

GUSTAVO A. BEADE

**SUERTE MORAL,
CASTIGO Y COMUNIDAD**

**Un análisis de la relevancia
moral de la suerte en el resultado**

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
AGRADECIMIENTOS	11
INTRODUCCIÓN	15
1. EL PROBLEMA DE LA SUERTE	15
2. EL PUNTO DE VISTA FILOSÓFICO PARA ANALIZAR EL PROBLEMA.....	17
3. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO.....	22
CAPÍTULO I. PERCEPCIONES SOBRE LA SUERTE Y LA SUERTE MORAL	31
1. ALGUNAS INTUICIONES CORRIENTES RESPECTO DE LA SUERTE.....	32
2. EL CONTROL, LAS PLANIFICACIONES Y LA INFLUENCIA DE LA SUERTE.....	35
3. NUESTROS JUICIOS MORALES Y LA SUERTE.....	36
4. LA SUERTE MORAL.....	38
4.1. La suerte constitutiva y la suerte situacional.....	40
4.2. La suerte en el resultado.....	41
CAPÍTULO II. EL SUBJETIVISMO Y LA TESIS DE LA EQUIVALENCIA	45

	Pág.
1. LAS DISTINTAS VERSIONES DE LA TESIS DE LA EQUIVALENCIA	46
2. LOS FUNDAMENTOS SUBJETIVISTAS DE LA EQUIVALENCIA DE CASTIGOS	47
2.1. El resultado y su importancia para castigar.....	48
2.2. El control y la voluntad	51
2.3. La formación de la voluntad: intención y creencia	52
2.4. Solo la culpabilidad.....	53
2.5. La suerte y la voluntad	54
3. LOS PROBLEMAS DEL SUBJETIVISMO PENAL PARA JUSTIFICAR SU TESIS SOBRE LA BASE DE LEGISLACIONES PENALES POSITIVAS	56
3.1. Soluciones sobre <i>dolus generalis</i> , <i>aberratio ictus</i> y <i>error in personam</i>	57
3.2. La crítica de Malamud Goti	58
3.3. Los problemas de la tesis de Sverdlik	59
4. SUBJETIVISMO, RACIONALIDAD Y VOLUNTAD.....	63
 CAPÍTULO III. EL OBJETIVISMO Y LA TESIS DE LA DIFERENCIA.	 65
1. LAS TEORÍAS TRADICIONALES Y EL OBJETIVISMO	66
2. EL OBJETIVISMO Y LA TESIS DE LA DIFERENCIA	71
2.1. La tesis de la diferencia.....	72
2.2. El objetivismo y la interpretación comunitaria de la suerte moral	73
2.2.1. El éxito y el fracaso como forma de construir la suerte.	74
2.2.2. El éxito y el fracaso como forma de distinción moral...	75
2.2.3. El resultado y el mundo de los intentos	76
3. LA EXISTENCIA DE OTROS JUICIOS MORALES EN EL MUNDO COMUNITARIO: EL RECONOCIMIENTO COMUNITARIO Y EL RECONOCIMIENTO CRÍTICO	77
3.1. ¿Qué éxito y qué fracaso?	78
3.2. El reconocimiento individual	80
3.3. El reconocimiento crítico	81
3.4. ¿Acciones sin intentos o resultados por repetición?.....	83
 CAPÍTULO IV. LA SUERTE CONTROLADA. RAZONES, VOLUNTAD Y CONTROL	 87
1. CONTROL ABSOLUTO Y VOLUNTAD	88

	Pág.
2. VOLUNTAD, INTENCIONES Y CREENCIAS	90
3. EMOCIONES, PASIONES, DESEOS Y EL CONTROL RELATIVO.	91
4. LA SEPARACIÓN ENTRE LO OBJETIVO Y LO SUBJETIVO	94
5. INTERACCIÓN CON EL MUNDO COMUNITARIO Y LA FORMACIÓN DE CREENCIAS	97
6. RAZONES INTERNAS Y RAZONES EXTERNAS	100
6.1. Razones internas y creencias intencionales.....	105
6.2. Razones externas y vínculo comunitario.....	107
 CAPÍTULO V. PREMIOS, CASTIGOS Y MERECIMIENTOS	 111
1. UNA INTRODUCCIÓN AL MUNDO DEL MERECIMIENTO.....	112
2. MERECIMIENTO Y RESULTADOS	114
3. LOS PROBLEMAS DE LOS CRITERIOS DE MERECIMIENTO...	116
4. EL MERECIMIENTO DE NUESTRAS PROVISIONES ORIGINALES	118
5. EL CASTIGO Y EL MERECIMIENTO	120
5.1. La tesis de la diferencia y el merecimiento	120
5.2. La tesis de la diferencia y retribucionismo puro	124
5.3. La tesis de la equivalencia, retribución y merecimiento	127
5.4. Suerte vs. Merecimiento	129
 CAPÍTULO VI. INCULPACIÓN, CASTIGO Y COMUNIDAD	 133
1. RETRIBUCIÓN SOBRE BASES MORALES Y LA RESPUESTA A UN MAL CAUSADO.....	135
2. DESDE LA INCULPACIÓN A UNA RETRIBUCIÓN PURAMENTE SUBJETIVISTA.....	136
3. CARÁCTER, RETRIBUCIÓN Y PERFECCIONISMO	139
4. RAZONES E INCULPACIÓN	140
4.1. ¿Qué es la inculpación?.....	140
4.2. ¿Por qué inculpar?.....	142
4.3. Razones para inculpar	144
5. FORMAS DE INCULPAR Y CASTIGO.....	148
6. INCULPACIÓN Y ¿PERFECCIONISMO MORAL?	152
7. ACERCA DE LA IDEA DE COMUNIDAD IDEAL	154

