

ACERCA DE LOS CONCEPTOS DE PROBABILIDAD Y POSIBILIDAD
Y SU SIGNIFICADO EN EL DERECHO PENAL

ZEITSCHRIFT FÜR DIE GESAMTE STRAFRECHTSWISSENSCHAFT, TOMO IX, 1889*

JOHANNES VON KRIES
Profesor en la Universidad de Friburgo en Brisgovia

El estudio de los conceptos de probabilidad y posibilidad me ha conducido recurrentemente a preguntas que, además del general, tienen especial interés en la ciencia del derecho, incluso se encuentran en una relación estrechísima

* Traducción libre de Luis Emilio Rojas A., Dr. iur. y profesor del Departamento de Ciencias Penales – Universidad de Chile: lrojas@derecho.uchile.cl; trabajo desarrollado en el marco del proyecto Fondecyt n. 1211369 sobre “Causalidad e imputación objetiva en los delitos calificados por el resultado: hacia una solución diferenciada”. Nota previa del traductor: Johannes von Kries cuenta en la teoría del derecho penal como el fundador de la teoría de la causalidad adecuada, entendida esta muchas veces en un sentido valorativo. Sin embargo, más que una preocupación por el alcance desmedido que podía tener el concepto de causalidad que tendía a reinar hacia fines del siglo XIX, lo que guiaba sus aportes a la ciencia del derecho penal era el interés en clarificar el uso de los conceptos de probabilidad, posibilidad y de peligro en este ámbito, incluso en resguardarlos ante posibles distorsiones. Y no podía ser de otra manera, pues von Kries no era jurista, sino un fisiólogo que se dedicaba al estudio de la lógica, esto es, un auténtico filósofo de las ciencias. En efecto, sus preocupaciones giraban en torno a la “medición de las dimensiones intensivas y la así llamada ley psicofísica”, las relaciones entre la física y la fisiología, los “juicios reales y relacionales”, la teoría del pulso, entre otros temas que servían como campo de prueba de los “principios del cálculo de probabilidades”, su obra capital publicada en 1886. Quizás el interés por abordar aquellas categorías centrales del derecho penal surgió de los pasajes que dedica, en su obra general, a las variaciones casuales que podían producirse en las decisiones adoptadas por mayoría en los tribunales de jurado compuestos de doce miembros, donde discute con Laplace, entre otros. Como sea, su estatus de filósofo de las ciencias queda en evidencia al tratar con toda precisión cuestiones estrictamente jurídico-penales, incluso difíciles de asir para otros juristas como es el espinudo tema de la tentativa. Pues bien, el presente trabajo es el resumen apretado de una auténtica monografía publicada un año antes en la *Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie* (revista cuatrimestral de filosofía científica), compuesta, a su vez, de tres extensos capítulos sobre “el concepto de posibilidad objetiva y algunas de sus aplicaciones” (tomo XII: pp. 179-240), “el concepto de peligro” (pp. 287-323) y una serie de “notas de literatura” (pp. 393-428), donde discute con autores como Binding y von Buri, entre otros. Quien pretenda entender cómo y por qué la doctrina pasó de hablar de condiciones, causas y resultados a usar las categorías del riesgo, del peligro e incluso del *incremento del riesgo*, articuladas posteriormente bajo el concepto general de imputación objetiva, simplemente no puede prescindir de la lectura de von Kries.

con ciertas cuestiones muy tratadas desde una perspectiva jurídica. Por eso he aceptado no sin gusto la solicitud del señor editor de esta revista para exponer aquí brevemente el contenido de mis trabajos al respecto⁴⁸, en tanto se refiere a dicha clase de cuestiones. Permítase no obstante antes explicar el significado específico que se ha evidenciado para el concepto de probabilidad y posibilidad en aquel ámbito donde ha tenido principalmente una aplicación precisa, cual es el de los así llamados juegos de suerte o de azar.

