

MAÑALICH, Juan Pablo: “Azar, control e imputación. El derecho penal ante la suerte moral”.

Polít. Crim. Vol. 17 N° 35 (Julio 2023), Art. 8, pp. 214-245.
[<http://politcrim.com/wp-content/uploads/2023/07/Vol17N35A8>]

Azar, control e imputación. El derecho penal ante la suerte moral*

Chance, control, and imputation. Criminal law in the face of moral luck

Juan Pablo Mañalich R.
Doctor en derecho, Universidad de Bonn
Profesor titular, Departamento de Ciencias Penales, Facultad de Derecho
Universidad de Chile
jpmanalich@derecho.uchile.cl
<https://orcid.org/0000-0003-4999-1469>

Fecha de recepción: 20/09/2022.
Fecha de aceptación: 23/01/2023.

Resumen

El artículo examina la “sensibilidad a la suerte” que exhibe la imputación jurídico-penal. A partir de una caracterización general del fenómeno de la suerte moral y del desafío que este aparentemente representa para un modelo culpabilístico de derecho penal, se ofrece una reseña de las nociones “popular” y jurídica de azar. Esto sienta las bases para una reconstrucción del análisis que Binding brindara del concepto de “acaso” (*Zufall*) como contradictoriamente opuesto al concepto de acción, entendiendo por “acción” un hecho jurídicamente imputable. Ello hace posible esclarecer cómo ha de ser redefinida la condición de control de cuya satisfacción depende la legitimidad de una atribución de responsabilidad jurídico-penal. Esto último es analizado en referencia directa al problema de la suerte consecucional.

Palabras clave

Suerte y control, azar, acción y agencia, suerte consecucional

Abstract

The article explores the “luck-sensitivity” exhibited by penal imputation. Upon a general characterization of the phenomenon of moral luck and the challenge it may pose to a culpability-based model of criminal law, both the ordinary and the legal notion of chance are examined. This provides the basis for reconstructing Binding’s analysis of the concept of

* Este trabajo ha sido desarrollado en el marco de la ejecución del Proyecto Fondecyt (regular) N° 1200235, del cual el autor es investigador responsable. Versiones anteriores del texto fueron presentadas en sendos seminarios celebrados en las facultades de derecho de la Universidad de Chile (01/06/2022), la Universidad Autónoma de Madrid (22/06/2022) y la Universidad de Barcelona (28/06/2022); agradezco a cada una y uno de los participantes en la respectiva discusión por las observaciones y objeciones formuladas a los argumentos aquí presentados. Por su ayuda en la edición del borrador, vaya mi gratitud para Rafaela Correa D. e Ilse Wolf V., ayudantes *ad honorem* del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Vaya también un agradecimiento para los dos árbitros anónimos que formularon sugerencias encaminadas a mejorar la presentación de algunos de los argumentos aquí defendidos.

“random event” (*Zufall*) as contradictorily opposed to the concept of action, whereas “action” is understood as a legally imputable deed. Then, I clarify how the relevant control condition, on the satisfaction of which the legitimacy of an attribution of criminal responsibility depends, ought to be redefined. This last issue is analyzed in direct reference to the problem posed by consequential luck.

Keywords: Luck and control, randomness, action and agency, consequential luck

1. Introducción: la (múltiple) relevancia jurídico-penal de la suerte moral

1.1. El principio del control y la suerte moral

En su monografía titulada “La imputación objetiva en derecho penal”, Jakobs sugería, a propósito del relato bíblico acerca de cómo Adán habría caído en el pecado original, que bajo un modelo de derecho penal culpabilístico cabría reconocer cuatro posibles “explicaciones” alternativas del despliegue de un curso lesivo para algún bien jurídico, a saber: (a) “comportamiento incorrecto de la víctima”; (b) “comportamiento incorrecto del autor”; (c) “comportamiento incorrecto de un tercero”; y (d) “desgracia” o “infortunio”, lo cual equivaldría a decir: “mala suerte”.¹ A diferencia de las tres primeras estrategias explicativas, la última, consistente en interpretar lo acontecido como un infortunio, conllevaría la renuncia a su imputación. Intuitivamente, la caracterización de un suceso como una instancia de (mala) suerte parece descansar en una conjunción de dos variables: su importancia o significación, por un lado, y su aleatoriedad o accidentalidad, por otro.²

Una explicación preliminar de lo anterior podría ser la siguiente. Un modelo de derecho penal de la culpabilidad se encuentra internamente determinado por un *principio del control*.³ De acuerdo con este, la punibilidad de una persona P por un determinado comportamiento, entendida como la *sujeción* de P a que le sea impuesta una pena en virtud de un comportamiento que le sea imputable,⁴ depende de que este comportamiento haya estado, en algún sentido, bajo el control de P. Esto quiere decir que toda punibilidad tendría que encontrarse sometida a la satisfacción de una *condición de control*.⁵ Pero la expresión “control” resulta ser notoriamente ambigua, tal como lo sugiere la vasta literatura filosófica surgida en torno del problema de la “suerte moral”,⁶ que ha logrado tener un eco en la literatura filosófico-jurídica más reciente.⁷ Por el momento basta con observar que la

¹ JAKOBS (1996), pp. 16 y s. Aquí se pasará por alto la eventual conveniencia, sugerida en la literatura especializada, de tratar como no sinónimos los términos “suerte” y “fortuna”; véase, por ejemplo, LEVY (2011), pp. 16 y s.

² Así, RESCHER (1990), pp. 6 y s.; más pormenorizadamente, LEVY (2011), pp. 13 y ss.

³ Véase HART (1968), pp. 152 y ss., 227 y ss.; DUFF (2007), pp. 57 y ss.; pormenorizadamente BURGHARDT (2018), pp. 377 y ss. Para una puesta en cuestión de la adecuación del principio del control para especificar algún conjunto de condiciones necesarias para una adscripción de responsabilidad personal, véase RAZ (2011), pp. 227 y ss.; coincidentemente, CURCÓ (2021), pp. 62 y ss., 66 y s., 76 y ss., quien articula su posición en la forma de una “defensa amplia de la suerte moral”.

⁴ Detalladamente al respecto, MAÑALICH (2021), *passim*.

⁵ Acerca de esta noción, FISCHER y RAVIZZA (1998), pp. 12 y s.; también HARTMAN (2017), pp. 4, 31 y ss.

⁶ Véase ZIMMERMAN (2006), pp. 590 y ss.

⁷ Véase, por ejemplo, SCHLEIDER (2011a), pp. 143 y ss.

satisfacción de la ya aludida condición de control, más allá de cómo se la especifique, tendría que depender de que aquello en virtud de lo cual P pueda ser penada no se presente, desde el punto de vista de P, como *azaroso*. Como lacónicamente sostuviera Binding: aquello que no resulta imputable, en cuanto situado más allá de la “capacidad de acción” de un agente, es “acaso y no otra cosa”.⁸

Para esclarecer el fundamento y el alcance de la condición de control de cuya satisfacción tendría que depender la punibilidad de una persona por un comportamiento que le sea —en tal medida— imputable, nos podemos aprovechar del interés filosófico que, tal como ya se observara, ha despertado el análisis del fenómeno de la suerte moral. Contemporáneamente, ese interés arranca de las seminales contribuciones que en 1976, y bajo el idéntico título de *Moral Luck*, fueran conjuntamente publicadas por Bernard Williams y Thomas Nagel.⁹ A Williams se reconoce el mérito de haber articulado la tensión reconocible entre nuestro compromiso moral con la condición del control, por un lado, y la circunstancia de que, *de facto*, nuestras prácticas moralmente evaluativas no se distinguan por mostrar el grado de aversión a la suerte que ese compromiso con la condición del control haría esperable, por otro.¹⁰ Por su parte, el ensayo de Nagel ha devenido célebre, ante todo, por su diferenciación de cuatro formas distintivas que podría asumir la suerte moral.¹¹ Así, y en la senda marcada por Nagel, es usual que hoy se tematizen: (a) la suerte en cuanto a lo que somos, o suerte *constitutiva*; (b) la suerte en cuanto a las circunstancias en las que nos encontramos, o suerte *circunstancial*; (c) la suerte en cuanto a las condiciones antecedentes que determinan lo que hacemos o dejamos de hacer, o suerte *causal*; y (d) la suerte en cuanto a lo que resulta de lo que hacemos o dejamos de hacer, o suerte *consecuencial* (o “resultativa”).¹²

Una vez que el análisis se redirige hacia lo que, por analogía, cabría llamar el problema de la “suerte jurídica”,¹³ el foco tiende a quedar puesto en el impacto que la *suerte consecuencial* tendría en el régimen de punibilidad y penalidad al que habrían de quedar sometidos un delito consumado y su correspondiente tentativa.¹⁴ En el ámbito de la discusión angloamericana, un impulso decisivo para ello lo representó la comparación, sugerida por David Lewis, entre

⁸ BINDING (1922), p. 244.

⁹ Véase WILLIAMS y NAGEL (1976), pp. 115 y ss., 137 y ss. En lo que sigue se hará referencia a las versiones respectivamente disponibles en NAGEL (1979), pp. 24 y ss., 28 y ss.; y WILLIAMS (1981), pp. 20 y ss. Para una informativa reseña de ambas aproximaciones, véase ROSELL (2006), pp. 145 y ss., 149 y ss.

¹⁰ Véase WILLIAMS (1981), pp. 20 y s., 36 y ss.

¹¹ NAGEL (1979), pp. 27 y ss.; véase ROSELL (2006), pp. 156 y s. Sorprendentemente, CURCÓ (2021), pp. 67 y ss., atribuye a Nagel haber distinguido nada más que tres especies de suerte moral, pasando por alto su explícita tematización de la suerte causal como una especie diferenciada.

¹² NELKIN (2019), pp. 5 y ss. Para otras propuestas de clasificación, véase ZIMMERMAN (1987), p. 376, con nota 7, quien unifica lo que Nagel llamara “suerte constitutiva”, “suerte circunstancial” y “suerte causal” bajo la etiqueta de “suerte situacional”; así como RIVERA LÓPEZ (2000), pp. 34 y s., según quien la diferencia entre la suerte causal y la suerte circunstancial sería puramente gradual.

¹³ Para un temprano planteamiento en esta dirección, FEINBERG (1970), pp. 31 y s.; más detalladamente, ENOCH (2008), pp. 28, 31 y ss.; también ENOCH (2010), pp. 48 y ss.

¹⁴ Véase MOORE (1997), pp. 211 y ss.; también MOORE (2009), pp. 20 y ss. Este foco también es el predominante en la literatura producida en lengua castellana acerca de la relevancia jurídico-penal de la suerte moral. En este concierto destacan las contribuciones de MALAMUD (2008), pp. 39 y ss., 77 y ss.; SCHLEIDER (2011a), pp. 111 y ss., 129 y ss., 299 y ss., 342 y ss.; FERRANTE (2013), pp. 61 y ss.; VILLAR (2016), pp. 119 y ss., 185 y ss.; y BEADE (2017), pp. 45 y ss., 65 y ss., 120 y ss., 160 y ss.

una solución de diferenciación penológica para el delito consumado y el correspondiente delito tentado, por un lado, y un (imaginable) mecanismo de “lotería penal”, por otro.¹⁵ Notablemente, los más bien escasos esfuerzos por indagar en la significación jurídico-penal que podría tener la *suerte circunstancial* también han tendido a quedar circunscritos al análisis de las condiciones de punibilidad de la tentativa,¹⁶ y específicamente a la determinación del umbral a partir del cual habría de entenderse ya *iniciada* una tentativa (inacabada).¹⁷ De ahí que no sea en absoluto sorprendente que, también en conexión con la indagación en la (in)admisibilidad de la suerte como factor de “responsabilización”, sea especulativamente considerada la inteligibilidad, así como la eventual legitimidad, de una (todavía imaginaria) práctica de “punición anticipada”,¹⁸ esto es, de una práctica en cuyo marco la respectiva punición pudiera materializarse ya *antes* de que el respectivo agente siquiera se resuelva a desplegar el comportamiento eventualmente delictivo.¹⁹ Y en lo concerniente tanto a la *suerte causal* como a la *suerte constitutiva*, es claro que la extrapolación de las claves del correspondiente debate filosófico tendría que llevarnos a poner la vista en el problema de si el “escepticismo acerca del libre albedrío” logra comprometer los basamentos antropológicos de una atribución de responsabilidad jurídico-penal que presuponga un reconocimiento de la autonomía agencial de la persona de cuya eventual punibilidad se trate.²⁰

1.2. El impacto de la suerte en la fundamentación de la punibilidad: una doble precisión

En este marco me interesa explorar la medida de *sensibilidad a la suerte* que, legítimamente, puede exhibir la fundamentación de la punibilidad bajo un modelo de derecho penal de la culpabilidad comprometido con el principio del control. A este respecto, la traducibilidad de las cuatro formas de suerte moral identificadas por Nagel en correspondientes formas de “suerte jurídica” exige circunscribir el análisis a los presupuestos sustantivos de la punibilidad. Esto supone dejar fuera de consideración aquí lo que podríamos denominar una “suerte procesal”, entendida como la (irreductible) posibilidad de que la decisión en la que

¹⁵ Véase LEWIS (2000), pp. 227 y ss. Al respecto, DUFF (1990), pp. 17 y ss.; KADISH (1994), pp. 690 y s.; y MOORE (1997), pp. 203 y s., 210, este último denunciando la petición de principio en la que incurriría Lewis. Más recientemente, y desde una perspectiva asimismo crítica, GROSSE-WILDE (2017), pp. 137 y ss.

¹⁶ Una excepción digna de mención la encontramos en el análisis, ofrecido por Feinberg, de la eximente del “entrampamiento” (*entrapment*), propia del derecho estadounidense, aplicable en situaciones en las cuales una persona es inducida a perpetrar un delito por parte de un funcionario policial; véase FEINBERG (2003), pp. 57 y ss., 65 y ss., 72 y ss., cuyo tratamiento del problema descansa crucialmente, sin embargo, en la sugerencia de que no cabría reconocer tal cosa como una suerte moral en cuanto a las propias disposiciones conductuales.

¹⁷ Véase YAFFE (2010), pp. 216 y ss. Al respecto, MAÑALICH (2019a), pp. 837 y ss.

¹⁸ Véase STATMAN (1997), pp. 131 y ss.

