

SUERTE MORAL Y SUBJETIVISMO PENAL. EL PROBLEMA DEL *ERROR IN PERSONAM* Y EL *ABERRATIO ICTUS**

GUSTAVO A. BEADE**

Resumen: El problema de la suerte moral ha originado debates entre filósofos y teóricos penales. En este trabajo intentaré introducir el problema y luego me voy a concentrar en la regulación de circunstancias específicas del derecho penal, que se vinculan con la suerte, como el *aberratio ictus* y el *error in personam*. Mi objetivo, en este trabajo, es señalar las dificultades que tienen aquellos que pretenden negar la influencia de la suerte en nuestras vidas.

Palabras clave: suerte moral – subjetivismo penal – contrato moral – *error in personam* – castigo penal.

Summary: The problem of moral luck originated debates between philosophers and criminal theorists. In this paper I will try to introduce this problem and then I will concentrate on some specific difficulties of the criminal law related with luck, as the *aberratio ictus* and *error in personam*. My aim in this paper is to point out the obstacles of those who seek to deny the influence of luck in our lives.

Keywords: moral luck – criminal subjectivism – *error in personam* – criminal punishment.

* Recepción del original: 12/11/2014. Aceptación: 26/12/2014.

** Universidad de Buenos Aires. Instituto de Investigaciones Ambrosio L. Gioja. gbeade@derecho.uba.ar. Presenté una versión anterior de este trabajo en un seminario organizado por el Centro de Estudios de Justicia de la Universidad de Chile, el 22 de julio de 2014. Agradezco las críticas y sugerencias de los participantes del seminario en particular de Jonatan Valenzuela y de Juan Pablo Mañalich. También quiero agradecer –como siempre– por los comentarios a Gonzalo Penna y Santiago Roldán.

I. INTRODUCCIÓN

La influencia de la suerte en aquello que hacemos ha sido objeto de extensas discusiones entre filósofos morales desde la publicación del trabajo de Bernard Williams, titulado, *Moral Luck*.¹ Estos debates también tuvieron su réplica entre penalistas y filósofos del castigo durante los últimos años.² Si bien, la suerte moral es un complejo problema de la filosofía moral, intentaré en este trabajo introducirlo, brevemente, ingresando en la discusión sobre los modos en los que interpretamos las leyes penales. En particular, me voy a concentrar en la regulación de circunstancias específicas del derecho penal, como el *aberratio ictus* y el *error in personam*. Mi objetivo es mostrar algunas de las dificultades que tienen aquellos que pretenden negar los condicionamientos a los que nos somete la suerte en la vida que nos toca vivir.

II. SUERTE MORAL Y CASTIGO PENAL – ACLARACIONES PREVIAS

La influencia de la suerte en nuestra forma de inculpar y responsabilizar a otros es discutida desde los primeros trabajos publicados sobre la llamada *suerte moral*. Algunos filósofos y teóricos del derecho penal reconocen la influencia de la suerte en nuestros juicios morales y también, por supuesto, en los modos en los que inculpamos y castigamos. Estos teóricos entienden que la suerte influye en una gran cantidad de decisiones de nuestra vida que apreciamos en los resultados de lo que hacemos. Admitir esta influencia de la suerte implica asumir que tengo menos

1. WILLIAMS, B., “Moral Luck” (1976) incluido en *Moral Luck*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981. Sobre esta discusión ver STATMAN, D. (ed.), *Moral Luck*, Albany, State University of New York Press, 1993.

2. Así, por ejemplo, ASHWORTH, A., “The Criminal Law’s Ambivalence about Outcomes”, en *Crime, Punishment and Responsibility, The Jurisprudence of Antony Duff* (Cruft, Kramer & Reiff eds.), Oxford, Oxford University Press, 2011; TADROS, V., “Obligations and Outcomes”, en *Crime, Punishment and Responsibility. The Jurisprudence of Antony Duff* (Cruft, Kramer & Reiff eds.), Oxford, Oxford University Press, 2011; ALEXANDER, L. y FERZAN, K., “Results don’t matter”, en *Criminal Law Conversations* (Robinson, Garvey & Kessler eds.), Oxford, Oxford University Press, 2010; HURD, H. (ed.), “Special Issue Symposium on *Crime and Culpability*”, en *Law and Philosophy* Volume 29 Number 4, July 2010; DUFF, R. A., “Subjectivism objectivism and the role of theory”, en *Harm and Culpability* (Simester & Smith eds.), Oxford Clarendon Press, 1996; ASHWORTH, A., “Taking the consequences”, en *Action and Value in Criminal Law* (Stephen Shute, John Gardner & Jeremy Horder, eds.), Oxford, Clarendon Press, 1993; DUFF, R. A., “Acting, Trying, and Criminal Liability”, en *Action and Value in Criminal Law* (Stephen Shute, John Gardner & Jeremy Horder, eds.), Oxford, Clarendon Press, 1993. En nuestro país se encargaron de algunos aspectos de este problema SCHLEIDER, T., *Acción y resultado*, Buenos Aires, Didot, 2011 y FERRANTE, M., *Filosofía y Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013.