	<u>Pág.</u>
8. RECONOCIMIENTOS, MERECIMIENTOS Y CASTIGOS	157
9. CASTIGOS, RESULTADOS Y SUERTE	160
CAPÍTULO VII. CONCLUSIONES	165
1. LA RELEVANCIA DE LA SUERTE MORAL.....	165
2. CONTROL, VOLUNTAD Y SUERTE.....	167
3. LA IMPORTANCIA DE LOS RESULTADOS Y LA NOCIÓN DEL ÉXITO.....	168
4. INCULPACIÓN, CASTIGO Y COMUNIDAD.....	169
BIBLIOGRAFÍA.....	173

AGRADECIMIENTOS

Debo agradecer a una gran cantidad de personas e instituciones que fueron muy importantes para culminar este trabajo que es el resultado de la tesis de doctorado que defendí en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires el 24 de junio de 2015. Pude comenzar a definir el tema del trabajo y empezar a leer y pensar en la suerte moral gracias a una beca que me concedió el DAAD (Deutsches Akademischer Austauschdienst) (Servicio Alemán de Intercambio Académico), que me permitió realizar una estancia de investigación entre 2009 y 2011 en el Instituto de Filosofía del Derecho y Derecho Público de la Christian-Albrechts Universität de Kiel. En Buenos Aires, pude continuar dedicándome con exclusividad a la investigación y terminar este trabajo gracias a una beca doctoral que me otorgó la Comisión Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET) entre 2013 y 2015.

En Kiel conté con la supervisión y la asistencia permanente del Prof. Dr. Dr. hc. mult. Robert ALEXANDER. Su constante presencia y capacidad de trabajo fueron una gran influencia para mí durante todos estos años. En mayo de 2011 realicé una brevísima visita al Instituto Max-Planck de Derecho Penal Extranjero y Derecho Penal Internacional en Freiburg que me permitió acceder a una enorme cantidad de literatura anglosajona y también textos argentinos antiguos. Quisiera agradecer al director del área de Derecho Penal, Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Ulrich SIEBER y también a Jan-Michel SIMON y Pablo GALAIN PALERMO por la ayuda y la asistencia durante esos días.

Durante aquellos años en Alemania tuve la posibilidad de encontrarme en distintas ciudades con el Prof. Antony DUFF. Las conversaciones y las discusiones con DUFF durante esos seminarios y eventos fueron fundamentales para volver a Kiel con algunas ideas y muchas (más) dudas sobre las relaciones

entre la suerte y el castigo. Su ayuda y predisposición —sin igual— y sus trabajos escritos han sido de una enorme importancia para mí durante esta etapa.

Entre diciembre de 2013 y marzo de 2014 pude escribir un primer borrador de la tesis en el Instituto de Teoría del Estado, Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho de la Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg (Alemania) gracias a una invitación de su director, el Prof. Dr. Martin BOROWSKI. Entre marzo y mayo de 2014 y gracias a un subsidio que me fuera otorgado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y a la invitación del Prof. Douglas HUSAK, pude actualizar la bibliografía y revisar algunos problemas puntuales de la tesis en el Departamento de Filosofía de la Rutgers University School of Arts and Sciences (Estados Unidos).

Presenté algunas partes o argumentos muy rudimentarios de la tesis en diferentes lugares. Quiero agradecer por haber tenido esta posibilidad a los miembros del Latin American Reading Group de la Yale University School of Law, a los integrantes del Seminario de Filosofía del Derecho-Universidad de Alicante, a la Association of Legal and Social Philosophy, la Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR), a la Sociedad Argentina de Análisis Filosófico y El Centro de Investigaciones Filosóficas y al Seminario del Centro de Estudios de Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

Jaime MALAMUD GOTI ha sido mi paciente director de tesis. Empecé a interesarme en el tema de la suerte después de cursar con él y comencé un largo camino de discusiones y críticas que aún continúa. De él aprendí una enorme cantidad de cosas, pero la más importante es que escribir bien es una aspiración que requiere un esfuerzo que es necesario hacer. Su generosidad es inigualable y su labor como *Doktorvater* fue muy rigurosa. Afortunadamente, cuento con su amistad y sus ganas de seguir haciendo cosas conmigo (y además seguir tolerando mis críticas a su trabajo).

