

Editorial, en “Nueva Doctrina Penal”, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, t. 2004/A.

Aclaración del editor: el texto reproducido en esta página puede no coincidir exactamente con la versión publicada porque éste es el texto entregado por el autor, y luego de armadas las páginas de la Revista se realizan las correcciones finales.

Jaime MALAMUD GOTI

Lo que nos puede tocar: Sobre la suerte, el mérito y la responsabilidad¹

-1-

Soy moralmente responsable por algunas consecuencias de lo que hago con mi cuerpo pero no por otras. Cuando las primeras son buenas digo que resultan de mis méritos y que estas consecuencias son culpa mía cuando son malas. Soy responsable de que hayan ocurrido. Por lo general, pensamos que la distinción entre aquello de lo cual somos responsables y aquello por lo que no finca en que tuvimos control sobre los primeros y no sobre los últimos. Decir entonces que estas consecuencias son azarosas o casuales es equivalente a afirmar que no soy responsable de su ocurrencia, que esta ocurrencia esta más allá de mi control. Como contracara del control, la cuestión de la suerte es crucial para quienes encuentran, como es inexplicablemente el caso mío, que el tema de la responsabilidad moral y penal es apasionante. Es a gente parecida a mi en este sentido a quien dedico este ensayo y que indaga sobre la distinción entre suerte y responsabilidad. Para un penalista o un estudioso de la ética, parece claro que la responsabilidad termina allí donde comienza la suerte. Y, obvio es señalarlo, lo inverso también es cierto. Alegar que tal suceso que le atribuyo a mi cuerpo es fruto de la suerte implica negar que me cabe algún mérito o responsabilidad moral por ella. La afirmación de que un hecho que de alguna manera nos afecta es consecuencia de tu suerte significa rehusarme a aceptar que por el mereces un elogio o una condena. Empleamos este lenguaje no sólo en el campo del derecho y la moral sino también en áreas tan comunes como la cocina y los deportes: si te digo que tuviste suerte para cocinar o para ganar la carrera es porque te niego –en todo o en parte- el derecho de ufanarte por los resultados que obtuviste como atleta o como chef.

No hay acuerdo universal acerca de dónde yace el límite entre la suerte y la responsabilidad. En un extremo, un fatalista adjudica todo lo que acontece al campo de la suerte. El sostiene que no hay nada que hacer respecto de los cursos causales porque están prefigurados por alguna fuerza ajena a nosotros mismos. Da lo mismo que estos cursos pasen por algún lugar de nuestro cuerpo o por algún lugar sujeto a su control.² No

¹ Le estoy agradecido a Carlos Rosenkrantz por las pacientes charlas que mantuvo conmigo y sus iluminadoras observaciones.

² Hay pocos autores que defiendan esta posición en su estado puro. Ver Bernard William, “How Free Does the Will Need to Be?” en.....

hay nadie que, por oposición, nos declare culpables de todo lo que ocurre, ni siquiera de lo que ocurre a consecuencia de mover nuestros cuerpos. Casi todos nosotros aceptamos una visión dual de la realidad que nos rodea. Pensamos que somos responsables por ciertos hechos pero no por otros que son producto, como dije, de la suerte. Distinguimos entre lo que cae bajo nuestro control porque pensamos por lo general que, más allá de el, la suerte debe ser inmune a nuestros juicios morales. Yo niego que una afirmación semejante sea verdadera.

Me interesa distinguir, a grandes rasgos, tres clases de suerte que tomo de un conocido artículo de Thomas Nagel³ y que son la *suerte constitutiva*, la *suerte situacional* y la *suerte por el resultado*.⁴ La primera, la suerte constitutiva, está vinculada a la clase de persona que somos sin habernos tocado elegir ser de esta manera. Así, no elegimos ser altos, morenos, impulsivos y asustadizos. La segunda es la *suerte situacional*, que obedece a las circunstancias que rodean nuestra vida, el medio en que actuamos y las situaciones que cada uno enfrenta. Hay quienes nacen en sociedades pacíficas y armoniosas mientras que otros se ven envueltos en guerras o crecen en barrios muy pobres y violentos. Estas cuestiones relativas a quien me tocó ser y a las circunstancias que tuve que atravesar son consideradas relevantes por moralistas y estudiosos del derecho penal. Nuestras propensiones físicas y psicológicas y las situaciones de gran miedo, violencia y necesidad suelen ser consideradas relevantes para establecer el grado de nuestra autonomía, la medida de nuestra responsabilidad. Por último, la *suerte en el resultado*, es aquella relacionada con la manera en que nos salen nuestros proyectos: las consecuencias de nuestros actos.

Más allá de nuestra habilidad y esmero para lograr algo, la producción de resultados depende de cursos causales que transcurren afuera nuestro: más allá de nuestro control. Al interponerse entre el proyectil de mi rifle y el blanco al que había apuntado, el vuelo de un pato pudo haber sido la causa de que no ganase el concurso de tiro. Como intentaré mostrar, hay conexiones importantes entre estas tres clases de suerte moral pero el tema central de este ensayo es la última, la suerte en el resultado. Esta es particularmente importante y conflictiva para filósofos y penalistas. Para algunos, los defensores de la *tesis de la irrelevancia*, nuestra responsabilidad moral no debe variar por efecto de las consecuencias causales de lo que hacemos.⁵ Estas son, como dije, una cuestión de suerte. No sé que dirían estos autores sobre la justicia de perder el premio en el tiro al blanco pero, en materia de responsabilidad moral y penal, su opinión es categórica: sólo somos responsables de aquello que cae estrictamente bajo nuestro control. Esta actitud rechaza la relevancia de la suerte de dos maneras. Primero, al rechazar toda conexión moral entre el agente y el resultado de los cursos causales desencadenados por su acción. Segundo, quien dictamina sobre la moralidad de una acción no puede alterar su juicio por cuestiones colocadas fuera del control del agente cuya acción valora. Por definición, los

³ “Moral Luck”, en **Moral Luck**, Ed. por Daniel Statman, 1993 SUNY, p. 57-71. Nagel agrega una cuarta categoría referida a la forma en que estamos condicionados frente a los eventos.

