

RESPONSABILIDAD Y SUERTE PENAL. REFLEXIONES SOBRE UN ARGUMENTO DE EDUARDO RIVERA LÓPEZ

Tobías J. Schleider

Resumen:

Uno de los temas centrales de la teoría penal contemporánea es la discusión a favor y en contra de la punición igualada de tentativas y delitos consumados. Este problema es comúnmente analizado desde la perspectiva de la suerte. La meta de los defensores de la punición igualada es erradicar a la suerte de los juicios de responsabilidad penal. Para hacerlo, antes deben diferenciar entre la suerte que afecta los resultados de las acciones y otras clases de suerte involucradas. Rivera López trató de justificar tal límite en el campo de la moral, y si sus ideas pudieran trasladarse al reino del derecho penal podrían ser de gran ayuda para los partidarios de la punición igualada. Aquí trato de plantear algunas observaciones críticas a sus tesis y mostrar que, en última instancia, ellas no pueden dar apoyo a la postulación subjetivista.

Palabras clave: responsabilidad, pena, suerte, control, acción.

Abstract:

One of the central topics of contemporary criminal law theory is the discussion for and against equal punishment of attempts and completed crimes. This problem is commonly analyzed from the perspective of luck. The goal of the defenders of the equal punishment view is to eradicate luck from criminal responsibility judgments. To do that, they first have to differentiate among the luck that affects the results of actions and other kinds of luck involved. Rivera López tried to justify the drawing of that limit in the field of morals, and if his ideas could be trasposed to the criminal law realm, they could be a great help for the upholders of the equal punishment view. Here I try to pose some critical observations to his theses, and to show that, ultimately, they could not support the subjetivists' claim.

Keywords: responsibility, punishment, luck, control, action.

1. Uno de los problemas que surcan la teoría del delito, y que ha resurgido con fuerza inusitada en las últimas décadas, es el del rol que debe darse a los resultados en la evaluación de las conductas.

* Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina). Correo electrónico: tobias@schleider.com.ar

Su derivación más inmediata es la discusión entre quienes sostienen que ellos deben pesar en la determinación de la responsabilidad penal y el castigo consecuente, y quienes se oponen a esa idea. Modernamente, el debate se plantea entre los "subjettivistas" y los "objetivistas penales"; con más especificidad, entre los partidarios de la "punicción igualada", o "equivalente", y los defensores de la "punicción diferenciada" de quien consigue concretar su plan, provocando un daño, y de quien "habiendo hecho lo mismo" que el primero, no logra su cometido por factores ajenos a su voluntad.¹

El argumento principal para favorecer a la tesis de la punición igualada gira en torno a la llamada "condición de control", que –con estas palabras u otras semejantes– se enuncia como la estipulación de que sólo deben incidir en la atribución de responsabilidad factores que el agente controla (un análisis de los argumentos pertinentes fue hecho en otra parte; ver, e.g., Schleider 2010). Aunque, por lo común, lo anterior es tratado en términos de suerte más que de falta de control: aquello debido a la suerte debe quedar fuera de las bases de la responsabilidad penal.

Ahora bien, si se desea mantener que elementos fortuitos no deben influir en la asignación de responsabilidad, debe lidiarse con un inconveniente particular. No es vano insistir en que no hay una única clase de azar en juego en el ámbito de las evaluaciones normativas (e.g., Williams 1976; Nagel 1976). Los subjettivistas favorables a la punición igualada parecen fijarse sólo en la suerte que afecta a los resultados de las acciones delictivas. Si esto es así, deberían dar las razones por las que habría de trazarse un límite entre ese tipo de suerte y la que afecta, por ejemplo, a las circunstancias que le permiten al agente realizar sus planes, o a los antecedentes causales de sus actos, o a su constitución misma. Como se planteará con más detalle enseguida, si se espera quitar a la suerte (*i.e.*, la falta de control) de los diferentes tipos de consideraciones para fundar el reproche penal, el riesgo de que se torne imposible justificar la responsabilidad es muy elevado.

¹ Pueden verse, por todos, Zielinski 1973, pp. 57 y ss., 146, 161-163, etc.; Sancinetti 1991a, pp. 11 y ss.; 1991b, pp. 62 y ss.; Stratenwerth 2006, pp. 68-69, etc.; Malamud Goti 2008, pp. 115-118, pp. 140-144; Smith 1971; Schulhofer 1974, pp. 1497-1502; Ashworth 1987; Alexander 1994; Kadish 1994; Fletcher 1994; Feinberg 1995; Duff 1996, esp. capítulos 6-8, 11-13, etc. Ver también Moore 2009, esp. capítulo 2, y capítulos 1, 3, 4-6, 8-9; y Alexander-Kessler Ferzan-Morse 2009, esp. capítulos 1, 5, 7.III-IV y 8.

En lo que sigue será comentado uno de los intentos más interesantes para dar respuesta a los interrogantes que surgen de este escollo en el ámbito de la moral, cual es el de Eduardo Rivera López (2000). El primer objetivo que persigo con ello es apreciar la medida en que sus desarrollos podrían servir a las pretensiones del subjetivismo penal, particularmente en lo que hace a su fundamentación de la punición igualada. El segundo, y final, es ponerlos en crisis.²

2. Como he explicado, la discusión en torno a la punición igualada puede enfocarse desde la perspectiva del problema de la injerencia del azar en los juicios normativos.³ Si en ese marco se quisiera hacer una síntesis muy apretada, podría decirse que el subjetivismo se opone a la punición diferenciada de las tentativas acabadas y los delitos consumados con el argumento de que la producción de un resultado más allá de la tentativa acabada sería una cuestión de suerte en las consecuencias (*i.e.*, que el agente no controla los resultados de sus actos). De inmediato puede cuestionarse que si el problema es la incidencia de la suerte, debería rechazarse también la injerencia de la suerte que afecta a aspectos diferentes de la acción (que también pueden reputarse fuera de su control), y no sólo a sus resultados.⁴ Desde el trabajo de Thomas Nagel (1976), modernamente se reconoce que la influencia del azar puede tener implicancias valorativas en otros aspectos de la vida de los seres humanos, además de lo que importa a las consecuencias de las acciones que realizan. La constitución sociocultural del agente, las circunstancias que le toca enfrentar, los factores antecedentes que ha-

² No trataré, porque no forma parte central del argumento estudiado aquí, otro de los temas que se discute en torno a la condición de control: si ella implica la exigencia de posibilidades alternativas de actuación en cabeza del agente. Sólo mencionaré algunas generalidades al respecto, como punta de lanza para un análisis más profundo que deberá desarrollarse en otro lugar (esto sin perjuicio de la consideración que haré en más abajo a propósito de un argumento de Eduardo Rivera López).