Laura CLÉRICO y Nancy CARDINAUX me apoyaron y me ayudaron para la presentación y durante todo el transcurso de la beca del CONICET. Su asistencia en aquel momento fue muy importante para que la tesis no quedara postergada por otras obligaciones. Laura, además, confió en mí y me impulsó, sin conocerme siquiera, para que me postulara a la beca del DAAD, recomendarme para que fuera a trabajar con ALEXY y contarme maravillas (todas falsas) de la ciudad de Kiel. Además me apoyó siempre en cada proyecto que quise empezar. Sin su ayuda, todavía estaría viendo si me presento a la beca para ir a Alemania o no (probablemente no me hubiera presentado).

Quiero agradecer muy especialmente al jurado que evaluó la tesis que estuvo integrado por los profesores Martín FARRELL, Marcelo ALEGRE y Mariela PUGA. Ellos no solo le otorgaron la máxima calificación sino que, además, trataron mi trabajo con rigurosidad, seriedad y respeto.

Muchas gracias a la editorial Marcial Pons y a los directores de la colección *Filosofía y Derecho*, José Juan MORESO y Jordi FERRER por aceptar publicar este trabajo. Por supuesto, quiero agradecer al árbitro anónimo que evaluó este trabajo para la colección por el trato respetuoso y elogioso que le dio al manuscrito, pero sobre todo por las críticas y los comentarios que ayudaron a mejorar esta versión final.

Durante todos estos años una gran cantidad de académicos y docentes ha sido muy generosos conmigo escuchando mis ideas y ayudándome de distinta manera. Entre ellos quiero destacar a Marcelo ALEGRE, Roberto GARGARELLA, Daniel PASTOR, Marcelo SANCINETTI, Eugenio SARRABAYROUSE, Fernando CÓRDOBA, José PERALTA, Gabriel PÉREZ BARBERÁ, Gustavo BRUZZONE, Hernán BOUVIER, Rafael ALCÁ CER GUIRAO, Íñigo ORTIZ DE URBINA, John GARDNER, Martín FARRELL, Doug HUSAK, Sandra MARSHALL, Victor TADROS, Andrew CORNFORD, Jan SIECKMANN, Andrés ROSLER, Stanley PAULSON, Verónica RODRÍGUEZ BLANCO, José Luis MARTÍ, Carlos BERNAL PULIDO, Juan Pablo MAÑALICH y Jonatan VALENZUELA.

Mis amigos Gonzalo PENNA y Santiago ROLDÁN leyeron casi todos los trabajos que publiqué y algunas partes de este trabajo. Ellos han sido fundamentales con sus consejos y su apoyo permanente en todas las decisiones durante este largo proceso. Probablemente, todo lo que pueda escribir acá sea insuficiente para agradecerles todo lo que hicieron por mí. Por otra parte, todo este camino recorrido, los primeros viajes a Estados Unidos y Alemania, el respaldo ante situaciones difíciles y el impulso para seguir mis planes, no hubieran sido posibles sin mi amiga Paloma OCHOA. Creo que no hay modo en que puede devolverles a ellos todo lo que hicieron por mí durante este proceso.

Mis amigos de siempre, Marcelo DAMÍN, Marco NAPOLI, Sebastián TARCIA, Daniel SANGUINETI, Pablo VITERBO, Francisco CASARES y Maximiliano HERRERA, aun sin comprender exactamente que era lo que estaba haciendo, siempre estuvieron incondicionalmente conmigo. Jé sica RASCH fue una gran compañera en los primeros pasos en falso con el alemán. Mis amigos de los años alemanes, Isabel ROSALES, Rafael BELLEM DE LIMA, Daniel DEBA, Javier QUINTEROS y Estela SEIJAS, me ayudaron a sobrellevar el trabajo muy lejos de casa. Agustín VARELA desde joven siempre estuvo interesado en mi trabajo y se ha convertido en un crítico invaluable. Mis compañeros y compañeras del Instituto Gioja y de los proyectos de investigación DeCyT que compartimos desde 2012 estuvieron presentes en los momentos finales de la tesis, siempre incentivando a su culminación.

El cariño y el apoyo de mi hermana Alejandra y mi madre Martha siempre fue importante para tomar cada decisión, emprender cada viaje y superar las muchísimas dudas que tuve en cada instancia. Mi abuela Clara me acompañó durante gran parte de este proceso y nos dejó en 2016. La extraño todos

los días, pero, sin embargo, mi recuerdo y mi agradecimiento con ella serán eternos.

Juan Sebastián llegó a la vuelta de la primera estancia en Alemania y desde ese momento nos ilumina todos los días con su alegría y su amor. Sus preguntas e inquisiciones me obligan a ser muy claro en mis respuestas que no pueden ser vagas e incompletas. Sin duda, esto ayudó a que pudiera ser más claro con mis propias ideas, algunas de las cuales son parte de este libro. Por último, tengo que decir que solo Liliana sabe todo lo que pasamos para llegar a este momento. Seguramente también sabe que sin ella nada de esto hubiera sido posible. Sin embargo, y aunque quizá ella imagine todo lo que su compañía significa para mí, prefiero repetírselo tantas veces pueda, ahora también al comienzo de este libro.