¹⁹ La pertinencia de la pregunta por la inteligibilidad de semejante práctica *qua* práctica “punitiva” se sigue del hecho de que las definiciones más extendidas del concepto jurídico de pena suelen contener la exigencia (explícita o implícita) de que su imposición dependa de la atribución —correcta o no— de una *previa* trasgresión de una regla o norma. Si quisiéramos evitar incurrir en lo que Hart caracterizó como la instalación de una “barrera definicional” ante la pregunta por la justificación de la punición, empero, tendríamos que admitir la posibilidad de que, como caso secundario o parasitario de aplicación del concepto, viniera en consideración una punición referida a la trasgresión futura de la respectiva regla o norma. En general sobre el asunto de la definición de “punición” y el problema de la barrera definicional, véase HART (1968), pp. 4 y ss.; más recientemente, YAFFE (2022), pp. 479 y ss.

²⁰ Para la presentación de una estrategia “compatibilista” a ese respecto, MAÑALICH (2023a), *passim*.

resulte un proceso penal no se adecue al principio de culpabilidad *qua* estándar de corrección, a pesar de que el proceso en cuestión se haya desarrollado en plena conformidad con las reglas que instituyen el correspondiente procedimiento.²¹ En el presente contexto, la indagación estará centrada, más bien, en el impacto que el azar puede tener en que a una persona sea *imputable* un comportamiento fundante de punibilidad, y no en el impacto que el azar pudiera tener en que a una persona le sea o no judicialmente *imputado* un comportamiento potencialmente fundante de punibilidad, que pudiera o no serle imputable.

Pero aun restringiendo nuestra atención a los presupuestos sustantivos de una punibilidad susceptible de verse afectada por factores situados más allá del control de la persona de cuya posible punición se trate, es conveniente introducir una delimitación adicional de nuestro objeto de análisis. Haciendo uso de una distinción introducida por Michael Zimmerman,²² podemos tematizar la aversión al azar que pudiera acompañar tanto a la formulación de “juicios deónticos”, concernientes a la *licitud o ilicitud* del comportamiento atribuido a un agente, como a la formulación de “juicios hipológicos”, concernientes a la *responsabilidad* de un agente por un comportamiento eventualmente ilícito. En otras palabras, se trata de si, respectivamente, cabe reconocer un legítimo espacio de juego para el azar tanto en la aplicación de las normas que (positiva o negativamente) condicionan la significación delictiva de un comportamiento, y que podemos denominar “normas de comportamiento”, como en la aplicación de las reglas que fijan las condiciones de responsabilidad personal por un comportamiento potencialmente delictivo, y que podemos denominar “reglas de imputación”.²³

Justamente porque la atención filosófica prestada al problema de la suerte moral ha tendido a quedar confinada al ámbito de los juicios hipológicos,²⁴ en lo que sigue el foco estará puesto en la clarificación de la relación en la cual, en términos internos a un régimen de derecho penal culpabilístico, se encuentran las nociones de azar e imputación. Esto exige esclarecer, en lo inmediato, el significado propiamente jurídico que cabe atribuir al término “acaso”, en cuanto designativo de un evento que exhibe la propiedad de ser azaroso, de acuerdo con el significado que, a su vez, haya que atribuir a la palabra “azar”.²⁵ Tras ello se ofrecerá una reconstrucción de la caracterización que Binding nos brindara de lo que cuenta como una “acción” en sentido jurídico, entendida como aquello que es contradictoriamente opuesto a un “acaso”. Con cargo a lo anterior, el artículo se cerrará con un análisis pormenorizado de la forma de “compatibilismo” entre responsabilidad y suerte que es posible anclar a un modelo de la imputación jurídico-penal congruente con la demarcación bindingiana de los “terrenos” de la acción y del acaso. En consideración a la pervivencia del interés que el asunto sigue despertando en las y los teóricos del derecho penal, se privilegiará la consideración del problema de la suerte consecuencial, que se distingue justamente por concernir al alcance de la agencia cuyo despliegue puede estar involucrado en la perpetración de un delito.

²¹ Véase MAÑALICH (2020a), pp. 86 y ss. Sobre la noción de suerte procesal, en el sentido de una “suerte en el juzgamiento”, WALDRON (2008), *passim*.

²² ZIMMERMAN (2002), pp. 554 y ss.

²³ Fundamental HRUSCHKA (1986), pp. 669, 672 y ss.

²⁴ ZIMMERMAN (2006), p. 585.

²⁵ Desde un punto de vista lógico-gramatical, la distinción entre “azar” y “acaso” responde al hecho de que el primer término funciona como un “sustantivo-masa”, en tanto que el segundo, como un “sustantivo contable”; al respecto, QUINE (1960), pp. 90 y ss., 96 y ss.

2. La autonomía del concepto jurídico de azar

2.1. El concepto “popular” de acaso

Un punto de partida para desarrollar la indagación recién bosquejada lo encontramos en el pormenorizado tratamiento que Binding diera a la pregunta por la incidencia del azar en la atribución de responsabilidad jurídica. El contexto para ello lo provee su análisis del concepto de acción “en sentido jurídico”,²⁶ que arranca de una observación que difícilmente podría ser más pertinente para lo que aquí interesa:

“Acción (*Handlung*) y acaso (*Zufall*): así designa el derecho los dos grandes opuestos bajo los cuales aquel sitúa todo lo afortunado (*Glückliches*) o desafortunado (*Unglückliches*) que ocurre en su terreno”.²⁷

Inmediatamente después de introducir esta contraposición, Binding proclamaba la autonomía del concepto jurídico-penal de “acaso”, como uno que el derecho crearía “porque lo necesita”.²⁸ La manera en que desde el punto de vista de la filosofía teórica y práctica, en general, y de la filosofía jurídica, en particular, se discutía entonces acerca del problema del “azar” —que es otra de las traducciones españolas admisibles del sustantivo alemán “*Zufall*”²⁹— fija el marco inmediato para esta toma de posición de Binding. Los aspectos más sobresalientes de este contexto filosófico son suficientemente reconocibles en dos de las obras que Binding destacaba como portadoras de particular valía intelectual en lo concerniente a la clarificación de la noción de acaso, a saber: el trabajo monográfico del filósofo Wilhelm Windelband, publicado en 1870 con el título “Las doctrinas [acerca] del azar”, por un lado, y el ensayo del jurista Max Rümelin, de 1896, dedicado al problema de “el acaso en el derecho”, por otro.³⁰

En su muy influyente monografía, Windelband partía prestando atención al uso cotidiano de “*Zufall*”, palabra que sería marcadamente polisémica.³¹ No obstante, a su multiplicidad de significados más o menos distintivos tendría que subyacer un “concepto común”, el cual emergería con la consideración de que

“todas sus aplicaciones convergen en entender por acaso [*Zufall*] una especie de suceso que también podría haberse dado de otra manera o no haber tenido lugar en lo absoluto, y en llamar azaroso [*zufällig*] aquello que también podría haber sido diferente o no haber sido en lo absoluto”.³²

²⁶ BINDING (1914), pp. 82 y ss.

²⁷ BINDING (1914), pp. 82 y s.

²⁸ BINDING (1914), p. 86.

²⁹ Al respecto, BURGHARDT (2018), p. 33, destacando la dificultad que suscitara el hecho de que un mismo vocablo alemán —a saber: “*Glück*—” designe lo que (en español) llamamos “felicidad”, por un lado, y “suerte”, por otro.

³⁰ Véase BINDING (1914), p. 87, nota 4.

³¹ WINDELBAND (1870), p. 3. La misma aproximación metodológica es favorecida por RÜMELIN (1896), pp. 3 y ss. Al respecto, BURGHARDT (2018), pp. 35 y s. Para una consideración de los usos más reconocibles de la palabra española “suerte”, véase BEADE (2017), pp. 32 y ss.

³² WINDELBAND (1870), p. 4.

Según Windelband, esto se traduciría en que el concepto “popular” —esto es, *ordinario*— de azar quede situado “en el terreno de la posibilidad”, puesto que, más precisamente, el azar se correspondería con “una realidad [que] tendría el solo valor de una posibilidad”.³³ Es decir, azaroso es lo que, siendo el caso, podría no serlo. Con ello, “lo generalmente característico del concepto de azar es algo negativo: es la negación de la necesidad”.³⁴ En el vocabulario de la lógica modal, esto último significa que la modalidad propia del azar es la *contingencia*,³⁵ a saber: el modo en el cual X existe, sin existir necesariamente. Según cuál sea la clase de necesidad cuya ausencia convierta al respectivo aspecto o fragmento de la realidad en azaroso, cabría identificar diferentes especies de azar.³⁶

Así, podríamos tematizar una noción *causal* de azar, que especificaría aquello que pudiera ser, o tal vez solo aparecer como, causalmente indeterminado “en un sentido absoluto”.³⁷ De que el evento X *no* aparezca como causalmente condicionado por algún otro evento, o bien por una serie de otros eventos, dependería su estatus como azaroso en semejante sentido absoluto.³⁸ Pero a esta noción causal de azar en sentido absoluto cabría oponer la de un azar causal “en un sentido relativo”, o más precisamente: *relacional*. En estos términos, se trataría de que un evento X aparezca como causalmente inconexo respecto de otro evento Y, cuya ocurrencia sea espacial y temporalmente próxima a la de X, dándose entre ambos, entonces, una relación de mera “coincidencia espaciotemporal”.³⁹ En este contexto, que los eventos X e Y aparezcan como causalmente inconexos, implicaría no solo que ninguno de ellos ha sido causa del otro, sino también que ellos no comparten una causa común.⁴⁰

Lo anterior llevaba a Windelband a redefinir lo azaroso como aquello que sería carente de determinación “legaliforme”, esto es, como algo que se presenta como indeterminado bajo algún conjunto de leyes causales.⁴¹ Desde este específico punto de vista, el concepto de azar causal volvería a presentarse como uno “relativo”, en razón de que la posible subsunción de un evento particular bajo el consecuente de una ley causal normalmente será sensible a que quien está interesado en explicar su ocurrencia conozca, en mayor o menor medida, el conjunto de las condiciones “variables” —o “acompañantes” (*Nebenbedingungen*)— que

³³ WINDELBAND (1870), p. 4.

³⁴ WINDELBAND (1870), p. 5.

³⁵ Véase BURGHARDT (2018), pp. 37 y ss.

³⁶ WINDELBAND (1870), p. 5.

³⁷ Latamente al respecto, WINDELBAND (1870), pp. 5 y ss. Coincidentemente, RÜMELIN (1896), pp. 6 y s. Véase también BURGHARDT (2018), pp. 44 y ss.

³⁸ Véase WINDELBAND (1870), p. 22, advirtiendo que esa caracterización de un evento como causalmente azaroso admitiría ser interpretada o bien en la forma de una tesis *ontológica* o bien en la forma de una tesis *epistemológica*, siendo esta última la más plausible; así, WINDELBAND (1870), p. 26. La corrección de la interpretación epistemológica de la noción de azar causal es asumida por RÜMELIN (1896), p. 7. Valga la precisión de que Windelband se inclinaba por usar los términos “*Ereignis*”, cuya traducción sería “evento”, y “*Thatsache*” (*sic*), cuya traducción sería “hecho”, de manera indistinta para designar los posibles *relata* de una relación causal. Para simplificar el discurso, y así evitar la confusión entre la adopción de un concepto de causalidad “productiva”, concerniente a *eventos*, y un concepto de causalidad “explicativa”, concerniente a *hechos*, aquí se ha optado por hablar únicamente de relaciones de causación entre eventos, lo cual no supone poner en duda la mayor capacidad expresiva del vocabulario de la causalidad explicativa. Al respecto, MAÑALICH (2014), pp. 52 y ss.

³⁹ WINDELBAND (1870), p. 22.

⁴⁰ WINDELBAND (1870), pp. 23 y s.

⁴¹ Detalladamente, WINDELBAND (1870), pp. 26 y ss.

podrían convertir al caso en uno cubierto o no cubierto por la ley en cuestión.⁴² Pues “aquello que es computado en el cómputo de probabilidad no son los acasos, sino más bien las condiciones constantes al interior de las cuales puede ocurrir el acaso”.⁴³ El descubrimiento de semejantes “condiciones constantes”, al interior de las cuales puede acaecer un evento azaroso, sería el objeto de la ciencia estadística, que “es el fundamento para la investigación de lo necesario”.⁴⁴

La segunda noción de azar analizada por Windelband es la que cabría caracterizar como *teleológica*. Se trata aquí de aquello que aparece como contingente en cuanto no determinado por una cierta finalidad,⁴⁵ lo cual equivaldría a decir: en cuanto no susceptible de racionalización como “prácticamente necesario”. En estos términos, azaroso sería algo cuyo acaecimiento no pueda ser racionalizado como la conclusión de un silogismo práctico.⁴⁶ En lo que aquí interesa,⁴⁷ cabría diferenciar dos constelaciones de este último fenómeno: un evento sería azaroso o bien por tener lugar sea contra la intención de un agente, sea sin quedar cubierto por esta; o bien por consistir en una consecuencia no perseguida de una acción intencionalmente ejecutada.⁴⁸ Esto último quiere decir que, si bien el evento azaroso se encontraría causalmente conectado con el evento constitutivo de la respectiva acción, la descripción bajo la cual esta se corresponde con algo que un agente ha hecho intencionalmente no es la descripción que la muestra causalmente conectada con el evento que, en tal medida, se presenta como azaroso en el sentido ahora relevante.⁴⁹

La tercera y última noción de azar a la que Windelband dirigía su atención se corresponde con lo que él mismo llamara “lo lógicamente azaroso”, en cuanto concerniente a las propiedades exhibidas por algo que cae bajo un concepto, pero que no son necesariamente exhibidas por todo aquello que cae bajo el concepto en cuestión.⁵⁰ Se trata, en otras palabras, de las propiedades no esenciales, sino *accidentales* de algo, consideradas bajo el concepto a través de lo cual lo identificamos.⁵¹ En este nivel de análisis, la noción de azar volvería a mostrar su “relatividad”:

⁴² WINDELBAND (1870), pp. 29 y ss.

⁴³ WINDELBAND (1870), pp. 33 y s.

⁴⁴ WINDELBAND (1870), pp. 48 y s.

⁴⁵ Latamente al respecto, WINDELBAND (1870), pp. 52 y ss. Sobre ello, también RÜMELIN (1896), pp. 4, 7 y s.; BURGHARDT (2018), pp. 41 y ss.

⁴⁶ Acerca del modelo del silogismo práctico como esquema de “explicación teleológica”, VON WRIGHT (1971), pp. 83 y ss., 96 y ss.