³ Respecto del problema general de la "suerte moral", pueden verse, amén de los señeros artículos de Williams y Nagel (ambos de 1976), como fundamentales, los siguientes: Adler 1987, Browne 1992, Kessler Ferzan 1994, Ripstein 1994, Rosebury 1995, Zimmerman 2002 y 2006, Latus 2003, Domskey 2004, Enoch-Marmor 2006, Ferrante 2007, Enoch 2008, Zipursky 2008, Raz 2009, y los trabajos de Judith Andre, Henning Jensen, Nicholas Rescher, Norvin Richards, Judith Jarvis Thomson, Margaret Urban Walker, y Michael J. Zimmerman reunidos en la indispensable compilación de Daniel Statman (Statman 1993).

⁴ Como señala, por ejemplo, Joseph Raz (2009, ap. 4; mi trad.): "...por lo general, cuando actuamos intencionalmente controlamos los resultados. Aquellos tentados a rechazar esta conclusión deben negar también que seamos responsables por la mayoría de nuestros intentos...".

cen posible la ejecución de la acción, etc., son factores determinantes de sus conductas, condiciones indirectas del castigo, y también dependientes en gran medida de la fortuna. Sirve a los efectos que siguen clasificar en dos grandes tipos al azar con respecto a los actos: el que incide en sus resultados y el que afecta, por decirlo de un modo abarcativo, a sus circunstancias.

Surge entonces una especie de dilema. Si se sostiene que la suerte no puede tener ninguna incidencia en la atribución de responsabilidad, o bien debe reprocharse, a lo sumo, sólo la mera intención de actuar, algo que los subjetivistas rechazan de manera explícita; o bien la asignación de responsabilidad es imposible. Para eludir esta disyuntiva, debería poder justificarse una diferencia entre la suerte en las consecuencias y las demás clases de suerte (especialmente, la que afecta a las circunstancias que deben darse para que la acción sea posible), que permitiera sostener que es factible descartar sólo a la primera.

Hay un argumento, ideado por Eduardo Rivera López (2000), que en apariencia, en caso de prosperar, sería de gran ayuda para las pretensiones subjetivistas: aunque sus reflexiones se circunscriben al problema de la injerencia de la suerte en los juicios morales (la llamada "suerte moral" (*e.g.*, Nagel 1976; Williams 1976)), podrían resultar extensibles en cierta medida al campo de los juicios penales. Rivera López intenta mostrar que existe una diferencia relevante entre la suerte que incide en los resultados de las acciones y la suerte "circunstancial", frente a la atribución de responsabilidad. Esto sería fundamental para la posición subjetivista favorable a la punición igualada, porque si tal diferencia no es trazable, el rechazo de la incidencia del azar afectaría tanto al que importa a las consecuencias de los actos como al vinculado con sus circunstancias y antecedentes. No quedaría nada (más que, tal vez, la nuda intención) sobre lo cual apoyar los juicios. La atribución de responsabilidad penal, con esto, devendría imposible. Y los subjetivistas, naturalmente, no estarían dispuestos a aceptar algo así.

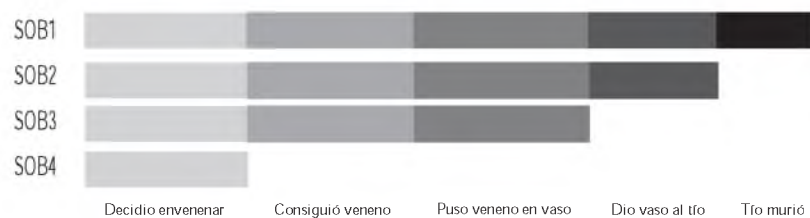
Rivera López sostiene que la suerte que afecta a las circunstancias es cualitativamente diferente de la que incide en las consecuencias de los actos. En lo fundamental, porque una importa a los factores anteriores y la otra a los siguientes "a la actividad del agente". Pero también refiere que la distinción es en cierto sentido relativa. Sirve evocar su ejemplo en el cual un hombre invitado por su sobrino a tomar el té le anuncia que ha sido instituido como su único heredero, y el joven decide matarlo para hacerse de la herencia con anticipación. Si (como propone

Rivera López) se subdivide la acción compleja de envenenar al tío, por ejemplo, en conseguir el veneno, ponerlo en un vaso y dárselo a beber, cada una de esas subacciones podría resultar afortunada en el sentido de que se obtuviera el resultado (parcial) que persigue. En este entendimiento, conseguir el veneno sería un problema de suerte en las consecuencias para la primera subacción, pero pasaría a ser una cuestión de azar circunstancial para la segunda. Ahora bien, con esto parece que el que un caso de suerte sea consecencial o circunstancial depende de cómo se describa la acción analizada. Y con esto la distinción, por lo menos en principio, se desdibuja. Ante una acción descrita como el intento de conseguir veneno, el hecho de que el veneno no se obtenga es suerte en las consecuencias. Frente a una acción descrita como el intento de poner el veneno en un vaso, la misma situación de no conseguir el veneno sería suerte en las circunstancias, no en las consecuencias. Pero si la acción de un mismo sujeto (*e.g.*, que intenta envenenar a otro) es describible con verdad de ambas formas, ¿cómo podría entonces sostenerse que la suerte en las consecuencias es irrelevante para la asignación de responsabilidad mientras que la suerte en las circunstancias sí puede ser significativa, aun en el sentido mínimo que pretende justificar Rivera López? Considérese que, para él, la suerte circunstancial debe ser soportada para que la cuestión de la responsabilidad pueda surgir; tan sólo para que sea viable la pregunta acerca de si un agente es o no responsable por algo.⁵