Buenos Aires, verano de 2017.

INTRODUCCIÓN

1. EL PROBLEMA DE LA SUERTE

La presencia de la suerte en la vida que llevamos no es precisamente algo sobre lo que nos preguntemos diariamente. Algunos de nosotros asumimos, en general, que existen ciertos factores, influidos por la suerte, que pueden modificar aquello que hacemos. También aceptamos que existen cosas que, simplemente, nos suceden. Así, haber nacido aquí o allá, o escribir con la mano izquierda, por ejemplo, se debe a circunstancias que no elegí y que tampoco hubiera podido hacerlo. Si hubiera nacido en algún otro país en el que aquellos que utilizan la mano izquierda fueran vistos como enviados de Satanás, probablemente hubiera sido obligado a escribir con la otra mano. Sin embargo, nací en este país y aprendí a escribir con la mano con la que tenía más habilidad para hacerlo. Ninguna de esas dos circunstancias estuvo bajo mi control ni pude elegir que hubiesen sido de otro modo. Simplemente, nacer aquí y escribir del modo en que lo hago son cosas que me sucedieron. Creo que eventos como estos, así como muchos otros, dependen de la suerte. Esta forma de entender estas circunstancias responde a lo que llamo una versión *ingenua* de la suerte.

Quienes se apoyan en esta visión *ingenua* se refieren, confían y admiten la existencia de la suerte. Llamo, a este grupo de agentes, *optimistas*. Los *optimistas* asumen que existe una gran cantidad de circunstancias que se encuentran influidas por factores que están fuera de su control. A la vez, también son escépticos respecto de la posibilidad de controlar todo lo que hacemos. Dentro de este grupo, cuento a aquellos que le atribuyen a acciones divinas muchas de las cosas que le ocurren en su vida. Así, sucede a veces con quienes se curaron de enfermedades terminales después de rezos o visitas regulares a iglesias y

templos. Hay quienes confían en la suerte para mejorar sustancialmente su situación económica, o aquellos que, a partir del ruego o de invocar un milagro, creen que se producirá un resultado que ellos mismos no pueden lograr: *e. g.* pasar un examen o conseguir una pareja. Pero lo que los convierte en *optimistas* es que ven la influencia de la suerte siempre en su aspecto más favorable.

La suerte también funciona para explicar determinados sucesos: me encontré un billete tirado en el piso, o gané el primer premio en el sorteo de la lotería nocturna. Los *optimistas* dirían que no pueden atribuirse el hecho de haber ganado la lotería o haber encontrado dinero pero, en definitiva, así ocurrió. También podría explicar hechos desafortunados como accidentes o desgracias: «Pisé mal y me esguincé un tobillo. Tuve mala suerte al no ver ese pozo». En definitiva, podrían decir que ni ellos ni nadie son responsables por el esguince. No puedo culpar a nadie, dirían, simplemente tuve *mala* suerte. Particularmente creo que esto se aproxima mucho al modo en el que entendemos el mundo en el que vivimos. Por eso, el objetivo de este trabajo será defender una versión *ingenua* de la suerte y sus vínculos con la forma en la que premiamos y castigamos.

Por ahora, todo bien. Sin embargo, y contrariamente a mis propias intuiciones sobre la suerte, muchos otros suelen creer que una gran parte de las cosas que hacemos dependen de nuestra voluntad. Podríamos decir que mientras que algunos de nosotros le otorgamos a la suerte un rol importante en nuestra propia vida, incluso por sobre algunas cosas que podrían ser el resultado de nuestras decisiones, existen otras personas que creen lo contrario. Estos agentes sostienen una versión *crítica* de la suerte.

Para quienes defienden esta versión de la suerte, su incidencia en nuestra vida es relativa. Así, la idea de que la suerte juega un rol importante en decisiones diarias es algo difícil de admitir para muchas personas. Estos teóricos, a quienes podría llamar *racionalistas*, creen en el poder supremo de la voluntad basada en razones. Ellos admiten la existencia de la suerte, pero la escinden de la razón como si se tratara de dos mundos diferentes. Adhieren a esta noción en la creencia de que solo es posible llegar a una decisión voluntaria luego de una deliberación entre distintas razones ordenadas según su peso concreto. La decisión se toma, por ejemplo, eligiendo la razón que les garantice llegar más seguros o rápidamente a las consecuencias que desean. Los *racionalistas* aceptan también que existen «reglas de la razón», es decir, reglas que establecen cómo deliberar correctamente. Entienden que aceptar una noción tal de la voluntad y admitir que existe un proceso de deliberación sobre los cursos de acción implica que controlamos las cosas que hacemos. Ese control sobre lo que hacemos tiene la particularidad de determinar aquello por lo que podemos y debemos ser responsabilizados y aquello por lo que no. En este sentido, solo puedo ser responsable por los actos que se encuentran bajo mi control. Todo lo que se encuentra fuera de mi dominio no podría serme atribuido; es decir, no puede ser

objeto de mi propia responsabilidad lo que se derive de algo que no controlo. Así, todo aquello que se encuentra fuera de mi control es contingente, vinculado con el azar y con lo inesperado. En definitiva, relacionado con la *suerte*.