⁴⁷ Podemos dejar fuera de consideración el tratamiento que Windelband da al problema del azar en lo tocante a lo que pudiera llegar a ocurrir en cuanto cubierto por la finalidad del “creador”; véase WINDELBAND (1870), pp. 56 y s., 61 y ss.; al respecto, RÜMELIN (1896), p. 8.

⁴⁸ WINDELBAND (1870), pp. 57 y ss., echando mano a la distinción aristotélica, plasmada en la *Física*, entre las formas de azar que respectivamente cabría tematizar como *automaton* y *tyche*, las cuales se encontrarían en relación de género y especie; véase ARISTÓTELES (1957a), II, cap. 6. Así, mientras que el primer fenómeno estaría involucrado en que un agente causal cualquiera —también una “bestia bruta”, o aun un ente inanimado— incidentalmente dé lugar a un resultado significativo o relevante, aunque no perseguido, el segundo se correspondería con el condicionamiento de semejante resultado a través de una acción deliberada, aunque no dirigida a su obtención, ejecutada por un ser capaz de elegir, esto es, por una creatura dotada de “autodirección”.

⁴⁹ Fundamental, DAVIDSON (2001), pp. 43 y ss.

⁵⁰ Véase WINDELBAND (1870), pp. 68 y ss.; RÜMELIN (1896), pp. 4, 8 y s.

⁵¹ En este punto, WINDELBAND (1870), pp. 69 y s., volvía a recurrir a Aristóteles, en cuyos *Analíticos Posteriores* el problema es tratado en referencia a aquello que, según el concepto que sirva como criterio de

“sólo en cuanto, en nuestro proceso de formación de un concepto, sintetizamos [*zusammenfassen*] la característica común de un grupo de fenómenos como su concepto genérico, aparecen frente a este concepto genérico las características particulares de cada concepto singular, a pesar de que ellas representan sus componentes necesarios, como azarosas”.⁵²

2.2. El concepto jurídico de azar

Tal como ya se sugiriera, la monografía de Windelband tuvo impacto en la manera en la cual, hacia fines del siglo XIX, en la filosofía jurídica alemana era planteada la pregunta por el lugar del “azar en el derecho”, a cuya respuesta el romanista Max Rümelin dedicó su disertación inaugural como profesor en la Universidad de Tubinga. Sobre la base de los resultados alcanzados por Windelband, Rümelin sostuvo que el “concepto nuclear y troncal” de azar identificaría lo azaroso con “lo no previsto y, según la experiencia, no previsible”,⁵³ cuyo sustento último lo proveería la noción causal de azar. Pues:

“Apenas sabemos que en un caso singular se dan conjuntamente condiciones a las cuales, según la experiencia, un determinado resultado queda anexado, entonces la previsibilidad del resultado se ve garantizada del modo más seguro posible”.⁵⁴

Especial importancia tiene el hecho de que Rümelin resaltara que la acuñación de semejante concepto aparentemente teórico —o especulativo— de azar causal respondería a “la necesidad práctica de un cálculo previo [*Vorausberechnung*] de un suceso futuro”.⁵⁵ La funcionalidad práctica así atribuida al concepto de azar, identificado con lo empíricamente imprevisible, vuelve inteligible que Rümelin también hiciera girar la noción teleológica de azar en torno al “momento de la imprevisibilidad”: lo que es imprevisible no es susceptible de ser intencionalmente perseguido, y así tampoco agencialmente controlado.⁵⁶

Tras insistir en la “relatividad” del concepto de azar, en cuya virtud “uno y el mismo proceso es juzgado de manera enteramente diferente según los presupuestos de los cuales uno arranque”,⁵⁷ Rümelin pasaba a ocuparse de la conexión que lo vincularía con el concepto de peligro, tomado este último en coincidencia con el uso que le darían los juristas.⁵⁸ Si por “peligro” se entendiera nada más que “el favorecimiento de un resultado dañoso”,⁵⁹ entonces habría que asumir la compatibilidad entre la existencia de un peligro y la incidencia del azar, en la medida en que el correspondiente “juicio sobre el peligro” no alcance el umbral de la

clasificación, puede hacer aparecer un atributo, una sustancia o un evento como accidental; véase ARISTÓTELES (1957b), I, secc. IV, 73a y 73b. Sobre ello, BURGHARDT (2018), pp. 39 y ss.

⁵² WINDELBAND (1870), p. 70.

⁵³ RÜMELIN (1896), p. 9.

⁵⁴ RÜMELIN (1896), p. 6.

⁵⁵ RÜMELIN (1896), p. 5.

⁵⁶ Véase RÜMELIN (1896), pp. 7 y s.

⁵⁷ RÜMELIN (1896), p. 11.

⁵⁸ Así, RÜMELIN (1896), pp. 12 y ss., con nota 16, remitiéndose al tratado de la parte general de Von Liszt como una muestra de cómo el discurso de la ciencia jurídica haría uso de la noción de peligro.

⁵⁹ RÜMELIN (1896), p. 12.

certeza. *A contrario sensu*, sería la inexistencia de todo peligro lo constatado a través de un juicio que declarara la existencia de un “puro azar”, o “azar absoluto”.⁶⁰

Sobre la base de este análisis del concepto “popular” de azar, Rümelin exploró el conjunto de significados que, en el discurso jurídico, se atribuiría al término “azar”.⁶¹ Esto lo llevó a distinguir tres acepciones fundamentales, a saber: (a) aquella que opondría el azar a “lo culpable”, entendiendo por “culpabilidad” la base subjetiva de la responsabilidad por la generación de un daño;⁶² (b) aquella que opondría el azar a un “peligro de operación” (*Betriebsgefahr*) en cuanto posible objeto de una responsabilidad no culpabilística, pero dependiente de un juicio de previsibilidad subjetiva, en términos de lo cual el azar aparecería identificado con la “fuerza mayor”;⁶³ y (c) aquella que opondría lo azaroso a lo previsible con base en una “prognosis objetiva posterior”, tomada esta última expresión en el sentido que se le confiere como parámetro de un juicio de “imputación objetiva”.⁶⁴

Al recapitular los resultados de su indagación en esos tres ámbitos, Rümelin apuntaba que en los tres casos el azar aparecería jugando “el rol de un concepto-límite [*Grenzbegriff*] para alguna responsabilidad”.⁶⁵ Como ha observado Waldkirch, la “relatividad funcional” así atribuida al concepto jurídico de azar determina que sea imposible definirlo positivamente.⁶⁶ Y si el concepto jurídico de azar demarca negativamente el ámbito de “lo no-imputable”, entonces a su respecto el concepto de imputación exhibe primacía lógica. Esto vuelve pertinente retomar la observación de Binding en cuanto a que el derecho crearía su propio concepto de acaso, “porque lo necesita”.⁶⁷ Que el concepto jurídico de acaso cumpla la función de especificar aquello que no es imputable, determina que ese concepto resulte autónomamente definible como interno al dominio del derecho.⁶⁸ Tomando prestada la expresión acuñada por Sneddon, esto equivale a decir que, al fijar su propio concepto de acaso *qua* suceso azaroso, el derecho se presenta como un “dominio de juicio autónomo”.⁶⁹

⁶⁰ RÜMELIN (1896), p. 16.

⁶¹ Para una sucinta reseña, WALDKIRCH (2018), pp. 63 y s.

⁶² Véase RÜMELIN (1896), pp. 17 y ss.

⁶³ En detalle, RÜMELIN (1896), pp. 25 y ss.

⁶⁴ Véase RÜMELIN (1896), pp. 41 y ss., nuevamente con referencias al tratado de Von Liszt.

⁶⁵ RÜMELIN (1896), p. 53.

⁶⁶ WALDKIRCH (2018), pp. 90, 96 y ss.

⁶⁷ BINDING (1914), p. 86.

⁶⁸ Para una detallada reconstrucción del postulado bindingiano de la autonomía (en cuanto *Eigengesetzlichkeit*) de lo jurídico como premisa metodológica del trabajo dogmático, véase HILLIGER (2018), pp. 63 y ss.

⁶⁹ Véase SNEDDON (2006), pp. 67 y ss., distinguiendo entre la autonomía negativa y la autonomía positiva de un dominio de juicio: un dominio de juicio sería *negativamente* autónomo respecto de otro “cuando los criterios de aplicación-de-conceptos y de juicio que son característicos de un dominio dado nada tienen que ver con el segundo dominio dado”; en cambio, un dominio de juicio sería *positivamente* autónomo “cuando es negativamente autónomo respecto de todo otro dominio en lo tocante a los temas o asuntos centralmente característicos de ese dominio”, en cuyo caso “los criterios de aplicación-de-conceptos y de juicio son enteramente internos al dominio en cuestión”; así, SNEDDON (2006), p. 67.

3. Acaso, acción e imputación

3.1. El acaso como “hecho” no constitutivo de una “acción”

Las disquisiciones precedentes, referidas al *locus* y al alcance de los conceptos “popular” y jurídico de azar, contribuyen a hacer contextualmente comprensible el punto de partida del cual arrancaba Binding para definir un concepto jurídicamente autónomo de acaso. Según Binding, el derecho “de ninguna manera” concebiría el acaso “como lo opuesto a la necesidad”, pues aquel “con predilección llama acasos a los eventos naturales”.⁷⁰ Con ello, él rechazaba categóricamente la identificación del azar, cuando se lo contempla jurídicamente, con lo causalmente indeterminado. A renglón seguido, Binding descartaba que esa conceptualización pudiera ser rescatada si, en vez de adoptar un punto de vista ontológico, asumiéramos una perspectiva epistemológica: “[t]ampoco entiende [el derecho] como acaso todo aquello cuyas causas no conocemos, aunque lo consideráramos como la consecuencia generada por ellas”.⁷¹ Y Binding también desestimaba que el significado propiamente jurídico de “acaso” pudiera obtenerse a partir del concepto teleológico de azar: “[t]ampoco el acaso es [para el derecho] lo opuesto a la intencionalidad [*Absichtlichkeit*] o la falsa apariencia de esta”.⁷²

En contraste con las conceptualizaciones así desechadas, Binding destacaba que la singularidad de la noción jurídica de acaso radicaría, irónicamente, en que por “acaso” aquí habría que entender aquello que se presenta como “necesario” por el hecho de *no* tener una causa determinada, a saber: una “voluntad madura y libre”.⁷³ Si bien Binding creía estar así ofreciendo una simple paráfrasis de la conceptualización de un acaso, en sentido jurídico, como un evento que *no* tendría como causa “la acción humana libre”,⁷⁴ esta equiparación es problemática. Pues, tal como se mostrará a continuación, una adecuada reconstrucción del planteamiento de Binding lleva a advertir que, en sus términos, “acaso” y “acción” funcionan como sustantivos que designarían las dos especies del género “hecho”. De ahí que no tenga sentido la sugerencia de que un acaso sería algo que no tiene como *causa* una acción; se trata, más bien, de que un acaso sería un evento definido por la propiedad (negativa) de no *constituir* una acción.

Para dar cuenta de la relación de oposición contradictoria que existiría entre la caracterización de un evento como una acción y su caracterización como un acaso,⁷⁵ Binding comenzaba analizando la distinción terminológica entre “acción” (*Handlung*) y “hecho” (*Tat*).⁷⁶ En cuanto *terminus technicus*, por “acción” habría que entender la realización de la voluntad de

⁷⁰ BINDING (1914), p. 86.

⁷¹ BINDING (1914), p. 86.

⁷² BINDING (1914), p. 86.

⁷³ BINDING (1914), p. 87.

⁷⁴ BINDING (1914), p. 86.

⁷⁵ Lo cual quiere decir que para cualquier evento particular X valdría que o bien X es una acción o bien X es un acaso: *tertium non datur*.

⁷⁶ Valga la precisión de que, así usado, el término “hecho” representa la traducción del sustantivo alemán “*Tat*” y del sustantivo inglés “*deed*”, y no en cambio de los sustantivos “*Tatsache*” y “*fact*”, respectivamente; sobre esto último, *supra*, nota 38.

un ser humano, en cuanto dotada de relevancia jurídica.⁷⁷Cuál sea su relación con el concepto de hecho, dependerá de si el término “hecho” es usado en un sentido restringido o, en cambio, en un sentido amplio.

Por “hecho” *stricto sensu*, Binding entendía la realización de la voluntad de un ser humano que no es constitutiva de una acción.⁷⁸ De acuerdo con esto, la caracterización de un evento como una acción y su caracterización como un hecho serían mutuamente excluyentes. Por “hecho” *lato sensu*, en cambio, Binding entendía la realización de la voluntad de un ser humano, constitutiva o no constitutiva de una acción.⁷⁹ Según esta última estipulación terminológica, la relación en la que se encontrarían los conceptos de acción y hecho sería la relación existente entre una especie y el correspondiente género, respectivamente: toda acción es un hecho, pero no todo hecho es una acción. Con ello, por “hecho” en sentido amplio podríamos entender un evento que, en un sentido que todavía habrá que esclarecer, tiene la *potencialidad* de ser constitutivo de una acción.

Al interior de la clase de eventos consistentes en realizaciones de voluntad de un ser humano dotadas de significación jurídica, la categoría complementaria a la de acción sería la de *acaso*. Así, y tomado el término “hecho” en su sentido amplio, jurídicamente todo hecho sería o bien una acción o bien un acaso. Cabe notar que esto último *no* implica que todo evento constitutivo de un acaso sea, al mismo tiempo, constitutivo de un hecho, eso es, de una realización de la voluntad de un ser humano. De ahí que, según ya se apuntara, Binding pudiera destacar que una subcategoría de acaso en sentido jurídico la conformarían los “eventos naturales”,⁸⁰ sin que esto implique que los eventos naturales pudieran contar como *hechos*. De acuerdo con esta última precisión, es conveniente introducir una nueva distinción estipulativa: mientras que por “acaso” *lato sensu* cabe entender todo *evento* no constitutivo de una acción, por “acaso” *stricto sensu* habría que entender, en cambio, todo *hecho* no constitutivo de una acción.

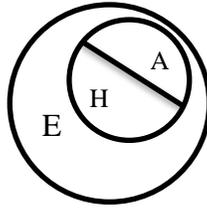
Los dos conceptos de hecho previamente distinguidos están internamente conectados con los dos conceptos de acaso recién distinguidos: mientras que la adopción de un concepto estricto de hecho necesariamente trae aparejada la adopción de un concepto amplio de acaso, la adopción de un concepto amplio de hecho vuelve posible la adopción de un concepto estricto de acaso. Y es este último concepto el que, según lo sugerido por Binding, resulta funcionalmente adecuado desde el punto de vista de la modelación de los presupuestos de la imputación jurídica. Para advertir por qué, consideremos primeramente cuál sería la definición extensional —formulada en los términos de la teoría de conjuntos— del *concepto amplio de acaso* que se sigue de la adopción de un concepto estricto de hecho:

⁷⁷ BINDING (1914), p. 92. Al respecto, KAUFMANN (1954), p. 24; en lengua castellana, SÁNCHEZ-OSTIZ (2008), pp. 324 y s.