⁵ Esta tesis ha sido muy bien defendida por Marcelo A. Sancinetti, **Teoría del delito y disvalor de acción: Consecuencias prácticas del ilícito personal**, 1991, Hammurabi, Entre otras partes, ver en especial, pg. 1 y ss, 71 y ss. y 126 y ss.

resultados a que aludo ocurren más allá de este control ya que no dependen de este último que la persona que el agente decidió matar termine por ingerir el vino envenenado de la copa que le entregó. La tesis contraria es la *tesis de la diferencia*. No es moralmente equivalente producir la muerte de alguien que sólo haber intentado hacerlo. Resulta difícil defender esta tesis porque, en la medida en que pensemos que nuestros juicios morales recaen esencialmente sobre nuestra voluntad, la posición trivialmente correcta es la tesis de la irrelevancia. ¿Qué otra cosa que la voluntad vamos a considerar? Yo creo que este es un punto de partida resulta equivocado por no tomar como base la moralidad política sino nociones propias de la moralidad privada. Gran parte de esta presentación apunta a demostrar esta equivocación.

-2-

La cuestión crucial es en realidad moral (moralidad crítica.) Sea como sea que entendamos la cuestión, lo que está en juego no es qué es lo que nos dicen las creencias y costumbres domésticas ni las leyes que las expresan. En la cultura occidental, un gran número de códigos penales castigan más severamente a los criminales exitosos que a los que no lo son. Lo que resulta interesante entonces es establecer si la diferencia que establecen estos códigos es justificable o si es sólo caprichosa. Mi propósito es modesto. No sostengo que el resultado (bueno o malo) deba imponer una diferencia. Me limito a afirmar que esta diferencia no es necesariamente irrazonable y, menos aún, irracional; creo que muchas veces resulta moralmente plausible que ella exista. Intento entonces defender la tesis de la diferencia pero me coloco al margen de ciertas defensas de esta diferencia como lo es la que se basa en una teoría disuasiva del castigo. Esta yace en que, en general, la eficacia intimidatoria del castigo es un tema de debate en general y, en particular, porque invita a desplazar la cuestión de un tema conceptual y general a la de cierta aproximación casuística basada en distinguir entre diferentes clases de delitos. Mientras que, respecto ciertos hechos calculados, como suele serlo la estafa, la amenaza de la pena puede jugar un rol disuasivo, este no es el caso en relación con otros hechos impulsivos como lo son con frecuencia la violación y el homicidio. Omito también discutir la distinción sobre la base de las emociones morales en juego porque no advierto hasta dónde está hoy en claro la naturaleza de estas emociones y menos aún de qué las diferencia.⁶ En líneas generales, hay dos niveles para distinguir entre responsabilidad y suerte. El primero es la de sentido común (SC) y el segundo es el propiamente filosófico (TF.) SC ha sido defendida por R.A. Duff⁷ e impugnada por Andrew Ashworth.⁸

⁶ En "The Moral Emotions of the Criminal Law", (en **The Law Review Association of Quinnipiac School of Law**, Vol. 22, No 1, 2003) Stephen Garvey distingue por un lado, entre diferentes clases de culpa y, por el otro entre la culpa y la vergüenza. Esta línea de argumentación me parece seductora pero no estoy convencido de las distinciones conceptuales de Garvey

⁷ Ver R.A. Duff, "Subjectivism Objectivism and the Role of Theory", en **Harm and Culpability**, ed. por A. P. Simester y A.T.H. Smith, Oxford, 1996, 19-70 y **Criminal Attempts**, Oxford, 1996, p. 329 y ss..

⁸ Andrew Ashworth, "Taking the Consequences", en **Action and Value in Criminal Law**, 1996, Oxford, p. 107 y ss.

La tesis de Duff parte de la idea de que, quienes niegan la relevancia del resultado reducen el valor moral de las acciones sólo a lo que el agente intenta hacer. Si esto es correcto (y me parece que lo es) el mundo social en que vivimos sería así un mundo de “intentos.” Intentamos cocinar, estafar y peinar ya que nuestra eficacia en la ejecución de cada acción no depende sólo de nosotros sino, en alguna medida, de la suerte. Mis cabellos pueden ser muy porfiados, o puedo ser pelado, y el potencial engañado resultar más astuto que yo. El problema con una versión semejante es que no refleja la realidad en la que vivimos. En ella, salvo excepciones, los individuos llevan a cabo lo que se proponen. Esta es nuestra experiencia. Así expuesta, la tesis SC de la diferencia parte de nuestro lenguaje, de la manera en que nos referimos normalmente a las acciones, nuestras y de otros porque esta es la manera en que las concebimos. Desde esta perspectiva, si Juan es un conductor experimentado que vive en esta ciudad, y si no está borracho, decimos de él que ha “ido a su casa a dormir” cuando así lo declara. Afirmer que sólo “intenta” o que “se ha propuesto” llegar a su propia casa suena a demasiado pesimista, rebuscado, excéntrico, o todas estas atributos juntos. El caso de Antonio es diferente. Antonio recién ahora aprende a conducir, ha ingerido bastante vodka y está recién llegado a Buenos Aires desde su ciudad natal, Tegucigalpa. Su cama, además, está instalada arriba de la biblioteca y esto exige trepar por una angosta escalera de madera. En este caso, resultará natural que nos refiramos a su empresa de atravesar la ciudad de noche solo y de subirse a su cama como un *intento* de regresar a su casa para dormir. En este sentido, designamos las acciones –y, para especificarlas, hacemos explícita la intención del agente o su resultado- de acuerdo con la capacidad que le asignamos al agente para llevar a cabo su propósito. Un cirujano “opera” a un paciente con apendicitis crónica como yo “compro pan” o “regreso el video al negocio de la esquina.” Si su colega intenta remover un tumor alojado en una remota región de su cerebro, podré decir entonces, a lo mejor, que sólo “intenta hacerlo.”