control sobre mis planes y proyecciones. De eso se trata la *suerte moral*, ser alabado o reprochado, en parte, por aquello que está fuera de mi control. En el plano legal, estos pensadores defienden aquello que explican como la *tesis de la diferencia*. Esta tesis sostiene, básicamente, que se debe castigar más a quien concreta un resultado por sobre aquel que sólo lo intenta.³ Esta distinción sería razonable porque, moralmente, no es lo mismo causar un resultado que sólo intentarlo.⁴

Como señalé antes, la posibilidad de ser recompensado o responsabilizado por la mera suerte implicaría que aquello que hice estuvo fuera de mi control. Filósofos y teóricos del derecho penal afirman que, si hay conductas que están fuera de mi control, parece inapropiado que alguien sea responsabilizado moralmente por ello. Un agente sólo podría ser responsabilizado si pudo decidir racionalmente, *i.e.* haber pesado las distintas razones disponibles en favor de algún curso de acción. En definitiva, sólo podemos ser responsables por aquello que controlamos. Estos filósofos y teóricos, a menudo autodenominados subjetivistas, afirman que los resultados de las cosas que hacemos están fuera de nuestro control e influidos por la suerte.⁵ Por esta razón, la responsabilidad debe agotarse en la intención inicial de actuar y en la de perseverar en el curso elegido. De esta manera, para estos pensadores nada de lo que ocurre más allá de la voluntad debe pesar en la evaluación moral de cualquier acto.⁶ Todo lo que está fuera de mi control, *e.g.* los resultados de lo que hacemos, no es parte de mi responsabilidad.

Esta noción de control implica que la suerte no puede tener lugar en nuestros juicios de responsabilidad moral.

Los subjetivistas defienden en el plano legal la *tesis de la equivalencia*. Según esta tesis, quien intentó realizar un acto prohibido por la ley, debe recibir el mismo castigo que aquel que efectivamente lo concretó. Así, los delitos intentados y los consumados deben ser tratados en forma idéntica. Los subjetivistas adoptan distintas versiones para justificar esta decisión legal. Sin embargo, eso no es algo

3. Entre muchos otros, MALAMUD GOTI, J., *Suerte, moralidad y responsabilidad penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008; DUFF, R. A., *Criminal Attempts*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

4. Algunos de los filósofos del derecho penal que defienden esta tesis sostienen que esta afirmación es igualmente válida cuando premiamos a otros y cuando los castigamos. Creo que el reconocimiento y el castigo no son dos caras de la misma moneda. Intento presentar un argumento similar en BEADE, Gustavo A., Reseña de “Suerte, moralidad y responsabilidad penal” de Jaime Malamud Goti, *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, Año 1, Número 1 (Mayo 2013).

5. Así, por ejemplo: ASHWORTH, A., “Belief, Intent, and Criminal Liability”, en *Oxford Essays in Jurisprudence. Third Series 1* (Eekelaar & Bell eds.), Oxford, Clarendon Press, 1987; SANCINETTI, M., *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991.

6. MALAMUD GOTI, J., “Lo que nos puede tocar en suerte: reflexiones sobre responsabilidad y subjetivismo”, en *Nueva Doctrina Penal 2004/A*.

que quiero desarrollar aquí.⁷ Me interesa en este espacio concentrarme sólo en un aspecto muy pequeño de este debate: la discusión sobre la interpretación de legislaciones penales positivas y, en particular, la forma de resolver dos problemas bien conocidos entre los penalistas: el *error in personam* y el *aberratio ictus*.

Creo que es difícil limitar la influencia de la suerte en nuestras vidas. Sin embargo, en este espacio no voy a intentar defender mi propia versión de la *tesis de la diferencia*. En cambio, me propongo un objetivo más modesto. Mi objetivo será mostrar que la solución que defienden algunos subjetivistas para resolver estos casos no coincide con aquello que creo que la *tesis de la equivalencia* debería decir. Así, voy a sugerir cuál es la solución que los subjetivistas deberían adoptar si se tomaran en serio los fundamentos de la tesis que defienden. Esto me llevará a tratar de establecer los límites de la intención, según el punto de vista que defienden los subjetivistas, y señalar aquellos problemas que tienen al negar la suerte.