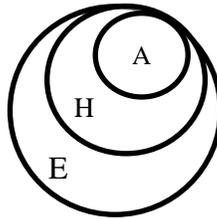
⁷⁸ BINDING (1914), pp. 83 y ss., nota 1.

⁷⁹ Así, BINDING (1914), p. 85 (al pie de página), siguiendo a su discípulo Nagler. Al respecto, VON BUBNOFF (1966), pp. 120 y s., quien acertadamente notaba que es sobre este “concepto amplio de hecho” que Binding hacía descansar su teoría del delito y del crimen.

⁸⁰ BINDING (1914), p. 86.



Si “E” es el conjunto de todos los eventos, “H” es el subconjunto de todos los eventos que son hechos y “A” es el subconjunto de todos los eventos que son acciones, entonces la extensión del conjunto de todos los casos *lato sensu* se obtiene sustrayendo los elementos de A del conjunto E. El concepto de acaso así definido admite ser caracterizado como “amplio”, precisamente porque su extensión comprende tanto eventos que son constitutivos de hechos como eventos que no lo son. Contrastemos esta definición, ahora, con la definición extensional del *concepto estricto de acaso* que deviene posible a través de la adopción de un concepto amplio de hecho:



De acuerdo con este esquema, la extensión del conjunto de todos los casos *stricto sensu* se obtiene sustrayendo los elementos de A (que es el subconjunto de todos los eventos que son acciones) del conjunto H (que es el subconjunto de todos los eventos que son hechos, del cual A es, a su vez, un subconjunto). El concepto de acaso así definido admite ser caracterizado como “estricto”, precisamente porque su extensión queda conformada, exclusivamente, por eventos que son constitutivos de hechos (pero no de acciones). Y justamente en virtud de la función demarcatoria que el concepto estricto de acaso estaría llamado a cumplir al interior del universo de los eventos constitutivos de hechos, su definición solo puede ser negativa.⁸¹ Con ello, y en atención al carácter *residual* que, de esta manera, exhibiría la categorización jurídica de un evento como un acaso, para entender qué convierte a un evento en un acaso (*stricto sensu*) es necesario esclarecer, primeramente, qué convierte a un hecho, desde el punto de vista del derecho, en lo que Binding llamara una “acción”.

3.2. El concepto (jurídico) de acción y su descomposición

Adaptando gramaticalmente la definición ofrecida por Binding, por “acción” en sentido jurídico habría que entender la *realización de una voluntad jurídicamente relevante*.⁸² A pesar de su énfasis en que el nivel de discurso al que pertenecería esta definición es el de la teoría del derecho,⁸³ el análisis —esto es, la descomposición— que Binding ofrecía del

⁸¹ Véase WALDKIRCH (2018), pp. 83 y s., 89 y s.

⁸² BINDING (1914), p. 92, cuya propia formulación reza: “*verwirklichter rechtlich relevanter Wille*”. Al respecto, VON BUBNOFF (1966), pp. 120, 126 y s.

⁸³ Véase BINDING (1914), pp. 88 y ss., con notas 9 y 10, en las que se defiende la autonomía de la definición

concepto así definido muestra una conexión significativa con debates que hasta hoy acompañan a la filosofía de la acción. Esto debería ser fácil de reconocer si atendemos a los “tres elementos” en los que podría ser descompuesta una acción en sentido jurídico, a saber: (1) una transformación (*Veränderung*) acaecida “en el terreno del derecho”, esto es, la modificación de un estado o situación jurídicamente “no indiferente”; (2) la voluntad “jurídicamente relevante” de un ser humano de causar esa transformación; y (3) la vinculación —en el sentido de la superación de la potencial “brecha” (*Kluft*) existente— entre el “hecho” en cuestión y la voluntad respectiva, resultante del correspondiente juicio de “imputación jurídica”.⁸⁴ Nótese que, al valerse del término “hecho” (*Tat*) para aludir a la transformación resultante de un despliegue de la voluntad de un ser humano, Binding confirmaba su aceptación del uso de ese término en su sentido amplio. De ahí que, en el contexto de la enunciación de la tercera condición, él identificara un *hecho* con aquello que es eventualmente susceptible de ser imputado *como una acción*.

Inmediatamente antes de presentar ese desglose, Binding observaba que el “vasto reino” de la acción en sentido jurídico se encontraría circundado por tres fenómenos, que serían: (1) “el pensamiento puramente interno”, (2) “las acciones jurídicamente indiferentes” y (3) “el acaso en todas sus configuraciones”.⁸⁵ Cada una de estas tres categorías circundantes puede entenderse definida por la falta de satisfacción de uno de los tres constituyentes de una acción en sentido jurídico. Así, lo distintivo de un “pensamiento puramente interno” radicaría en que este no llegue a expresarse en una modificación “externa”.⁸⁶ Por su parte, sería definitorio de una acción jurídicamente indiferente que la transformación del mundo en la que ella resulta carezca de significación para el derecho. Y finalmente, un “acaso” *stricto sensu* tendría que entenderse definido por la falta de congruencia entre la transformación (jurídicamente relevante) generada a través de un despliegue de voluntad humana y el contenido de esta misma voluntad.

Esta última posibilidad es la que resulta de inmediato interés aquí. La incongruencia entre la transformación generada a través de un despliegue de voluntad humana, por un lado, y el contenido de esta voluntad, por otro, es definitoria de la constelación en la que el *hecho* respectivo, al no ser constitutivo de una acción, exhibe el estatus de un *acaso*. Y lo que explica que el hecho en cuestión no sea constitutivo de una acción sería la circunstancia de que ese hecho no sea *imputable* como acción. Justamente en esto radica que la relación lógica existente entre la caracterización de un evento como una acción y su caracterización como un acaso sea una de *contradictoriedad* (y no de “mera” contrariedad).⁸⁷ La base para ello la encuentra Binding en el concepto de imputación. Pues lo distintivo de un hecho constitutivo

de los presupuestos de lo que, desde un punto de vista jurídico, es reconocido como una acción. Detalladamente al respecto, HILLIGER (2018), pp. 71 y ss.

⁸⁴ BINDING (1914), p. 93.

⁸⁵ BINDING (1914), pp. 92 y s.

⁸⁶ Con ello, la razón por la cual no es admisible identificar una decisión de potencial relevancia criminal, pero no objetivada a través de un comportamiento interpretable como su implementación, con una tentativa de delito radicaría en que —según lo enseña la máxima *cogitationis poenam nemo patitur*— ello no alcanza a ser constitutivo de una acción *à la* Binding; al respecto, *infra*, 4.3., con nota 141.

⁸⁷ *Supra*, nota 75.

de una acción consistiría en su *imputabilidad*, hasta el punto de que Binding llegaba a afirmar que “el concepto de acción encierra en sí ya el de imputación”.⁸⁸

3.3. La acción como constructo de imputación

¿Pero qué habría que entender aquí, más precisamente, por “imputación”? La respuesta reza: “Imputar significa poner algo en la cuenta de alguien, y ya a su favor o a su costa. Lo que puede ser imputado es siempre algo ubicado fuera de aquel sujeto: un suceso, un hecho [*Tat*], es imputable”.⁸⁹ Así se ve precisado el sentido en el cual por “hecho” habría que entender, según ya se anticipara, una acción *potencial*, a saber: un evento *susceptible de ser eventualmente imputado* como acción a una persona. De ahí que Binding citara aprobatoriamente la definición de “imputación” ofrecida por Abegg: “el juicio de que el hecho sería una acción”.⁹⁰

Lo anterior vuelve reconocible que Binding favorecía la adopción de un concepto “adscriptivo” de acción.⁹¹ Usado de esta manera, el término “acción” expresa la existencia de un vínculo de *imputabilidad* entre un evento constitutivo de un hecho y un agente. Y tal como Binding asimismo lo hiciera explícito, semejante vínculo de imputabilidad *no* admitiría ser entendido en la forma de una relación causal: que el respectivo hecho, *qua* despliegue de voluntad de un ser humano, tenga como resultado, verbigracia, la muerte de otro ser humano, no prejuzga que la producción de esta muerte sea imputable como acción al agente.⁹² Antes bien, el respectivo “juicio de imputación” expresaría que “una modificación [acaecida] en el terreno del mundo jurídico” se presenta “como [la] autorrealización de una voluntad jurídicamente relevante”.⁹³

Al entender una acción como un hecho imputable a —y así susceptible de ser puesto en la “cuenta” de— una persona, Binding estaba identificando la existencia de una acción en sentido jurídico con la satisfacción de la *totalidad de los presupuestos* que condicionan la imputabilidad de la correspondiente realización de voluntad a un agente. Si se asume que esos presupuestos admiten ser organizados en dos niveles diferenciados, correspondientes a una *imputatio facti* y una *imputatio iuris*,⁹⁴ entonces habría que decir que la existencia de una acción *à la* Binding depende de la satisfacción de los presupuestos pertenecientes a uno y otro nivel de imputación.⁹⁵ En ello se ve reflejado que, en este plano al menos, Binding pueda ser visto como un heredero de la tradición doctrinal de los “penalistas hegelianos”, entre quienes se cuenta Abegg.⁹⁶

⁸⁸ BINDING (1914), p. 95.

⁸⁹ BINDING (1914), p. 95.

⁹⁰ ABEGG (1836), § 79; al respecto, BINDING (1914), pp. 93 y s., nota 17.

⁹¹ Sobre esta noción, MAÑALICH (2016), pp. 65 y ss.

⁹² BINDING (1914), pp. 96 y ss.

⁹³ BINDING (1914), p. 98.

⁹⁴ Véase HRUSCHKA (1986), pp. 672 y ss., 676 y ss.

⁹⁵ Sobre ello, KAUFMANN (1954), pp. 25 y s.; véase también SÁNCHEZ-OSTIZ (2008), pp. 325 y s. De ahí que, como acertadamente apunta HILLIGER (2018), p. 73, Binding no confiera al concepto jurídico-penal de acción la función de servir como un filtro pretendidamente “pretípico” de sucesos desprovistos de toda posible significación delictiva.

⁹⁶ Al respecto, y matizadamente, VON BUBNOFF (1966), pp. 126 y s.; también RAMB (2005), pp. 52 y ss.

Lo anterior queda de manifiesto en cómo Binding entendía la relación existente entre el concepto (jurídico) de acción y el concepto más específico de *delito*. A este respecto, él distinguía tres categorías basales en las que se distribuirían las acciones en sentido jurídico, que respectivamente consistirían en (a) aquellas a través de las cuales se adquieren, ejercen o extinguen derechos subjetivos; (b) aquellas a través de las cuales se adquieren, ejercen o extinguen “deberes subjetivos”; y (c) aquellas a través de las cuales se infringen deberes jurídicos preexistentes. Binding llamaba “delitos” a estas últimas.⁹⁷ Y lo que él entendía por “delito”, en cuanto categoría más general que la de “crimen”, consiste en la infracción *culpable* del deber (personalísimo) fundamentado por la respectiva norma jurídica.⁹⁸ Esto muestra que, para Binding, la existencia de una *acción* delictiva depende de la satisfacción de la totalidad de los respectivos presupuestos de la imputación del hecho en cuestión, presupuestos que son específicamente sensibles a la significación delictiva de esa potencial acción.⁹⁹

3.4. Excurso: la imprudencia como estructura de imputación

El análisis precedente nos deja en posición de sostener lo siguiente: lo que convierte a un hecho (*qua* acción potencial) en un *acaso* es su falta de imputabilidad al agente humano en la realización de cuya voluntad ese hecho pudiera consistir, bajo algún conjunto de criterios de imputación que serán específicamente sensibles a la clase de acción jurídicamente relevante de la que potencialmente se trate. Esa falta de imputabilidad determina, entonces, que el hecho no llegue a constituirse como una acción de la categoría (jurídica) correspondiente. La dependencia que, de esta manera, el concepto de *acaso* exhibe frente al concepto de acción tiene una consecuencia que es oportuno hacer explícita, para lo cual podemos seguir valiéndonos del aparato teórico de Binding: una transformación de los criterios en virtud de los cuales un hecho es jurídicamente imputable como acción a un agente trae aparejada, *eo ipso*, una alteración del alcance del concepto (residual) de *acaso*. Según Binding, es precisamente una transformación semejante lo que, históricamente, operó en la emergencia y consolidación de la imprudencia como forma de responsabilidad jurídico-penal. En sus propias palabras:

“La culpabilidad más antigua ha sido siempre de una especie: la culpabilidad y el dolo antijurídico coincidían. La necesidad, percibida con cada vez más profundidad con el paso del tiempo, de ganar del demasiado extendido terreno del *acaso* un pedazo ulterior para el ámbito de la responsabilidad, y la sensibilidad profundizada por el contenido del

⁹⁷ BINDING (1914), p. 99.

⁹⁸ Literalmente: “acción antinormativa culpable”; así, BINDING (1885), p. 499; véase también BINDING (1914), pp. 228 y ss., 233 y s.; latamente, BINDING (1922), pp. 243 y ss. Al respecto, KUHLI (2020), pp. 176 y ss., 183 y ss.

