

“Con el fin...”

Marcelo Ferrante*

1.

No es raro encontrar en el derecho penal comparado reglas de responsabilidad penal por tentativa que exigen que, para que un agente sea punible como autor de una tentativa, debe haber obrado con el fin o la intención de cometer el delito correspondiente. El derecho penal argentino parece ser un ejemplo de esa tendencia. En su art. 42, el CP argentino establece que quien fracasa en la comisión de un delito es punible como autor de una tentativa si, entre otras condiciones, actuó “con el fin de cometer un delito determinado”.¹ Los tribunales argentinos han tendido a darle a esta regla la interpretación según la cual la regla requiere que el autor haya obrado con la *intención* de realizar el delito que se ha frustrado, aun cuando esa intención no sea jurídicamente necesaria para la comisión del delito consumado correspondiente. En 1972, Esteban Righi publicó una nota objetando esa tendencia jurisprudencial.² Quiero contribuir a este homenaje de quien fue mi primer profesor de Derecho Penal retomando esa discusión y adoptando un punto de vista semejante al que adoptaba Righi en aquella nota.

La tendencia jurisprudencial tiene asiento en el lenguaje de la ley. Es el texto de la ley el que impone un requisito subjetivo para la responsabilidad por tentativa que normalmente no está impuesto para la responsabilidad por el delito consumado correspondiente. Las reglas de responsabilidad penal por tentativa bien podrían ser distintas y no exigir condiciones subjetivas adicionales a las requeridas para la responsabilidad por el delito consumado correspondiente.³ Pero lo cierto es que la ley exige, de acuerdo con esta interpretación jurisprudencial, que el autor haya obrado con cierta intención. De modo que si el autor obra sin esa intención —porque, por ejemplo, sólo prevé el resultado delictivo como un efecto colateral de su comportamiento por lo demás lícito— no realiza una tentativa punible según la legislación penal argentina.

Righi objeta ese argumento textual. El argumento textual, parece sostener, no puede ser decisivo si, como es el caso, él nos lleva a trazar una diferencia para la cual no hay una

* Doctor en Derecho, Yale University. Profesor investigador, Universidad Torcuato Di Tella, Escuela de Derecho (Buenos Aires, Argentina). En gran medida este trabajo presenta un argumento que apareció en lengua inglesa en un artículo anterior: Marcelo Ferrante, “Criminalizing Endangerment—A Comment,” *Louisiana Law Review*, vol. 65 (2005), 967-82. Agradezco especialmente a Yamilé Nadra por su traducción al español y sus comentarios críticos. Este artículo aparecerá también publicado en un libro de homenaje al profesor Esteban Righi que está actualmente en preparación.

1. Otro ejemplo de la misma especie lo ofrece la Criminal Attempts Act 1981 del Reino Unido.

2. Esteban Righi, “El dolo eventual en la tentativa”, *Nuevo Pensamiento Penal*, vol. 1 (1972), 303-7. La tendencia jurisprudencial parece mantenerse aún hoy. Cf. Hernán Víctor Gullco, *Principios de la Parte General del Derecho Penal. Jurisprudencia comentada* (Buenos Aires: Editores del Puerto, 2006), 221-3.

3. El Model Penal Code del American Law Institute, § 5.01 (Proposed Official Draft 1962), o el StGB (Alemania), § 23, son ejemplos de regulaciones que no exigen requisitos subjetivos adicionales para la responsabilidad por tentativa.

justificación más profunda, más allá del simple hecho de la distinción legal. En efecto, Righi acepta que las condiciones subjetivas del ilícito penal incluyen no sólo creencias o representaciones (en especial, que el agente crea probable que su acción tendrá las propiedades de las que depende la tipicidad objetiva), sino también algunas actitudes no cognitivas (esto es, deseos, intenciones, etc.). En particular, y siguiendo la visión que hoy podríamos llamar ortodoxa, Righi sostenía entonces que para que una acción sea ilícita en el sentido de, por ejemplo, el homicidio, el autor debe matar a otro en la creencia de que con su acción matará (probablemente) a otro y *queriendo* de algún modo ese resultado.⁴ Ahora bien, ese “querer” al que alude Righi en aquella nota es una actitud positiva muy amplia que puede darse aun cuando el autor no obra con el fin de matar, o incluso cuando el autor ni siquiera intenta que su acción tenga ese resultado como medio para lograr otro fin. El hecho de que el autor obre con la intención de provocar ese resultado, o incluso que provocarlo sea el fin último al que apunta, no parece marcar ninguna diferencia cualitativa con el caso de quien obra sin esa intención, o sin ese fin, si es que “quiere” o “aprueba” el resultado en el sentido de Righi. Al menos, afirma Righi, no es posible encontrar ninguna “razón atendible” para fundar esa diferencia cualitativa.⁵ Así, concluye que, al limitar la punibilidad de la tentativa al hecho de que el autor actúe con la intención de cometer el delito pertinente —esto es, “con el fin...” en el lenguaje de la ley— el derecho penal argentino trata de modo distinto casos que merecerían un trato igualitario, o al menos que no merecerían un trato diferencial.

En un trabajo reciente, el filósofo del derecho penal Antony Duff ha defendido la visión según la cual las reglas jurídicas que discriminan entre casos según cuál haya sido la intención del agente —en especial, según si ha obrado con la intención de, por ejemplo, matar, o si sólo ha previsto la muerte de la víctima como efecto colateral de su comportamiento— reflejan una diferencia moral importante.⁶ Si el argumento de Duff fuera correcto, entonces la objeción de Righi ya no se mantendría: habría, al fin y al cabo, una “razón atendible” para justificar la diferencia de trato. La distinción establecida en el art. 42, CP, podría estar justificada como reflejo de la diferencia sustantiva a la que apunta el argumento de Duff.

Mi objetivo en este ensayo es contestar el argumento de Duff. En especial deseo mostrar que el argumento de Duff es débil, demasiado débil. Si bien es posible que las distinciones jurídicas basadas en rasgos de la estructura intencional de las acciones reflejen, después de todo, distinciones morales importantes, y por lo tanto no sean arbitrarias, el argumento que Duff ha propuesto para probarlo está muy lejos de ser concluyente. La relación entre la estructura intencional de las acciones y los juicios de incorrección moral es más compleja de lo que el argumento de Duff sugiere. Al menos, esa será mi conclusión. Si tengo razón, mis argumentos mostrarán que la objeción

4. Cf., en contra de esta visión ortodoxa, Marcelo A. Sancinetti, *Teoría del delito y disvalor de acción* (Buenos Aires: Hammurabi, 1991), 145-210.

5. Righi, *supra* n. 2., 307.

6. R. A. Duff, “Criminalizing Endangerment”, *Louisiana Law Review*, vol. 65 (2005), 941-65, reimpresso en *Defining Crimes. Essays on the Special Part of the Criminal Law* (R. A. Duff y Stuart P. Green eds., Oxford: Oxford University Press, 2005), 43-64.

de Righi todavía se mantiene en pie, en el sentido de que no parece haber una “razón atendible” para defender distinciones legales como la propuesta por la cláusula “con el fin...” del art. 42, CP.