En la presentación de su posición, Rivera López apela a una variedad de ejemplos cuyos protagonistas son sobrinos, más o menos codiciosos, que deciden (o no) envenenar a sus tíos para heredarlos. Aquí tomaré en cuenta a esos sujetos, aunque con algunas variantes en la presentación de los eventos que los involucran, que serán útiles para presentar mi posición frente a la suya. Él pone nombres a sus actores, pero yo prefiero

⁵ Frente a esto podría decirse que en el momento de atribuir responsabilidad, ya se cuenta con una interpretación determinada de la acción a evaluar y que, con esto, quedaría establecido qué es a su respecto suerte en las circunstancias, y en las consecuencias. Creo que esta no sería una respuesta legítima a la objeción, dado que la observación que hago en el texto se refiere a una etapa teóricamente anterior del proceso de atribución de responsabilidad que tiene que ver, justamente, con la identificación de las acciones a evaluar, y sus características. En nada cambia que en el derecho penal se cuente con un catálogo de (descripciones de) acciones a evaluar, puesto que la manera de interpretar esas (descripciones de) acciones es lo problemático. Por cierto, este problema aqueja a cualquier teoría sobre la atribución de responsabilidad (subjetivista o de otra impronta) que quiera apoyarse, para identificar acciones, en un procedimiento como el cuestionado.

denominarlos de manera más impersonal. En lo que sigue, SOB1 será quien tuvo éxito en las tres subacciones mencionadas y logró que su tío bebiera el veneno y muriera; SOB2 quien consiguió lo mismo, salvo que su tío no murió porque resultó ser resistente al tóxico empleado; SOB3 quien tuvo éxito en conseguir el veneno y ponerlo en el vaso, pero no en que su tío lo bebiera, porque lo volcó involuntariamente; SOB4, por último, quien al buscar el veneno en el botiquín no lo encontró porque alguien lo había tirado sin su conocimiento. Gráficamente:



Comparando la situación de SOB1 y SOB2, Rivera López diría que ambos merecen el mismo reproche porque la única diferencia relevante entre los sucesos de los que son protagonistas es producto de suerte en las consecuencias. Si se contrasta a SOB1 con SOB3, los dos habrían tenido la necesaria suerte en las circunstancias como para poder formarse sus decisiones y concretar la acción de *conseguir un vaso con veneno para dárselo al tío con la intención de matarlo*. Pero esa suerte sólo tendría incidencia para que pudiera plantearse la pregunta por su responsabilidad en tal acción, por lo que ambos serían igualmente responsables por ella. Si se considera la acción de *dar al tío un vaso con veneno*, SOB1 fue exitoso y SOB3 no, pero por azar en las consecuencias, por lo que ambos también merecerían el mismo reproche.

Ahora bien, respecto de la acción compleja de *envenenar (matar) al tío*, que se viene desmenuzando en las etapas mencionadas, SOB3 no la concretó pero porque no tuvo la suerte circunstancial necesaria: el tío no recibió el vaso, algo que para la acción descrita como *dar al tío un vaso con veneno* era suerte en las consecuencias pero con relación al todo es circunstancial. Sin embargo, la pregunta normativamente relevante es si existe una diferencia entre las conductas de SOB2, cuyo tío recibió el vaso pero resultó ser inmune a la sustancia que le suministró, y SOB3. Para el profesor argentino los dos serían igualmente responsables por *el intento de dar un vaso con veneno al tío con intención*

de matarlo. SOB2 lo logró y SOB3 no, por azar en las consecuencias. En cambio, con relación a la acción de *envenenar (matar) al tío*, SOB2 no la concretó por suerte en las consecuencias. SOB3, por su lado, no habría tenido la suerte circunstancial necesaria y, por ende, su responsabilidad al respecto no sería evaluable. La anterior no parece más que una diferencia verbal. Además es evidente que, en rigor, la descripción "envenenar al tío" o "matarlo" no se aplica a lo que realizó SOB3: por cómo se dieron las cosas, de él sí puede decirse que *intentó* matar al tío con veneno, pero nada más allá de eso. Así, la distinción entre suerte en las circunstancias y suerte en las consecuencias se relativizaría a una determinada forma de describir la acción. Y, de esta manera, parecería difícil sostener que una puede tener relevancia para la atribución de la responsabilidad y la otra no.

Todo esto se ve más claro si se considera a SOB4, quien al ir a buscar el veneno al botiquín no lo halló porque alguien lo había tirado sin su conocimiento. En su caso, el conseguir el veneno es una cuestión de suerte en las consecuencias. Para Rivera López no tendría sentido preguntarse por la responsabilidad de SOB4 respecto del intento de poner el veneno en un vaso y el intento de dárselo a beber al tío. SOB4 sería "neutralmente inocente". Pero, según creo, sí parece sensato averiguar si SOB4 es responsable *por haber intentado envenenar al tío* (por cierto, lo mismo que cabe preguntarse sobre SOB3, SOB2 y SOB1). Es más, la respuesta es que aun en el programa de Rivera López sí lo es, al menos en parte, ya que fue azar en las consecuencias de lo que intentó hacer lo que impidió que se lo considerara igualmente responsable que los demás. SOB4 intentó matar a su tío. Como parte de su plan, trató de conseguir veneno. No lo obtuvo por falta de suerte en las consecuencias de lo que intentó. Por eso su proyecto se frustró. Jurídicamente podría decirse que aquello que emprendió no pasa de ser un acto preparatorio de envenenamiento, de modo que esta diferencia sería relevante para el derecho penal, pues es difícil que pudiera considerárselo autor de una tentativa de homicidio si lo único comprobado es que intentó conseguir veneno. Pero desde la perspectiva moral —que es el campo donde Rivera López se mueve— su acción no parece irrelevante, aun cuando no hubiera conseguido el objetivo por circunstancias azarosas.⁶ Y si la suerte

⁶ Remedando sin dudas el comienzo de *Ana Karenina*, dice —con mucho de verdad— Guillermo Cabrera Infante en su novela póstuma *La ninfa inconstante* (Galaxia Gutenberg, 2008, 138): "Todos los crímenes con éxito son iguales. Sólo los crímenes que fallan se diferencian entre sí."

en las consecuencias se descartara, SOB4 sería tan responsable como SOB1, SOB2 y SOB3 por el intento de envenenar al tío.