⁹⁹ Que los presupuestos de imputación de cuya satisfacción depende la constitución de una acción en sentido jurídico son dependientes de la categoría de acción de la que se trate, es manifiestamente pasado por alto por Radbruch en su crítica de la concepción bindingiana, que descansa en la (infundada) suposición de que, para Binding, el ámbito de la imputación estaría circunscrito a hechos antijurídicos; véase RADBRUCH (1967), pp. 88 y ss. En contra, BINDING (1914), pp. 93 y ss., con notas 16, 18 y 20.

deber jurídico, tuvieron que conducir a la separación de la imprudencia desde el acaso y a someterla, también a ella, a la pena”.¹⁰⁰

Binding sugería, así, que el reconocimiento legislativo de la imprudencia como una base de responsabilidad jurídico-penal, alternativa al dolo, no sería sino el desenlace del cercenamiento de un segmento de lo que, en fases históricamente más tempranas, era identificado como el dominio todavía más vasto del acaso. Difícilmente sea una casualidad que en un Código Penal inspirado en propuestas de codificación más bien tempranas, como lo es el chileno, encontremos una huella tan prístina de tal evolución como la que nos brinda la peculiar eximente consagrada en el N° 8 de su art. 10, aplicable respecto del agente que “con ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, causa un mal por mero accidente”. Más allá de que la mejor reconstrucción dogmática de esta eximente pase por identificarla con un reconocimiento del límite objetivo a una imputación a título de imprudencia que representa el criterio del riesgo permitido,¹⁰¹ lo importante ahora es notar que su consagración es generalizadamente entendida como expresiva de la necesidad de demarcar lo que puede resultar punible (siquiera) en la forma de un “cuasidelito” frente a un mero “caso fortuito”.¹⁰² Y esto parece estar internamente conectado con la preocupación por la eventualidad de que tras la punibilidad de un hecho imputable a título de imprudencia se escondiera nada más que una punibilidad fundada en la “mala suerte”.¹⁰³

La diferencia cualitativa que, según Binding,¹⁰⁴ existiría entre el dolo y la imprudencia en cuanto “especies de culpabilidad” se deja explicar óptimamente si la segunda es reconstruida como una estructura de *imputación extraordinaria*.¹⁰⁵ En lo que aquí interesa, esta conceptualización de la imprudencia es reconciliable con el sometimiento de la imputación jurídico-penal a la satisfacción de una condición de control ajustada a los constreñimientos impuestos por el principio de culpabilidad.¹⁰⁶ La clave para ello radica en la manera en la cual una imputación a título de imprudencia opera en congruencia con lo que Fischer y Ravizza han caracterizado como el enfoque del “rastreo” (*tracing*), que ellos vinculan con el

¹⁰⁰ BINDING (1914), p. 331; más pormenorizadamente, BINDING (1919), pp. 8 y ss., 15 y 21, en referencia específica a la evolución del derecho germánico y del derecho romano: en los términos propios del primero de estos dos contextos, la emergencia de la imprudencia como forma de responsabilidad se habría expresado en la diferenciación del delito imprudente, como especie de “fechoría” (*Missetat*) y así como “obra de la voluntad” (*Willenswerk*), frente a la “obra casual” (*Ungefährwerk*). Acerca de este contraste, a propósito del pretendido favorecimiento de la “responsabilidad por el resultado” que habría sido propia del derecho penal germánico, véase SCHMIDT (1995), pp. 31 y ss.

¹⁰¹ Detalladamente, REYES (2014), pp. 222 y ss.

¹⁰² Véase el panorama doctrinal presentado por REYES (2014), pp. 212 y ss.

¹⁰³ Una presentación canónica de esta preocupación la ofrecen ALEXANDER y KESSLER FERZAN (2018), pp. 3 y s., sintetizando el planteamiento desarrollado en ALEXANDER y KESSLER FERZAN (2009), pp. 69 y ss. Más recientemente, NEUMANN (2020), pp. 121 y ss.; SILVA SÁNCHEZ (2022), pp. 921 y s., 925 y ss. Al respecto, véase también PERIN (2020), pp. 260 y ss., 263 y s.

¹⁰⁴ Véase BINDING (1914), pp. 326 y s., según quien “la voluntad inconscientemente antijurídica no solo [es] una especie de culpabilidad de ordinario mucho menos grave, sino una esencialmente diferente del dolus”. El punto es pasado por alto por VON BUBNOFF (1966), pp. 188 y ss., en su caracterización de la concepción bindingiana de la relación existente entre el dolo y la imprudencia.

¹⁰⁵ Fundamental, HRUSCHKA (1986), pp. 686 y ss.; al respecto, MAÑALICH (2015), pp. 15 y ss. Una pormenorizada presentación de tal conceptualización de la imprudencia se encuentra en VALIENTE (2020), pp. 3 y ss., 14 y ss., con múltiples referencias.

¹⁰⁶ Véase VALIENTE (2020), pp. 13 y s.

funcionamiento de un “mecanismo responsivo a razones” como criterio que especificaría la condición relevante de control.¹⁰⁷ De acuerdo con esto, un agente A puede ser responsabilizado por un comportamiento desplegado en un punto de tiempo t_2 , a pesar de que en t_2 no se satisfaga la condición relevante de control, siempre que esa condición de control se haya visto satisfecha en t_1 —un punto de tiempo anterior a t_2 —, en términos tales que en t_1 A haya podido anticipar que él habría de quedar expuesto, en t_2 , a desplegar el comportamiento en cuestión.¹⁰⁸

En la terminología favorecida por Binding, lo anterior significa que un hecho imputable a título de imprudencia logra constituirse como una acción (delictiva) del agente en virtud de la responsabilidad de este por el déficit de evitabilidad del hecho que lo afecta en el “momento crítico”.¹⁰⁹ El correspondiente descuido constitutivo de imprudencia es, con ello, lo que funge como *base* —subrogativa del dolo faltante— para la correspondiente imputación. Para que una imputación así fundamentada resulte compatible con el principio de culpabilidad, la responsabilidad del agente por su propio déficit de evitabilidad en el momento crítico necesita ser establecida, de acuerdo con la axiología del sistema jurídico de referencia, en consideración a la capacidad del agente de evitar su posterior incapacidad de evitación.¹¹⁰ Esto es obviamente compatible con que, en el “rastreo” del eventual descuido fundante de la respectiva responsabilidad por el hecho, el juzgador pueda retroceder varios pasos a partir de (su reconstitución de) la situación en la cual el hecho debió ser evitado.¹¹¹

4. Control, imputación y suerte consecencial

4.1. La condición de control como condición de imputación

Ahora estamos en condiciones de poner en relación la concepción bindingiana del acaso (*stricto sensu*) como hecho no-imputable, por un lado, con los términos en los cuales

¹⁰⁷ FISCHER y RAVIZZA (1998), pp. 41 y ss., 49 y s., precisando que el correspondiente mecanismo responsivo a razones solo necesitaría ser “débil”, en oposición a “fuerte”. Para ello bastaría que exista algún mundo posible en el cual el agente tendría una razón suficiente para comportarse de otra manera y en el cual aquel reconocería esa razón como premisa para comportarse de otra manera, sin que ese mundo necesite ser máximamente similar al mundo actual.

¹⁰⁸ FISCHER y RAVIZZA (1998), p. 50.

¹⁰⁹ Véase BINDING (1919), pp. 538 y ss., quien hablaba a este respecto de un “*selbstverschuldetes Nichtkönnen*”, pero cuyo análisis del problema no resulta consistente con su (problemática) conceptualización de las *actiones liberae in causa*; sobre esto último, BINDING (1914), pp. 612 y ss.

¹¹⁰ Al respecto, BINDING (1919), pp. 508 y ss., 516 y ss., destacando la inviabilidad de asimilar el “baremo” para una adscripción de imprudencia en sentido jurídico-penal al estándar de falta de diligencia cuya satisfacción pudiera bastar para imponer una obligación indemnizatoria; coincidentemente, BINDING (1914), pp. 200 y ss., 207 y s.

¹¹¹ Esto es decisivo para disolver la tradicional distinción dogmática entre una imprudencia “consciente” y una “imprudencia inconsciente”: *qua* estructura de imputación, la imprudencia no conoce dos formas, sino una única forma, que exige que el potencial autor haya sido individualmente capaz de adoptar una medida de precaución que habría sido o bien suficiente para asegurar su capacidad de evitación en el momento crítico, o bien suficiente para asegurar su capacidad de adoptar otra medida de precaución —más próxima a la situación en la que tuvo lugar el hecho— cuya adopción habría sido suficiente para asegurar su capacidad de evitación del hecho en el momento crítico. Con ello, la (mal) llamada imprudencia “inconsciente” no es más que una imprudencia *de segundo orden*; al respecto, MAÑALICH (2015), pp. 30 y ss.; también GONZÁLEZ (2019), pp. 24 y ss., 28 y ss.

contemporáneamente se discute acerca del problema de la suerte moral, por otro. Esto puede llevarnos a identificar más precisamente el factor que tendría que gobernar la imputabilidad o inimputabilidad del hecho jurídicamente relevante como una acción *à la* Binding. Esa es precisamente la función que cabe atribuir a la ya mencionada “condición de control”, que así puede ser caracterizada como un presupuesto global de la imputación jurídica.¹¹² Pero sería un error asumir que la noción de control manejada en la literatura filosófica que, más recientemente, se ha ocupado del problema de la suerte moral sería pertinente, sin más, para reconstruir las condiciones bajo las cuales habría que reconocer, desde un punto de vista jurídico, la existencia de un “acaso” *qua* hecho no-imputable. Pues varias de las constelaciones a propósito de las cuales en esa misma literatura se alude a manifestaciones de azar eventualmente incompatibles con una adscripción de responsabilidad personal se corresponden con casos en referencia a los cuales Binding y buena parte de sus contemporáneos no habrían estado dispuestos a admitir la existencia de acaso alguno. Esto es particularmente claro en lo concerniente a si la *suerte consecuencial* implicada en que un delito de resultado llegue a consumarse pudiera legítimamente incidir en la magnitud de la pena susceptible de ser impuesta como reacción a un delito consumado o tentado,¹¹³ la admisibilidad de lo cual Binding no ponía en cuestión.¹¹⁴

Las condiciones de cuya satisfacción dependería, según Binding, la imputabilidad de un *hecho* como *acción* a una persona parecen ser adecuadamente reconducibles a una noción de *control agencial* como la formulada, de la siguiente manera, por John Bishop:

“Lo que es necesario para que un agente sea moralmente responsable por un desenlace [*outcome*] es solamente que el desenlace haya sido producido a través de *un ejercicio del control del agente* o, en otras palabras, a través de la acción del agente. No es necesario que el desenlace no haya estado sometido, de manera alguna, a influencias causales que trascendieran el control del agente. Uno puede ejercer control sin tener control total sobre lo que sucede”.¹¹⁵

Aquí Bishop está afirmando, en primer lugar, que la condición de control relevante es una de cuya satisfacción tendría que depender una atribución de responsabilidad personal por la

¹¹² Véase BURGHARDT (2018), pp. 52 y s.

¹¹³ Es un lugar común atribuir a Kant un rechazo irrestricto de toda incidencia de la suerte —y en particular: de la suerte “resultativa”— en la responsabilidad atribuible a un agente por algo que ha hecho; véase NAGEL (1979), pp. 24 y ss.; RIVERA LÓPEZ (2000), pp. 39 y ss., quien en un trabajo posterior sostiene, empero, que su uso del adjetivo “kantiano” para designar la correspondiente posición filosófica sería “estipulativo”; así RIVERA LÓPEZ (2016), p. 416, nota 4. Para una matizada refutación de este aserto, fundada en la relevancia que Kant reconocería a las consecuencias desfavorables de una acción indebida, así como a las consecuencias favorables de una acción supererogatoria, en cuanto capaces de amplificar el alcance de aquello que es imputable al agente, véase BLÖSER (2014), pp. 180 y ss., 194 y ss.; coincidentemente, GROSSE-WILDE (2017), pp. 124 y ss.

¹¹⁴ Véase BINDING (1922), pp. 364 y ss., 367 y s.; más pormenorizadamente, BINDING (1918), pp. 421 y ss., 441 y ss., 473 y ss., a propósito de su caracterización de la tentativa como un “delito parcial”. Para una crítica de esta concepción, véase MAÑALICH (2019b), pp. 300 y ss.

¹¹⁵ BISHOP (1989), p. 23, quien propone identificar una acción con un ejercicio de control por parte de un agente (pp. 25 y s.). Al respecto, MOORE (1997), pp. 214 y ss., 217, con nota 67, sugiriendo que, en consideración a la elucidación de la noción relevante de control ofrecida por Bishop, el pretendido problema de la suerte moral resultaría ser nada más que un pseudoproblema. Sobre esto, véase también HERZOG y WISCHMEYER (2013), pp. 219 y ss.

producción de un determinado resultado o “desenlace”. Y él está asumiendo, en segundo lugar, que esa condición no dejaría de verse satisfecha por el hecho de que el acaecimiento del desenlace en cuestión pudiera depender, en parte, de circunstancias situadas más allá del control del agente. Esto último es algo que, tratándose de una posible imputación jurídico-penal, Binding indudablemente también asumía. Pues solo con cargo a esta hipótesis cabe explicar que, en otro contexto, él definiera el concepto de acción puniblemente delictiva como “la unidad de [la] realización de voluntad y [el] resultado”.¹¹⁶

4.2. La suerte consecucional frente a la condición de control

Esta última proposición no podría ser suscrita por quienes, por el contrario, entienden que la falta de pleno control sobre el acaecimiento de un desenlace tendría que obstar a que su producción sea imputable en la forma de una acción “resultativa”. Este es el núcleo de la intuición “subjetivista” que sigue encontrando una amplia adhesión en el campo de la filosofía moral y jurídica angloamericana, en términos en lo fundamental coincidentes con el punto de vista que hiciera suyo el llamado “finalismo radical” en el ámbito doctrinal alemán e hispanoamericano.¹¹⁷

Esta intuición apunta a que la magnitud del reproche y, así, de la pena merecidos por una persona a la cual es imputable una tentativa (acabada) del delito en cuestión debería ser la misma, *ceteris paribus*, que la de la reacción merecida por una persona a la cual sea imputable el correspondiente delito consumado.¹¹⁸ En la discusión especializada, esta última proposición a veces se presenta como la “tesis de la “equivalencia”,¹¹⁹ cuyo rechazo supondría hacer depender la medida del reproche merecido por el agente de un factor azaroso, en cuanto situado más allá de su control. En ello radica la denuncia de la irracionalidad supuestamente implicada en prestar atención a la suerte consecucional a la hora de determinar la magnitud del reproche merecido por una persona en referencia a aquello que le es imputable. Esta denuncia conduce a la adopción de la tesis de la equivalencia entre consumación y tentativa desde el punto de vista del correspondiente juicio de merecimiento de pena.

Una formulación extendida de la tesis de la equivalencia la identifica con la proposición de que únicamente el factor representado por la *elección* del agente en cuanto a comportarse de una cierta manera podría funcionar como base de merecimiento.¹²⁰ Ello supone negar que la

¹¹⁶ BINDING (1885), pp. 565; también BINDING (1914), pp. 98 y s., nota 22.

¹¹⁷ Véase SANCINETTI (1991), pp. 77 y ss., 115 y ss.; SANCINETTI (1995), pp. 25 y ss., 123 y ss.