III. LA SOLUCIÓN LEGAL ESTÁNDAR, ¿INCORRECCIÓN MORAL?

Como expliqué antes, los defensores del subjetivismo critican la valoración de las consecuencias de lo que hacemos porque los resultados están fuera del control del agente que los lleva adelante. La propuesta de los teóricos subjetivistas es que no debemos valorar lo que finalmente ocurre con la conducta emprendida. Debemos castigar a alguien sin perjuicio de lo que finalmente ocurre en el mundo en el que vivimos. Todo lo que ocurra luego de que un agente mueve el cuerpo depende de la suerte. Por esta razón, para inculpar y castigar a otro, basta con que la acción sea una de aquellas conductas prohibidas por la ley y que haya sido llevada a cabo intencionalmente.

Esta tesis contrasta con la gran mayoría de legislaciones penales que conocemos, que establecen que quien comete un delito debe recibir más castigo que quien sólo lo intenta. Esta es la solución legal *estándar*: los resultados importan y por eso quien comete un crimen recibe más castigo que quien lo intenta. El argumento que presentan los subjetivistas consiste en mostrar la incorrección moral de la regulación legal *estándar* y la corrección de su propio argumento. Afirman que tomar en cuenta lo que ocurre luego de que decidimos tomar un curso de acción tiene como consecuencia la posibilidad de que la suerte nos lleve a tomar decisiones injustas.

7. Entre otros ver FEINBERG, J., "Criminal Attempts: Equal Punishment for Failed Attempts", en *Problems at the Roots of Law*, Oxford, Oxford University, 2003; SANCINETTI, M., *Teoría del delito y disvalor de acción*, cit.; ASHWORTH, A., "Taking the consequences", cit.; ALEXANDER, L. y FERZAN, K., *Crime and Culpability, A Theory of Criminal Law*, New York, Cambridge, 2009.

Los defensores de la *tesis de la diferencia*, cuestionan a estos teóricos subjetivistas utilizando distintos tipos de argumentos. El último argumento que utilizan, probablemente, el más débil también, consiste en remitirse a la mayoría de las legislaciones positivas vigentes de los países que conocemos. Esta estrategia tiene como finalidad mostrar que existe un acuerdo prácticamente unánime de que, en nuestras comunidades, concretar un resultado es más grave que no hacerlo, *i.e.* matar es *peor* que *sólo* intentar hacerlo. Como adelanté, esta defensa parece débil, porque la mera invocación a una legislación no dice nada acerca de su legitimidad ni de su corrección moral. Sin embargo, creo que en la discusión sobre la interpretación de la legislación positiva subyacen argumentos morales por demás interesantes. Un buen ejemplo de esto se presenta en la crítica que recientemente Jaime Malamud Goti⁸ dirigió hacia los problemas de interpretación planteados en un texto por el filósofo Steven Sverdlik.⁹

Sverdlik pretende en su texto defender ciertos aspectos de la *tesis de la equivalencia* tomando para ello algunos problemas bien conocidos en el derecho penal: me refiero a lo que ocurre en los casos de *dolus generalis*, *aberratio ictus* y *error in personam*. En lo que sigue me encargo de explicar estos problemas particulares. Luego presentaré las soluciones que ofrece Sverdlik y el vínculo con su propia versión de la tesis de la equivalencia.

IV. SOLUCIONES SOBRE *DOLUS GENERALIS*, *ABERRATIO ICTUS* Y *ERROR IN PERSONAM*

En su texto, Sverdlik sostiene que la *tesis de la equivalencia* resuelve mejor que la *tesis de la diferencia* los problemas que se presentan al interpretar la ley penal. Como adelanté, Sverdlik llega a esta conclusión luego de trabajar con algunos problemas teóricos bien conocidos por penalistas, los llamados *dolus generalis*, *aberratio ictus* y *error in personam*.

Estos casos pueden ser explicados de una forma más o menos sencilla. Tomemos para eso, algunos ejemplos clásicos: en el *error in personam*, X mata a Y a quien confunde con Z, quien en verdad era su objetivo y a quien X quería asesinar. Los casos de *aberratio ictus* (o *transferred malice* en la doctrina penal anglosajona) son aquellos en los que X mata a Y, quien recibe el impacto luego de que éste se desviara de su destino original que era el cuerpo de Z, a quien, en verdad, X quería matar. Por último, los supuestos de *dolus generalis*, son los que surgen cuando X dispara contra Z quien, impresionado, cae desplomado víctima de un desmayo.