Rivera López, apoyándose en Feinberg (1970, pp. 33 y ss), sostiene que "una teoría de la responsabilidad moral que excluye factores de suerte en las consecuencias deberá ser una teoría en la cual el objeto último del juicio de responsabilidad pertenece al ámbito interno del sujeto". Yo considero que la suerte en las consecuencias no es eliminable por completo, y que la determinación de la responsabilidad debe tomar en consideración cómo resultaron los actos emprendidos. Pero más allá de esta discrepancia de fondo, cuya elucidación sin duda excede el objeto de este trabajo, lo cierto es que difícilmente pueda negarse que en la determinación de qué acción realizó (o trató de realizar) un sujeto es fundamental atender a sus intenciones, pero además a algún resultado. Con otras palabras, si la acción es un complejo subjetivo-objetivo, cuál sea la acción realizada depende tanto del componente externo (resultado) como del interno (intención). La intención del agente es lo que permite interpretar su conducta como *suya*. Y la descripción de una acción es relevante a los fines de establecer cuál es la intención involucrada. Por lo general, de acuerdo a qué acción haya tenido en mira el actor, esto es, cuál es la descripción de su actividad que él se haya representado, podrá o no considerársele autor de ella (*e.g.*, Von Wright 1963a; 1968; 1971).

En los ejemplos recién presentados, varía el aspecto externo de las conductas de los sobrinos, pero no el interno: los cuatro tienen la intención de matar a su tío con veneno. Todos se formaron esa intención, y cada uno paró (o, si se prefiere, su acción se detuvo) en momentos distintos. La descripción relevante para los cuatro casos es "intento de matar al tío con veneno". Y con relación a la totalidad de esa conducta (no sólo al resultado), la suerte juega el mismo papel. Por ende, la distinción entre las clases de suerte deja de ser significativa. Con otras palabras, si tal diferencia es dependiente de descripciones, y en los cuatro casos puede ser verdadera la misma descripción de la acción, no hay distingo que pueda trazarse, respecto de las suertes, que influya en la atribución de responsabilidad. El derrotero aquí recogido, que de haber tenido éxito hubiera permitido apuntalar al argumento subjetivista comentado, es decir, descartar el azar resultante sin arrastrar a los de-

Pero los crímenes que nunca se cometen son los más exitosos: todo su arte reside en su plan o en su concepción".

más tipos –y, en última instancia, a la propia idea de juicio evaluativo–, pierde entonces mucho de su asidero.

3. En verdad, lo antedicho se aplica más que nada a las situaciones que se presentan una vez que el agente ya comenzó a actuar. Al margen de que el subjetivismo penal rechace la idea de castigar sólo por aspectos internos (*i.e.*, no exteriorizados) de las acciones, debe enfatizarse lo siguiente. Como no parece posible, a través de la estrategia propuesta, establecer un corte sólido y relevante entre la suerte que afecta a las circunstancias y a las consecuencias *luego* de que el actor comenzó a materializar su plan, tampoco surge con claridad cómo trazar la distinción con respecto a la suerte que despliega su efecto *antes* de que la acción impacte en el mundo. Y un argumento como el de los subjetivistas favorables a la punición igualada precisa responder también por qué esa clase de suerte es separable de la resultante.

Rivera López (*op. cit.*, esp. pp. 49-52) tiene mucho para decir sobre esto. Para resumir sus ideas al respecto, introduciré a un nuevo sobrino, SOB5. Como los otros cuatro, él invitó a su tío a tomar el té. Pero su tío faltó a la cita. Por eso, no se enteró de que sería legatario de los bienes. Y entonces, no decidió matar al tío. Rivera López sostiene que los mundos posibles distintos del real son “indeterminados”, al menos en este sentido: no es posible saber el contenido de los actos de voluntad libres. Para su argumento es ineludible el tomar por verdadero que no habría conjunto alguno de condiciones antecedentes que, sumado a un conjunto de leyes, fuera suficiente para explicar un acto de voluntad libre; esto es decir –en palabras de Rivera López– que la indeterminación mentada sería “ontológica”. En concreto, según Rivera López no podría saberse si SOB5 habría decidido matar a su tío si éste le hubiera contado acerca de su institución como heredero. Por otra parte, Rivera López entiende que el mundo real debería privilegiarse por sobre los otros mundos posibles (indeterminados). Concluye a partir de esto en que no sería adecuado afirmar que SOB5 “es moralmente responsable de un acto que habría llevado a cabo si su tío lo hubiera visitado”.

El argumento anterior serviría, de ser solvente, para fundar la *no* responsabilización de SOB5. La pregunta que queda por responder es si también sería útil para apoyar la *responsabilización* de un sujeto como SOB1, quien visitado por su tío y enterado de su condición de heredero, cometió el homicidio en consecuencia. El mismo Rivera López pone en consideración un razonamiento que conduciría a una respues-

ta negativa. Se partiría de que aunque no podría predecirse una decisión, sí sería posible predecir una *no* decisión: no sería factible saber si SOB5 habría matado al tío de haberse concretado la cita, pero sí podría afirmarse que SOB1 *no* habría decidido matar a su tío si éste no hubiese asistido a la cita y le hubiera dicho lo que le dijo. Con esto, no podría decirse que SOB5 es responsable, pues debería esperarse a que se dieran las condiciones que posibilitaran su acto de voluntad para ver si él en efecto lo produce. Pero tampoco podría decirse que SOB1 es responsable, pues sí se sabe que "si no se hubiera dado cualquiera de las condiciones necesarias (como la visita de su tío), no habría realizado el acto de voluntad". Así, SOB1 sería responsable en el mundo posible real y no sería responsable en el mundo posible en el cual el tío no asiste a la cita; y el único factor que diferenciaría a los mundos sería azaroso. Por ende, SOB1 no podría ser responsabilizado, si se quisiera eliminar por completo el azar del dominio de los juicios normativos.