¹¹⁸ Son especialmente representativos de este enfoque los trabajos de ALEXANDER y KESSLER FERZAN (2009), pp. 171 y ss.; ASHWORTH (1988), pp. 738 y ss., 770 y ss.; y FEINBERG (2003), pp. 77 y ss. En la misma dirección, ya HART (1968), pp. 127 y ss. Nótese que también se conocen posiciones favorables a la tesis de la equivalencia entre delito consumado y tentativa (acabada) desde el punto de vista del correspondiente juicio de *merecimiento* de pena, pero que a la vez niegan que de ello tenga que seguirse la solución de una igual *magnitud* de castigo para uno y otro caso. En este sentido, YAFFE (2010), pp. 310 y ss., 316 y ss.; también DONNELLY-LAZAROV (2015), pp. 169 y ss.

¹¹⁹ Véase DONNELLY-LAZAROV (2015), pp. 156 y ss. Para algunas denominaciones alternativas, véase MALAMUD (2008), pp. 39 y ss., 77 y ss., quien habla tanto de una tesis “de la indiferencia” como de una tesis “de la irrelevancia” (de la diferenciación entre consumación y no-consumación) para aludir a la posición en cuestión.

¹²⁰ Canónicamente, ALEXANDER y KESSLER FERZAN (2009), p. 172: “Choice is a desert basis. Causation

incorrección (objetiva) del comportamiento “elegido” por el agente, determinada por su eventual satisfacción de una descripción resultativa, pueda constituirse, asimismo, como una *base de merecimiento* irreducible a la representada por la correspondiente elección.¹²¹ Para analizar el problema, puede ser conveniente reformularlo en los términos de lo que Hartman denomina el “principio del merecimiento comparativo”:

“Si las personas S_1 y S_2 son exactamente similares con respecto a algún evento X , excepto en lo concerniente a factores que son externos a la agencia de cada persona, entonces S_1 y S_2 son igualmente responsables con respecto a X ”.¹²²

Para ilustrar el alcance atribuible al principio del merecimiento comparativo, contrastemos los dos casos siguientes: (1) el agente A_1 , apuntando un arma contra una potencial víctima V_1 , efectúa un disparo que lleva a que V_1 sufra un impacto de bala, que lo lleva a morir unos pocos minutos más tarde; (2) todo lo demás siendo igual, el agente A_2 , apuntando un arma contra una potencial víctima V_2 , efectúa un disparo que no lleva a que V_2 sufra impacto de bala alguno. Para establecer si el principio del merecimiento comparativo puede servir como premisa para sustentar la tesis de la equivalencia entre consumación y tentativa, de manera tal que A_1 y A_2 tuvieran que ser considerados como merecedores de una idéntica reacción punitiva, es crítico determinar si, en el primer caso, la letalidad del disparo efectuado por A_1 ha de considerarse un factor “externo a la agencia” de A_1 . Es una respuesta afirmativa a esta última pregunta lo que subyace a la intuición de que, a pesar de que el disparo efectuado por el primero llevó a la muerte de V_1 y que el disparo efectuado por el segundo no llevó a la muerte de V_2 , a A_1 y a A_2 cabría reprochar exactamente “lo mismo”. Esto, porque uno y otro habrían elegido dar muerte a la respectiva víctima potencial, siendo *azaroso* que la correspondiente elección se haya visto reflejada en el resultado de muerte de V_1 , pero no en un resultado de muerte de V_2 .¹²³

Sin embargo, a semejante forma de hablar subyace una confusión en cuanto al lugar que ocupa el factor de la elección del agente bajo la distinción entre el *objeto* y el *fundamento* de una eventual imputación.¹²⁴ Que un agente A haya elegido hacer X , provee un fundamento

is not”.

¹²¹ Que la incorrección (objetiva) del comportamiento en cuestión, asociada a su descripción como un comportamiento resultante en un determinado desenlace, tendría que ser reconocida como una base de merecimiento independiente, es sostenido por MOORE (1997), pp. 191 y ss. De ahí que no tenga sustento la sugerencia de SILVA SÁNCHEZ (2022), p. 924, nota 13. en cuanto a que el argumento presentado por aquel no sería uno “de merecimiento, sino de necesidad de pena”. Cabe notar que Moore explica cómo la independencia así predicada de la incorrección del respectivo comportamiento *qua* base de merecimiento no la convierte en una condición suficiente ni necesaria de merecimiento: bajo un derecho penal culpabilístico, un comportamiento objetivamente incorrecto necesita ser subjetivamente imputable para servir como base (independiente) de merecimiento; y en la medida en que se admita la punibilidad de la tentativa, el correspondiente merecimiento fundante de la punición del agente estará circunscrito, en tal caso, a su elección a favor de una alternativa de comportamiento que no habrá llegado, empero, a constituirse como una instancia de la respectiva forma de comportamiento objetivamente incorrecto.

¹²² HARTMAN (2017), p. 7, reproduciendo el planteamiento de John Greco. Un contenido equivalente exhibe lo que, críticamente, CURCÓ (2021), p. 64, denomina el “corolario del principio del control”. Para esta forma de consideración del problema en la literatura jurídico-penal, véase NEUMANN (2020), pp. 123 y s.

¹²³ Esta es la conclusión alcanzada por RIVERA LÓPEZ (2000), p. 47, quien identifica la elección a favor del respectivo comportamiento con la formación de una intención; *infra*, 4.3.

¹²⁴ Este argumento ha sido planteado en MAÑALICH (2017), pp. 478 y ss., 481 y ss.

robusto para que a A sea imputable haber hecho X, si A en efecto llega a hacer X en congruencia con esa misma elección.¹²⁵ En lenguaje jurídico-penal, tal es el fundamento de una imputación a título de dolo: para que de A pueda decirse que eligió hacer X, es *ceteris paribus* suficiente que A haya tenido la creencia predictiva (revestida de un grado de probabilidad “relevante para la decisión”) de que su comportamiento habría de satisfacer una descripción que lo convertiría en una instancia de hacer X.¹²⁶ Pero de lo anterior no se sigue que, al haber hecho X en congruencia con su elección de hacer X, lo único que pudiera ser imputado a A consistiría en haber *elegido* hacer X.

En el primero de los dos casos ya considerados, a A₁ puede imputarse haber matado a otro ser humano, porque su producción de la muerte de V₁ es el reflejo de su elección de dar muerte a otro ser humano. Ello no es predicable, *mutatis mutandis*, de A₂ en el segundo de los dos casos contrastados. Pues, a pesar de que podemos decir, en el mismo sentido, que A₂ eligió dar muerte a otro ser humano, a A₂ no es imputable haber matado a otro ser humano, puesto que A₂ no dio muerte a V₂. La diferencia entre los dos casos estriba, por ende, en que el comportamiento de A₁ satisface una descripción relativa a su incidencia en V₁ que no es satisfecha por el comportamiento de A₂ en relación con su incidencia en V₂. En tal medida, lo imputable a A₁ y a A₂ no es “lo mismo”, a pesar de que una y otra imputación reposarían en exactamente el mismo fundamento. En la terminología de Zimmerman, podemos decir que, a pesar de que A₁ y A₂ son responsables en el mismo “grado” (*degree*), su respectiva responsabilidad tiene un “alcance” (*scope*) diferente.¹²⁷ Y esto no es sino decir, en las palabras favorecidas por Binding, que el *hecho* imputable como acción a uno y otro es diferente, a saber: un hecho constitutivo de un homicidio consumado, en un caso, y un hecho constitutivo de un homicidio no-consumado, en el otro.

Que A₁ efectivamente haya matado a V₁, en congruencia con su respectiva elección, ciertamente dependerá de variables que habrán estado más allá del “control irrestricto” de A₁. Mientras que un agente tiene *control restringido* sobre el acaecimiento de un evento E si él tiene la capacidad de hacer que E tenga lugar dada la situación del mundo en un determinado punto de tiempo, un agente tiene *control irrestricto* sobre el acaecimiento de E si, además de ello, él tiene control sobre el acaecimiento de todos los eventos de cuya ocurrencia dependa el acaecimiento de E.¹²⁸ ¿Tiene sentido hacer dependiente la imputación de un hecho consistente en dar lugar a una transformación del mundo de la satisfacción de

¹²⁵ Esto no equivale a afirmar que semejante elección sería el único fundamento admisible para sustentar la correspondiente imputación jurídico-penal. Para una defensa de la suficiencia de la *posibilidad* de adoptar semejante elección, en virtud de la previsibilidad del correspondiente desenlace, como base de reprochabilidad, véase HARTMAN (2017), p. 91. Esto es consistente con el argumento ya presentado a favor de la legitimidad de una imputación jurídico-penal fundada en una adscripción de imprudencia; *supra*, 3.4.

¹²⁶ Sobre esto, MAÑALICH (2020b), pp. 13 y ss., 18 y ss.

¹²⁷ Véase ZIMMERMAN (2002), pp. 560 y ss.; así como ZIMMERMAN (2015), pp. 140 y ss., quien esgrime la distinción así trazada, empero, para negar toda incidencia a la suerte en lo tocante a la responsabilidad atribuible a uno y otro agente, por la vía de desconocer toda relevancia a la diferencia en el alcance de la respectiva responsabilidad, con cargo a la idea de que sería inteligible una responsabilidad carente de alcance, esto es, una “responsabilidad *simpliciter*”, fundada únicamente en cómo se habría comportado el agente en un mundo posible en el cual no hubieran tenido incidencia los factores azarosos incidentes en el mundo actual. Para una fundada y pormenorizada impugnación de semejante enfoque “contrafactual”, véase HARTMAN (2017), pp. 60 y ss.; también críticamente, CURCÓ (2021), pp. 72 y ss.

¹²⁸ Véase ZIMMERMAN (1987), pp. 376 y s.; también HARTMAN (2017), pp. 6 y s.

una condición de control irrestricto? La respuesta tendría que ser negativa. Pues, bajo una condición de control así entendida, ningún hecho de esa índole podría resultar imputable a agente alguno. Y esto no parece reconciliable con la manera en la cual hablamos cuando decimos que alguien tiene control sobre algo, a lo cual subyace, más bien, la adopción de una noción de control restringido.¹²⁹ Asumir que una falta de control irrestricto sobre el acaecimiento de una transformación del mundo sería suficiente para negar que el agente en cuestión pueda ser responsabilizado por haber dado lugar a esa transformación equivaldría a adoptar una concepción alienada de la capacidad que convierte a alguien en un agente.¹³⁰ ¿Por qué? Porque semejante concepción de la agencia pretende reducir lo que “en realidad” hacemos a aquello que intentamos (hacer), siendo el caso, sin embargo, que la segunda noción es parasitaria de la primera.¹³¹

4.3. La suerte consecuencial frente a la suerte circunstancial

La pretensión de reducir lo que un agente es capaz de hacer a lo que ese agente puede intentar (hacer) se corresponde con lo que, críticamente, Duff ha caracterizado como la “doctrina del intentar”.¹³² Un argumento susceptible de ser invocado a favor de esta última doctrina consiste, precisamente, en la (supuesta) necesidad de neutralizar la incidencia que la suerte consecuencial pudiera tener en la determinación de aquello de lo cual un agente pueda ser responsabilizado. El resultado de esa neutralización es enunciado de la siguiente manera por Rivera López, en referencia inmediata al problema del alcance de la responsabilidad moral: “[s]i negamos toda relevancia moral al factor de la suerte en las consecuencias, entonces lo único que posee valor es, en un sentido preciso, la intención”.¹³³ Según Rivera López, por “intención” habría que entender “el acto de voluntad dirigido a realizar una determinada conducta con un determinado propósito”, lo cual sería equivalente a un “*intento* voluntario de actuar”.¹³⁴ Para superar tanto la circularidad implicada en definir “intención” haciendo uso de la expresión “intento” como la oscuridad metafísica de la noción misma de un “acto de voluntad”,¹³⁵ podemos identificar la circunstancia de que un agente se forme la intención de hacer X con la circunstancia de que él adopte la *decisión* de hacer X.¹³⁶

El planteamiento de Rivera López apunta a sustentar una *asimetría* entre la suerte consecuencial, a la que habría que desconocer toda incidencia en la atribución de responsabilidad, y la suerte circunstancial, a la que habría que reconocer una incidencia legítima en ello.¹³⁷ Su argumentación es interesante por varias razones. Por un lado, él

¹²⁹ Véase MOORE (2009), pp. 24 y s.

¹³⁰ Véase BRANDOM (2019), pp. 452 y ss., 456. Un argumento coincidente, en lo que aquí relevante, es ofrecido por RAZ (2001), pp. 237 y ss., 251 y ss.

¹³¹ Véase MAÑALICH (2017), pp. 480 y s. Este argumento está detalladamente expuesto en MAÑALICH (2023b), *passim*.

¹³² Véase DUFF (1996), pp. 278 y ss., 285 y ss.

¹³³ RIVERA LÓPEZ (2000), p. 46.

¹³⁴ RIVERA LÓPEZ (2000), p. 46 (cursivas en el original).

¹³⁵ Sobre esto último, y críticamente, KINDHÄUSER (1980), pp. 97 y ss., 105 y ss.; también DUFF (1996), pp. 264 y ss.

¹³⁶ Véase RAZ (1990), p. 65: “decidir es formarse una intención”. Para una matización, véase BRATMAN (1999), pp. 32 y s., quien destaca la “sensibilidad al contexto” que sería distintiva de una decisión frente a la “insensibilidad al contexto” atribuible a la intención en cuya formación pudiera consistir esa decisión.

¹³⁷ Véase RIVERA LÓPEZ (2000), pp. 43 y ss.; también RIVERA LÓPEZ (2016), pp. 420 y ss. Críticamente

acertadamente advierte que, contra lo que suele pensarse, para neutralizar la incidencia de la suerte consecucional en la determinación de lo que pudiera ser imputable a un agente no basta con echar mano a una “teoría del ‘disvalor de acción’, como contrapuesta a la teoría objetivista del ‘disvalor del resultado’”.¹³⁸ Esto, porque “[l]a conducta misma, si es que incluye como elementos constitutivos los movimientos o la ausencia de movimientos corporales, es ya una consecuencia”, en términos tales que, verbigracia, “en el trayecto que va desde el intento de mover un brazo (o de no moverlo) a la acción (u omisión) de mover el brazo, intervienen factores de suerte en las consecuencias”.¹³⁹ De ahí que Rivera López sostenga que una concepción de la agencia moral capaz de negar toda incidencia a la suerte consecucional “deberá ser una teoría en la cual el objeto último del juicio de responsabilidad pertenece al ámbito interno del sujeto”.¹⁴⁰ Con ello, la implementación jurídico-penal de semejante concepción necesariamente impondría un abandono de la máxima que debemos a Ulpiano: *cogitationis poenam nemo patitur*.¹⁴¹

Pero, por otro lado, Rivera López nota que la razón para pretender reducir el posible objeto de la responsabilidad atribuible a un agente a lo que este haya intentado hacer no puede consistir en que, supuestamente, el agente sí tendría control irrestricto sobre la formación de la respectiva intención. Pues es falso que un agente tenga control irrestricto sobre los factores capaces de condicionar su decisión resultante en formarse una intención de hacer algo, entre los cuales figuran, justamente, aquellos factores que “constituyen la suerte circunstancial”.¹⁴² Para ilustrar el punto, podemos valernos del contraste de tres casos planteados por Rivera López. El primero involucra a un agente llamado Juan:

“Juan invita a su tío rico. Cuando está tomando el té con él, le escucha decir que le ha legado todos sus bienes. Entonces, [Juan] decide matarlo para cobrar la herencia. Se dirige al botiquín en el que se encuentra un veneno, se lo pone en un vaso de agua y se lo ofrece a su tío. Este bebe el agua envenenada y muere”.¹⁴³

El segundo caso involucra a otro agente, llamado Pedro:

“Pedro también invita a su tío rico, y si lo escuchara decir que le ha legado todos sus bienes haría exactamente lo mismo que Juan, pero el tío falta a la cita inesperadamente

al respecto, HARTMAN (2017), pp. 10, 105 y ss.