En nuestro mundo social, lo normal parece ser el primer caso. Desde el punto de vista de SC, resulta habitual que designemos nuestras acciones por los resultados que nos proponemos obtener. Damos por descontado su éxito y nuestra condena, reproche o reprobación presupone el logro del resultado perseguido. Nos referimos a ellas por el intento del autor, en cambio, cuando el resultado es difícil de lograr por la complejidad de la operación o por la incompetencia del agente. De acuerdo con esta versión, algunos autores piensan que deberíamos considerar nuestras conductas conforme a los efectos que nos proponemos y no a aquellos que sólo intentamos producir.⁹ Para quien ve así la cuestión, la relevancia del resultado no presenta mayores problemas. Valoramos los hechos de acuerdo con la seriedad del resultado propuesto y podemos atenuar nuestro reproche en el caso inusual en que, por el motivo que sea, el agente no llega a hacer lo que se propone. Después de todo, dice Duff, es falsa la brecha que se invoca respecto de lo objetivo y lo subjetivo, mente y cuerpo, interior y exterior, la “pura” voluntad y el mundo causal. Si dudan de la afirmación de que existe la continuidad entre mente y cuerpo, cuéntenme como piensan después de tomar dos whiskys, si no se sonrojan cuando algo los avergüenza o si no se les pone la “carne de gallina” al imaginar lo que podría haberles ocurrido de haber escalado esa montaña. Las emociones podrán

⁹ “Tanking the Consequences..” cit.

originarse en nuestra subjetividad pero se diseminan por la piel y siguen su camino de modo tal que resulta imposible establecer una frontera.

SC tiene sentido aunque es cierto que, como afirma Andrew Ashworth,¹⁰ apela sólo a nuestras intuiciones corrientes. Y es por esta razón él considera que la tesis resulta ser una manifestación del “populismo moral.” Al menos así expresado, SC se basa en una concepción superficial de lo que es una condena moral y, por lo tanto, resulta superficial respecto de lo que hace falta para justificarla. Al adoptar pautas de la cultura popular, la tesis esbozada no hace más que valorar a nuestros actos sobre la base de la moralidad positiva. Esto es, a partir de lo que los miembros de la comunidad a la que pertenecemos creen acerca de lo que es bueno o correcto. Como sabemos, estas creencias suelen estar infestadas de prejuicios y, para ser válida, la justificación de la tesis de la diferencia tiene que resultar impoluta. Tiene que encontrarse afuera de toda la contaminación propia de nuestras prejuiciosas percepciones cotidianas. Para reflejar estas últimas no hace falta elaborar una teoría sino que basta consultar las leyes penales de los países de este hemisferio. Según sabemos, estas reflejan la verdad de la tesis de la diferencia. Estas legislaciones adoptan esta tesis toda vez que atenúan el castigo de los delitos no consumados. De esta manera, este tipo de justificación puede no ser una de la clase que buscamos. Nuestra aspiración es la de establecer principios cuya consistencia nos habilite a “juzgar” no sólo acciones sino también, entre otras cosas, los sistemas de moralidad positiva y las leyes de cualquier lugar. En lo que sigue, intento examinar la cuestión a partir de TF, esto es, desde un punto de un punto de vista no tanto empírico sino conceptual. Examinó luego el significado y alcance de la práctica de inculpar y, por lo último, me refiero a aquellos criterios morales aptos para justificar la ley penal tal y como aparece en una cultura parecida a la nuestra.

El problema es ahora que, como una cuestión filosófica, la tesis de la irrelevancia, no sólo debe limitar la responsabilidad respecto de aquellos cursos causales que desencadenamos con nuestro cuerpo sino también a los mismos movimientos básicos de mi cuerpo.¹¹ Nada garantiza que mis músculos me obedecerán cuando les imparta la orden de distraerse o contraerse. El hecho de que mi cuerpo se mueva de tal o cual manera no depende ya de mi propia voluntad sino de que tengan lugar los procesos biológicos que condicionan las relaciones entre él y mi mente. Sería así una cuestión de suerte que los dedos de mi mano se introduzcan en el bolsillo del pasajero que espera en el andén. En sentido estricto, sólo es válida aquella concepción para la cual lo único que cae bajo nuestro control es la voluntad de hacer algo. Si esto fuese así, los juicios morales podrían sólo recaer válidamente sobre un ámbito muy reducido de la realidad. El objeto de estos juicios pasaría así a ser sólo los procesos mentales porque, en realidad, todo lo demás resulta ser cuestión de suerte. Tal y como la conocemos hoy, la práctica de censurar los hechos propios y los de otros estaría apoyada en una ficción y esta radica en que, pensábamos equivocadamente, en el mundo de los hechos, algunos procesos están librados a la suerte y otros no. Pero como, en realidad, nada de lo que hacemos cae bajo nuestro completo control, el mundo de la responsabilidad moral quedaría así relegada a

¹⁰ Andrew Ashworth, "Taking the Consequences", en *Action and Value in Criminal Law*, 1996, Oxford, p. 107 y ss.

¹¹ Thomas Nagel, "Moral Luck" cit.

una porción muy pequeña de nuestra vida. ¿Quién no ha observado la manera en que se le crispaban a alguien los músculos de la cara y como el jugador de tenis tuvo que abandonar el partido a consecuencia de que un músculo dejó de obedecerlo a causa de un calambre? Estas son malas noticias para quienes creen que es amplia nuestra autonomía. Pero la cuestión resulta ser peor aún. Resulta ser que mi acciones y sus consecuencias dependen, de diferentes maneras, del contenido de las creencias y actitudes de otros individuos.¹² Pienso en lo que John Searle llama fenómenos de “intencionalidad colectiva” y de la que me ocupo muy brevemente.