Como fue insinuado más arriba, Rivera López cree que cuenta con un argumento para enfrentar esa objeción. Trae al ruedo a *otro* sobrino, al que llamaré SOB6. Él se encuentra en las mismas circunstancias que SOB1 pero, a diferencia de éste, *decide no matar* al tío. Si se considerara a SOB5 como "inocente", ello sería porque no puede saberse si en la situación de SOB1 habría decidido matar al tío; se trataría de una inocencia "neutral". SOB6, en cambio, sería inocente en sentido "positivo": *pudiendo* haber decidido dar muerte al tío, decidió no hacerlo. Para Rivera López, la única diferencia entre SOB1 y SOB6 "no es azarosa, sino que, por el contrario, consiste en lo único que no es azaroso: el acto de voluntad". Y en la visión del profesor argentino, el reproche a SOB1 consistiría en establecer una comparación con un posible SOB6; en decirle: "podrías no haberlo hecho, y lo hiciste". La comparación entre SOB1 y SOB5, en cambio, no sería planteable en esos términos. De esta manera, el objeto del juicio de disvalor sería esa "inocencia moral en sentido positivo". En definitiva, para Rivera López, si se comparara a SOB1 con SOB5 se introduciría un elemento azaroso en el juicio de responsabilidad; pero la comparación que debería interesar es entre SOB1 y SOB6: personas que se ven involucradas en circunstancias equivalentes, una de las cuales decide actuar de manera incorrecta y la otra opta por la corrección. Y en una comparación como esta no incidiría la suerte.

4. La propuesta anterior es pasible de críticas. En lo que aquí interesa, la principal ha de comenzar con una observación respecto de la naturaleza de la indeterminación involucrada en los casos propuestos. Esa indeterminación, que Rivera López reputa "ontológica", acerca de si el agente de estar en las condiciones adecuadas hubiera actuado (o decidido actuar) como el que estuvo en esa situación y actuó, se debería a que no podría conocerse la verdad de los juicios contrafácticos (salvo que se presupusiera el determinismo causal, que aquí está descartado). El anterior es un juicio contrafáctico en el sentido de que es una estimación, una hipótesis, sobre lo que hubiera hecho el agente. Ahora bien, los juicios morales (y, de una manera especial, también los jurídicos) se basan sobre suposiciones de ese tipo. Sin ir más lejos y como se aprecia de la síntesis anterior, el propio Rivera López asume que para ser responsabilizado, el agente tiene que haber contado con la posibilidad de actuar de otro modo. Y afirmar que un sujeto que actuó de cierta manera podría haber actuado, en las mismas circunstancias, de manera distinta es tanto un juicio contrafáctico como decir que habría actuado diferente en situaciones diversas.

Rivera López afirma que es imposible saber si un agente, que no decidió matar, lo hubiera hecho de estar en las condiciones adecuadas. Pero las situaciones en las que hablamos de suerte circunstancial se explican mejor de otra manera. Se dice que uno no debe ser más severo con el agente que decidió actuar con respecto al que no lo hizo por no darse las circunstancias necesarias, porque el que se dieran esas circunstancias depende del azar. Pueden concebirse muchas clases de suerte circunstancial. La más común se explica con ejemplos como los de un ciudadano alemán que colaboró con el régimen nazi, y podría haber tenido una vida inofensiva si Hitler no hubiera alcanzado el poder, que se confronta con la situación de otro compatriota que se mudó a otro país,⁷ y habría jugado un papel similar si hubiese permanecido en Alemania durante la guerra.⁸ Otro supuesto tiene la forma siguiente (Enoch-Marmor 2006, 422). Bertrand encuentra a su enemigo Kurt y

⁷ Por razones lamentablemente obvias, en un ejemplo como éste Nagel (1976) elige a la Argentina como destino para el colaboracionista en potencia.

⁸ Con esto se pretende mostrar que los ciudadanos de la Alemania nazi se vieron sujetos, con mayor o menor libertad, a la disyuntiva entre comportarse heroica o canalllescamente respecto del régimen; los residentes en otros países no estuvieron sometidos a esta prueba. Parece irracional que nuestro estatus moral esté a merced del azar de las circunstancias y, a la vez, es natural pensar que debemos juzgar a la gente por lo que hace o deja de hacer, y no por lo que habría hecho si el mundo fuese diferente (Nagel 1976, pp. 65-66).

lo mata. Gilbert va a encontrarse con Kurt, pero se entera de que ya ha sido asesinado (por Bertrand). Rivera López diría que Gilbert es "neutralmente inocente", pues no puede saberse si efectivamente hubiera decidido (o puesto en movimiento su decisión de) matar a Kurt si éste aún estaba vivo. Y esto impediría sopesar sus situaciones. La comparación relevante, en cambio, sería para él entre Bertrand y, por caso, Ludwig, que frente a Kurt aún vivo y en las mismas circunstancias que le tocaron enfrentar a Bertrand, decide *no* matarlo. Ahora bien, esto que se dice con respecto a la suerte circunstancial podría también sostenerse respecto de la suerte resultante. En el supuesto de los tiradores, si el viento desvía la bala de uno de ellos, ¿no es tan indeterminado aseverar que de no ser por el viento la bala habría dado en el blanco como afirmar que SOB5, de haber conocido que el tío le legaría sus bienes, lo habría matado (o, si se quiere, que Gilbert habría asesinado a Kurt de haberlo hallado vivo)? Con esto quiero decir que es posible imaginar una situación en la que un agente, con la misma motivación y la misma intención, está en circunstancias diferentes que otro, y comparar a ambos con sentido.