8. MALAMUD GOTI, J., *Suerte, moralidad y responsabilidad penal*, ob. cit.

9. SVERDLIK, S., "Crime and Moral Luck", en *25 American Philosophical Quarterly*, 1988.

Creyéndolo muerto, X arroja el cuerpo al río más cercano para ocultar su delito. Z no había muerto por el disparo y fallece del golpe en la cabeza que le provocó la caída al río.

Según Sverdlik deberíamos, en todos los casos, condenar a X sólo por el intento de homicidio, dado que siempre *quiso* matar de un disparo a Z, lo que no pudo lograr en ninguno de los tres supuestos. En los primeros dos casos porque el muerto fue Y, y en el tercer caso porque la muerte de Z fue por un acto posterior y cuyo resultado no fue querido por X. Recordemos que X creyó, en este último caso, que estaba en presencia de un cadáver. Siguiendo a Sverdlik llamo a esta tesis la “solución de la tentativa”.

Para Sverdlik aplicar la “solución de la tentativa” sería la única forma de resolver correctamente estos supuestos. Sin embargo, Sverdlik se sorprende cuando confirma que quienes defienden la *tesis de la diferencia* adoptan una solución similar a la que él propone: castigar en todos los casos por el intento de homicidio. Es curioso, señala Sverdlik, que una tesis que castiga más a quien concreta un resultado que a quien lo intenta, coincida en estos casos particulares y defienda la misma solución que propone la *tesis de la equivalencia*. Sverdlik cree que el hecho de que una persona muera en cada uno de los casos, obligaría a tomar una decisión diferente que incluya el castigo por el homicidio consumado dejando de lado la “solución de la tentativa”.

Como señalé antes, Sverdlik sostiene que la única forma plausible de solucionar estos tres casos es apelando a la “solución de la tentativa”. Sin embargo, esta solución sólo podría ser defendida por quien considera que el resultado es irrelevante *siempre*. Esta solución debería ser cuestionada por todos aquellos defensores de la *tesis de la diferencia*. Esto es así, según Sverdlik, porque no es posible castigar a alguien que asesinó a otro *como si sólo lo hubiera intentado*. No es posible, afirma Sverdlik, resolver mediante la “solución de la tentativa” ninguno de estos tres casos siguiendo el criterio del daño concretamente realizado, usualmente utilizado por las normas penales, dado que finalmente *hay* una muerte.¹⁰ En estos casos no hay un daño menor, como en un acto intentado cualquiera, sino uno *igual* a un delito consumado. Su argumento es que los defensores de la *tesis de la diferencia* deberían recurrir a dos soluciones diferentes para poder resolver estos casos: el primero sería sostener que el intento de X de matar a Z es igual a matar a Z, por lo cual la tentativa y el resultado deben equipararse en estos casos. Esto se lograría si seguimos la intuición de justicia corriente que dice que, de todos modos, el resultado ocurrió. La otra alternativa que plantea Sverdlik, es afirmar que lo moralmente relevante en estos casos es la intención con la que actuó X, lo cual también implicaría salirse

10. SVERDLIK, S., ob. cit., p. 80

del razonamiento propuesto por la *tesis de la diferencia*.¹¹ Seguir cualquiera de los dos supuestos nos lleva a la misma conclusión: de acuerdo con Sverdlik, la única opción plausible para resolver estos casos es adoptar su *tesis de la equivalencia*. No es posible, diría el argumento de Sverdlik, resolver estos problemas si seguimos el criterio establecido en la legislación positiva que sigue los criterios de la *tesis de la diferencia*.

V. LA CRÍTICA DE MALAMUD GOTI

En un trabajo reciente sobre el problema de la suerte moral, Jaime Malamud Goti señala que la interpretación que ofrece Sverdlik lo fuerza a sostener que el resultado de lo que hacemos no puede modificar nuestros reproches y condenas. Sverdlik cree que es posible, mediante algún tipo de regulación legal, limitar a la suerte moral. Según Malamud Goti, Sverdlik debería contentarse con la solución legal usual en estos casos (tentativa de homicidio) dado que se castiga prescindiendo lo que ocurre en el mundo después de la acción, esto es, siguiendo sus propios criterios de responsabilidad.¹²

En su texto, Malamud Goti cuestiona a Sverdlik utilizando dos argumentos centrales. El primero es que la posición de Sverdlik se debilita por su lealtad a la ley positiva. Según Malamud Goti, sería posible reformar las leyes de modo que éstas prescriban a jueces y jurados imponer las condenas que Sverdlik considere apropiadas. La suerte moral, dice Malamud Goti, no depende de las contingencias propias de las diferentes estrategias y técnicas legislativas sino que es un problema de filosofía moral.¹³

El segundo argumento de Malamud Goti, apunta a cuestionar la interpretación que hace Sverdlik sobre la equiparación de los castigos. Según Malamud Goti, Sverdlik no pretende restar un *minus* de pena a quien por (mala) suerte provoca un resultado para equipararlo a quien sólo lo intentó. Por el contrario, su concepción de igualdad se basa en sumar un *plus* a quien intenta para equipararlo con quien concreta el resultado. En este punto, Malamud Goti afirma que Sverdlik debería aceptar que su discrepancia con la “solución de la tentativa” se basa en que la mejor solución sería sancionar a todos los actos intentados como si realmente se hubieran concretado.