El argumento de Duff, que presentaré con algún detalle en la sección 2, tiene dos presupuestos que querría destacar. El primero consiste en la visión de que la ilicitud jurídico-penal, al menos en el núcleo central de delitos, es el reflejo de juicios de incorrección moral independientes de las normas jurídico-penales. La prohibición del homicidio, por ejemplo, no es una creación de la legislación penal, sino que la legislación penal por la que se define el tipo penal del homicidio pretende capturar las condiciones, independientes del derecho penal, que hacen de un comportamiento que sea moralmente incorrecto en un sentido determinado relacionado con la destrucción de la vida de otra persona. Puesto en otras palabras, hay algo así como una clase de incorrección moral relacionada con la provocación de la muerte de otras personas que el derecho penal no crea, sino que intenta reflejar en la definición legal del homicidio punible. Por lo tanto, tiene sentido criticar una regla jurídico-penal, o una interpretación que de ella se hace, afirmando que ella no enuncia adecuadamente las condiciones de la clase de incorrección moral que pretende capturar, por ejemplo, porque incluye casos que no debería incluir (p. ej., acciones socialmente adecuadas, o acciones que son incorrectas pero en un sentido distinto del que la regla pretende articular), o excluye casos que debería incluir, o no refleja distinciones que debería reflejar, o hace distinciones que no debería hacer. En este ensayo, no discutiré este presupuesto.

El segundo presupuesto que deseo destacar consiste en la tesis de que las actitudes que los agentes expresan en sus acciones pueden influir en los juicios de incorrección moral relevantes —esto es, los juicios de incorrección que las normas jurídico-penales han de reflejar—. Este presupuesto es también controversial, pero estoy dispuesto a concederlo. En efecto, en la sección 3 sostendré que hay una concepción plausible de la moralidad conforme a la cual las acciones pueden ser incorrectas no sólo en virtud de las consecuencias que producen, sino también en virtud de formas más sutiles de trato relacionadas con las actitudes que los agentes expresan en su comportamiento hacia los demás.

Esa concepción me servirá después, en la sección 4, para mostrar que no hay una correlación necesaria entre el contraste entre actuar con la intención de provocar un daño y hacerlo sin esa intención, y la expresión de actitudes moralmente relevantes: causar un daño con la intención de causarlo y causar ese mismo daño sabiendo que se lo causa, pero sin la intención de causarlo, pueden manifestar actitudes equivalentes hacia los intereses o personas que padecen el daño.

Finalmente, en la sección 5, consideraré la posibilidad de que haya algo especial en el actuar con la intención de dañar, no ya en tanto que vehículo para la expresión de otras actitudes moralmente relevantes, sino en sí mismo. Mi argumento será que la visión que permite hacer la diferencia requerida por la posición de Duff entre acciones guiadas por la intención de dañar y aquellas que no están guiadas por esa intención omite una dimensión importante del actuar moral. Una vez que esa dimensión es debidamente tenida en cuenta, lo distintivo del actuar con la intención de dañar como una clase especial y más grave de incorrección moral se esfuma.

2.

La pieza central del argumento de Duff consiste en la identificación de dos clases significativamente distintas de incorrección moral, los *ataques* y las *puestas en peligro*, que se distinguen entre sí en virtud las intenciones que guían al agente al realizar la acción de la que se predica la incorrección. La distinción se aplica a las acciones que son incorrectas en parte porque crean un daño o lesión, o el riesgo de que se produzca un daño o lesión. El fundamento de la distinción entre ataques y puestas en peligro reside, en pocas palabras, en que las acciones que caen en una u otra de esas dos categorías expresan actitudes característicamente diferentes hacia las personas o intereses que dañan (o ponen en riesgo).⁷ En especial, en el lenguaje de Duff, los ataques “expresan hostilidad hacia los intereses de las personas” a las que están dirigidos,⁸ mientras que las puestas en peligro expresan, a lo sumo, un cierto grado de indiferencia.⁹ Su idea es que las acciones que integran cada categoría ejemplifican distintas clases de incorrección moral, de modo tal que las reglas del derecho penal que reflejen esa distinción no serían arbitrarias —tendrían, esto es, asiento en esa diferencia moral—.

La mejor forma de reconstruir el argumento de Duff es como la conjunción de las dos tesis siguientes: Primero, es posible que acciones equivalentes en términos del (riesgo de) daño que generan ejemplifiquen distintas clases de incorrección moral dependiendo de si expresan una actitud hostil, o no la expresan. Llamaré a esta tesis la “tesis de las actitudes como generadoras de incorrección”.

Segundo, las acciones llevadas a cabo con la intención de dañar (o crear un riesgo)¹⁰ siempre expresan una actitud hostil, mientras que las acciones realizadas sin esa intención, nunca expresan una actitud de esa clase. A lo sumo, pueden expresar indiferencia. Llamaré a esta tesis la “tesis de la correlación necesaria” (entre intención de dañar y hostilidad, por un lado, y entre la ausencia de esa intención y la ausencia de hostilidad, por el otro).

La conjunción de estas dos tesis lleva a la conclusión de que las acciones que crean un (riesgo de) daño que son guiadas por la intención de crearlo, por un lado, y las acciones que crean el mismo (riesgo de) daño, pero que no son guiadas por la intención de crearlo, por otro, son incorrectas —si ambas lo son— de modos cualitativamente distintos; son ejemplos, dicho de otro modo, de dos clases distintas

7. Cf. también R. A. Duff, *Criminal Attempts* (Oxford: Oxford University Press, 1996), 362-78, donde propone la misma distinción.

8. Duff, *supra* n. 1, 943.

9. *Id.*, 944-945.

10. El término “intención”, como figura en esta tesis no abarca lo que muchas veces se denomina “intención oblicua”, esto es, el estado mental de quien actúa con la certeza de que una consecuencia *p* se producirá como efecto colateral de otra cosa que intenta hacer. En ese caso, se dice que el autor, que *no* intenta *p*, actúa algo así como con una “intención oblicua” respecto de *p*. Duff, *supra* n. 1, 951. Acerca del significado de “intención” más allá de esta aclaración negativa, cf. *infra* nn. 22-23 y su texto. Por su parte, el término “daño” refiere a cualquier situación en la que —teniendo en cuenta todos los aspectos relevantes para el caso— se han afectado negativamente intereses individuales. Por ejemplo: no se considera dañina la amputación que realiza un cirujano para salvar la vida de un paciente. *Id.*, 943.

de incorrección moral. Las categorías de *ataque* y *puesta en peligro* están elaboradas para reflejar esta distinción.¹¹

Si es cierto que las normas penales deberían reflejar diferencias morales del tipo de la que tiene lugar entre ataques y puestas en peligro, y el argumento de Duff es correcto, entonces existiría una razón para respaldar aquellas reglas del derecho penal que establecen diferencias de responsabilidad derivadas del hecho de que el autor haya obrado con la intención de crear un (riesgo de) daño, o lo haya hecho sin esa intención.¹² A su vez, tendríamos una razón para modificar muchas reglas actualmente existentes. Por ejemplo: las reglas que definen los delitos penales a menudo descartan el contraste entre causar daño con la intención de causarlo, y causar daño con estados mentales diferentes de la intención (como la previsión del daño como efecto colateral).¹³ Estas leyes penales tratan de la misma forma acciones que, de acuerdo con el argumento de Duff, constituyen ofensas morales de distinta clase. Ellas desdibujarían la diferencia moral entre ataques y puestas en peligro.

Creo que existen buenas razones para aceptar la primera tesis de Duff (la tesis de las actitudes como generadoras de incorrección). Lo que discutiré en las secciones que siguen es su segunda tesis (la tesis de la correlación necesaria), pues no creo que siempre se correspondan intención de dañar y expresión de hostilidad, ni ausencia de intención de dañar y ausencia de expresión de hostilidad. Creo que la relación de correspondencia es, al menos, más problemática que lo que Duff sugiere. Pero antes de revelar mis argumentos en contra de la tesis de la correlación necesaria, quiero explicar brevemente por qué creo que podemos aceptar la tesis de las actitudes como generadoras de incorrección.