Lo que Rivera López respondería es que la trayectoria de la bala en ausencia de viento se podría calcular mediante el empleo de leyes físicas, etc.; en concreto, que no es (lógicamente) imposible establecer qué habría pasado si no se hubiera desviado. Pero la conducta de SOB6 (o de Gilbert) en circunstancias que no se dieron no podría determinarse en absoluto, pues nada explicaría por completo un acto de voluntad libre. Aun concediéndole a Rivera López sin discusión que los actos de voluntad libres son finalmente incausados, persiste un problema.

Parece haber una confusión de planos, o una ambigüedad, implícita en la presentación que Rivera López hace de qué constituiría una condición necesaria para una cierta acción. Cuando señala que sería una cuestión de suerte circunstancial el que el tío le hubiera comunicado al sobrino que lo instituya como heredero, pretende remarcar que si no fuese por eso, la decisión de matar no se habría formado. Pero ésta no es una condición necesaria para que el sobrino decida matarlo, al menos no en el mismo sentido que lo serían la presencia del tío, de un vaso y de veneno para dar a su tío un vaso con veneno. El sobrino podría decidir dar muerte a su tío por otras razones. Habría entonces que diferenciar entre acciones genéricas y presupuestos lógicos de esas acciones genéricas, y acciones individuales e interpretaciones de ellas basadas en razones. La circunstancia de que el tío le diga al sobrino que lo insti-

tuye heredero no es una condición necesaria de la acción genérica "matar"; pero sí puede constituir una condición necesaria para la acción particular del sobrino de matar al tío de conformidad con una cierta explicación de su conducta, que tome en cuenta las razones concretas que lo llevaron a realizarla (e.g., matar al tío para heredarlo).⁹

En síntesis, Rivera López no cree viable (o razonable, o funcional) una comparación entre SOB1, quien envenenó a su tío, y SOB5, quien no es visitado por su tío, no se entera de su condición de heredero y, en concreto, no hace absolutamente nada. La diferencia entre ambos sería, para él, una cuestión de suerte. La comparación para determinar la responsabilidad de alguien no debería ser con otro sujeto que esté en una situación diferente sino con quien se encontrara en las mismas circunstancias y, pudiendo hacer lo mismo, no lo hubiera hecho. Pero esta comparación tiene el inconveniente de que, en realidad, la visita del tío no es una condición necesaria para que SOB1 o SOB5 se formen la intención de envenenar a su tío, como sí lo eran el conseguir el veneno y el que el tío estuviera vivo. Con otras palabras, parece que el ejemplo que propone Rivera López lleva a un equívoco, que tal vez pudiera evitarse si se reparara en cuál es la manera más adecuada de explicar la exigencia de la posibilidad de actuar de otro modo. Esto es, que para sostener que un sujeto cuenta con la posibilidad de actuar distinto no parece conveniente reputar necesario el postular la existencia (en algún sentido) de una secuencia alternativa de sucesos que conduzcan a su decisión diversa (e.g., Hurley 2003, pp. 17-28). En cambio, resulta más útil analizar la posibilidad de actuar de otro modo, siguiendo a von Wright (1985), en términos de capacidad para realizar una acción genérica. Las condiciones a verificarse serían tres: (a) que el agente tenga capacidad para realizar y para abstenerse de realizar una acción genérica; (b) que el agente realice (u omita) una acción individual subsumible en tal acción genérica y (c) que el agente actúe como lo hizo basándose en una razón (o conjunto de razones). Con esto se conecta la idea de que para saber si en un caso concreto el agente podía actuar de un modo diferente al que lo hizo, es necesario poner en funcionamiento un criterio adecuado para identificar la acción realizada. Ello exige fijarse en sus movimientos corporales (*i.e.*, parte del aspecto objetivo de la

⁹ Una alternativa a esta forma de ver las cosas sería entender que Rivera López no está refiriéndose a la cuestión genérica de los medios necesarios para arribar a un fin, sino en lo que *con textualmente* (Von Wright 1963b, p. 168, etc.) se necesita para ello. Una discusión acabada sobre ello excede los límites de este trabajo.

acción), pero no con exclusividad: los mismos movimientos del cuerpo son compatibles con innumerables acciones distintas (*e.g.*, Davidson 1963). También es necesario considerar la intención del actor (*i.e.*, un componente subjetivo de su conducta), lo que conlleva tomar en cuenta sus razones para actuar. Así, las razones que tuvo el agente para hacer lo que hizo forman parte de la identificación de su acción. Por eso, matar al tío para heredarlo ha de ser considerada una acción distinta de matar al tío por otro motivo.

Si la única diferencia entre las situaciones que involucraron a SOB1 y SOB6 hasta el momento de la toma de sus decisiones es que, en la que protagonizó el primero, el agente decidió matar al tío y, en la que protagonizó el segundo, el agente decidió no matarlo, no habría una distinción entre ambos sujetos que pudiera atribuirse a la suerte (aceptando que las decisiones son incausadas, *i.e.*, no determinadas causalmente). Aunque Rivera López no lo afirme de manera expresa, esto quiere decir que si es que la suerte afecta a uno, afecta al otro por igual. Es decir, que no hay una "diferencia moral" (o "penal") entre ambos que pudiera reputarse azarosa. La comparación entre SOB1 y SOB6 no representa un caso de suerte moral (ni penal). En cuanto a SOB5, quien no decidió hacer nada porque no tuvo oportunidad de figurarse alguna alternativa, no correspondería preguntarse por su responsabilidad ni respecto de un mero intento de envenenar al tío. Pero esto no porque no pueda compararse su situación con la del sobrino que actuó, sino simplemente porque SOB5 no envenenó al tío, ni intentó envenenarlo, ni decidió hacerlo, ni comenzó a formarse la intención pertinente, ni se representó, siquiera, alguno de los motivos apropiados.