¹³⁸ RIVERA LÓPEZ (2000), p. 46.

¹³⁹ RIVERA LÓPEZ (2000), p. 46; para una presentación exhaustiva del mismo argumento, véase MALAMUD (2008), pp. 80 y ss. El problema es advertido por SILVA SÁNCHEZ (2022), p. 927, quien primeramente sostiene que “[e]l merecimiento de un agente sólo puede establecerse atendiendo a su conducta, que es lo que el sujeto controla”, aunque concediendo, inmediatamente a continuación, “que es discutible que exista pleno merecimiento aun en lo relativo a la propia conducta”, para después contentarse con sugerir que, no obstante, “presuponemos que existe dicho merecimiento por el control de la propia conducta”, puesto que, en caso contrario, “se eliminaría radicalmente la posibilidad de una responsabilidad con base en el merecimiento del agente”. A pesar de que Silva Sánchez parece no notarlo, esto último equivale a validar una estrategia “ficcionalista” para sustentar la existencia de la pretendida relación de merecimiento.

¹⁴⁰ RIVERA LÓPEZ (2000), pp. 46 y s.

¹⁴¹ Digesto, Libro XLVIII, tít. 19, ley 18. Acerca de su formulación y posterior recepción, véase JIMÉNEZ DE ASÚA (1985), pp. 229 y ss. (aunque confundiendo el número de la “ley” que formula la máxima).

¹⁴² RIVERA LÓPEZ (2000), p. 48.

¹⁴³ RIVERA LÓPEZ (2000), pp. 35 y s.

(digamos, por un accidente), por lo cual [Pedro] no tiene la oportunidad de actualizar una decisión de este tipo”.¹⁴⁴

Según Rivera López, a pesar de que la diferencia entre la situación de uno y otro agente “es puramente azarosa”, por tratarse de una diferencia de mera suerte circunstancial, “culpamos a Juan y no a Pedro”,¹⁴⁵ lo cual estaría, no obstante, justificado. El punto de Rivera López es que reconocer una legítima incidencia a la suerte *circunstancial*, reflejada en que a Juan podamos imputar haber adoptado la decisión de dar muerte a su tío, mientras que nada pueda ser imputado a Pedro (por haber carecido de la oportunidad para adoptar semejante decisión), no nos tendría por qué comprometer con reconocer incidencia alguna a la suerte *consecuencial*, que es a lo que se reduciría la diferencia existente entre el caso de Juan y el siguiente caso, que involucra a otro agente, llamado Carlos:

“Carlos también tiene un tío rico. Ha intentado matarlo con el mismo ahínco que Juan. Pero, azarosamente, ocurre que (a pesar de haber puesto la misma diligencia que Juan en cerciorarse de que el veneno estaba en buen estado) el veneno estaba vencido, de modo que [Carlos] fracasa en su intento y el tío queda ileso”.¹⁴⁶

Según Rivera López, lo correcto sería “declarar a Juan y a Carlos como *igualmente* responsables”,¹⁴⁷ renunciando así a responsabilizar a Juan de algo de lo cual no podríamos responsabilizar a Carlos, a saber: de haber dado muerte a su respectivo tío. Pues, que la decisión implementada por Juan haya llevado a la muerte de su tío, y que la decisión implementada por Carlos no haya llevado a la muerte de su tío, no sería sino el reflejo de una diferencia situada en el plano de la suerte *consecuencial*, a saber: de la suerte en lo concerniente no a si el agente en cuestión llega a decidirse a actuar de una cierta manera (que sería lo propio de la suerte *circunstancial*), sino “a lo que ocurre, una vez que [ha] decidido actuar de determinado modo”.¹⁴⁸

Bajo su primera aproximación al problema, el argumento tentativamente ensayado por Rivera López para sustentar el tratamiento asimétrico de la suerte *consecuencial* y la suerte *circunstancial* descansaba en una concepción indeterminista de la agencia humana, la cual sería atribuible a Kant.¹⁴⁹ La premisa determinante aparece en su comparación de los casos de Juan y de Pedro.¹⁵⁰ ¿Cómo cabría neutralizar la incidencia que, en uno y otro caso, muestra tener la suerte *circunstancial*, asociada —valga la redundancia— a la circunstancia de que en el caso de Juan el tío de este haya asistido a la cita, sin que lo mismo haya ocurrido en el caso de Pedro, mas sin por esto renunciar a responsabilizar a uno y otro agente en lo absoluto? Para ello sería necesario comprometerse con la verdad de la siguiente proposición: *si* su tío

¹⁴⁴ RIVERA LÓPEZ (2000), p. 36.

¹⁴⁵ RIVERA LÓPEZ (2000), p. 36.

¹⁴⁶ RIVERA LÓPEZ (2000), p. 36.

¹⁴⁷ RIVERA LÓPEZ (2000), p. 36 (cursivas en el original).

¹⁴⁸ RIVERA LÓPEZ (2000), p. 36.

¹⁴⁹ Tal como Rivera López lo hace explícito, su propósito no es defender concluyentemente el argumento en cuestión, sino explorar sus implicaciones; véase RIVERA LÓPEZ (2000), p. 53. Para una pormenorizada reconstrucción crítica, véase SCHLEIDER (2011b), pp. 143 y ss., 149 y ss.

¹⁵⁰ Para lo que en este punto interesa, los casos de Juan y de Carlos resultan ser equivalentes.

hubiera asistido a la cita, Pedro se *habría* decidido a matarlo.¹⁵¹ Crucial aquí es la consideración de que la responsabilidad susceptible de ser así atribuida a Pedro sería una “responsabilidad contrafactual”,¹⁵² cuya adscripción “presupone el determinismo”.¹⁵³ Pero si asumimos que, en cuanto posible decisión de un agente dotado de libertad de voluntad, la decisión que Pedro habría adoptado si su tío hubiera comparecido a la cita tiene que ser entendida como ontológicamente indeterminada, entonces no tendríamos base alguna para asumir que, de haberse dado esa circunstancia, la decisión efectivamente adoptada por Pedro habría consistido en dar muerte a su tío.¹⁵⁴

El problema con este argumento radica, precisamente, en la falta de plausibilidad de la ya aludida premisa indeterminista. Tal como Rivera López lo admite, semejante “metafísica del libre arbitrio”, con cargo a la cual la única causa del “acto de voluntad” consistente en la formación de una intención sería el agente mismo, quien aparecería así “como un motor inmóvil, una *causa sui*”, se presenta como “extraña, anticuada o poco creíble”.¹⁵⁵ Esto afecta, en particular, al compromiso de esa concepción con la noción de una “causalidad de agente” (o “inmanente”), según la cual el agente que adopta e implementa la respectiva decisión tendría el (misterioso) estatus de una “causa no causada”.¹⁵⁶ Mucho menos problemático es pensar que la decisión en cuestión admite ser vista como causalmente determinada por un conjunto de factores antecedentes, sin que ello ponga necesariamente en entredicho su consideración como una decisión autónomamente adoptada por el agente, en la medida en que esa decisión sea racionalmente expresiva de la identidad de ese mismo agente.¹⁵⁷

Si se desecha este primer argumento a favor del tratamiento asimétrico de la suerte consecucional y la suerte circunstancial, y se desecha al mismo tiempo la admisibilidad de una responsabilidad puramente contrafactual, y así carente de “alcance”, entonces parecería que la consecuencia tendría que consistir o bien en abandonar la posibilidad misma de atribuir responsabilidad a agente alguno, o bien en asumir que la suerte puede tener, a lo menos en cualquiera de esas dos formas, un legítimo espacio de incidencia en que un agente llegue a ser responsabilizado de algo en particular. En un trabajo más reciente, empero, Rivera López nos presenta un argumento enteramente distinto a favor de la ya mencionada tesis de la asimetría. Se trata de un argumento pragmático, cuya premisa decisiva es formulada así: “aceptamos la suerte moral cuando (y solo cuando) ello es necesario para hacer posible la práctica de atribuir responsabilidad”.¹⁵⁸ Esta premisa sustentaría el tratamiento asimétrico de una y otra forma de suerte. Esto, porque “las circunstancias son factores necesarios para

¹⁵¹ Véase RIVERA LÓPEZ (2000), p. 48.

¹⁵² La defensa de la atribución de semejante responsabilidad (moral) contrafactual, como tal carente de todo “alcance”, es ofrecida por ZIMMERMAN (2002), pp. 560 y ss., 563 y ss.; véase *supra*, nota 127.

¹⁵³ RIVERA LÓPEZ (2000), p. 48.

¹⁵⁴ RIVERA LÓPEZ (2000), pp. 49 y s.; al respecto, y críticamente, SCHLEIDER (2011b), p. 151. El mismo argumento es esgrimido por ALEXANDER y KESSLER FERZAN (2018), p. 5, quienes (erráticamente) sugieren que, por esa vía, ellos estarían “rechazando” la incidencia de la suerte circunstancial.

¹⁵⁵ RIVERA LÓPEZ (2000), p. 48, con nota 14 (cursivas en el original).

¹⁵⁶ Al respecto, SCHLEIDER (2011b), p. 155. Sobre el problema, y asimismo críticamente, MAÑALICH (2016), pp. 74 y ss.

¹⁵⁷ Para un esbozo de la correspondiente estrategia de fundamentación “compatibilista” de la responsabilidad personal (y de la culpabilidad jurídico-penal), véase MAÑALICH (2011), pp. 190 y ss., 197 y ss.

¹⁵⁸ RIVERA LÓPEZ (2016), p. 422.

responsabilizar a las personas por sus acciones, porque ellas crean las posibilidades al interior de las cuales los agentes ejecutan ciertas acciones con propósitos específicos (o aun negligentemente)”, en contraste con lo cual “los eventos que directamente afectan el desenlace de las acciones (o tentativas) del agente no son necesarios para hacer posible la práctica de la [atribución de] responsabilidad”.¹⁵⁹

La naturaleza *puramente* pragmática de la premisa esgrimida por Rivera López para alcanzar esta última conclusión, y que Hartman tematiza como “el condicional relevante”, la deja expuesta a una obvia objeción, a saber: la falta de demostración de que se trate de una proposición verdadera.¹⁶⁰ Más allá de esto, me interesa destacar una inconsistencia —a lo menos: diacrónica— en la que incurre Rivera López cuando ofrece lo que aparentemente pretende ser una mera paráfrasis de la tesis según la cual no sería necesario prestar atención a las consecuencias de las “acciones” de un agente para hacerlo responsable de esas mismas acciones: “No necesitamos esta especie de suerte moral [a saber: la consecuenencial] para hacer responsable a las personas por sus hechos [*deeds*]”.¹⁶¹ Al decir esto último, Rivera López parece dejar atrás su compromiso con la tesis de que lo único de lo cual un agente podría ser (legítimamente) responsabilizado es el “acto de voluntad” consistente en la adopción de su respectiva decisión de hacer (o no hacer) algo determinado. Pues, si aquello de lo cual un agente puede ser responsabilizado es, por ejemplo, la ejecución de un disparo con un arma de fuego contra su potencial víctima,¹⁶² entonces no se ve cómo uno podría negar que en la ejecución de ese disparo habrán incidido, según lo ya explicado, factores de suerte consecuenencial.

Esto último tendría que ser claro si consideramos el vocabulario del que, en el pasaje recién analizado, se vale Rivera López para identificar el *objeto* de una posible atribución de responsabilidad. Se trataría, en efecto, de hacer “responsable” al agente de su “hecho”. En jerga bindingiana, ello equivale a que el “hecho” en cuestión sea imputado como “acción” al agente.¹⁶³ Cuál sea la descripción que especifique el hecho de cuya posible imputación *qua* acción se trate, es algo que puede depender de uno o más eventos o estados que se encuentren causal o institucionalmente conectados con el comportamiento desplegado por el agente.¹⁶⁴ Y la condición de control que necesita verse satisfecha para que, en congruencia con el principio de culpabilidad, la correspondiente atribución de responsabilidad por un hecho así especificado sea legítima no puede ser formulada como una condición de control irrestricto. Para decirlo con Schleider: que una imputación tenga que entenderse excluida respecto de aquello que no está “en [lo] absoluto bajo [el] control” del agente, no implica que una imputación solo sea admisible respecto de aquello que esté “bajo [su] control absoluto”.¹⁶⁵

¹⁵⁹ RIVERA LÓPEZ (2016), p. 422.

¹⁶⁰ Véase HARTMAN (2017), pp. 108 y s.

¹⁶¹ RIVERA LÓPEZ (2016), p. 422.

¹⁶² Así RIVERA LÓPEZ (2016), p. 416.

¹⁶³ *Supra*, 3.1. y 3.3.

¹⁶⁴ Sobre esto, MAÑALICH (2022), pp. 706 y ss. Véase también NEUMANN (2020), pp. 124 y s.

¹⁶⁵ SCHLEIDER (2011a), p. 195.