Las críticas de Malamud Goti nos ayudan a pensar alguna forma distinta de entender el problema de la suerte moral. Estoy de acuerdo en que se trata de un

11. SVERDLIK, S., ob. cit., p. 80.

12. MALAMUD GOTI, J., *Suerte, moralidad y responsabilidad penal*, cit., p. 69, nota 5.

13. MALAMUD GOTI, J., *idem*.

problema de filosofía moral y no de interpretación de la ley positiva. Sin embargo, Malamud Goti se escapa rápidamente de una discusión que podría ser planteada por él mismo en otros términos. Me refiero a que es un argumento usual de los defensores de la *tesis de la diferencia* señalar que la intuición moral que indica que concretar algo es peor que sólo intentarlo se refuerza si prestamos atención a la legislación penal de la mayoría de los países del mundo occidental. Sin embargo, apelar sólo a ese dato me parece insuficiente para criticar a la *tesis de la equivalencia*.¹⁴ Creo que es posible criticar a esta tesis siguiendo sus propios presupuestos. Allí también es posible incluir el problema de la suerte moral. Pretendo en lo que sigue cuestionar la posición de Sverdlik tomando en cuenta lo que, creo, una defensa de la *tesis de la equivalencia* debería decir.

VI. LOS PROBLEMAS DE LA TESIS DE SVERDLIK

Los casos presentados por Sverdlik, recibieron poca atención de parte de comentaristas y teóricos en la doctrina legal contemporánea. Su marginalidad y la escasa probabilidad de que ocurra en el trabajo diario de acusadores, defensores y jueces, hacen que su tratamiento sea más bien superficial y parece sensato que así sea. Sin embargo, es posible discutir largamente siguiendo las intuiciones que se nos presentan al momento de resolver estos casos. Quizá fuera posible destacar alguna discusión respecto del llamado *dolus generalis*.¹⁵ Por esta razón me interesaría aquí, particularmente, concentrarme en los dos casos restantes: *error in personam* y *aberratio ictus*.

El supuesto de hecho que se presenta en los casos de *error in personam* es sencillo: un individuo mata a otro de un disparo luego de confundirlo con un tercero quien, a su vez, era el objetivo del disparo. En los casos de *aberratio ictus*, quien dispara no confunde a la víctima con otro sino que se produce una desviación del curso causal que provoca la muerte de un tercero a quien no quería matar. La solución en estos casos se establece siguiendo la “solución de la tentativa”, tal como señala Malamud Goti. Con algunas variantes, esta también es la opinión dominante en el derecho penal continental.¹⁶

14. Empero, esta estrategia es corriente en nuestra literatura. Creo que esto se debe a una interpretación demasiado extrema de los trabajos de Carlos Nino. Ver entre otros NINO, C., “Subjectivism and Objectivism in the Criminal Law”, 1992 [conferencia original en inglés]; NINO, C., *Radical Evil on Trial*, New Haven, Yale University Press, 1996.

15. Ver por ejemplo, ROXIN, C. y SANCINETTI, M., *Desviación del curso causal y “dolus generalis”*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2004.

16. Si bien respecto del *aberratio ictus* la discusión es bastante más amplia, por ejemplo en Alemania, en general, los comentaristas y teóricos defienden la “solución de la tentativa” para ambos casos. Entre

Según Sverdlik debemos cuestionar la “solución de la tentativa” en los casos de *error in personam* y *aberratio ictus* porque nuestros juicios morales dirían que es relevante que una persona falleció. Él piensa que sería contra intuitivo castigar sólo por tentativa si, finalmente, una persona murió. A partir de esta intuición, sugiere dos caminos para interpretar las normas que establecen el castigo diferenciado. Por un lado, considera que los actos malos son suficientes para llevarse todo el castigo disponible. Todo lo demás depende de la suerte y no debería jugar a favor de alguien con *mala* voluntad. En este último punto está el segundo camino que sugiere para la actividad interpretativa: la intención del autor. A fin de responsabilizar a alguien Sverdlik nos sugiere situarnos fuera del mundo real y dentro del mundo del autor. Veamos.