3.

Las acciones son incorrectas en virtud de (algunas) de sus propiedades o rasgos empíricos. Podemos llamar a estas propiedades o rasgos *generadores de incorrección* (en inglés, *wrong-makers*), pues poseerlos es lo que hace de una acción que sea incorrecta. La propiedad "lesivo de intereses ajenos", por ejemplo, es un generador de incorrección

11. Duff utiliza los términos "ataque" y "puesta en peligro" bajo el presupuesto de que la "tesis de la correlación necesaria" es verdadera. De acuerdo con su uso, "ataque" refiere a una acción que crea un (riesgo de) daño, guiada por la intención de causar ese (riesgo de) daño y que expresa hostilidad; "puesta en peligro" refiere a una acción que causa (riesgo de) daño, pero no está guiada por la intención de causarlo y no expresa hostilidad. Dado que yo sostendré que la tesis de la correlación necesaria no es verdadera, a la vez que concederé una versión de la tesis de las actitudes como generadoras de incorrección, utilizaré los términos "ataque" y "puesta en peligro" de una forma ligeramente diferente a la de Duff. Denominaré "ataque" a aquella acción que causa un (riesgo de) daño y expresa hostilidad, y denominaré "puesta en peligro" a aquella acción que causa un (riesgo de) daño, pero no expresa hostilidad. De esta manera, tendrá sentido preguntarse si: (a) las acciones que causan un (riesgo de) daño y están guiadas por la intención de causarlo son *siempre* ataques; y (b) las acciones que causan un (riesgo de) daño, pero no están guiadas por la intención de causarlo *pueden ser* ataques.

12. Cf. Duff, *supra* n. 1, 956-957; y, en particular sobre las reglas de responsabilidad por tentativas, Duff, *supra* n. 2, 29-32, 362-78.

13. Esa es la regla en los delitos de resultado simples, como el homicidio, las lesiones, etc. El Model Penal Code ofrece un ejemplo elocuente: § 210.2 (1) (a) "El homicidio constituye asesinato cuando [...] se lo comete con intención o habiéndolo previsto" (Proposed Official Draft 1962).

porque —en ausencia de otros factores relevantes— la acción que tenga esa propiedad es incorrecta por el hecho de poseerla. Esto es, uno no debe llevar a cabo esa acción precisamente *porque* lesiona intereses ajenos. De hecho, la propiedad de ser lesivo para intereses ajenos es un caso poco controversial. Afirmar lo contrario nos comprometería con una visión implausible de la moral, de acuerdo con la cual las posibles consecuencias lesivas de nuestras acciones no son consideraciones relevantes para decidir cómo actuar.

Ahora bien, para que la distinción entre ataques y puestas en peligro se mantenga en pie, es necesario que la incorrección moral no dependa sólo de propiedades como el ser lesivo para intereses de otros. También debe ser cierto que las actitudes que manifiestan quienes llevan a cabo esas acciones sean ellas mismas generadores de incorrección. Porque, recordemos, son las actitudes que los agentes expresan hacia las víctimas que dañan (o ponen en peligro) lo que distingue a ataques y puestas en peligro como clases diferentes de incorrección moral. Si, por alguna razón, la incorrección moral no pudiera depender de tales actitudes, ataques y puestas en peligro no serían moralmente distinguibles —pues, más allá del plano de las actitudes que expresan los agentes al actuar, y en especial en el plano de sus efectos o su estructura causal, ataques y puestas en peligro son indistinguibles—.

En efecto, lo que caracteriza a los ataques es que expresan hostilidad, mientras que las puestas en peligro no lo hacen, aunque pueden manifestar algún grado de indiferencia. De modo que, para que esta distinción tenga sentido, se necesita una concepción moral según la cual la moralidad no se agote en la evitación de consecuencias negativas o la creación de consecuencias positivas, sino que también sea sensible a otras formas de trato. Las llamadas “teorías expresivas” de la moral ofrecen una concepción de esta clase.¹⁴ Generalmente, estas teorías postulan que otorgar a los demás lo que les corresponde o les es debido no se logra (solamente) evitando daños o, en su caso, promoviendo su bienestar material. Antes bien, nuestros deberes morales son también, y quizá en primer lugar, deberes de adoptar actitudes correctas y expresarlas a través de las acciones apropiadas. Por ejemplo: debemos a nuestros hijos más que cierto nivel de bienestar físico y económico; debemos amarlos. Preocuparnos por su bienestar es sólo un aspecto de este deber mucho más amplio.

El deber de no dañar a otros puede ser analizado de manera similar. Nuestro derecho a no ser dañados por otros es parte de un derecho más general: el de ser tratados como la clase de seres valiosos que de hecho somos. Por lo tanto, es posible que acciones que causan efectos dañosos equivalentes (en el plano no expresivo) agraven sin embargo a sus víctimas de modo distinto según el tipo de consideración que expresan hacia sus víctimas. Si, por ejemplo, yo daño a alguien porque se me da la gana, puedo estar agraviándolo de manera distinta de aquella en la que lo agravio si lo daño sin darme cuenta, aunque las dos acciones sean indistinguibles en términos de los riesgos que suponen y los

14. Cf., p. ej., Elizabeth Anderson, *Value in Ethics and in Economics* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1993), capítulo 2, 17-43, esp. 33-4; Elizabeth S. Anderson y Richard H. Pildes, “Expressive Theories of Law: A General Restatement”, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 148 (2000), 1503, 1506-14; Jean Hampton, “Correcting Harms Versus Righting Wrongs: The Goal of Retribution”, *UCLA Law Review*, vol. 39 (1992), 1659, 1681-5.

resultados dañosos que, en definitiva, causan. Al dañar a alguien sólo porque se me da la gana expreso una concepción de acuerdo a la cual el hecho de que esa persona vaya a ser dañada no me da razones en absoluto para no realizar la acción que la daña; abiertamente niego que esa persona tenga algún valor que pese más que mis caprichos: puedo dañarla sin ninguna razón en particular.

De acuerdo con esta concepción, entonces, es posible sostener que al brindarle a otro la consideración propia de una cosa prácticamente sin valor —o sin más valor que el valor instrumental que pueda tener para mis caprichos— estoy violando su derecho moral a ser considerado como algo intrínsecamente valioso. Sin embargo, si daño a ese otro sin darme cuenta, es al menos dudoso que mi actitud hacia él sea tan ofensiva como la anterior. Puedo no estar dándole el valor que se merece, pero no necesariamente esté considerándolo como una cosa totalmente carente de valor, a la que puedo dañar a voluntad y sin ninguna razón en particular.

Los términos “hostilidad” e “indiferencia” propuestos por Duff bien pueden caracterizar las actitudes manifestadas en estos ejemplos.¹⁵ Cuando daño a otro intencionalmente, expreso hostilidad hacia él, puesto que abiertamente niego que tenga valor alguno. En cambio, al dañarlo sin advertir que lo estoy dañando, revelo quizá cierta clase de indiferencia hacia él, en el sentido de que mi inadvertencia puede revelar que no me importa en realidad de qué manera mis acciones pueden afectarlo. Una concepción de la moralidad que evalúe el status moral de las acciones tomando en cuenta esas actitudes, puede llevar a distintos juicios de incorrección para una y otra acción. Según una concepción como esa, cada una de las dos acciones ejemplificaría un tipo de incorrección distinto según cuales sean las actitudes expresadas en cada acción. Eso justificaría el uso de términos diferentes para referirse a cada tipo: “puesta en peligro” para el tipo de incorrección que consiste en la creación de daño o peligro de daño sin la expresión de hostilidad (o, a lo sumo, con expresión de indiferencia) y “ataque” para el tipo de incorrección que además de la creación de (peligro de) daño está relacionado con la expresión de hostilidad.