John Searle llama “intencionalidad colectiva” a aquella realidad exterior a mi cuya existencia depende no sólo de la presencia de ciertas condiciones en el mundo de las cosas sino de las creencias y actitudes de un ciertas personas. Tu me entregas tu libro porque consideras que estos papeles que mi mano te extiende constituyen una suma de dinero a cambio de la cual te resulta conveniente deshacerte de él. Pero el dinero no es una cosa cuya existencia es independiente de mis creencias y actitudes -y de las creencias y actitudes tuyas y de las de otros- de la misma forma en que lo es un gato o un papagayo. Una vez que acordamos sobre lo que un gato es, su existencia no depende ya de nosotros. A diferencia de el o de una nube, pero como muchas otras cosas, el dinero no tiene una existencia independiente de ciertas creencias y actitudes ya que estas son constitutivas de la noción de dinero.¹³ El hecho mismo de que estos papeles tengan valor para comprar el libro depende no sólo de mi. Este valor desaparece si tu o yo -o un número suficiente de personas- dejan de creer que esto es dinero.¹⁴ Lo que quiero señalar aquí es que esta clase de fenómenos es muy común y que los hechos externos dependen de mis creencias y actitudes pero las primeras son verdaderas si estas acomodan a las creencias y actitudes de otros. La verdad de mi creencia depende de las creencias de otros y el acierto de las creencias y decisiones de otros dependen de las mías. Yo puedo creer que esto es dinero y tu puedes decirme que no lo es porque casi todos han dejado de creer que es dinero. Te estaré entonces ofreciendo sólo un pedazo de papel.

Desde el punto de vista indicado, “hechos” tales como la existencia de dinero, de presidentes y de países, requieren de ciertas creencias y actitudes y son, por eso mismo y en ese sentido, “hechos subjetivos.” Son “subjetivos” en el sentido de que su existencia depende de cuestiones que suceden dentro de otras mentes que la mía. Pero esto no ocurre sólo con el dinero sino con una gran gama de objetos. Entre otros, los objetos o hechos institucionales (casamientos, oficios religiosos y deportes) y aquellos otros cuya existencia depende de la función que les asignamos. De que le asignemos una

¹² Evito por razones de simplicidad desarrollar aquí la manera en que se conectan en nuestra mente con las propias creencias, deseos e intenciones. Me basta sugerir que mis deseos e intenciones dependen de mis creencias de la misma en que las últimas se sustentan en deseos e intenciones. Mi creencia en que me resultará bueno beber agua depende de mi deseo (de beber agua) y mi deseo de beber de este vaso surge de mi creencia de que su contenido es agua. (Para una esclarecedora explicación sobre este punto, ver Donald Davidson, “The Emergence of Thought” en **Subjective, Intersubjective, Objective**, 2001, Oxford, p. 123-134,

¹³ John Searle, **Mind, Language and Society**, 1998, Basic Books, p. 126 y ss.

¹⁴ John Searle, **The Construction of Social reality**, 1995, The Free Press, p. 37-51. Advierto que la cuestión es circular: esto es dinero porque creo que lo es, pero creo que lo es porque es dinero, etc.. pero prefiero evitar entrar en esta cuestión relativa a estas construcciones sociales.

determinada función obedece el hecho de que esto sea un sillón y aquello un hacha. Hachas y sillones dependen también así de ciertas creencias que no son solamente mías. Los hechos institucionales como el que alguien sea un presidente, de que tal o cual movimiento de una pelota produzca el triunfo o la derrota en algún deporte. De esta manera, la percepción de que tengo frente a mí una novia por casarse o un documento no dependen sólo de que me encuentre parado aquí, frente a un objeto físico como lo son los árboles y los gatos.¹⁵ A pesar de ser objetiva existencia de estas entidades, ella depende de algo más que una presencia física. En relación con ellos, la validez de mis propias creencias y el acierto de la ulterior formación de mi voluntad dependen de algo que no puedo controlar y que, como es el caso de las creencias de terceros, ocurren en la mente de otros y con independencia de cualquier correlato en el mundo exterior a estas mentes.. Según versiones antropológicas corrientes, la magia vudú funciona así. El brujo consigue con frecuencia la muerte de su víctima porque esta -y la comunidad que rodea a ambos- creen que las operaciones que ejecuta con agujas y alfileres sobre la muñeca matan efectivamente. Se trata así de una profecía auto-cumplida y su explicación parece redundante: el éxito de la práctica del vudoo depende de la creencia en el éxito de la práctica del vudoo. La existencia de todas las creencias de los terceros y la víctima depende de mi creencia -y vice-versa- mi creencia depende de las de todos ellos. Porque no cae bajo mi control, esto es, en lo que a mí respecta, una cuestión de suerte.

Una cuestión muy singular de el tipo indicado es la del fenómeno de la interacción entre individuos y a la que dedico el siguiente apartado. Pero quiero terminar por señalar que cualquier hecho que ocurre en el mundo exterior, los fenómenos condicionados por la mente de otros están más allá de mi control sobre lo que yo hago y, por eso, también sujetos al azar. Mi afirmación no se basa en una particular concepción sobre determinismo y autonomía ni en teorías sobre las relaciones entre mente y cuerpo. Me refiero a algo mucho más simple y este es que mis creencias y las de otros deben ser incluidas entre las condiciones de verdad de nuestras creencias y deseos y esto es a lo que le dedico los últimos párrafos. Además, el mismo contenido de mis percepciones aparece con frecuencia subordinado a procesos mentales de terceros. Esto es así porque sujeto-objeto no son siempre separables. A menudo sujeto y objeto pasan a integrarse. Me refiero ahora a los fenómenos de la autoreferencia y la interacción.

-3-

En sus Lecciones sobre El Quijote,¹⁶ Vladimir Nabokov sostiene que una de las particularidades de la novela de Cervantes yace en el hecho de que, al escribirlo, Cervantes haya escrito sobre escribir (y, con mayor precisión, sobre escribir la novela que en realidad él mismo está escribiendo.) Y esta versa, como sabemos, sobre novelas de aventuras románticas, lances, honor y caballeros. Esta “realidad inventada” ha pasado a ser un género bastante frecuente en la literatura y enfrenta al lector con el tema de la auto-reflexividad. Es una característica de esta última que en ella objeto y sujeto se confunden. Si yo escribo sobre escribir –lo que escribo- no sólo soy el sujeto de la acción sino también objeto de ella. Esta confusión ocurre también cuando alguien piensa que

¹⁵ La coincidencia con lo que un penalista denomina “elementos normativos” es evidente ya a esta altura.