La forma en que estos agentes organizan el mundo y establecen las cosas que les interesan tiene una explicación sencilla. Sin embargo, parecería ser que no siempre aquello que nos interesa se encuentra absolutamente bajo nuestro control¹. Los agentes que asientan aquello que les interesa, y su existencia en general, sobre estas bases que acabo de describir tienden a negar la influencia de la suerte en sus vidas o, incluso, a negar la presencia de la suerte en sus deliberaciones. Elegir este camino tiene sus ventajas y nos permite construir nuestros juicios morales de una manera tal que nos permite establecer qué es lo correcto y qué lo incorrecto, qué es lo que debemos creer y además, nos habilita a establecer cuáles son las cosas que nos interesan. Podemos asumir ciertos principios, como aquel que establece que somos personas autónomas, dotadas de una realidad que nos permite elegir siempre qué hacer de acuerdo con determinados valores y creencias que respeto. Determinar, también a partir de esas decisiones, si debemos ser recompensados o castigados. Todo eso nos permite pensar que somos personas libres y que nuestras decisiones son establecidas solo por la deliberación y la valoración de las diferentes razones que tengo a mi disposición.

Sin embargo, ni los *optimistas* ni los *racionalistas* están interesados en discutir acerca de la importancia de la suerte en sus vidas. Esa forma de ver la suerte está presente en los miembros de las comunidades que conocemos y allí no sostienen confrontaciones ni debates teóricos sobre la cuestión. Contrariamente a lo que ocurre en las comunidades en las que vivimos, existen serias y extensas discusiones entre filósofos morales y teóricos penales. Son estas discusiones las que intento retomar en este trabajo y sobre las que me interesa avanzar para vincularlos con otros problemas relacionados con la filosofía moral, en particular con los modos en los que premiamos y castigamos. Este vínculo, en el que estoy particularmente interesado en esta investigación, se presenta como el problema de la *suerte moral*. Es posible caracterizar a la suerte moral de distintas modos. Básicamente, implica admitir la influencia de la suerte en nuestras vidas y las modificaciones que puede originar en nuestros juicios morales.

2. EL PUNTO DE VISTA FILOSÓFICO PARA ANALIZAR EL PROBLEMA

Antes de presentar el contenido del trabajo, me interesa explicar el método utilizado para abordar la investigación. Intentaré en este trabajo vincular

¹ FRANKFURT, 1988: 85.

el problema de la suerte con nuestros juicios morales. Para defender muchos de mis puntos de vista, voy a apelar a las intuiciones que, a grandes rasgos compartimos sobre ciertos asuntos. Es cierto que esto supone un compromiso acotado con la idea de que es necesario construir una gran teoría para sostener determinados argumentos. Quizá, hasta sería necesario adoptar construcciones como las del equilibrio reflexivo de John RAWLS para lograr compatibilizar estas intuiciones con ciertos principios básicos independientes de ellas. Sin embargo, en primer lugar, en este trabajo no pretendo construir una teoría general de la suerte moral o algo semejante. Mi objetivo es mucho más modesto: pretendo defender una determinada idea acerca de la suerte y vincularla con los problemas morales que encuentro en reconocimientos y castigos. En segundo lugar, creo que el trabajo no solo se apoya en intuiciones compartidas sino que presenta, por momentos, ciertos argumentos de moralidad crítica que tienen una pretensión normativa.

Se ha dicho que todo filósofo de buena fe intenta dar una explicación, al menos una vez, de por qué castigamos más a quien concreta un resultado respecto de quien solo lo intenta. Me refiero al problema del llamado «castigo diferenciado»². Este problema implica castigar más al agente que concreta el delito criminal que se propone causar por sobre aquel que solo intenta realizar lo mismo. La cuestión constituye una de las discusiones más antiguas en la filosofía moral y la filosofía del castigo. En general, esta discusión es menos amplia en el derecho penal. En ese ámbito se parte de la intuición corriente de que cometer un delito es más grave que intentarlo. Esa misma intuición, reflejada en la legislación positiva, justifica que se castigue más la comisión de un delito que su tentativa. Veremos, sin embargo, que es importante discutir esta distinción. Los debates tienen, en la actualidad, una amplitud que impide que sea abarcada de un modo demasiado extenso. En general, lo que pretendo aquí es acotar el problema de la suerte moral a los vínculos con la inculpación y el castigo pero también quiero relacionarlo con la forma en que premiamos y reconocemos las buenas acciones de otros en las comunidades en las que vivimos. Me interesa reflexionar sobre estas cuestiones de un modo asociado al pensamiento de los teóricos que denominé *optimistas*. Es así que defenderé una versión escéptica del control y de los problemas que pudieran surgir para responsabilizarnos por la influencia de la suerte en las consecuencias de lo que hacemos. En cambio, defiendiendo la importancia de la suerte (moral) en nuestras vidas, vinculada a la noción *ingenua* de la suerte que describí anteriormente.