El argumento que he esbozado en esta sección sólo tiene como fin mostrar que es plausible el planteo de Duff de que la incorrección de las acciones deriva en parte de las actitudes con las que los agentes las ejecutan, de manera tal que las acciones que crean (riesgo de) daños y expresan hostilidad puedan ejemplificar un tipo de incorrección diferente (y más grave) que aquellas que —pese a crear el mismo (riesgo de) daño— no expresan hostilidad.¹⁶ En esta medida podemos aceptar la tesis de Duff sobre las actitudes como generadores de incorrección.

4.

El argumento de Duff se completa con lo que he llamado “tesis de la correlación necesaria”. De acuerdo con esta tesis, las dos clases de incorrección moral que los términos “ataque” y “puesta en peligro” designan están perfectamente correlacionadas con rasgos de la estructura intencional de las acciones. En particular, Duff alega que las acciones que

15. Duff, *supra* nota 1, 943-45; 947-48; 950-51.

16. *Id.*, 945-46.

crean (riesgo de) daño que están guiadas por la intención de crear (riesgo de) daño *necesariamente* expresan hostilidad hacia las personas o intereses a los que están dirigidos, mientras que las acciones que crean (riesgo de) daño sin estar guiadas por esa intención *nunca* expresan hostilidad, aunque pueden expresar alguna especie de indiferencia.¹⁷

Si es cierta, la tesis de la correlación necesaria ofrece una forma simple de lograr que las leyes penales reflejen de manera precisa las diferencias que —en el plano moral— se supone que reflejan las nociones de “ataque” y “puesta en peligro”. Estas nociones, afirma Duff, son ejemplos de conceptos normativos “densos”, esto es, “conceptos que reflejan no sólo el hecho de la causación de un daño, sino también la forma, el contexto y el espíritu con los que se ha causado ese daño”.¹⁸ Diseñar la reglas del derecho penal de manera que reflejen adecuadamente toda la riqueza de los valores morales relevantes podría ser una tarea extremadamente ardua, si no imposible. Si la tesis de la correlación necesaria es verdadera, ella contribuiría a resolver este problema. En efecto, la tesis identifica una propiedad relativamente simple —la intención de crear (riesgo de) daño— y afirma que cada vez esa propiedad se da concurre invariablemente con ella la propiedad moralmente densa de la expresión de hostilidad; y que la ausencia de la propiedad simple está invariablemente correlacionada con la ausencia de ese factor moral más denso. Así, podríamos hacer que las reglas jurídico-penales se alinearan perfectamente con las categorías morales densas correspondientes simplemente evitando capturar en una misma regla jurídico-penal las acciones guiadas por la intención de crear daño y aquellas que no están guiadas por esa intención —una tarea relativamente fácil—.

Hay, sin embargo, buenas razones para dudar de que la tesis de la correlación necesaria sea verdadera. En efecto, es posible mostrar que (i) las acciones ejecutadas con la intención de causar el daño *H* como medio para lograr un fin no dañoso, *E* (que de acuerdo con la tesis de la correlación necesaria, son siempre ataques)¹⁹ y (ii) las acciones, por lo demás equivalentes a las anteriores, en las que el agente, que también dirige su acción al fin no dañoso *E*, no obra con la intención de causar *H* sino que sólo prevé que *H* será un efecto colateral de su acción (que, de acuerdo con Duff, son siempre puestas en peligro, aun cuando el agente esté totalmente seguro de que *H* ocurrirá)²⁰ no necesariamente manifiestan actitudes disímiles hacia los intereses o las personas que afectan. Si —como argumentaré a continuación— estos grupos de acciones no necesariamente expresan actitudes significativamente distintas en relación con los intereses de aquellos que dañan, debe ser cierto que no necesariamente ejemplifican diferentes tipos de incorrección moral en razón de las actitudes que expresan. Dos acciones que difieren en su estructura intencional, pero expresan actitudes equivalentes con respecto al daño deben ser ambas o bien ataques, o bien puestas en peligro —esto es, no puede ser verdad que una sea un ataque y la otra, sólo una puesta en peligro— y esto implica la negación de la tesis de la correlación necesaria. Nótese que mi estrategia no consiste en negar que haya alguna diferencia analítica entre tener la intención de dañar como medio para lograr un resultado, y prever el daño como

17. *Id.*, 943-5.

18. *Id.*, 947.

19. *Id.*, 950.

20. *Id.*, 951.

un efecto colateral. Antes bien, lo que mostraré es que aquello que permite hacer esa diferenciación analítica no es suficiente para marcar una diferencia moral tan significativa como la que se pretende capturar con las categorías “ataque” y “puesta en peligro”.

Consideremos la siguiente versión del par de ejemplos que Duff ofrece en respaldo de su afirmación de que, a diferencia de lo que ocurre cuando el agente intenta un daño como medio, cuando el agente sólo prevé el daño como un efecto colateral su acción *no* expresa hostilidad.²¹

Intención. *A* quiere tener una buena vista, pero el árbol de su vecino se lo impide. El árbol está cerca de la frontera entre las dos parcelas, pero *A* no puede llegar a él de una forma que le permita, por ejemplo, talarlo. De modo que decide iniciar un incendio en su propiedad, que se extenderá a parte de la propiedad de su vecino y, en ese curso, quemará el árbol. *A* prevé que el fuego también se expandirá en la dirección contraria, y quemará su propio árbol, que no le bloquea la vista.

Previsión. *B* quiere tener una buena vista, pero uno de los árboles de su propio terreno se la bloquea. Por el lugar en el que está ubicado el árbol, *B* no puede talarlo. De modo que inicia un incendio en su propiedad, que se extenderá hasta donde está el árbol y lo quemará. *B* prevé que el fuego también se extenderá en la dirección contraria, alcanzará la propiedad vecina a la suya y quemará uno de los árboles del vecino, que no le bloquea la vista.

Los títulos de estos ejemplos sugieren que sólo *A* tiene la intención de dañar la propiedad de su vecino; *B* sólo prevé que un daño a la propiedad de su vecino será un efecto colateral de la acción de destruir su propio árbol. Decir que *A* tiene la intención de dañar el árbol de su vecino es decir que el daño al árbol juega un papel distintivo en el razonamiento que lleva a *A* a actuar como lo hace.²² En especial, ese papel se manifiesta en el siguiente condicional: si *A* viera que su plan original podría no destruir el árbol de su vecino, ella estaría dispuesta a ajustar su conducta de modo que pudiera destruir el árbol. Por ejemplo, si cuando está a punto de comenzar el incendio, de acuerdo a su plan original, *A* advirtiera que el viento ha cambiado de manera tal que, de producirse el incendio, el fuego no se expandiría lo suficiente como para alcanzar el árbol de su vecino (aunque aún podría alcanzar el propio), *A* estaría de algún modo comprometida a ajustar su plan original, decidiendo, por ejemplo, esperar hasta que las condiciones meteorológicas sean favorables. Esta disposición a modificar un curso de acción planeado de manera tal que el resultado buscado se concrete es parte de lo que *significa* que *A* tiene la intención de destruir el árbol de su vecino.²³ De igual forma hemos de concluir que *B* no actúa con la intención de

21. *Id.*, 947. He modificado los hechos de los ejemplos de Duff para neutralizar en ellos cualquier variable que no sea la intención o la previsión.