¹⁶ Ver Vladimir Nabokov, *Lectures on Don Quixote*, 1983 Harcourt et. Al., p. 39.

está pensando o se observa a si mismo en el papel de observador. Se trata de algo así como meta-escribir y meta-observar, y son interpretados con frecuencia como un llamado de atención sobre la “confiabilidad” de la realidad.¹⁷ Pero esta no es la cuestión sobre la cual intento llamar aquí la atención. Lo que intento destacar es la manera en que se confunden sujeto y objeto y la de como ocurre que esta confusión determina, más allá de su control, no ya el valor de verdad de las creencias, sino el contenido mismo de estas y los deseos del sujeto. En esencia, intento mostrar que, por más que se esfuerce, el último no logra desprenderse del objeto que ha incorporado a su propia conducta con el acto de conocerlo. Este fenómeno ha sido descrito por teóricos de la interacción¹⁸ y puede ser comprobado con frecuencia en textos antropológicos. En ellos he podido encontrar ingeniosas descripciones de la interacción profesional como la que sigue, y que sintetiza la experiencia de un antropólogo en el rol observador profesional. En tal carácter, intenta conocer a un indígena que –conforme a opiniones etnocéntricas- encuentra en algún remoto paraje de América, Asia o Africa: “La miré, mirándome, mirándola, mirándome, mirándola, mirándome....”¹⁹ La escena describe al antropólogo en el acto de observar a la indígena sin poder evitar que esta mujer indígena adopte cierta actitud al observarlo a él, en la oportunidad en que él observan a la indígena. De la misma manera, entonces, la mirada misma del antropólogo queda atrapada por esta situación. Mas allá de su propia voluntad, la conducta del otro ha sido incorporada por él asu conducta (que no sólo mira a alguien sino que mira a este alguien mirándolo a él.) Esto, que parece ser un absurdo juego de palabras, encierra una realidad más complicada de lo que me gustaría que fuese. Con las palabras que he reproducido: “me miró, mirádola, mirándome...” el investigador revela la imposibilidad de observar al otro en acción como una entidad independiente, como un objeto aislable de su propia experiencia. La presencia y la conducta del otro aparecen ya reflejadas en la presencia y la conducta del investigador y viceversa. El (o ella) “me mira, mirándolo,” la conducta del investigador, en realidad, forma parte de la conducta del indígena. Pero la del último pasa a ser también un segmento de la acción del investigador. El hallazgo -y la aflicción- de este investigador es que no puede evitar incorporar su presencia a la acción del otro aunque este proceso oscurezca el proceso de conocer. En primer lugar, porque el objeto pierde su “pureza” al incorporar a su propia conducta la acción del investigador. En segundo lugar, porque la mirada del investigador ya lleva incorporada la mirada del indígena y pierde así la “neutralidad” a la que aspira. Este proceso es circular y el círculo parece ser indestructible. Sin embargo, esta clase de círculos es inherente a la interacción y se aplica a todos contextos de interacción social.²⁰

El fenómeno del vudú es similar. Si es que la magia vudú no yace en poderes sobrenaturales - como espero que sea el caso- la cuestión consiste, en realidad, en una combinación de creencias y actitudes. Por empezar, en cierta creencia y actitud del brujo y en el acompañamiento de los allegados a la víctima, que actúan como si esta estuviese primero enferma y después muerta lo que causa la “enfermedad” y la muerte de esta. Se

¹⁷ La sugerencia es de Rolf Breuer, “Self-Reflexivity in Literature: The Example of Samuel Beckett’s Novel Trilogy,” en *The Invented Reality*, Ed. por Paul Watzlawick, 1984, N. W. Norton, p. 145-168.

¹⁸ Ver, por ejemplo, Paul Watzlawick et. Al., **Pragmatics of Human Communication**, 1967, Norton, capítulos 1, 2 y 4.

¹⁹ Este fenómeno aparece captado en la novela **Hallucinating Foucault**, de....

trata, en realidad, de una profesía auto-cumplida. Es la propia creencia la que genera las condiciones necesarias para el cumplimiento de lo que se cree que ocurrirá. Por extraño que parezca, la creencia es una condición de verdad de la propia creencia. Lo curioso de es que la creencia del brujo de que su víctima va a morir no es falsa ni verdadera. Se transforma en verdadera en la medida en que, junto con otras creencias coincidentes en el trasfondo, la creencia del brujo es compartida por la víctima y por quienes rodean a la última. Las primeras, las creencias de trasfondo, son las relativas al poder causal de la magia y del brujo de valerse de esta causalidad. Peculiaridades como esta juegan un rol importante en la historia. De hecho, no faltan autores que atribuyen al vudú la caída de la esclavitud en varias zonas del Caribe²¹ y, según afirman, ha pasado a ser también la base de algunos estilos políticos de esa región.²²

La idea de procesos subjetivos integrados –del agente y de otros- y de los límites que estos le imponen al conocimiento es uno de los puntos de partida del llamado constructivismo. Esta ha sido la base epistemológica de ciertos paradigmas antropológicos de la década de los sesenta y que sirvieron para lo que se dio en llamar, “métodos sistémicos.” Desde este punto de vista, los procesos interaccionales exhiben una fenomenología análoga a la que he descrito. Todo observador es también, por fuerza, un actor para el “primer” actor “observado” y que pasa así a ser también, a su vez, observador. Al tomar la idea de estos agentes-observadores en el proceso de interacción, la tesis plantea una concepción contrastante con la versión atomista de la acción tan cara a los penalistas. La versión atomista se basa, en cambio, en la idea de que la acción X es una entidad aislable y observable en el vacío. El proceso causal, para esta concepción atomista, consiste en que la acción Y (de AY) causa la segunda acción de Z (AZ) y que regresa sobre X para causar AX. Pero esta explicación resulta ilusoria porque no da cuenta de la simultaneidad con que los actores son agentes y observadores al mismo tiempo. Omiten considerar cómo esta doble calidad comporta la incorporación de la conducta de otros agentes-observadores. Las secuencia resultante varía así con el efecto que cada uno produce en el otro.