5. En los párrafos anteriores he problematizado los argumentos de Rivera López desde varios ángulos. La diferencia que él intenta trazar entre los distintos tipos de suerte es relativa a descripciones, lo que visto con cuidado le hace perder casi toda su fuerza. Además, sugiere que por razones "ontológicas" no puede saberse si un agente hubiera actuado en cierta forma de haberse encontrado en la situación propicia, en la que en verdad no estuvo; pero no funda su afirmación de una manera contundente. Su apelación, para tal fin, a la incognoscibilidad de la verdad de los contrafácticos parece jugarle en contra. Subyace a su derrotero una ambigüedad en torno a la identificación de las acciones, que siembra dudas sobre cuáles son las relevantes, si las genéricas o las individuales. Ello arrastra hacia la incertidumbre también al crite-

rio para discernir a las consecuencias necesarias de los actos de las que no lo son. Por último, en esta enumeración acotada, la ubicuidad de los ejemplos puestos a consideración (*i.e.*, el que sean útiles para dar cuenta de todos los supuestos relevantes que involucran a la "suerte moral") puede controvertirse.

Por sobre todo ello, ha de destacarse el obstáculo mayor que deberían sortear quienes pretendieran valerse de los argumentos de Rivera López para apoyar las argumentaciones subjetivistas a favor de la punición igualada. Como señalé, los razonamientos del profesor argentino son tributarios de una asunción muy fuerte, cual es la viabilidad de la causación activa (*i.e.*, que los actos de voluntad son libres e incausados). El propio Rivera López en el trabajo analizado (2000, 33, n. 3, 47-48, n. 14, 53) refiere que no defiende, sino que *presupone* (sin tener "una posición firme" a su respecto) la tesis de la libre voluntad que involucra la noción del agente humano como "motor inmóvil" (*i.e.*, como causante último de sus propias acciones) (*e.g.*, Chisholm 1964, pp. 28-29). Y esto es lo que, finalmente, lo habilita para sostener que el acto de voluntad de un ser humano es lo que marca un quiebre entre lo que sucede antes y lo que sucede después de él. Es decir que luego de que el sujeto actuó, la producción o no del resultado dependerá de la suerte (resultante), y no deberá incidir en la atribución de responsabilidad. Pero los factores azarosos previos a un acto de voluntad (la suerte antecedente, o circunstancial) no impiden según este derrotero la responsabilización del agente por su acto, simplemente porque su acto es siempre libre.

Con esto, aun si –al margen de mis restantes observaciones críticas– todas sus conclusiones se reputaran como correctas, no rescatarían al subjetivismo en su intento de descartar la suerte pero sin volver imposible la atribución de responsabilidad. Ellos quedarían comprometidos a *justificar* (sin que valiera el recurso de Rivera López, que como he indicado tiene otros objetivos) el libre albedrío para que su posición resultara viable. En otras palabras, los subjetivistas deberían demostrar lo que para Rivera López es suficiente presuponer: que los actos de decisión son libres, es decir, que no están causalmente determinados, a partir de lo cual lo que suceda antes de ellos es eliminable a la hora de responsabilizar a los agentes humanos.

La consecuencia de todo lo anterior que me interesa resaltar, es que debe ser puesta seriamente en duda la entidad de los razonamientos analizados para hacer las veces de cuña entre la suerte (o la falta de

control) que afecta a los resultados y otros tipos de azar (*i.e.*, los que atañen a aspectos diferentes de las acciones). A pesar de esto, no debe perderse de vista que lo que enseña Rivera López (con sus sobrinos) es muy importante: cuál es el nudo gordiano que debe desatarse (o, si quiera, cortarse) si se pretende conquistar el Oriente subjetivista, esto es, desterrar a la suerte del reino de los juicios morales y, en especial, penales. No obstante, el apoyo que el partidario de la punición igualada podría esperar de esta táctica no tiene, a la luz de lo que he venido planteando, la solidez que aparentaba.¹⁰

Bibliografía

- Adler, J. E. (1987), "Luckless Desert is Different Desert", *Mind*, 96, 382, pp. 247-249.
- Alexander, L. (1994), "Crime and Culpability", *Contemporary Legal Issues*, 5, pp. 1-30.
- Alexander, L., K. Kessler Ferzan y S. J. Morse (2009), *Crime and Culpability: A Theory of Criminal Law*, New York, Cambridge University Press.
- Ashworth, A. J. (1987), "Defining Criminal Offenses Without Harm", en P. Smith (ed.), *Criminal Law: Essays in Honour of J. C. Smith*, vol. 7, Londres, Butterworths, pp. 7-23.
- Browne, B. (1992), "A Solution to the Problem of Moral Luck", *The Philosophical Quarterly*, 42, 168, pp. 345-356.
- Chisholm, R. (1964), "Human Freedom and the Self", *The Lindley Lecture*, University of Kansas, 3-15; reimpresso en G. Watson (ed.), *Free Will*, New York, Oxford University Press, 1982, pp. 24-35.
- Davidson, D. (1963), "Actions, Reasons, and Causes", en *The Journal of Philosophy*, 60, 685-700; reeditado en D. Davidson, *Essays on Actions and Events*, Oxford, Clarendon Press, 1980, pp. 3-20. Hay traducción castellana de O. Hansberg, J. A. Robles y M. Valdés, "Acciones, razones y causas", en D. Davidson, *Ensayos sobre acciones y sucesos*, México-Barcelona, UNAM-Crítica, 1995, pp. 17-36.
- Domskey, D. (2004), "There Is No Door: Finally Solving the Problem of Moral Luck", *The Journal of Philosophy*, 101, 9, pp. 445-464.
- Duff, R. A. (1996), *Criminal Attempts*, Oxford, Clarendon Press.

¹⁰ Agradezco los comentarios de Jorge Rodríguez, Claudina Orunesu, Marcelo Ferrante y dos árbitros anónimos, quienes contribuyeron a mejorar una versión previa de este trabajo.