22. Cf. Michael E. Bratman, *Intentions, Plans, and Practical Reason* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1987), 140-143.

23. El mismo Bratman ofrece, sin embargo, un posible contraejemplo; cf. *id.*, 140, 191 n. 6.

destruir el árbol de su vecino, precisamente porque el potencial daño al árbol del vecino no juega un papel equiparable en el razonamiento práctico de *B*; esto es, *B* no está comprometido a ajustar su plan ante las mismas circunstancias que harían que *A* ajustase el suyo. Si *B* advirtiera que las condiciones climáticas han cambiado de modo que el fuego ya no se extendería hacia el árbol del vecino (pero sí hacia donde está su propio árbol), *B* no tendría ninguna razón para ajustar su comportamiento. Se sigue, entonces, que *B* no obra con la intención de destruir el árbol del vecino; sólo prevé la destrucción del árbol del vecino como un efecto colateral de la acción que realizará para destruir su propio árbol.

Habiendo dejado en claro lo que distingue a estos casos en lo que respecta a sus propiedades empíricas, veamos ahora la cuestión de su posible distinción en el plano moral. El desafío para quien defiende la tesis de la correlación necesaria es mostrar que las diferencias entre el razonamiento práctico de los agentes revelan que *A* está actuando con hostilidad hacia su vecino y *B* está actuando, respecto de los intereses relevantes del vecino, sólo con indiferencia.

Afirmar —como Duff afirmaría— que *B* es *indiferente* en relación con la destrucción del árbol de su vecino parece, sin embargo, descriptivamente inexacto. En efecto, desde la perspectiva de *B*, destruir el árbol de su vecino es necesario para su objetivo de tener una mejor vista: si *B* debe destruir su propio árbol para tener una mejor vista, dado el conocimiento de *B* acerca de dónde comenzará el fuego y de las leyes causales que determinan cómo se extiende el fuego, la destrucción del árbol de su vecino es necesaria. Puesto que *B* tiene una actitud positiva hacia el objetivo que desea (tener una buena vista), también deberá tener alguna clase de actitud positiva hacia aquellos acontecimientos que, de acuerdo con sus creencias causales, necesariamente deben ocurrir para que su objetivo se concrete. La actitud es positiva, al menos, en el sentido de que sería una buena noticia para *B* que el árbol de su vecino se quemara, porque eso evidenciaría que su plan ha tenido éxito, que ha logrado su objetivo de tener una mejor vista.²⁴

Afirmar que alguien tiene una actitud positiva con respecto a un acontecimiento parece negar que ese alguien sea indiferente con respecto a ese acontecimiento. Uno es indiferente con respecto a un acontecimiento cuando uno no tiene actitudes positivas ni negativas en relación con la ocurrencia de ese acontecimiento.²⁵ En este sentido sostengo que la actitud que *B* manifiesta en *Previsión* no es indiferencia.

Ahora bien, afirmar que *B* no es indiferente con respecto al daño que su acción produce quizás no es lo mismo que afirmar que la actitud que *B* manifiesta equivale a la que manifiesta *A* en *Intención*. Uno todavía podría afirmar que las actitudes manifestadas cuando se actúa previendo el daño como un efecto colateral —por ejemplo, la actitud de *B*— son relevantemente diferentes a aquellas manifestadas cuando se actúa con la intención de dañar como medio, aunque en ambas clases de acciones la actitud hacia el daño sea positiva. Por ejemplo, alguien podría postular que prever un daño como efecto colateral

24. Cf. Jonathan Bennett, *The Act Itself* (New York: Oxford University Press, 1995), 221-2.

25. Cf. Shelly Kagan, *The Limits of Morality* (Oxford: Oxford University Press, 1991), 170-1, en el sentido de que tener una actitud positiva con respecto a que un daño ocurra es inconsistente con ser indiferente con respecto a ese daño. En otras palabras: si alguien tiene una actitud positiva hacia algo, no está siendo indiferente hacia ese algo.

no es tan ofensivo hacia los intereses del vecino como tener la intención de dañar, en el sentido de que sólo en el caso de la previsión el siguiente condicional contrafáctico puede ser verdadero: Si *B* pudiera mejorar su vista sin afectar el árbol de su vecino, preferiría ese curso de acción a aquel que lo conduce a quemar tanto su árbol como el del vecino. La actitud que *B* expresa en *Previsión* es consistente con la suposición de que, si pudiera evitar el daño, preferiría evitarlo, de modo que no tenemos por qué negar que esa sería su preferencia. Sin embargo, para que esta observación constituya un argumento diferenciador, tiene que ser verdad que un condicional contrafáctico equivalente *no* puede ser verdadero en el caso de *A* (el agente en *Intención*). Y eso no es así; un condicional contrafáctico semejante es verdadero respecto de *A*. En la medida en que estos condicionales dicen algo acerca de las actitudes de nuestros agentes, las actitudes expresadas por *A* y *B* son equivalentes.²⁶

En efecto, como indiqué antes, *A* tiene la intención de destruir el árbol de su vecino sólo como medio para lograr una mejor vista. Cuando decimos que un agente tiene la intención de producir *H* sólo como un medio para lograr *E*, estamos afirmando algo acerca de las razones por las que el agente tiene la intención de producir *H*; en especial, que la única razón por la que el agente tiene la intención de producir *H* es que *H* contribuye a que se produzca *E*.²⁷ Cualquier otra propiedad que pueda tener *H* no juega papel alguno en la motivación del agente para hacer o causar *H*. En *Intención*, entonces, la única razón que tiene *A* para quemar el árbol del vecino es que la acción es necesaria —dadas las circunstancias— para lograr su objetivo de una mejor vista. Así, si el mundo fuera tal que destruir el árbol del vecino no fuera necesario para que *A* tuviera una mejor vista —por ejemplo, porque ha encontrado una forma de cambiar el árbol de lugar sin dañarlo— quizá preferiría el curso de acción alternativo a aquel que lo lleva a destruir el árbol del vecino. En otras palabras, su actitud positiva hacia el daño que intenta causar en el escenario de *Intención* (en el que no tiene la posibilidad alternativa de cambiar el árbol de lugar sin dañarlo) es consistente con su preferencia por un mundo posible en el que logra una mejor vista sin destruir el árbol del vecino.

Si mi caracterización de los casos es adecuada, ella indicaría que las acciones descritas en *Intención* y *Previsión* pueden ser expresión de disposiciones actitudinales equivalentes de los agentes hacia sus respectivos vecinos. El tipo de desconsideración hacia sus vecinos que *A* y *B* manifiestan parece ser el mismo. La actitud que expresan —llámesela hostilidad o de cualquier otro modo— es una actitud positiva hacia el daño basada en (y sólo en) la percepción de que *H* es necesario para lograr *E*.

Se sigue de ello que, si la acción de *A* es incorrecta por la actitud que expresa, la acción de *B* debe ser igualmente incorrecta. Y si las acciones de *A* y de *B* son igualmente incorrectas en virtud de las actitudes que expresan, entonces no puede ser verdad que *ceteris paribus* necesariamente se manifiesta una actitud diferente hacia el daño cuando se tiene la intención de dañar, que cuando no se la tiene. En otras palabras, la tesis de la correlación necesaria es falsa.

26. Cf., p. ej., Bennett, *supra* n. 21, 214–8; Horacio Spector, *Autonomy and Rights: The Moral Foundations of Liberalism* (Oxford: Oxford University Press, 1992), 109–1.