Cuando se tira un dado regular entonces es conocidamente de una opinión general que cada uno de los seis resultados posibles del lanzamiento es igualmente probable. Se suele ver en este generalmente nada más que la expresión de nuestra incerteza subjetiva según la cual no tenemos razón para esperar más uno de los resultados, por ejemplo, el cuatro, que cualquier otro. No obstante, ya la circunstancia de que en una gran cantidad de lanzamientos cada uno de los posibles resultados fácticamente ocurre aproximadamente con igual frecuencia, nos sugiere la idea de que aquí debería evidenciarse alguna relación válida objetiva que se manifiesta en la repetición de los casos individuales y que sirve de fundamento a nuestras expectativas en relación con el caso concreto. De ahí que en la teoría del cálculo de probabilidades siempre ha encontrado enérgicos defensores la opinión de que la probabilidad debería implicar algo objetivamente válido en los acontecimientos, prescindiendo de nuestra ignorancia y de nuestras expectativas. Desde este punto de vista se procura hablar también preferentemente de posibilidad en vez de probabilidad⁴⁹ y, por ejemplo, decir que en un dado regular cada uno de los seis resultados sería real e igualmente posible; la implicancia relevante de esta circunstancia podría ser reconocida en que ya no sería más correcta tratándose de un dado irregular: aquí resultaría consiguientemente en una gran cantidad de lanzamientos una frecuencia irregular de los resultados individuales, no obstante que desde un principio nuestra incerteza subjetiva podría ser la misma frente a ellos.

Un análisis estrictamente lógico podría contraponer a esta opinión la afirmación irrefutable de que en cada caso concreto las relaciones objetivas existentes producen necesariamente el resultado ocurrido fácticamente y excluyen cualquier otro, de tal modo que la posibilidad o probabilidad de otro resultado siempre existe solo subjetivamente, en nuestras representaciones. Pues bien,

⁴⁸ Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung, Freiburg 1886. Über den Begriff der objectiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben, Leipzig 1888. En lo que sigue, cito el primer trabajo en breve "Prinzipien", el último "Möglichkeit".

⁴⁹ En particular, COURNOT ha destacado expresamente en su *Exposition de la théorie des chances et des probabilités* que la probabilidad subjetiva ha de distinguirse estrictamente de la posibilidad que subyace como tal a los sucesos.

el fundamento objetivamente válido de todas las proposiciones de probabilidad realmente correctas puede, sin embargo, demostrarse, y de un modo cabalmente compatible con la recién mencionada exigencia de lógica estricta. Se halla, pues, en la macrorelación de aquellas configuraciones de las circunstancias condicionantes, de aquellos ámbitos de juego del comportamiento que producen los diversos resultados. Así puede decirse, por ejemplo, que en el lanzamiento de un dado regular cada uno de los seis resultados se produce mediante una variedad igualmente alta de circunstancias, que los ámbitos de juego de la conducta que provocan cada uno de ellos son de una magnitud equivalente. En este sentido, podemos llamarlo —al resultado— igualmente posible. En sentido similar podemos formular la proposición de que alguna condición tildada de general implica una cierta posibilidad para algún resultado y designarla una posibilidad grande o pequeña, e incluso según el caso asignarle un valor preciso determinable cuantitativamente. La condición general, por ejemplo, de haber arrojado una moneda implica la posibilidad de caer en una mitad la cara, en una mitad el sello. Toda calificación general equivalente de una condición abarca un cierto ámbito de juego de la conducta; una fracción determinada de este se encuentra de tal manera constituida que conduce a la realización de un cierto resultado; y mientras más grande sea esta fracción, entonces mayor puede ser la posibilidad que implica la condición general para el resultado.

No resulta difícil ahora proceder a la aplicación de estos planteamientos a los sucesos de la sociedad humana. Es sabido que estos evidencian en cierto aspecto muchísimas analogías con los juegos de azar. También en el seno de los fenómenos sociales vemos repetirse una gran cantidad de casos completamente similares o por lo menos muy parecidos; y también aquí tiene validez el hecho de la regularidad de los grandes números, que a primera vista nos parece tan enigmático.

Que gran parte de todos los que sufren una infección pulmonar muere, que un cierto número aproximado de todos los individuos que integran una comunidad, después de cierto tiempo, se deciden a cometer delitos contra la propiedad, en breve, todas las regularidades establecidas tanto por la estadística general como moral pertenecerían a este ámbito. Desde entonces no se ha dudado de que esa regularidad se funda en la constante de ciertas “condiciones generales” y, asimismo, se ha aludido recientemente con razón a que el seguimiento de resultados estadísticos precisamente podría servir de modo preferente a la verificación de si se da o no una constante real de los mismos⁵⁰. La teoría de la posibilidad permite sobre todo formarse un claro concepto acerca de lo que

⁵⁰ Cfr. al respecto sobre todo LEXIS, *Zur Theorie der Massenerscheinungen in der menschlichen Gesellschaft*, Freiburg 1877.