La solución que propone Sverdlik, podría reconstruirse a partir de lo que *quiso* hacer el autor, esto es, en los dos casos X *quiso matar a Z*. Pero volvamos nuevamente a los primeros ejemplos para entenderlo mejor. Recordemos que X mata a Y a quien confunde con Z. X *no quiso* matar a Y, sino que *quiso* matar a Z. Si entonces X mató a alguien a quien no quería matar ¿qué razón habría para considerarlo igual de responsable que si lo hubiera hecho? Es importante destacar que, además, su intención era diferente. En el otro caso, X mata a Y, luego de que el disparo se desviara del lugar de impacto planeado, que era el cuerpo de Z. Nuevamente, X quería matar a Z, no a Y.

Si la intención de X en los dos casos fue diferente, dado que siempre quiso matar a quien no mató, la sugerencia de Sverdlik no nos guiaría hacia la solución que nos propone *i.e.* inculpar a X por tentativa de homicidio (o directamente por homicidio dado que Sverdlik propone que ambos castigos deben ser iguales). Por el contrario, si nos situáramos en la posición que plantea Sverdlik, deberíamos decir que X *no debe* ser inculpado. Si la intención de X era sólo matar a Z, el hecho de *no matar a Z* no puede ser reconstruido como su intención. Nuevamente, según este razonamiento, X quería matar a Z, por lo que si el resultado que se concretó es la muerte de otro que no sea Z, esa intención no es confirmada por el resultado y no es útil para reconstruir los deseos e intenciones de X.

Veamos nuevamente el caso del *error in personam* para mostrar más claramente mi argumento. Supongamos que X quiere fervorosamente asesinar al Papa. Para eso, toma en consideración todas las actividades que realiza el Papa durante la semana y organiza su plan para dispararle en una de las caminatas que realiza durante los días miércoles. Sin embargo, al momento de llevar adelante su plan, X

otros ver, FRISTER, H., *Strafrecht AT*, 6. Auflage, München, Beck, 2013, 11/55 y ss.; STRATENWERTH, G. y KUHLEN, L., *Strafrecht AT*, 6. Auflage, Köln, Carl Heymanns, 2011, 8/95 y ss. La posición contraria considera lo que se llama el “plan del autor”. Ver ROXIN, C., *Strafrecht AT I*, 4. Auflage, München, Beck, 2006, 12/165 y ss.

se equivoca de persona y dispara contra un cardenal, a quien confunde con el Papa, que también caminaba junto con el grupo de sacerdotes ¿Es relevante ese error?

Compliquemos aún más las cosas y supongamos que el Papa ese día no se encontraba siquiera dentro del grupo de caminantes. Entonces ¿es posible decir que ese error no tiene ninguna relevancia para caracterizar la intención que pretende defender Sverdlik? Más aún, ¿es posible decir que X *quiso* matar al Papa? Si la intención de X era matar al Papa y por error asesinó a un cardenal, la propuesta de Sverdlik debería conducirnos a afirmar la impunidad de la conducta de X. Nuevamente si la intención y la voluntad de X estaban dirigidas a asesinar al Papa esa diferencia debe ser relevante al momento de inculparlo. Si lo único relevante en la tesis subjetivista que defiende Sverdlik es la intención del agente al momento de llevar a cabo una acción, el sujeto sobre quien se dirige una acción determinada (e.g. un intento de homicidio) es una información relevante que debería considerar. No se trata de que X intentó asesinar a una persona cualquiera. Tampoco es igual para X asesinar a una persona cualquiera: X quería asesinar al Papa y no a un cardenal. Esta diferencia es importante para determinar el contenido de la intención de X. Este contenido debería incluir la identificación de una persona determinada. Si esto no fuera así el concepto de intención que utilizan los subjetivistas sería algo demasiado vago para tener la relevancia que Sverdlik le otorga. Si el sujeto sobre el que se dirige una acción no fuera relevante para construir la intención de hacer algo, el fundamento sobre el que descansa el subjetivismo se transforma en algo muy débil. La forma de construir la intención debería contener determinada información para poder distinguir entre *cualquier* intención y *la* intención relevante. Me refiero a que, en este preciso momento podría estar pensando en asesinar a mi peor enemigo. Eso podría ser sólo una intención entre muchas otras, buenas o malas que albergo en mi mente. Lo relevante para autores como Sverdlik deberían ser las intenciones vinculadas a hechos y circunstancias concretas.