A menudo, estas discusiones acerca de la influencia de la suerte se derivan hacia problemas bastante más amplios y controvertidos de la filosofía moral. En este sentido, quienes defienden una posición racionalista, entienden que sostener la importancia de la suerte implica limitar severamente la libertad

² FEINBERG, 2003: 77.

de nuestra voluntad. Seremos agentes menos autónomos si no podemos decir nada de lo que nos ocurre, diría un fatalista, dado que, finalmente, todo termina por decidirlo la suerte. Esto podría llevarnos a pensar que destacar la importancia de la suerte implica defender una tesis determinista que tendría como consecuencia cuestionarnos la posibilidad de ser responsables por situaciones no elegidas. De modo que nuestras decisiones aparecerían ya acotadas por el lugar en el que la suerte nos colocó. Sería posible, por otra parte, sostener una tesis compatibilista que interprete el determinismo de una forma que permita afirmar que podemos ser responsabilizados por lo que hacemos. En general, quienes defienden esta última tesis, argumentan que lo que legitima la práctica de castigar y condenar es que el mundo está mejor con ella por su incidencia sobre nuestros actos futuros. En este trabajo, sin embargo, elijo otro camino que aquel orientado a demostrar la libertad de la voluntad o las limitaciones que nos impone estar sujetos a relaciones causales universales³. Me propongo mostrar que la noción de la responsabilidad moral, así como también la idea misma de la moral, según entiendo, se origina en la manera en que nos relacionamos con otros⁴. En lo que esperamos de los miembros de nuestra comunidad y lo que le debemos a ellos. Más concretamente, creo que su origen está en las consecuencias que surgen de las relaciones entre responsabilidad y comunidad. Me dedico, entonces, a presentar una respuesta plausible a la posibilidad de ser responsables de y por nuestros actos y sus consecuencias. Antes, intento mostrar que no es posible pensar esas circunstancias si negamos la existencia de la suerte en nuestras vidas.

La vinculación entre suerte y castigo ha sido poco explorada en la literatura internacional y menos aún en la hispano-hablante. En general, los textos con los que nos hemos educado y que se vinculan con las formas y las posibilidades de inculpar, condenar y castigar están relacionados con lo que se denomina *dogmática* del derecho penal. Esta forma tan difundida de pensar el castigo y, en especial, las condiciones para su imposición, trata sobre la interpretación de una serie de principios y valores que proveen una estructura determinada a las leyes criminales⁵. Este modo de pensar las formas en las que castigamos e inculpamos nos hace estar permanentemente refiriéndonos a cómo *es* la legislación doméstica, cuáles son sus problemas y cuál es la interpretación de determinados preceptos legales. No estoy interesado en abordar esta discusión desde ese punto de vista. Sin embargo, entiendo que seguir el camino de analizar cómo *son* nuestras prácticas inculpatórias y punitivas no sería de gran relevancia para emprender esta investigación. En general, las legislaciones criminales de la mayor parte de los países con

³ Sigo aquí en general a MALAMUD GOTI, 2012.

⁴ En contra de esta noción de responsabilidad, véase KANT, 1785: 393-394.

⁵ FLETCHER, 2011: 179. FLETCHER también detalla los inconvenientes de intentar explicar qué es la dogmática para aquellos familiarizados con el *common law*.

culturas similares a la nuestra distinguen, claramente, entre el castigo que debe recibir quien comete un delito y quien solo lo intenta. Pocas legislaciones en el mundo consagran la paridad en los castigos respecto de los delitos tentados y los consumados. En particular, el Código Penal de Paraguay y el Código Penal Modelo en los Estados Unidos, que se aplica en solo algunos de sus Estados.

Encuentro poco atractivo ese camino en el que, además, descubro pocas referencias a la idea y la influencia de la suerte en castigos y condenas. Particularmente, creo que los problemas que se presentan en la dogmática solo pueden ser resueltos dentro del propio sistema que allí se aborda. Dentro de ese sistema, no encuentro un lugar para pensar problemas vinculados con la suerte. De hecho, creo que el problema de la suerte es un problema de filosofía moral y no de una legislación positiva en particular. Si estamos de acuerdo en que el que comete un delito hace algo peor que el que lo intenta y la legislación así lo ratifica, ¿cuál sería la razón para investigar esta diferencia? Si nuestras intuiciones coinciden con aquello que regula la legislación, sencillamente, habría que decir que quienes cuestionan estas leyes criminales están equivocados.