ha de entenderse propiamente bajo las “condiciones generales”, que permanecen constantes o se modifican lentamente, de una cierta clase de sucesos y en virtud de qué relación una regularidad verificada en las grandes cifras de la estadística puede reconducirse a ellas. Podemos suponer que, por ejemplo, el estado promedio de salud y fuerzas de los hombres, el tipo de ocupación, la suma de los malestares actuales y disposiciones generales similares concurren en igual medida y permanentemente. En la interminable repetición frecuente de sucesos de esa clase, depende de la agrupación y configuración particular del momento si ocurre un resultado determinado, por ejemplo, un caso de muerte por infección pulmonar. En la medida, empero, de que las multiplicidades de la configuración individual que provocan tal resultado, y aquellas que no lo hacen se encuentren en una determinada macrorelación, se vuelve comprensible por qué la frecuencia de ciertos sucesos es aproximadamente una constante. La teoría de la posibilidad permite entender tales regularidades en cierto sentido⁵¹.

Entre los conceptos jurídicamente interesantes lo es, pues, sobre todo el de la causación y relación causal al cual la teoría de la posibilidad puede arrojar alguna luz. Si uno se atiene a las relaciones del caso concreto, entonces puede decirse que un resultado lesivo ha sido causado mediante una acción solo en el sentido de que éste no habría ocurrido sin ella⁵². Pero, junto con aquella, puede observarse frecuentemente como una relación totalmente distinta que acciones de cierto tipo producen resultados lesivos, si bien no siempre, sí al menos con regularidad en un conjunto menor o mayor de casos. Al sentido común le resulta por eso familiar la idea de que una acción es apta para producir un cierto resultado, que tiene una tendencia. La jurisprudencia teórica ha operado con un concepto por lo menos muy similar cuando se pregunta si una acción produce un cierto resultado “según las reglas de la vida”. Estos conceptos obtienen ahora un sustento cabalmente determinado mediante la teoría de la posibilidad; la relación en cuestión puede verse estricta y claramente en que ciertas acciones incrementan la posibilidad de un resultado lesivo. En tales casos puede hablarse de una relación causal general que existe entre ciertas acciones y ciertos resultados, y que se trata de algo completamente distinto de la recién mencionada causación concreta. Si se revisan ahora los presupuestos que el sentimiento jurídico general exige para la imputación jurídico-penal de un resultado lesivo⁵³, entonces uno se percata de que la causación concreta, en todo caso, no ofrece aún un fundamento suficiente para la imputación. Tampoco

⁵¹ Prinzipien, p. 116 y s.

⁵² Möglichkeit, p. 21 y s.

⁵³ Möglichkeit, p. 46.

se llega a una definición satisfactoria cuando se hace depender la imputación, además de la causalidad, de la culpabilidad. Antes bien es necesario agregar todavía que la conducta antijurídica se encuentre en una relación general con el resultado causado, que esta sea, conforme a las relaciones generales de la sociedad humana, generalmente apta para producir tal clase de lesiones. En tal caso se puede denominar la causación como una adecuada y cabe hablar, en cambio, de una causación no adecuada o casual cuando solo respecto del caso individual, sin una relación general, se puede afirmar que el resultado no habría ocurrido de faltar una cierta acción antijurídica. Un caso de esta última clase concurre cuando, por ejemplo, un cochero, por desatención, *v. gr.*: se queda dormido, se pierde en el camino y el pasajero, transportado por aquél, es alcanzado por un rayo. Aquí la imprudencia ha causado *in concreto* la muerte del pasajero, esto es, el suceso no habría ocurrido en caso de un comportamiento normal. No obstante, el resultado no ha de imputarse porque la somnolencia del cochero no incrementa, en general, la posibilidad de la muerte mediante el rayo, no es generalmente apta para producirla.

El contraste entre la causación adecuada y la no adecuada no puede soslayar la referencia a la tan mentada diferencia entre “causa” y “condición”. En efecto, se suele decir de una acción, que ha producido un resultado lesivo de modo casual, también que, si bien fue una condición, no fue “la causa” del mismo. No obstante, la investigación⁵⁴ muestra que para relevar un momento causal individual como causa principal (causa $\chi\alpha\tau\ \acute{\epsilon}\zeta\omicron\chi\eta\nu$) pueden ser determinantes una serie significativa de diversos puntos de vista. De ahí que el concepto de causa $\chi\alpha\tau\ \acute{\epsilon}\zeta\omicron\chi\eta\nu$ no es uno científicamente útil, pues reúne aspectos muy distintos entre sí. En particular, no es factible ponderar en qué medida los momentos causales individuales han contribuido a un resultado; y por eso también uno no puede hacer depender la imputación de que alguien haya contribuido con su acción más que otras circunstancias a un resultado lesivo y que en este sentido se haya convertido en la causa principal del mismo.