Si seguimos el razonamiento que propongo no podríamos, tampoco, unir los dos caminos que propone Sverdlik. Según su propuesta, en cualquier caso, o bien por el modo en que interpretemos la “solución de la tentativa” o bien tomando en cuenta la intención del autor, siempre concluiríamos en que podríamos prescindir de sancionar actos intentados como tales, y considerarlos como actos consumados. Creo que esto no es así de sencillo según lo que acabo de presentar. El primer camino depende, a mi entender, de una decisión acerca de cómo interpretamos la suerte. Me refiero a si creemos que en verdad existe y que es relevante en nuestras vidas o en cambio, como Sverdlik, la ignoramos descartando su existencia. Esta distinción es relevante al momento de tomar una decisión concreta. El segundo, más sencillo, nos llevaría a decir que X no debería ser inculpado. Los caminos a contrario de lo que señala Sverdlik, no se unen, se bifurcan.

Quisiera precisar un poco más esta cuestión. Sverdlik no afirma que X no debería ser inculpado porque no es lo que quiere en definitiva sostener en su planteo

general. Como bien apunta Malamud Goti, Sverdlik pretende afirmar que la suerte no puede beneficiar a quien hizo todo para lograr un resultado que no concretó. Por el contrario, a su juicio, la suerte es irrelevante, y si quiso matar a otro, alcanza para sancionarlo como si lo hubiera hecho. Su punto es, la suerte no puede beneficiar a alguien que debería estar en una peor situación. Sverdlik no pretende mejorar la situación de los que están peor, concretaron un resultado y deben ser inculpados por el delito concreto. Él quiere empeorar a los que están mejor e intentaron cometer un crimen. Esta forma de presentar la tesis de Sverdlik, muestra que en el fondo hay ideales morales que aparecen, y distintas formas de considerar al *mal*. En este punto, es posible señalar que para Sverdlik, es siempre moralmente malo intentar o incluso pensar en dañar a otro, independientemente de lo que ocurra en el mundo real.

Sin embargo, ese *quiso matar a otro*, no alcanza para dejar de lado el argumento de que *X no quería matar a otro*, quería matar a *Z*. Probablemente la única opción que tendría Sverdlik para defender su tesis es sostener que lo relevante siempre, aún dentro de la intención del autor, son las normas positivas concretas. Esto es, la intención del autor encuentra su límite en las normas penales y en el vínculo que establezca con ellas. De este modo, para los normas penales, *Z* e *Y* son iguales, se engloban dentro de los *seres humanos* a quienes se prohíbe matar.¹⁷ Esto, de todos modos, resulta poco persuasivo y demasiado vinculado a elementos normativos contingentes como las leyes positivas vigentes para constituir una tesis moral fuerte. Por otro lado quienes, como Sverdlik, confían en este modo de solucionar la cuestión no sólo atan las prácticas morales de inculpar y castigar a un sistema criminal determinado, sino que creen que es posible dividir la cuestión en circunstancias objetivas (*e.g.* la ley criminal) y circunstancias subjetivas (la intención del agente).

Tal como lo señalé en un comienzo, no me parece que el camino elegido por Sverdlik, y otros sea demasiado atractivo. Sin embargo, alguien que defendiera una posición subjetivista y quisiera sostener la tesis de Sverdlik debería afirmar que, en circunstancias como las que vimos, no habría –siquiera– que inculpar a quien concreta el resultado.

VII. CONCLUSIÓN

No podemos prescindir de lo que ocurre en el mundo exterior. La influencia de la suerte en todo aquello que hacemos es difícil de negar. Nacemos en lugares que no elegimos, tenemos el carácter que nos toca y aprendemos a lidiar con estas

17. Esta opinión es compartida por autores que defienden una posición similar como Diethart ZIELINSKI; ver *Kommentar zum Strafgesetzbuch Reihe Alternativkommentare*, t.1., §§ 1-21 AK-StGB- ZIELINSKI, §§15, 16, Neuwied, Hermmann Luchterhand Verlag, 1990, p. 493.

circunstancias desde que somos pequeños. Intentar limitar o controlar la suerte nos lleva a realizar una serie de esfuerzos –casi siempre– infructuosos.