27. Cf., p. ej., Kagan, *supra* n. 22, 130.

El argumento contrario a la diferenciación que se funda en casos como *Intención* y *Previsión* tiene una limitación.²⁸ En esos casos asumimos que ambos agentes creen que las consecuencias dañosas de sus acciones van a concretarse con seguridad. En estas condiciones, he mostrado que tener la intención de dañar y prever el daño como un efecto colateral no se correlacionan con actitudes relevantemente diferentes con respecto a los intereses que las acciones afectan. Pero esta simetría actitudinal podría desaparecer si los agentes creyeran que el resultado dañoso es sólo una consecuencia *probable* de sus acciones. Pues, en efecto, si *B* cree que es sólo *probable* que el incendio que inicia para quemar su propio árbol se expanda y queme el árbol de su vecino, no sería inconsistente con el enunciado de *Previsión* que *B* *tuviera la esperanza* de que este resultado probable no ocurriese. En cambio, del enunciado de *Intención* podemos inferir que *A* no tiene esa esperanza; si tiene la *intención* de que *ese* árbol se queme, eso parece excluir la posibilidad de que tenga la esperanza de que el árbol no se queme.²⁹

Por lo tanto, cuando el agente cree que el resultado dañoso es incierto, es posible pensar que actuar con intención y actuar con (mera) previsión manifiestan actitudes diferentes hacia los intereses que afectan. Mientras que podemos descartar la posibilidad de que el que actúa con intención tenga la esperanza de que su acción no dañe, no podemos descartar esa esperanza en el que actúa sólo con previsión. Si es posible articular esta diferencia como la diferencia entre hostilidad y una actitud que no llega aún a ser hostilidad, entonces podría sostenerse que en esos casos de creencia sólo probable de que el daño ocurrirá, la diferencia entre intentar el daño como medio y prever el daño como efecto colateral está correlacionada con la diferencia de clases de incorrección reflejada en la distinción entre ataques y puestas en peligro.

Pero aun si todo esto fuese correcto, sólo una versión cualificada de la tesis de la correlación necesaria sería verdadera: esto es, la tesis verdadera sería una según la cual no sólo intentar el daño sino también preverlo como efecto colateral *seguro* estarían invariablemente correlacionados con la expresión de hostilidad —todo otro estado mental, incluyendo la previsión del daño como efecto colateral sólo *probable*, nunca expresaría tal actitud—.

5.

Duff parece conceder que si la atención se concentra en las disposiciones de los agentes en relación con los intereses afectados, como yo he hecho hasta ahora, se puede, de hecho, concluir que *ceteris paribus* no parece posible encontrar diferencias relevantes

28. Cf. Bennett, *supra* n. 21, 224-5.

29. Duff afirma que también deberíamos inferir la posibilidad de esta esperanza en el enunciado original de *Previsión* (es decir, aun si *B* estuviera seguro de que con su acción quemará el árbol del vecino) y, a partir de esto, que aun en esos casos prever el daño como un efecto colateral supone actitudes menos ofensivas que intentar el daño como medio. En este sentido escribe que si un agente prevé con certeza que un daño ocurrirá “podría desear o esperar que no ocurriera”. Duff *supra* n. 1, 951. Sin embargo, ¿qué significa que el agente podría “desear o esperar” que el daño no ocurriera, cuando tiene la certeza de que ocurrirá? O bien la afirmación no tiene sentido, o bien refiere sólo a la posibilidad de que el agente prefiera un escenario posible en el que lograr su cometido no suponga también dañar a los demás. Pero, si este último es el caso, Duff se refiere a lo mismo que —según acabo de demostrar— no permite distinguir entre la actitud de prever el daño como efecto colateral y la de tener la intención del daño como medio.

entre la disposición del agente que actúa con intención y la del agente que actúa sólo con previsión.³⁰ Sin embargo, afirma Duff, si uno rechaza la posición de que la responsabilidad penal debe basarse en esa clase de evaluaciones de las disposiciones de los agentes para concentrarse, en cambio, en el carácter de las propias acciones que de hecho se realizan, entonces sí se hace notoria una diferencia moral significativa entre las acciones guiadas por la intención de dañar (aun cuando el daño se intente como medio para otro fin) y aquellas no guiadas por esa intención. Duff escribe que las acciones del primer tipo están “estructuradas por la intención de [dañar]”,³¹ están, en otras palabras, “orientadas hacia y guiadas por lo incorrecto que esa intención supone”.³² En cambio, las acciones del segundo tipo “no están de igual modo estructuradas u orientadas hacia lo incorrecto”.³³ Para completar el argumento, es decir, para explicar por qué, al hacer que el daño guíe la propia acción, uno actúa de una forma distintivamente incorrecta,³⁴ Duff recurre a un conocido argumento de Thomas Nagel:

“[A]puntar al mal, incluso como medio, es hacer que la acción sea guiada por el mal. Uno debe estar preparado para ajustarla de modo de asegurar la producción del mal: una disminución en el nivel del mal deseado se convierte en una razón para alterar lo que uno hace de modo que el mal sea restaurado y mantenido. Pero la esencia del mal es que él nos debería *repeler*. Si algo es mal, nuestras acciones deberían ser guiadas, si es que han de ser guiadas por ese algo, en la dirección de su eliminación antes que en la dirección de su mantenimiento. Eso es lo que mal *significa*. Así, cuando apuntamos al mal estamos nadando de cabeza contra la corriente normativa. Nuestra acción está siendo guiada por un objetivo en la dirección diametralmente opuesta a la dirección a la que el valor de ese objetivo apunta.”³⁵

En breve: si hay un valor *V* y una cosa *C* que ejemplifica *V*, el modo más claro de transgredir *V*,³⁶ en relación con *C*, es intentar destruir *C*.³⁷ Porque, en términos de Nagel, cuando actuamos con la intención de destruir *C*, apuntamos al mal y, de ese modo, “nadamos de cabeza contra de la corriente normativa”.³⁸ En cambio, al hacer el mal sin apuntar al mal, seguramente aún transgrediríamos *V*, aunque lo haríamos de una manera

30. *Id.*, 947-8.

31. *Id.*, 945.

32. *Id.*, 948.

33. *Id.*

34. *Id.*, 948 n. 19.

35. Thomas Nagel, *The View from Nowhere* (New York: Oxford University Press, 1986), 181-2. Duff se refiere a una versión previa, pero básicamente idéntica. Cf. *supra* n. 1, 948 (donde cita Thomas Nagel “The Limits of Objectivity”, *Tanner Lectures on Human Values*, vol. 1 (Sterling M. Mc.Murrin ed., Salt Lake City: University of Utah Press, 1980), 75, 131-35).

36. Extraigo la idea transgredir valores (*to flout values*, en el original inglés), y de que hay *diferentes modos* de transgredirlos de Robert Nozick, *Philosophical Explanations* (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981), 382-84.

37. O, de manera más precisa, tener la intención de hacer que *C* deje de ser tal que ejemplifique *V*.

38. Nagel *supra* n. 32.

menos clara: todavía estaríamos nadando contra la corriente normativa, pero no *de cabeza* en contra de ella. Dado que el argumento de Nagel ofrece una explicación de por qué actuar con la intención de hacer el mal es el modo más claro de transgredir el valor relevante, él puede servir como base para la proposición de que actuar con la intención de hacer el mal (aunque sea sólo como medio) ejemplifica una forma particular de incorrección moral que es a la vez cualitativamente diferente y más grave que la incorrección del actuar sólo previendo el mal como efecto colateral de una acción que apunta a un objetivo que no es malo.