Lo que demuestran los ejemplos de la auto-reflexividad y la interacción es que nuestros procesos mentales aparecen invadidos por la acción de otros. Esto implica que la medida del control que ejercemos sobre nuestra propia conciencia está muy limitada. Esto nos coloca en una posición más limitada de lo que nos advierte Nagel.²³ Si, entonces, *el* control sobre los procesos que desencadenamos es una condición necesaria para tener a otro por responsable por lo que hace, nos habríamos quedado, si somos rigurosos, con poco o nada que reprochar y condenar. De la práctica social de inculpar, tal y como la conocemos en nuestra cultura y en todas las otras que yo conozco, esto dejaría muy poco en pie y, quizá menos aún, como la base para juzgar a alguien criminalmente. La cuestión es, entonces, si, respetuosos de la justicia, debemos

²¹ Una apretada síntesis puede ser consultada en **Los misterios del Vudú**, de Laennee Hurbon, Claves, sin fecha, p. 40 y ss.

²² Laennee Hurbon, op. cit.

abandonar estas prácticas. Este es el tema de la siguiente sección en donde intento explicar el significado de inculpar y condenar.²⁴

-4-

En los últimos años, varias asociaciones vinculadas a derechos humanos y civiles en los EEUU han decidido pedir perdón a los descendientes de esclavos que poblaron el país hasta mediados del siglo 19. Esta actitud resulta difícil de entender hoy, especialmente para los suscriptores de la tesis de la indiferencia. ¿Que significa esta admisión de culpa a más de un siglo y medio de abolida la esclavitud? En lugar de un punto de vista moral individualista, la mejor comprensión del significado de esta disculpa reside en observarla desde la perspectiva ético-política. Es muy probable que el resultado del examen de las acciones individuales de los agentes culpables sea muy poco revelador. Lo que si es revelador, en cambio, es explorar el punto de vista que contempla la manera en que deben establecerse ciertas relaciones entre los actores y grupos integrantes de la comunidad en cuestión. Esto es, conforme a la idea de la moralidad política. Desde este último punto de vista y, como es sabido, la situación general comparativa de los descendientes de los afro-americanos es aún hoy muy desfavorable. Con relación a ciudadanos de origen europeo, los primeros reciben la peor educación, los empleos menos atractivos y los salarios más bajos. Uno de cada cuatro hombres está atrapado en las redes de un sistema penal selectivo y draconiano. Esta situación afecta la ya deteriorada dignidad y auto-estima de los miembros de esta minoría. En este contexto, el pedido de perdón de los segmentos europeos resulta más que comprensible. Como toda declaración de culpa respecto de cierto estado de cosas, el pedido de perdón significa la sanción oficial de una explicación mono-causal acerca de por que la actual situación de esta minoría desaventajada. Lo que quiero decir por explicación mono-causal, es que la inculpación es en esencia simplificadora. La aceptación de que “tu tienes la culpa de lo que me está sucediendo” o “yo soy culpable de que estés como estas” sugiere que resulta innecesario una mayor explicación. La causa eficiente ha quedado al descubierto, la acción del agente culpable *es la* causa de lo que te pasa y de las emociones que abrigas. Tu tienes razón. Está envuelto por esta situación que generaron la acción culpable y sus consecuencias previstas. Así, la suerte en el resultado de mi acción culpable: el hecho de que hoy sufras las consecuencias de una acción injusta, te ha colocado en una gran desventaja.²⁵ Es cierto que podemos intentar captar el significado de la campaña de auto-inculpación a través del examen de la responsabilidad de las presentes generaciones. Pero esta solución oculta una cuestión esencial y que, más allá de la misma situación desventajosa, interesa la suerte de la conducta que te infligió este daño.

²⁴ Dejo así deliberadamente de lado el punto de partida de Peter Strawson y de su conocido artículo “Freedom and Resentment,” Peter Strawson, “Freedom and Resentment” en **Free Will**, Ed. por Gary Watson. 1982, Oxford, p. 59-80. Strawson piensa que, como las de alabar y elogiar, las prácticas de inculpar y condenar responden a emociones “reactivas” y sin las cuales, la vida común sería muy diferente de como la concebimos. Este artículo ha despertado considerables polémicas pero aún hoy es aceptado como un punto de partida interesante para entender las relaciones entre comunidad y responsabilidad.

²⁵ No puedo examinar aquí como querría qué es esta situación que llamo “deventaja” y que juega un rol central en la justificación del castigo. Intento hacerlo en “Emma Zunz” Ver Jaime Malamud Goti, “Emma Zunz, sentimientos y castigo,” **NDP**, 2002/A, p. 107-121; también en “Equality, Punishment and Self-Respect,” **Buffalo Criminal Law Review**, 2002, Vol. 5, No. 2., p. 497-508.cit.

Hay quienes afirman que la culpa de las generaciones actuales estriba en su inactividad. La culpa de estas generaciones yace, así es dable pensar, en omitir introducir los cambios institucionales necesarios para recomponer una situación de gran disparidad política y social.¹ Si esta fuese la razón para inculpar a los actuales descendientes de europeos, no obstante, la cuestión quedaría reducida al incumplimiento de un deber moral que impone a los miembros de los miembros más avetajados de comunidades desiguales la carga de nivelar esta situación dispar. Esta visión equipararía la situación de los descendientes de esclavos con la de cualquier sector postergado como es el caso de estadounidenses de origen centroamericanos y que también deben enfrentar grandes desventajas. Pero en esta explicación semejante pasaría por alto aquello que justifica el pedido de perdón y que es la manera en que se produjo la desigualdad de los afro-americanos. Este origen consiste en el tratamiento de los miembros de su etnia como objetos, una práctica que hoy nos parece particularmente perversa. Lo que motiva el pedido de disculpas son los años de esclavitud y sus duraderas y funestas consecuencias. Sin embargo, un representante de la tesis de la irrelevancia debería rechazar esta perspectiva que parte de la gravedad de la esclavitud y también de su legado. Un defensor de esta última tesis, como sabemos, se resiste a la inclusión de las consecuencias de la suerte entre los factores condicionantes del propio juicio moral sobre la práctica de la esclavitud. Nuestra propia evaluación moral –dice esta tesis- no puede verse modificada por las consecuencias causales de la acción ya que estas no se han encontrado -ni se encuentran hoy- bajo el control del agente. Las circunstancias actuales serían muy diferentes si los barcos con esclavos hubiesen terminado sus viajes en la India o si las víctimas se hubiesen fugado al poco tiempo de desembarcar en América. De poco nos valdría defender la tesis de la irrelevancia si, por cualquier por alguna razón, extendiésemos la responsabilidad del agente sobre la base de circunstancias ajenas a su acción en el sentido del estricto control de aquellos a quienes censuramos y condenamos. La auto-condena carecería de la necesaria justificación en este contexto ya que ella se apoya precisamente en la dilucidación de quienes deben responder por los resultados y efectos de la práctica inmoral de la esclavitud.²⁶