Quienes piensan que los resultados de lo que hacemos deben ser irrelevantes para nuestros juicios morales deben reflexionar sobre lo que es relevante para responsabilizar a otro. Si lo que ocurre en el mundo real no importa, lo que ocurre en la mente del agente debe tener ciertas precisiones que permitan comprender mejor a teorías como las que defienden los filósofos y teóricos subjetivistas. Seguiremos discutiendo sobre la relevancia de las consecuencias en la vida que llevamos adelante. Filósofos como John Rawls creen que las teorías éticas que nos llaman atención tienen en cuenta a las consecuencias para juzgar lo que es correcto. Una teoría que no hiciera esto sería, simplemente, irracional.¹⁸ Podemos coincidir con Rawls o con aquello que establece nuestro Código Penal: los resultados cuentan. Lo que no podemos hacer es dejar de prestar atención y discutir teorías que defiendan lo contrario a lo que nosotros creemos correcto. Para poder defender aquello que creemos, lo primero que debemos hacer es tomarnos en serio a quienes piensan que estamos equivocados.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDER, Larry y FERZAN, Kimberly, *Crime and Culpability, A Theory of Criminal Law*, New York, Cambridge, 2009.
- , “Results don’t matter”, en *Criminal Law Conversations* (Robinson, Garvey & Kessler eds.), Oxford, Oxford University Press, 2010.
- ASHWORTH, Andrew, “Belief, Intent, and Criminal Liability”, en *Oxford Essays in Jurisprudence. Third Series 1* (Eekelaar & Bell eds.), Oxford, Clarendon Press, 1987.
- , “Taking the consequences”, en *Action and Value in Criminal Law* (Stephen Shute, John Gardner & Jeremy Horder, eds.), Oxford, Clarendon Press, 1993.
- , “The Criminal Law’s Ambivalence about Outcomes”, en *Crime, Punishment and Responsibility, The Jurisprudence of Antony Duff* (Cruft, Kramer & Reiff eds.), Oxford, Oxford University Press, 2011.
- BEADE, GUSTAVO A., “Reseña de “Suerte, moralidad y responsabilidad penal” de Jaime Malamud Goti”, en *Revista de Teoría del Derecho de la Universidad de Palermo*, n° 1, año 1, Buenos Aires, mayo de 2013.
- DUFF, R. Antony, “Acting, Trying, and Criminal Liability”, en *Action and Value in Criminal Law* (Stephen Shute, John Gardner & Jeremy Horder, eds.), Oxford, Clarendon Press, 1993.

18. RAWLS, J., *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Belknap Press, 1971, p. 30.

- , “Subjectivism objectivism and the role of theory”, en *Harm and Culpability* (Simester/Smith eds.), Oxford Clarendon Press, 1996.
- , *Criminal Attempts*, Oxford, Clarendon Press, 1996.
- FEINBERG, Joel, “Criminal Attempts: Equal Punishment for Failed Attempts”, en *Problems at the Roots of Law*, Oxford, Oxford University, 2003.
- FERRANTE, Marcelo, *Filosofía y Derecho Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2013.
- FRISTER, Helmut, *Strafrecht AT*, 6. Auflage, München, Beck, 2013.
- HURD, Heidi (ed.), “Special Issue Symposium on *Crime and Culpability*”, en *Law and Philosophy* Volume 29 Number 4, July 2010.
- MALAMUD GOTI, Jaime, “Lo que nos puede tocar en suerte: reflexiones sobre responsabilidad y subjetivismo”, en *Nueva Doctrina Penal 2004/A*.
- , *Suerte, moralidad y responsabilidad penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2008.
- NINO, Carlos, “Subjectivism and Objectivism in the Criminal Law”, 1992.
- , *Radical Evil on Trial*, New Haven, Yale University Press, 1996.
- RAWLS, John, *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass., Belknap Press, 1971.
- ROXIN, Claus y SANCINETTI, Marcelo, *Desviación del curso causal y “dolus generallis”*, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia, 2004.
- ROXIN, Claus, *Strafrecht AT I*, 4. Auflage, München, Beck, 2006.
- SANCINETTI, Marcelo, *Teoría del delito y disvalor de acción. Una investigación sobre las consecuencias prácticas de un concepto personal de ilícito circunscripto al disvalor de acción*, Buenos Aires, Hammurabi, 1991.
- SCHLEIDER, Tobías, *Acción y resultado*, Buenos Aires, Didot, 2011.
- STATMAN, Daniel, (ed.), *Moral Luck*, Albany, State University of New York Press, 1993.
- STRATENWERTH, G. y KUHLEN, L., *Strafrecht AT*, 6. Auflage, Köln, Carl Heymman, 2011.
- SVERDLIK, Steven, “Crime and Moral Luck”, en *25 American Philosophical Quarterly*, 1988.
- TADROS, Victor, “Obligations and Outcomes”, en *Crime, Punishment and Responsibility. The Jurisprudence of Antony Duff* (Cruft, Kramer & Reiff eds.), Oxford, Oxford University Press, 2011.
- WILLIAMS, Bernard, *Moral Luck*, Cambridge, Cambridge University Press, 1981.
- ZIELINSKI, Diethart, *Kommentar zum Strafgesetzbuch Reihe Alternativkommentare*, Neuwied, Hermmann Luchterhand Verlag, 1990.