Contrariamente a esta conclusión apresurada, creo que lo único evidente es que muchos de los argumentos de quienes discuten estos principios morales nos hacen dudar de que esto sea correcto. Eso, quizá, sería la única respuesta plausible para explicar que desde hace tantos años existan teóricos penales y filósofos morales dispuestos a invertir tiempo en entender y encausar un debate sobre el que —al final— solo se podrá hacer un mínimo progreso. Este trabajo se vincula, en primer lugar, con las dudas razonables que los críticos de estas regulaciones legales me han generado. En segundo lugar, el texto está influido por la limitada defensa que encuentro en esos acuerdos morales que justifican la creación de una norma jurídica. Me refiero a que estamos de acuerdo en que quien concreta lo que se propone hacer debe recibir un castigo mayor (o un premio mayor) que quien solo lo intenta. Frecuentemente, tengo la intuición de que se da por sentado que las regulaciones legales se apoyan en bases morales correctas que no requieren de una explicación más exhaustiva. Así, afirmar que esta distinción moral es correcta supone también aceptar que la regulación legal también lo es. Esa evidencia se contrapone a la necesidad de dar mayores explicaciones que tienen quienes defienden esta distinción moral. Así, hay una gran cantidad de trabajos que se esfuerzan por justificar por qué castigamos más a unos que a otros. Esta sospecha de que, pese a que no hay nada que explicar, algo explicamos, es lo que me motiva llevar adelante esta investigación y a tratar la cuestión con cierta minuciosidad.

Intento pensar los problemas de la suerte desde el punto de vista que propone la filosofía moral. Es allí en donde comenzó la discusión acerca de la

existencia de la suerte moral⁶. El aspecto central de esta investigación es el vínculo entre el castigo penal y la filosofía moral que ofrece la literatura anglosajona en el campo de la filosofía del castigo⁷.

En ese vínculo pueden encontrarse trabajos recientes sobre el problema de la suerte moral y los resultados de las cosas que hacemos⁸. Básicamente, en este enfoque en el que estoy interesado, se plantean dos posiciones bien delineadas circunscritas al castigo y la influencia de la suerte. Una de estas posiciones, sostiene la importancia de imponer castigos diferenciados según si un hecho intentado causa el resultado que el agente se propone ocasionar o si, finalmente, las cosas no salen de esa manera (*tesis de la diferencia*). La otra posición es la que afirma que no hay razones plausibles para diferenciar el castigo cuando la conducta llevada a cabo es idéntica, y por esta razón el castigo también debería ser idéntico (*tesis de la equivalencia*). Si bien, como señalé hace un momento, me apoyo para abordar esta discusión, básicamente en la literatura anglosajona, debo reconocer que hay trabajos que han resultado importantes para pensar —inicialmente— estos problemas. Los primeros textos que comenzaron a vincular en nuestro contexto, la filosofía moral y jurídica con el castigo han sido los de Carlos S. NINO y Marcelo SANCINETTI⁹.

NINO defiende una versión de la tesis de la diferencia siguiendo una línea de investigación que luego dejó de lado hasta casi el final de su vida en la que la retomó brevemente¹⁰. Quien sostiene una particular visión de la tesis de la equivalencia en una importante cantidad de trabajos es Marcelo SANCINETTI¹¹. Estos textos me sirvieron para comenzar a entender algunos problemas vinculados a la responsabilidad penal. Sin embargo, en ambos trabajos, la discusión de la suerte estaba presentada de un modo muy limitado y en un plano secundario, según entiendo. Fue solo con los textos sobre la suerte moral y el castigo de Jaime MALAMUD GOTI que pude comprender que existe un vínculo entre suerte y castigo penal¹². Las primeras lecturas y la idea de pensar que la suerte es central en nuestras vidas se iniciaron a partir de esos trabajos. En definitiva, este texto puede entenderse como un largo diálogo con sus ideas a las que no puedo contradecir totalmente, sino simplemente criticar. Estos autores han efectuado una contribución relevante para la vinculación entre dos campos de

⁶ De hecho, la propia discusión acerca de la suerte moral también ha tenido incluso un desarrollo interesante el cual se inició a partir de un artículo titulado *Moral Luck* (suerte moral) escrito por Bernard WILLIAMS en 1976 y una respuesta a dicho artículo escrito en el mismo año por Thomas NAGEL. Una compilación de trabajos que recoge estos textos y otros que se refieren a ellos puede verse en STATMAN, 1993.

⁷ Véanse, entre muchos otros: DUFF y GREEN, 2011; HUSAK, 2010 y MOORE, 1997.

⁸ ALEXANDER y FERZAN, 2009; ROBINSON, GARVEY y KESSLER FERZAN, 2009; DUFF, 1996a; ASHWORTH, 1996; CRUFT, KRAMER y REIFF, 2011.

⁹ Entre otros, NINO, 1980.

¹⁰ NINO, 1992; NINO, 1996.

¹¹ Véase por todos, SANCINETTI, 1991.

¹² Agrupados en MALAMUD GOTI, 2008.

estudios que tuvo y tiene un correlato en otras comunidades académicas que entiendo necesario extender a nuestra academia hispano-hablante.

3. DESCRIPCIÓN DEL TRABAJO

Quisiera, en lo que sigue, describir brevemente los temas que trabajo en cada capítulo adelantando, someramente, los problemas que allí abordaré.

Capítulo I. Percepciones sobre la suerte y la suerte moral

Comienzo el texto defendiendo una versión *optimista* de la suerte. Quienes sostienen esta visión de la suerte asumen la existencia de la suerte y su influencia en una gran cantidad de circunstancias de nuestra vida cotidiana. Los *optimistas* son escépticos respecto de la posibilidad de controlar todo aquello que hacemos. Precisamente, estos serán los dos aspectos que voy a desarrollar en este capítulo: el control y la suerte.