- Enoch, D. (2008), "Luck Between Morality, Law, and Justice", *Theoretical Inquiries in Law*, 9, pp. 23-60.
- Enoch, D. y A. Marmor (2006), "The Case Against Moral Luck", *Law and Philosophy*, 26, 4, pp. 405-436.
- Feinberg, J. (1970), *Doing and Deserving: Essays in the Theory of Responsibility*, Princeton, Princeton University Press.
- _____ (1995) "Equal Punishment for Failed Attempts: Some Bad But Instructive Arguments Against It", *Arizona Law Review*, 37, pp. 117-133.
- Ferrante, M. (2007), "Deterrence and Crime Results", *New Criminal Law Review*, 10, 1, 1-77.
- Fletcher, G. P. (1994), "On the Moral Irrelevance of Bodily Movements", *University of Pennsylvania Law Review*, 142, 5, pp. 1443-1453.
- Hurley, S. L. (2003), *Justice, Luck, and Knowledge*, Cambridge, Harvard University Press.
- Kadish, S. (1994), "Foreword: The criminal law and the luck of the draw", *Journal of Criminal Law and Criminology*, 84, pp. 679-702.
- Kessler Ferzan, K. (1994), "The Role of Luck in the Criminal Law", *Pennsylvania Law Review*, 142, pp. 2183-2237.
- Latus, A. (2003), "Constitutive Luck", *Metaphilosophy*, 34, 4, pp. 460-475.
- Malamud Goti, J. (2008), *Suerte, moralidad y responsabilidad penal*, Buenos Aires, Hammurabi.
- Moore, M. S. (2009), *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, New York, Oxford University Press.
- Nagel, T. (1976), "Moral Luck", en *Proceedings of the Aristotelian Society*, 50, pp. 115-135; reimpresso en T. Nagel, *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge University Press 1979, pp. 24-38 y en Statman 1993, pp. 57-72 (las referencias corresponden a la última reimpresión). Hay traducción castellana de C. Valdés, *La muerte en cuestión: Ensayos sobre la vida humana*, México, Fondo de Cultura Económica, 1981.
- Raz, J. (2009), "Agency and Luck", *Columbia Public Law & Legal Theory Working Papers*, Paper 9170, http://www.lsr.nellco.org/columbia_pllt/9170.
- Ripstein, A. (1994), "Equality, Luck, and Responsibility", *Philosophy and Public Affairs*, 23, 1, 3-23.

- Rivera López, E. (2000), "Responsabilidad y suerte moral. Circunstancias y consecuencias de la acción", en *Análisis Filosófico*, XX, 33-54 (las referencias corresponden a esta publicación); reimpresso en P. Navarro y M. C. Redondo (eds.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, 2002, pp. 275-290.
- Rosebury, B. (1995), "Moral Responsibility and 'Moral Luck'", *The Philosophical Review*, 104, 4, pp. 499-524.
- Sancinetti, M. (1991a), *Casos de derecho penal*, 2nd ed., Buenos Aires, Hammurabi.
- (1991b), *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circumscripito al disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi.
- Schleider, T. J. (2010), "Subjetivismo, castigo y suerte", próximo a aparecer en *Analisi e diritto, ricerche di giurisprudenza analitica*, Turin/Madrid, G. Giappichelli Editore/Marcial Pons.
- Schulhofer, S. J. (1974), "Harm and Punishment: A Critique of Emphasis on the Results of Conduct in the Criminal Law", *University of Pennsylvania Law Review* 122(6), pp. 1498-1502.
- Smith, J. C. (1971), "The Element of Chance in Criminal Liability", *Criminal Law Review* 63 (1971), pp. 63-75
- Statman, Daniel, ed. (1993), *Moral Luck*, Albany, State University of New York Press.
- Stratenwerth, G. (2006), *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el Derecho penal*, 2nd ed., Buenos Aires, Hammurabi, compilado y traducido al español por M. Sancinetti y P. Ziffer.
- Von Wright, G. H. (1963a), *Norm and Action. A Logical Enquiry*, Londres, Routledge & Kegan Paul; hay traducción castellana de P. García Ferrero, *Norma y acción. Una investigación Lógica*, Madrid, Tecnos, 1970, y otra traducción, s.f., de E. Bulygin y E. Garzón Valdés, que circula en versión mimeografiada.
- _____ (1963b), *The Varieties of Goodness*, Londres, Routledge & Kegan Paul; hay traducción castellana de D. González Lagier y V. Roca, *La diversidad de lo bueno*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Marcial Pons, 2010.
- _____ (1968), *An Essay in Deontic Logic and the General Theory of Action*, Acta Philosophica Fennica, XXI, Amsterdam, North Holland Publishing Company; hay traducción castellana de E. Garzón

- Valdés, *Un ensayo de lógica deóntica y la teoría general de la acción*, México, UNAM, 1976.
- _____ (1971), *Explanation and Understanding*, Ithaca, Cornell University Press; hay traducción castellana de L. Vega Reñón, *Explicación y comprensión*, Madrid, Alianza Editorial, 1980.
- _____ (1985), *On Human Freedom*, Salt Lake, University of Utah Press. Hay traducción castellana de Antonio Canales Serrano, *Sobre la libertad humana*, Barcelona, Paidós, 2002.
- Williams, B. (1976), "Moral Luck", en "Proceedings of the Aristotelian Society", 50, pp. 115-135. Reimpreso en B. Williams, *Moral Luck Philosophical Papers 1973-1980*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981, 20-39 y en D. Statman 1993, 35-56 (las referencias corresponden a la última reimpresión). Hay traducción castellana de S. Marín, *La fortuna moral*, en B. Williams, *La fortuna moral-Ensayos filosóficos 1973-1980*, México, UNAM, 1993, pp. 35-58.
- Zielinski, D. (1973), *Handlungs- und Erfolgswert im Unrechtsbegriff. Untersuchungen zur Struktur von Unrechtsbegründung und Unrechtsausschluß*, Berlin, Duncker & Humblot; hay traducción castellana de M. Sancinetti, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito*, Buenos Aires, Hammurabi, 1990.
- Zimmerman, M. J. (2002), "Taking Luck Seriously", *The Journal of Philosophy*, 99, 11, pp. 553-576.
- _____ (2006), "Moral Luck: A Partial Map", *Canadian Journal of Philosophy*, 36, 4, pp. 585-608.
- Zipursky, B. C. (2008), "Two Dimensions of Responsibility in Crime, Tort, and Moral Luck", *Theoretical Inquiries in Law*, 9, 1, pp. 97-137.

Recepción: 10/08/2010

Aceptación: 30/09/2010