De acuerdo con esta interpretación, el argumento de Duff depende crucialmente de la tesis de Nagel de que actuar con la intención de dañar o hacer el mal es el modo más claro de transgredir el valor pertinente. Si la tesis de Nagel fuera falsa, el argumento derivado de ella de que actuar con la intención de hacer el mal da lugar a una clase distintiva de incorrección moral también caería. La pregunta decisiva es, entonces, si la tesis de Nagel es correcta. En lo que queda de esta sección mostraré por qué creo que la tesis de Nagel es demasiado estrecha; ella deja afuera una dimensión importante de la acción (in)moral. Una vez que se corrige la tesis de Nagel de modo que dé apropiadamente cuenta de esa dimensión, el argumento de Duff pierde sustento.

En el caso *Intención*, A actúa con la intención de destruir el árbol de su vecino. La destrucción del árbol del vecino es un mal. La razón por la cual la destrucción del árbol es un mal es el hecho de que con ella se daña al vecino. Dado que A actúa con la intención de destruir el árbol de su vecino y que la destrucción del árbol es un mal, se sigue de que A actúa con la intención de destruir el árbol de su vecino, que A actúa con la intención de hacer un mal. Sin embargo, el aspecto del estado de cosas que A tiene la intención de causar y que hace que ese estado de cosas sea un mal (esto es, el hecho de que daña al vecino), si bien es parte de aquello que A tiene la intención de causar, no figura entre las razones que A tuvo en cuenta para actuar de esa forma. *Ex hypothesi*, la razón por la que A quemó el árbol de su vecino es el hecho de que con eso conseguiría una mejor vista. Es cierto que esta acción necesariamente dañaría a su vecino; pero no fue esa la razón por la que A quemó el árbol. A quemó el árbol *a pesar* de que (¡y no *porque!*) eso dañaría a su vecino.

La distinción que acabo de trazar sugiere la posibilidad de un caso aun más claro de trasgresión del valor del interés que el vecino tiene sobre su árbol: esto es, el caso en el que el agente intencionalmente quema el árbol *porque* (¡y no *a pesar de que!*) eso dañaría al vecino. En este último caso, el agente no sólo le apunta al mal (como hace A en *Intención*), sino que además efectivamente toma el aspecto del evento que intenta realizar en virtud del cual ese evento es un mal (esto es, el hecho de que daña al vecino) como la razón (o una de las razones) por las cuales actúa con esa intención. Es posible expresar este contraste con la siguiente terminología de Nozick: en el último caso el agente hace intencionalmente un mal *qua* mal; su acción no sólo coincide con lo incorrecto; está *alineada* con la incorrección.³⁹ En *Intención*, en cambio, A también hace intencionalmente un mal, pero su acción no está alineada con la incorrección; simplemente coincide con ella.

39. Cf. *supra* n. 33, capítulo 4.

En la ética kantiana, la acción moral es tal que la razón por la cual el agente la realiza y la razón en virtud de la cual la acción es moralmente correcta coinciden.⁴⁰ Al actuar moralmente en este sentido fuerte, el agente no sólo hace lo que es correcto, sino que también se conecta con el valor que hace que su acción sea correcta. Si yo hago lo que es correcto pero por una razón distinta de aquella en virtud de la cual mi acción es correcta —por ejemplo, si actúo por razones de autointerés cuando lo que hace correctas a las acciones como la mía es que ellas favorecen los intereses de otros— mi acción ciertamente no será incorrecta, pero estará lejos del ideal moral; hago lo correcto, pero no me conecto con el valor pertinente.

Un argumento simétrico al de la acción moral kantiana explica el contraste que tracé entre perseguir lo incorrecto *qua* incorrecto, por un lado, y simplemente dejar que lo que uno hace coincida con lo incorrecto, por otro. Cuando intencionalmente hago un mal y aquello que hace que lo que hago sea un mal es una de mis razones para hacerlo, no sólo actúo de manera incorrecta, sino que también me conecto con la incorrección de la forma en que el agente moral kantiano se conecta con el valor. En cambio, si hago intencionalmente algo que está mal sin alinearme con la incorrección (como *A* en *Intención*), mi acción es sin duda incorrecta; pero está tan lejos del anti-ideal de conducta moralmente incorrecta como lo está la acción autointeresada de mi ejemplo anterior con respecto al ideal moral.

Como sostiene Nagel en el pasaje citado arriba,⁴¹ del mismo significado de mal se sigue que no debemos apuntarle a él. Si bien eso es cierto, es sólo una parte de la verdad. También se sigue del concepto de mal que no debemos tomarlo como razón para actuar; no debemos dejar que nuestras acciones se alineen con el mal. Si esta observación es correcta, ella muestra que apuntar al mal no es el modo más claro de transgredir el valor relevante; pues hay un modo aun más claro, a saber, apuntar al mal *qua* mal. Dicho con la metáfora de Nagel, sólo cuando apuntamos al mal *qua* mal nadamos de cabeza en contra de la corriente normativa; si meramente apuntamos al mal (como lo hace *A* en *Intención*), ciertamente vamos contra la corriente normativa, pero no de cabeza en contra de ella. Esta observación, entonces, es suficiente para refutar el argumento de Duff en favor de la distinción entre tipos de incorrección moral según que la acción haya sido guiada por la intención de causar daño, o haya sido guiada por alguna otra intención. Pues, en efecto, Duff funda esta diferencia en el supuesto carácter distintivo del intentar causar daño como el modo más claro de transgredir el valor relevante, y esto es lo que acabo de refutar.

Mi observación no necesariamente niega que haya circunstancias en las que una acción realizada con la intención de dañar sea de algún modo más incorrecta que otra, por lo demás igual, pero en la que el agente sólo prevé el daño como un efecto colateral. En efecto, mi observación se limita a los dos puntos siguientes: (1) Para toda acción incorrecta en la que el agente intenta crear un daño *H* sin alinearse con lo incorrecto de su acción (esto es: sin que lo que hace incorrecta a la acción sea una de las razones por las que el agente intenta provocar *H*), existe un caso posible en el que el agente no sólo actúa con la intención de provocar *H* sino que también alinea su acción con lo incorrecto (esto es,

40. Cf. Christine M. Korsgaard, *Creating the Kingdom of Ends* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), capítulo 2.

41. Nagel *supra* n. 32.

el agente toma aquello que hace que la acción sea incorrecta como razón para actuar como lo hace); y (2) el segundo caso representa el modo más claro de transgredir el valor en relación con el cual la acción es incorrecta. Los dos puntos dejan espacio para afirmar la posibilidad de que si el agente no actúa con la intención de causar *H*, sino que sólo prevé *H* como efecto colateral, su acción esté más lejos del modo más claro de transgredir el valor relevante que la acción, por lo demás igual, pero que está guiada por la intención de causar *H*. La primera probablemente también transgredirá ese valor, pero de un modo menos claro.

¿Podría esta última posibilidad dar fundamento a la propuesta de Duff de que debemos distinguir clases de incorrección según se dañe (o se cree riesgo de daño) con la intención de causar daño o sin esa intención? Mi respuesta es que no. En primer lugar, la mera posibilidad de que en ciertos contextos actuar con la intención de dañar sea más grave que hacerlo sólo previendo el daño como efecto colateral no es suficiente para dar fundamento a la propuesta de Duff. La propuesta de Duff requeriría que actuar con la intención de dañar fuese *necesariamente* más grave que hacerlo sin esa intención; esto es, que actuar con esa intención estuviera siempre más cerca del anti-ideal de conducta incorrecta que hacerlo sin ella. Las cosas, sin embargo, no son tan simples.