Como señalé hace un momento, los *optimistas* tienen dudas acerca de la posibilidad de controlar todo aquello que hacemos pero, en esencia, piensan que hay hechos o estados de cosas que sí controlamos. Intento mostrar que la visión *optimista* se basa en el rol importante que tiene la suerte en las comunidades en las que vivimos. La importancia de la suerte es, además, un reflejo de nuestra moral social comunitaria¹³. Por eso me concentro en algunas situaciones triviales que apuntan a mostrar que nosotros creemos en la existencia de la suerte y así lo manifestamos en nuestras actitudes habituales hacia una gran cantidad de cosas que hacemos. Esta intuición inicial sobre la suerte nos permitirá reflexionar sobre los modos en los que premiamos y castigamos.

El objetivo del capítulo es mostrar la importancia de la suerte y su influencia en todo aquello que hacemos. En definitiva, consideramos la suerte de una manera o de otra para construir nuestros juicios morales. Es esta influencia la que hace que consideremos la suerte de distintos modos. Distingo algunas formas de considerar a la suerte y desarrollo sucintamente la idea tradicional de la suerte moral, esto es ser premiado o castigado, en parte por factores influidos por la suerte. Adopto algunas de las categorías establecidas por Thomas NAGEL en su

¹³ Si bien es equivocado aislar completamente la moral social de la moral crítica, creo que la distinción cumple una función importante. Según entiendo, la moral social es un conjunto de reglas sociales que obligan o prohíben una acción y construyen un imperativo moral que dirigimos hacia los otros para involucrarnos en una actividad o abstenemos de realizar ciertas líneas de comportamiento. La moral crítica, en cambio, es la que presentan filósofos, sociólogos y antropólogos cuando dirigen su atención hacia reglas y prácticas morales vigentes en una comunidad y pretenden distinguirlas de otras reglas y prácticas sociales, sobre la base de ciertas propiedades características. Para más detalles, véanse GAUS, 2011: 2; también NINO, 1989: 92 y 93.

clásico trabajo *Moral Luck* y trato de delinear los modos en los que los distintos tipos de suerte se vinculan entre sí. En el texto apunto a aquello que se denomina *suerte en el resultado*, esto es, en cómo culminan las acciones que emprendemos. Sin embargo, es importante anotar que las otras formas que adopta la suerte (constitutiva y situacional) cumplen un rol importante en nuestras decisiones, aunque también en las emociones con las que a menudo debemos lidiar¹⁴.

Capítulo II. El subjetivismo y la tesis de la equivalencia

En este capítulo presento algunas versiones de la tesis de la equivalencia a las que vinculo con aquello que se denomina *subjetivismo penal*. De acuerdo a los teóricos que defienden esta tesis es posible separar entre aquello que es objetivo, esto es, que puede ser observado por cualquier persona razonable y aquello subjetivo, solo percible por el agente que lleva adelante una acción. Critico esa distinción más adelante (en el capítulo IV), por el momento y en este capítulo me dedico a presentar esta posición.

Enumero brevemente el linaje que esta teoría tuvo, décadas atrás, en Alemania. El subjetivismo penal y en particular la literatura alemana sobre el tema fue, durante algunos años, objeto de interés entre los penalistas de habla hispana. Me concentro, sin embargo, en describir la posición de Marcelo SANCINETTI, al menos en el aspecto relevante que me interesa estudiar de su posición teórica: la relevancia de la voluntad del agente y la implicancia de los resultados para inculpar y castigar. Concretamente, ni SANCINETTI ni sus predecesores alemanes se encargaron del problema de la suerte como tal. Empero, el hecho de que adopten la posición según la cual lo único importante es evitar que la decisión voluntaria del agente de causar un mal se vea contaminada por factores contingentes, implica negar la influencia de la suerte en nuestros juicios morales. Esta decisión es la base para la construcción de sus complejos sistemas teóricos que, como veremos, se basan en una especie de moral crítica que cuestiona la relevancia de los resultados de lo que hacemos.

La influencia del trabajo de SANCINETTI no es perceptible si acotamos ese hecho a trabajos que sigan sus pensamientos. Sin embargo, su posición, pese a que ha sido criticada duramente, nos obliga a pensar nuevas maneras de superar el desarrollo de su punto de vista. Intento hacer esto en el capítulo VI, tratando de mostrar también que las críticas que ha recibido son débiles y se sostienen sobre bases poco persuasivas. Por eso me interesa en este capítulo presentar en detalle su postura teórica.

¹⁴ La suerte constitutiva, determina, entre otras cosas, donde nacemos, el tipo de individuo que seremos, las inclinaciones y capacidades que tendremos. Por otra parte, la suerte situacional se vincula con las situaciones que rodean nuestra vida. Así, quienes somos, nuestro carácter y nuestros gustos, nos ubican en ciertos lugares y momentos particulares.