El presupuesto para la imputación jurídico-penal puede ser formulado en el sentido de que el resultado lesivo ha de imputarse a aquel que lo ha causado adecuadamente mediante un comportamiento antijurídico (culpable). Sin embargo, no se debería pensar que esta fórmula traza un deslinde realmente estricto entre resultados imputables y no imputables⁵⁵. Antes bien se permite mostrar que aquellos casos, en los cuales nuestro sentido común estatuye la imputación, y aquellos, en los que este la excluye, se solapan entre sí continuamente. La separación entre los resultados ha imputar y los que no han de

⁵⁴ Möglichkeit, p. 28.

⁵⁵ Möglichkeit, p. 60.

imputarse exige, desde varios puntos de vista, una delimitación en alguna medida arbitraria y conceptualmente no estrictamente definible. A pesar de ello, bien puede alcanzarse una cierta uniformidad en la *praxis*; una regla determinada, empero, no puede formularse.

Otro concepto jurídico-penal importante, que se basa en el de la posibilidad, es el concepto de peligro⁵⁶. Se puede definir el peligro como la posibilidad objetiva de un suceso dañino. Luego, resulta claro que la calificación de peligroso solo puede aplicarse a tipos concretos en base a una cierta observación generalizadora, que prescinde del cabal y precisamente determinado comportamiento del caso individual. Y se pasa también por alto que el concepto de peligro justamente en esa perspectiva puede comprenderse de modo restringido o amplio, según sea el modo y forma de la generalización del caso concreto que le sirve de fundamento. Desde este punto de vista, es especialmente relevante el “peligro en sentido estricto” o “peligro absoluto”, que concurre cuando es solo de las más precisas, irreconocibles e indetectables particularidades en la configuración del caso individual de las cuales depende la realización o ausencia del daño. En cambio, puede hablarse de peligrosidad en sentido amplio cuando, al prescindir de partes bien delimitables o de particularidades reconocibles del caso individual, resulta una categoría de casos generalmente dañinos⁵⁷.

También la idea del concepto de peligro en derecho penal no parece ser uniforme justamente en esa referencia. En los crímenes y simples delitos de peligro común⁵⁸ se tiende, en general, a una versión estricta del concepto, que se correspondería con la idea del peligro absoluto, y esto parece también justificado, pues aquí la puesta en peligro es tratada como un resultado efectivamente lesivo, como por lo demás suele ocurrir. En la distinción de la tentativa peligrosa y no peligrosa⁵⁹ se trata, en cambio, de generalizaciones del caso individual bien distintas y de mayor alcance; son ciertos puntos de vista particularmente importantes los que han conducido a la formulación de categorías determinadas como la de la tentativa con medios generalmente inidóneos o respecto de objetos inidóneos. Una delimitación precisa de la tentativa peligrosa y no peligrosa es, empero, ya por la multiplicidad de puntos de vista igualmente válidos, completamente imposible. En ambos casos, la relevancia jurídico-penal de la peligrosidad solo puede reconducirse al principio de que, junto al tipo subjetivo (a la culpabilidad) y a los daños realmente producidos,

⁵⁶ Möglichkeit, pp. 66-102.

⁵⁷ Möglichkeit, p. 69.

⁵⁸ Möglichkeit, p. 88.

⁵⁹ Möglichkeit, p. 78.

también debe hallar consideración la impresión psicológica que la acción y sus consecuencias inmediatas han provocado. Pues esta viene dada principalmente por el significado general que tienen partes individuales del tipo en el contexto de los fenómenos sociales; depende, entonces, esencialmente de la peligrosidad. Los delitos de policía⁶⁰ son, en general, acciones que necesitan ser solo peligrosas en sentido amplio, pero no implicar un peligro absoluto; la ampliación del concepto de peligro aquí se reconduce a que, por razones político-criminales, se excluye la consideración de una serie de particularidades del caso individual. Se puede postular, entonces, una diferencia esencial entre la peligrosidad como elemento de los delitos de peligro común y aquella que funge como elemento de los delitos de policía: esta radica en el modo y alcance de la generalización del caso individual que sirve de fundamento al concepto de peligro. No obstante, debe advertirse que la diferenciación entre el concepto estricto y amplio de peligro, en el Derecho penal del presente, no siempre se traza claramente y de modo consecuente como bien sería deseable y posible⁶¹.