Bibliografía citada

- ABEGG, Julius (1836): *Lehrbuch der Strafrechts-Wissenschaft* (Neustadt, J.K.G. Wagner).
- ALEXANDER, Larry; KESSLER FERZAN, Kimberly (2009): *Crime and Culpability* (Cambridge y Nueva York, Cambridge University Press).
- ALEXANDER, Larry; KESSLER FERZAN, Kimberly (2018): *Reflections on Crime and Culpability* (Cambridge y Nueva York, Cambridge University Press).
- ARISTÓTELES (1957a): *Physics. Books 1-4* (Cambridge [Mass.] y Londres, Loeb).
- ARISTÓTELES (1957b): *Posterior Analytics. Topica* (Cambridge [Mass.] y Londres, Loeb).
- ASWHORTH, Andrew (1988): “Criminal Attempts and the Role of Resulting Harm under the Code, and in the Common Law”, en: *Rutgers Law Journal* (Vol. 19), pp. 725-772.
- BEADE, Gustavo (2017): *Suerte moral, castigo y comunidad* (Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo, Marcial Pons).
- BINDING, Karl (1914): *Die Normen und ihre Übertretung*, 2ª ed. (Léipzig, Felix Meiner), tomo II.
- BINDING, Karl (1919): *Die Normen und ihre Übertretung* (Léipzig, Felix Meiner), tomo IV.
- BINDING, Karl (1922): *Die Normen und ihre Übertretung*, 4ª ed. (Léipzig, Felix Meiner), tomo I.
- BISHOP, John (1989): *Natural Agency* (Cambridge, Cambridge University Press).
- BLÖSER, Claudia (2014): *Zurechnung bei Kant* (Berlín y Boston, Walter de Gruyter).
- BRANDON, Robert (2019): *A Spirit of Trust* (Cambridge [Mass.] y Londres, Harvard University Press).
- BRATMAN, Michael (1999): *Faces of Intention* (Cambridge, Cambridge University Press).
- BURGHARDT, Boris (2018): *Zufall und Kontrolle* (Tubinga, Mohr Siebeck).
- CURCÓ, Felipe (2021): “Azar y ética: responsabilidad y suerte moral”, en: *Signos Filosóficos* (Vol. XXIII, N° 46), pp. 60-89.
- DAVIDSON, Donald (2001): *Essays on Actions and Events*, 2ª ed. (Oxford y Nueva York, Oxford University Press).
- DONNELLY-LAZAROV, Bebhinn (2015): *A Philosophy of Criminal Attempts* (Cambridge, Cambridge University Press).
- DUFF, R.A. (1990): “Auctions, Lotteries, and the Punishment of Attempts”, en: *Law and Philosophy* (Vol. 9), pp. 1-37.
- DUFF, R.A. (1996): *Criminal Attempts* (Oxford, Clarendon Press).
- DUFF, R.A. (2007): *Answering for Crime* (Oxford y Portland, Hart Publishing).
- ENOCH, David (2008): “Luck between Morality, Law and Justice”, en: *Theoretical Inquiries in Law* (Vol. 9), pp. 23-59.
- ENOCH, David (2010): “Moral Luck and the Law”, en: *Philosophy Compass* (Vol. 5, N° 1), pp. 42-54.
- FEINBERG, Joel (1970): *Doing & Deserving* (Princeton [N.J.], Princeton University Press).
- FEINBERG, Joel (2003): *Problems at the Roots of Law* (Nueva York y Oxford, Oxford University Press).
- FERRANTE, Marcelo (2013): *Filosofía y Derecho Penal* (Buenos Aires, Ad-Hoc).
- FISCHER, John Martin y RAVIZZA, Mark (1998): *Responsibility and Control* (Cambridge, Cambridge University Press).
- GONZÁLEZ, Diego (2019): “(Re)consideraciones sobre la llamada imprudencia «inconsciente»”, en: *InDret* 2/2019. Disponible en: <https://tinyurl.com/2eun3tu9>

[visitado el 12/09/2022.]

- GROSSE-WILDE, Thomas (2017): *Erfolgszurechnung in der Strafzumessung* (Tubinga, Mohr Siebeck).
- HART, H.L.A. (1968): *Punishment and Responsibility* (Oxford y Nueva York, Oxford University Press).
- HARTMAN, Robert (2017): *In Defense of Moral Luck* (Londres y Nueva York, Routledge).
- HERZOG, Lisa & WISCHMEYER, Thomas (2013): “,Moral Luck‘ in Moral und Recht: Ein induktiver Vergleich zweier normativer Ordnungen anhand des Umgangs mit dem Zufall”, en: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (Vol. 99), pp. 212-227.
- HILLIGER, Fedja Alexander (2018): *Das Rechtsdenken Karl Bindings und die „Freigabe der Vernichtung lebensunwerten Lebens“* (Berlín, Duncker & Humblot).
- HRUSCHKA, Joachim (1986): “Imputation”, en: *Brigham Young University Law Review*, pp. 669-710.
- JAKOBS, Günther (1996): *La imputación objetiva en derecho penal* (Buenos Aires, Ad-Hoc).
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1985): *Tratado de Derecho Penal, tomo VII* (Buenos Aires, Losada).
- KADISH, Sanford (1994): “The Criminal Law and the Luck of the Draw”, en: *The Journal of Criminal Law & Criminology* (Vol. 84), pp. 679-702.
- KAUFMANN, Armin (1954): *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie* (Gotinga, Otto Schwarz).
- KINDHÄUSER, Urs (1980): *Intentionale Handlung* (Berlín, Duncker & Humblot).
- KUHLI, Milan (2020): “Unrecht und Schuld bei Binding”. En: KUBICIEL, Michael, *et al.* (coords.), »Einige gewaltige Erscheinung des positiven Rechts«. *Karl Bindings Normen- und Strafrechtstheorie* (Tubinga, Mohr Siebeck), pp. 169-191.
- LEVY, Neil (2011): *Hard Luck* (Oxford, Oxford University Press).
- LEWIS, David (2000): *Papers in Ethics and Social Philosophy* (Cambridge, Cambridge University Press).
- MALAMUD, Jaime (2008): *Suerte, acción y responsabilidad: un ensayo sobre suerte, moralidad y castigo* (Bogotá, Editorial Universidad del Rosario).
- MAÑALICH, Juan Pablo (2011): “Determinismo, autonomía y responsabilidad penal”. En: KINDHÄUSER, Urs y MAÑALICH, Juan Pablo, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, 2ª ed. (Montevideo y Buenos Aires, BdeF), pp. 181-210.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2014): *Norma, causalidad y acción* (Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo, Marcial Pons).
- MAÑALICH, Juan Pablo (2015): “La imprudencia como estructura de imputación”, en: *Revista de Ciencias Penales* (Vol. XLII, N° 3), pp. 13-35.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2016): “El concepto de acción y el lenguaje de la imputación”. En: ORMEÑO, Juan (ed.), *Acciones, razones y agentes* (Santiago, LOM), pp. 55-95.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2017): “La tentativa de delito como hecho punible. Una aproximación analítica”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 44, N° 2), pp. 461-493.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2019a): “Inicio de la tentativa y oportunidad-para-la-acción”, en: *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 46, N° 3), pp. 821-844.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2019b): “Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo”, en: *Política Criminal* (Vol. 14, N° 27), pp. 296-375.

- MAÑALICH, Juan Pablo (2020a): “Culpabilidad y justicia procedimental”. En: PERIN, Andrea (coord.), *Imputación penal y culpabilidad* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 77-101.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2020b): “El dolo como creencia predictiva”, en: *Revista de Ciencias Penales* (Vol. XLVII, 1er semestre), pp. 13-41.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2021): “La clausura de los sistemas de normas de sanción penal como sistemas de reglas constitutivas”, en: *Revus* (Nº 44). Disponible en: <https://journals.openedition.org/revus/7473>. [Consulta: 12/09/2022]
- MAÑALICH, Juan Pablo (2022): “Norma, antinormatividad y azar resultativo”. En: GÓMEZ MARTIN, Víctor; BOLEA, Carolina; GALLEGOS, José Ignacio; HORTAL, Juan Carlos; JOSHI, Ujala (dirs.), *Un modelo integral de derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo* (Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado), pp. 701-711.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2023a): “Culpabilidad, compatibilismo y suerte moral” (en prensa).
- MAÑALICH, Juan Pablo (2023b): “La distinción entre “hecho” y “acción” frente al “derecho del saber”. Agencia, imputación y suerte en la *Rechtsphilosophie* de Hegel (en prensa).
- MOORE, Michael (1997): *Placing Blame* (Oxford, Oxford University Press).
- MOORE, Michael (2009): *Causation and Responsibility* (Oxford, Oxford University Press).
- NAGEL, Thomas (1976): “Moral Luck”, en: *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volume* (Vol. 50), pp. 137-151.
- NAGEL, Thomas (1979): *Mortal Questions* (Cambridge, Cambridge University Press).
- NELKIN, Dana (2019): “Moral Luck”, en: *Stanford Encyclopedia of Philosophy* (citado según la versión pdf). Disponible en: <https://plato.stanford.edu/entries/moral-luck/>. [Consulta: 12/09(2022)].
- NEUMANN, Ulf (2020): “Zufall, Gerechtigkeit und strafrechtliche Zurechnung”. En: HILGENDORF, Eric, LERMAN, Marcelo; CÓRDOBA, Fernando (coords.), *Brücke bauen. Festschrift für Marcelo Sancinetti zum 70. Geburtstag* (Berlín, Duncker & Humblot), pp. 119-131.
- PERIN, Andrea (2020): “¿Cabe personalizar el juicio de imprudencia? *Culpa sin actio libera in causa* y la imputabilidad de lo normal”. En PERIN, Andrea (ed.), *Imputación penal y culpabilidad* (Valencia, Tirant lo Blanch), pp. 239-270.
- QUINE, Willard van Orman (1960): *Word and Object* (Cambridge [Mass.], The MIT Press).
- RADBRUCH, Gustav (1967): *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 2ª ed. (Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft).
- RAMB, Michael (2005): *Strafbegründung in den Systemen der Hegelianer* (Berlín, Duncker & Humblot).
- RAZ, Joseph (1990): *Practical Reason and Norms*, 2ª ed. (Princeton [N.J.], Princeton University Press).
- RAZ, Joseph (2011): *From Normativity to Responsibility* (Oxford, Oxford University Press).
- RESCHER, Nicholas (1990): “Luck”, en: *Proceedings and Addresses of the American Philosophical Association* (Vol. 64, Nº 3), pp. 5-19.
- REYES, Ítalo (2014): *Falta de cuidado y riesgo permitido: una clave de lectura del art. 10º 8 del Código Penal*, memoria de licenciatura, Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Disponible en: <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/115478>. [visitado el: 12/09/2022].

- RIVERA LÓPEZ, Eduardo (2000): “Responsabilidad y suerte moral. Circunstancias y consecuencias de la acción”, en: *Análisis Filosófico* (Vol. XX), pp. 33-54.
- RIVERA LÓPEZ, Eduardo (2016): “How to Reject Resultant Luck Alone”, en: *The Journal of Value Inquiry* (Vol. 50), pp. 415-423.
- ROSELL Sergi (2006): “Nagel y Williams acerca de la suerte moral”, en: *Revista de Filosofía* (Vol. 31, N° 1), pp. 143-165,
- RÜMELIN, Max (1896): *Der Zufall im Recht* (Friburgo y Léipzig, J.C.B. Mohr).
- SÁNCHEZ-OSTIZ, P. (2008): *Imputación y teoría del delito* (Montevideo y Buenos Aires, BdeF).
- SANCINETTI, Marcelo (1991): *Teoría del delito y disvalor de acción* (Buenos Aires, Hammurabi).
- SANCINETTI, Marcelo (1995): *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa* (Bogotá, Temis).
- SCHLEIDER, Tobías (2011a): *Acción y resultado* (Buenos Aires, Didot).
- SCHLEIDER, Tobías (2011b): “Responsabilidad y suerte moral”, en: *Isonomía* (N° 34), pp. 141-159.
- SCHMIDT, Eberhard (1995): *Einführung in die Geschichte der deutschen Rechtspflege*, 3ª ed., 2ª reimp. (Gotinga, Vandenhoeck & Ruprecht).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús (2022): “¿Genera derechos la buena suerte? Sobre el papel del resultado en derecho penal”. En GÓMEZ MARTIN, Víctor, *et al.* (coords.), *Un modelo integral de derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo* (Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado), pp. 921-931.
- SNEDDON, Andrew (2006): *Action and Responsibility* (Dordrecht, Springer).
- STATMAN, Daniel (1997): “The Time to Punish and the Problem of Moral Luck”, en: *Journal of Applied Philosophy* (Vol. 14), pp. 129-135.
- VALIENTE, Vicente (2020): “La imputación extraordinaria como modelo de adscripción de responsabilidad jurídico-penal. El ejemplo de la imprudencia”, en: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (22-22). Disponible en: <http://criminnet.ugr.es/recpc/22/recpc22-22.pdf>. [visitado el 12/09/2022].
- VILLAR, Mario (2016): *Suerte penal* (Buenos Aires, Didot).
- VON BUBNOFF, Eckhart (1966): *Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule* (Heidelberg, Carl Winter Universitätsverlag).
- VON WRIGHT, Georg Henrik (1971): *Explanation and Understanding* (Londres, Routledge & Kegan Paul).
- WALDKIRCH, Conrad (2018): *Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht* (Tubinga, Mohr Siebeck).
- WALDRON, Jeremy (2008): “Lucky in Your Judge”, en: *Theoretical Inquiries in Law* (Vol. 9), pp. 185-216.
- WILLIAMS, Bernard (1976): “Moral Luck”, en: *Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volume* (Vol. 50), pp. 115-135.
- WILLIAMS, Bernard (1981): *Moral Luck* (Cambridge, Cambridge University Press).
- WINDELBAND, Wilhelm (1870): *Die Lehren vom Zufall* (Berlín, F. Henschel).
- YAFFE, Gideon (2010): *Attempts in the Philosophy of Action and in the Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press).
- YAFFE, Gideon (2022): “The Norm Shift Theory of Punishment”, en: *Ethics* (Vol. 132), pp.

MAÑALICH, Juan Pablo: “Azar, control e imputación. El derecho penal ante la suerte moral”.

478-507.

ZIMMERMAN, Michael (1987): “Luck and Moral Responsibility”, en: *Ethics* (Vol. 97), pp. 374-386.

ZIMMERMAN, Michael (2002): “Taking Luck Seriously”, en: *The Journal of Philosophy* (Vol. 99), pp. 553-576.

ZIMMERMAN, Michael (2006): “Moral Luck: A Partial Map”, en: *Canadian Journal of Philosophy* (Vol. 36), pp. 585-608.

ZIMMERMAN, Michael (2015): “Moral Luck Reexamined”. En: SHOEMAKER, David (ed.), *Oxford Studies in Agency and Responsibility: Volume 3* (Oxford, Oxford University Press), pp. 136-159.