Resulta ser, no obstante, que la suerte en el resultado de la acción de mis antepasados es ahora *tu* suerte circunstancial, la tuya como afro-americano, nacido en las décadas de los setenta o los ochenta. Esta perspectiva de moralidad política es válida respecto de los delitos en general. Dado el carácter mono-causal de la inculpación, la declaración de que yo soy culpable significa que mi culpa por tu situación anula la necesidad de toda otra explicación causal. Esta última podría radicar, por ejemplo, en que tus genes son de calidad inferior a mis genes, o que no eres tan apto como yo lo soy para ciertas actividades, o que eres menos afecto al trabajo de lo que yo lo soy. La auto-inculpación por el resultado significa rechazar la vigencia de estas últimas respuestas posibles. Implica admitir que lo que yo te hice justifica, por sí solo, la afirmación de que has partido varias horas más tarde que yo en esta maratón por adaptarnos a un medio implacablemente competitivo. El pedido de perdón significa “descubrir” lo que –al

²⁶ Esta posición pasa así a asemejarse a la de Bernard Williams quien piensa que no tiene sentido evaluar nuestras acciones desde el momento de su ejecución porque no tenemos puntos de apoyo suficientes. (Ver Bernard Williams, “Moral Luck” en **Moral Luck**, editado por Daniel Statman, 1993 SUNY, p. 35-55.)

menos en el lenguaje oficial- estuvo oculto durante siglos y esto es que nuestra historia institucional te dió la espalda.²⁷ He sostenido en otro lugar²⁸ -y allí me remito- que este proceso de asignación de culpa y que sustenta la noción de la pena criminal tiene un gran peso en la redignificación de las víctimas.

La atribución mono-causal de hechos ocurridos, tal y como los reconocemos cuando un tribunal condena al reo –o cuando pedimos perdón- cumple con la misión política de explicar un estados de cosas. Tanto el castigo como el pedido de perdón dan cuenta de cómo y por que las cosas están como están *hoy*. Atena absuelve a Orestes porque, al juzgarlo, va más allá de la muerte de Clyptenmestra. Como juez, Atena observa toda la historia y que comienza cuando Elena abandona a Menelao y con el sacrificio de Ifigenia. Para observar la cuestión desde su anverso, es reveladora la explicación de Joel Feinberg. Feinberg, nos advierte sobre el hecho de que las actitudes reactivas como inculpar, reprochar y condenar nos permiten distanciarnos de algo hecho por alguien, por algun individuo –o grupo de individuos- inculpado para salvaguardar la integridad de la comunidad a la que este y nosotros pertenecemos.²⁹ De esta manera, si el país se abstiene de castigar al piloto de combate por derribar el avión de otro país, es el país mismo el que asume la responsabilidad por el hecho. Es por esta misma razón –dice Feinberg- que inculpamos a otros por hechos ocurridos en el contexto de relaciones tan íntimas como lo son las prácticas sexuales. Es habitual, sabemos, que los padres ejerzan presión sobre su hija menor para que esta acuse a su pareja por haberla penetrado mediante la fuerza y el engaño. Esta actitud comporta una forma eficaz de preservar la reputación de la hija, que, según ellos mismos consideran, ha quedado puesta en peligro por una sociedad sexista.³⁰ Así, el castigo a la pareja masculina no sólo redime a la joven mujer de su propia “culpa.” La condena de la acción indica también que la mujer ha actuado bajo ciertas condiciones que explican también su propia conducta. Aquí es

²⁷ Uno podría preguntarse si tendría sentido que alguna asociación porteña se disculpase ante la comunidad británica por el uso de medios que consideramos moralmente inapropiados en una guerra. No me refiero al fiasco de 1982 en el Atlantico Sur sino al hecho de que, cuenta nuestra historia, amas de casa y otros miembros de la comuna derramaron aceite hirviendo sobre los invasores. Si así lo hiciésemos, cambiaríamos la forma en que concebimos nuestra historia. Pero este no es el punto importante aquí. Lo que me interesa destacar con el ejemplo es que, por más inmoral que hubiese sido la victoria ciudadana contra los británicos, no parece haber mayor cosa que reprocharnos hoy. Ellos, las víctimas –esto es lo importante- no están peor a consecuencia de nuestra acción. Es posible que si lo hubiesen estado si todo hubiese funcionado mal en Inglaterra, Gales y Escocia y nosotros resplandeciéramos en el cuerno de la abundancia, la inculpación recobraría su sentido. La inculpación tiene que ver con que haya quedado algo mal en quien padece el peso de nuestra acción de manera directa o indirecta. Este no es el caso de las Invasiones Inglesas.

²⁷ Ver Jaime Malamud Goti, “Emma Zunz, sentimientos y castigo,” **NDP**, 2002/A, p. 107-121; también en *Equality, Punishment and Self-Respect*,” **Buffalo Criminal Law Review**, 2002, Vol. 5, No. 2., p. 497-508.

²⁷ Joel Feinberg, “The Expressive Function of Punishment” in **Doing and Deserving**, Princeton 1970, p. 105.