En cuanto a la posición de la teoría ante las opiniones actualmente dominantes⁶², puede decirse que ella ha tratado de recuperar en cierta medida una serie de conceptos, que a menudo se ha planteado tener que desecharlos completamente. En efecto, una opinión teórica, cuyo punto de partida puede verse en la teoría de la causalidad de von Buri, ha conducido frecuentemente a la idea de que la “tendencia a producir un resultado”, atribuible a ciertas acciones, no tendría ninguna condición objetiva reconocible. Es llamativo que en base a estas concepciones se ha producido un cierto cambio justo en la forma básica de consideración jurídica. La pregunta acerca de si una acción es apta generalmente para la producción de ciertos resultados se habría quedado fuera de lugar ante una teoría estricta de la causalidad: en parte por esta razón, como sea, fue menester decidirse por hacer depender la imputación de si el resultado pudo haberse previsto por parte del sujeto actuante y de si aquél aparecía en conexión con su voluntad. La afirmación de que la tentativa inidónea también es punible encontró su asidero relevante en la convicción jurídica de que la diferenciación entre tentativa peligrosa y no peligrosa es, en verdad, ilusoria y que, por ende, solo se puede poner acento en el tipo subjetivo de la tentativa. Frente a estas concepciones es importante relevar la justificación relativa del antiguo modo de verificación y la procedencia lógica de las distinciones que le sirven de fundamento. En todo caso, resta una cuestión de principios, respecto

⁶⁰ Möglichkeit, p. 93.

⁶¹ Möglichkeit, p. 93 y s.

⁶² Möglichkeit, p. 103 y s.

de la cual se pueden tener diversas opiniones, si se quiere castigar también la tentativa no peligrosa o supeditar la imputación de un resultado lesivo a la previsibilidad por parte del sujeto activo o a la relación causal general con la acción; pero, lo que no puede concederse es la existencia de un fundamento determinante en la naturaleza lógica de los conceptos de posibilidad para los modos de verificación recientemente postulados⁶³.

Como un objeto penalmente interesante y asimismo relacionado con nuestros problemas, aunque de un modo completamente distinto, cabe finalmente mencionar brevemente la aplicación del cálculo de probabilidades a los veredictos de los jurados. Un trabajo muy conocido por los matemáticos, hasta donde alcanzo, apenas considerado por los juristas, *Recherches sur la probabilité des jugements*, Paris 1837, de Poisson, trata exhaustivamente este objeto, ya abordado por Condorcet y Laplace. Poisson creía poder derivar con la ayuda del cálculo de probabilidades y en base a ciertas investigaciones estadísticas (del dato, pues, de cuántas veces, del total de veredictos, estos fueron emitidos con la más pequeña mayoría) cuántos veredictos serían correctos y cuántos falsos. A este respecto tenían las palabras correcto y falso, empero, significados específicos, no tan sencillos. No debía ser tildado de correcto aquel veredicto que condena al realmente culpable y que absuelve al realmente inocente. Antes bien había de atenerse solamente a si el dictamen del caso se ha emitido según la “probabilidad real” de la culpabilidad o de la inocencia⁶⁴. Por lo menos es claro que, aun cuando solo se lograra una comprobación respecto de cuán ajustados se pronuncian los veredictos a tal sentido positivo y objetivamente fijado, este debería ser un objeto de la mayor importancia para la administración de justicia práctica. No obstante, un panorama general sobre los ámbitos en los cuales ha sido aplicado el cálculo de probabilidad por parte de los matemáticos muestra que aquí a menudo se ha procedido de modo muy esquemático y también muchas veces se han obtenido resultados insostenibles⁶⁵. Una teoría que parte de las relaciones de ámbito de juego enseña con particular claridad cómo deben ser satisfechas determinadas condiciones objetivas a fin de que sea lícito aplicar el cálculo de probabilidades a cualesquiera fenómenos de modo similar que a los juegos de azar. Así, los resultados vinculados a los veredictos no tienen en absoluto el significado atribuido por Poisson a ellos. A partir de la relativa frecuencia de las mayorías grandes o pequeñas se puede más bien solo (y esto también con mucha precaución) sacar una conclusión sobre la mayor o menor

⁶³ Möglichkeit, p. 109 y s.

⁶⁴ Prinzipien, p. 260.

⁶⁵ Prinzipien, cap. IX.

armonía o divergencia de las visiones. Con ello no se quiere decir que una tal investigación carecería de todo valor e interés, y quizás ha de lamentarse por lo menos que ésta no tenga lugar actualmente. Pero, no deberíamos esperar saber a partir de ella qué cifra porcentual de todos los veredictos puede ser designada como correcta o en determinado sentido adecuada al tipo en cuestión.