis doctorandos. No cabe duda de que este ha sido el caso con la obra que ahora me honra prologar.

A partir del análisis de la noción de “suerte”, desde luego son muchos los problemas jurídicos o de filosofía moral que pueden ser abordados. Por ejemplo, los que plantea la doctrina del *luck egalitarianism*: ¿existe un deber de justicia distributiva sobre cuya base los agentes morales tendrían que compensar las circunstancias desventajosas en las que actúan otros agentes, cuando no cabe atribuir a éstos —ni a aquéllos— clase alguna de responsabilidad por tales circunstancias? Si bien se observa, el mero

planteamiento de la cuestión no deja de ser un efecto colateral derivado de la mala suerte constitutiva o circunstancial de algunos sujetos. La respuesta en un sentido positivo o negativo dependerá, obviamente, de si admitimos la existencia de deberes positivos cuyo contenido sea compensar la “desventaja natural” constatada; o, por el contrario, remitimos el problema al ámbito de la supererogación. Parece, en todo caso, que las disposiciones de discriminación positiva muestran que los Estados –o algunos Estados– han recogido el guante del reto de contribuir por vía jurídica a un cierto igualitarismo compensador de ciertas situaciones naturales vistas como de “mala suerte”.

Al Dr. Villar le interesa sobre todo, sin embargo, la mala suerte moral en sentido estricto, es decir, la determinación de si la mala suerte del agente moral puede tener repercusión en la responsabilidad por su actuar. Desde la perspectiva del observador penalista existirían, de entrada, dos ámbitos –al menos– en los que se podría plantear esta cuestión. Así, la mala suerte constitutiva y la circunstancial podrían ser analizadas desde la perspectiva de su influencia sobre la culpabilidad o responsabilidad. Por su parte, la mala suerte en las consecuencias del actuar (*consequentialist luck*) constituye un elemento decisivo a la hora de analizar si se puede hacer a un agente responsable o no por un resultado (realización del tipo del delito consumado, paradigmáticamente) cuando sucede que la producción o no de éste es algo que escapa al control del agente.

La obra discurre a lo largo de cinco partes bien delimitadas. Una primera de naturaleza conceptual, en la que tiene lugar la aproximación a qué es la suerte y, en particular, la suerte moral. En la segunda, se examina la suerte moral. En la tercera, las tesis de la psicología social al respecto. En la cuarta, la relación entre suerte y epistemología. En fin, en la quinta parte, que comprende prácticamente dos tercios de la obra, el autor entra a fondo en la suerte penal, centrando su interés en la relación entre suerte y resultado lesivo.

En el debate producido tras la defensa oral del trabajo de Mario Villar se suscitaron temas del máximo interés: así, el del papel de la buena suerte en el sistema del Derecho penal (por ejemplo, en los casos de producción de un resultado de justificación de su conducta de una forma no controlada por el agente); o el del porqué de la aparente discrepancia entre las perspectivas de la psicología social y de la moral en cuanto a la relevancia del resultado. También aparecieron temas más específicos del Derecho penal, relativos al desistimiento, a la responsabilidad en casos de carácter masivo o reiteración de conductas, a las teorías de la pena y qué debe entenderse por retribucionismo. En general quedó claro que la adopción de la perspectiva metodológica introducida por el Dr. Villar podría permitirnos

repensar conceptos, categorías y doctrinas tradicionales. En suma, que nos hallamos ante una obra pionera en el mundo hispanohablante, que trae aires nuevos y frescos desde la filosofía y las ciencias sociales, y que ningún penalista debería dejarla pasar de largo.

Yo, desde luego, no pienso hacerlo. Y este prólogo, mediante el que animo a los lectores de formación jurídica convencional a hacer el esfuerzo de atreverse a saber, en la convicción de que les va a merecer la pena, es solo un primer acto de fe racionalmente fundada en la capacidad de rendimiento del texto que ofrece Mario Villar a nuestra comunidad intelectual. Vendrán otros, y no a mucho tardar.

Como saben los que me conocen, me gusta recurrir al refranero popular como argumento acerca de cuáles son las representaciones profundas de nuestra comunidad sobre cualquier problema jurídico. Aquí, debo confesarlo, me siento algo perplejo. En lo que hace al tema desarrollado por Mario, la sabiduría popular se muestra dividida, o al menos eso parece. Así, se dice que “la intención es lo que cuenta”, pero también que “el infierno está empedrado de buenas intenciones”. Más aún, que “bien está lo que bien acaba”. Como decía al principio, he tenido la suerte de haber acompañado la elaboración de una obra que ha acabado muy bien. Dejémoslo, pues, aquí. Eso sí, saludando efusivamente a quien, no por mero azar, nos aporta este magnífico texto:

Salve, Marie, si vales bene est, ego quoque valeo!

Jesús-María Silva Sánchez

En el verano austral de 2015-2016