²⁷ Feinberg, op. loc. cit.

²⁷ Reparar aquí en la distinción entre tres clases de suerte moral: constitutiva, circunstancial y en resultado. (He tomado la distinción the Thomas Nagel en “Moral Luck” (**Moral Luck**, cit.)

esencial considerar que la suerte en el resultado del agente A determinan la suerte circunstancial de otro agente B y, también, la propia suerte constitutiva de un tercer agente C.³¹ El hecho de que la agresión de A haya generado algún daño o peligro respecto de B, permitirán explicar la suerte moral circunstancial de B. Cuando el resultado es serio y B muere a consecuencia de la acción de A, son sus hijos C quienes cargan con la realidad que A les ha dejado en suerte. Es razonable entonces suponer que la imputación del resultado A tiene un importante impacto en las creencias y decisiones futuras de B y C. De esta manera, la suerte circunstancial de Menelao y de Agamenón es la suerte en el resultado de Paris quien ha logrado fugarse con Helena. De la misma manera, la suerte circunstancial de Clytemnestra ha sido la (real) muerte de Ifigenia. Es a causa de todo esta maraña de acciones y resultados entrelazados que fracasan las Furias que quieren castigar a Orestes y que este es absuelto por Atena.

-5-

He intentado hasta aquí describir cierta modelo relativo a la función de inculpar a partir de ciertos estado de cosas o resultados que derivan de acciones ilícitas, injustas y dañosas. Esta práctica vale, entiendo, respecto de cualquier situación creada por un delito en tanto este coloque a alguien en el papel de víctima, en una situación desventajosa respecto del agente.³² En cuanto a esta práctica, un partidario de la tesis de la irrelevancia podrá aducir que ella es, respecto del inculpado, injusta o irracional. Y es cierto que esto es así si partimos de cierta moralidad individual o de la adopción de alguna posición metafísica que niegue nuestra autonomía. De lo que se trata, sin embargo, es de adoptar la perspectiva de la moralidad política y de la que depende el significado de inculpar y condenar como regulador de nuestras relaciones con los demás. Esto es, de la cuestión esencial relativa a cómo queremos vincularnos con otros miembros de una comunidad en la que utilizamos el elogio y la congratulación para celebrar que hay quienes ganan premios por lo que los demás consideramos sus méritos. En esta misma comunidad, condenamos y castigamos a quienes dañan a otros o les imponen peligros y sufrimientos. Como un aspecto de la justicia moral y retributiva, el tema de la responsabilidad debe quedar anclado en la comunidad donde ocurrió el hecho y no en el mundo ideal de los filósofos y penalistas teóricos. La justicia, después de todo, hace a la manera en que distribuimos cargas y beneficios entre los miembros de esta comunidad y que, vale la pena señalarlo, varía de acuerdo con el caso. La comunidad relevante respecto de alguna exhibición obscena puede bien ser esta ciudad y el mundo entero respecto de los actos de Hitler.

De esta manera, creo haber mostrado la imposibilidad de establecer la práctica de inculpar a partir de TF porque esta carecería de todo apoyo en la realidad. Es muy

³¹ Reparar aquí en la distinción entre tres clases de suerte moral: constitutiva, circunstancial y en resultado. (He tomado la distinción the Thomas Nagel en "Moral Luck" (**Moral Luck**, cit.)

³² La idea de "desventaja" es, una vez más, la que explico en otra parte. Ver a Jaime Malamud Goti, "Emma Zunz, sentimientos y castigo," **NDP**, 2002/A, p. 107-121; también en "Equality, Punishment and Self-Respect," **Buffalo Criminal Law Review**, 2002, Vol. 5, No. 2., p. 497-508.

poco lo que somos o hacemos fuera del mundo de la suerte. La tesis sobre la responsabilidad moral y penal debe partir de algo muy cercano a SC, algo parecido a la concepción de R.A. Duff. Es por estas razones –o algo parecida a ellas- que, a pesar de santificar la buena voluntad como principio rector de la moralidad individual,³³ Kant reconoce la relevancia del resultado de las buenas y las malas acciones. Aquí la cuestión es propia de la moralidad política:

*“Si, alguien hace, en aras del deber, más que aquello a lo que está obligado, lo que ha hecho es meritorio....Los buenos resultados de una acción meritoria, como los malos resultados de una acción injusta (o dañosa), pueden ser imputadas al sujeto (modus imputationis penens.)”*³⁴

Es a partir de la relación política que sugiero es que nuestras expectativas respecto de las relaciones entre quienes somos y nuestra responsabilidad sólo pueden ser humildes y, por lo tanto, también bastante limitadas. Es desde este punto de partida que propugno una solución cercana a SC, el sentido común de una comunidad. Parto de la idea de que pienso que resulta necesario reconocernos como individuos auto-gobernados pero, al mismo tiempo -y no sin contradicción- objetos de la necesidad, del mundo de la causalidad. Somos así seres pensantes y sintientes pero también partículas del universo natural.

JMG
marzo de 2003

³³ “La buena voluntad no es buena por lo que produce o logra o por su adecuación para la obtención de un fin propuesto; es buena porque sólo por lo que quiere, i.e. es buena en si misma. Y, contemplada por si sola, no debe ser estimada incomparablemente más alta que cualquier cosa susceptible de ser obtenida por alguna inclinación, o por la suma total de inclinaciones. Aun si ha de acontecer que, por alguna consecuencia de la fortuna o por alguna disposición de la mezquina madrastra naturaleza que esta voluntad sea por completo carente de poder para obtener su propósito, y aún si el mayor esfuerzo no resulta hacer que este poder resulte disponible para el logro de su finalidad, y si sólo quedara la buena voluntad (no como un mero deseo sino como la convocatoria de todos los medios a nuestro alcance), brillará en su propio derecho como una joya, como algo que tiene en si mismo todo su valor...(Foundations of the Metaphysics of Morals, Primera Sección, parágrafo 3o.)

³⁴ Ver Immanuel Kant, **The Metaphysics of Morals**, Trad. Por Mary Gregor, 1996, Cambridge, p. 19.