Considérese el siguiente ejemplo: en una guerra desatada entre fundamentalistas étnicos, el piloto *P* bombardea algunas posiciones militares en territorio enemigo. *P* prevé que habrá algunas bajas civiles en el territorio enemigo que se producirán como efecto colateral necesario de su bombardeo. Aunque *P* sabe que su acción matará civiles de la etnia enemiga, no tiene la intención de matarlos; sólo apunta a destruir las posiciones militares. Sin embargo, *P* también cree que todos los miembros de la etnia rival merecen morir, y esta creencia ha sido crucial en su decisión de actuar: no habría estado tan dispuesto a bombardear las posiciones militares del enemigo de haber creído que el bombardeo afectaría a civiles de otras etnias. En otras palabras: una de las razones por las que la acción de *P* es incorrecta es el hecho de que matará civiles de la etnia rival y precisamente este hecho es una de las razones por las que *P* acepta la misión de bombardear. La acción de *P* de matar civiles a sabiendas no está guiada por la intención de matarlos, pero se alinea con lo incorrecto de matarlos.

El ejemplo muestra que prever el daño sin intentarlo y alinearse con lo incorrecto pueden aparecer juntos: uno puede hacer conscientemente un mal como un efecto colateral *porque* ese efecto colateral es un mal. De la misma forma, el escenario en *Intención* ilustra que un agente puede tener la intención de causar un daño sin alinearse con lo incorrecto de ese daño; uno puede tener la intención de hacer un mal *a pesar* de que lo que hace es un mal.

La defensa posible del argumento de Duff que estoy considerando ahora concedería que el modo más claro de transgredir valores exige actuar con la *intención* de hacer un mal *porque* es un mal, y concluiría que, por eso, en condiciones por lo demás iguales, actuar con la *intención* de hacer un mal está más cerca del caso más claro de transgredir el valor que actuar sólo *previendo* un mal como un efecto colateral. Ahora bien, de la misma manera deberíamos concluir que, en condiciones por lo demás iguales, hacer un mal *porque* es un mal está más cerca del anti-ideal de acción moralmente incorrecta que hacer un mal *a pesar* de que es un mal.

Lo que muestran los ejemplos del bombardero fundamentalista *P* e *Intención* es que actuar con la intención de hacer un mal (por oposición a actuar meramente previendo un mal como efecto colateral) y hacer un mal porque es un mal (por oposición a hacer un mal a pesar de que es un mal) son propiedades independientes. Uno puede actuar con la intención de hacer un mal, a pesar de que se trata de un mal (como en *Intención*), así como es posible hacer conscientemente un mal sin intentarlo (previéndolo como efecto colateral), porque se trata de un mal. El siguiente cuadro muestra estas posibilidades:

Intentar el Mal	<i>Intención</i>	Forma más clara de trasgresión del valor relevante
Prever el Mal	<i>Previsión</i>	Bombardero Fundamentalista
	A pesar de que es mal	Porque es mal

El eje vertical muestra lo que podríamos llamar la *dimensión intencional* [*aiming dimension* en el original inglés] de la trasgresión de valores. En lo que respecta a esta dimensión, actuar con la intención de hacer un mal es más grave que hacerlo sólo previendo el mal. A su vez, podemos llamar a la dimensión representada en el eje horizontal la *dimensión motivacional* [*tracking dimension* en el original inglés]. Tomando en cuenta esta dimensión, hacer un mal porque se trata de un mal es más grave que hacerlo sin alinearse con ese mal, es decir, a pesar de que se trata de un mal. La forma más clara de transgredir el valor pertinente está representada en el margen superior derecho del gráfico, donde se combinan las posiciones de máxima gravedad en cada una de las dos dimensiones representadas en el gráfico. En el margen inferior izquierdo encontramos acciones como la de *Previsión*, en las que el agente hace conscientemente un mal a pesar de que se trata de un mal. Las acciones guiadas por la intención de hacer un mal, como la acción de *Intención* están más cerca del anti-ideal que aquellas más cercanas a la región inferior izquierda del gráfico. Sin embargo, prever el mal como un efecto colateral no asegura que el agente no se acercará de igual modo al anti-ideal de acción incorrecta. Casos como el del bombardero fundamentalista muestran cómo podría ocurrir esto.

En suma, una vez que tomamos en cuenta diferencias en la dimensión motivacional de la incorrección, ya no es posible afirmar —como requiere la propuesta de Duff— que actuar con la intención de provocar un daño es siempre distintivamente más incorrecto (o más cercano al anti-ideal de incorrección) que actuar sólo previendo ese mismo daño como un efecto colateral.⁴² Así, la propuesta de Duff pierde su pretendido sustento.⁴³

42. Lo dicho en el texto rige a menos que se proponga un argumento que dé razones por las cuales, en una evaluación general, las diferencias a lo largo de la dimensión intencional deban tener un impacto mayor que las diferencias a lo largo de la dimensión motivacional —argumento que, dicho sea de paso, Duff no ha propuesto—.

43. Duff constató mis objeciones en su artículo R. A. Duff, “Criminalizing Endangerment: A Response to Marcelo Ferrante’s Comment”, *Louisiana Law Review*, vol. 65 (2005), 983-7. En breve, su respuesta es que

6.

El argumento de Duff que he discutido en este ensayo debería llevarnos a reconocer que hay razones profundas para que las leyes penales estén estructuradas de manera tal que las conductas delictivas que causan (riesgo de) daño sean tratadas de manera diferente según que sean cometidas con la intención de causar (riesgo de) daño, o lo sean sin esa intención. La razón que Duff da para respaldar esta teoría es que, al estar guiadas por la intención de dañar, las acciones manifiestan hacia las víctimas que afectan actitudes morales relevantemente distintas en comparación con las actitudes que expresan aquellas acciones, por lo demás iguales, pero que no están guiadas por esa intención. Duff alega que estas diferencias actitudinales indican diferencias en la clase de incorrección que las acciones ejemplifican: ellas agravan a sus víctimas de formas significativamente diferentes.

Si mis argumentos son correctos, el argumento de Duff no prueba lo que intenta probar. Es probable que tengamos razones para trazar diferencias punitivas entre acciones según cuáles sean las actitudes que los agentes expresan al realizarlas. Sin embargo, no hay en la defensa de Duff un argumento concluyente que muestre que debemos hacer del obrar con la intención de causar el daño pertinente el criterio para distinguir las clases de casos relevantes.

De esta manera, mis objeciones al argumento de Duff mantienen abierta la vieja objeción de Righi a la interpretación jurisprudencial predominante de reglas como el art. 42, CP: esto es, no hemos dado aún con razones que den respaldo suficiente a la diferenciación legal basada en el actuar con la intención de cometer cierto daño —como algo distinto de actuar con otras actitudes emparentadas con esa—.

mis objeciones muestran que no es posible concluir sobre la base de los argumentos considerados que es moralmente *más grave* actuar con la intención de dañar que hacerlo sin esa intención. Quizá yo tenga razón, afirma Duff; pero aun si la tengo, ello no implica que Duff no la tenga. Porque la posición de Duff, él insiste en su réplica, *no* es que actuar con la intención de dañar es *más grave* que hacerlo sin esa intención, sino sólo que esas dos formas de actuar ejemplifican clases significativamente distintas de incorrección moral. No puedo tratar en detalle la maniobra defensiva de Duff en esta nota. Sólo diré que si Duff renuncia a la tesis de la mayor gravedad de actuar con intención, el argumento pierde demasiada fuerza. ¿Cuál sería la razón para distinguir entre esas clases de incorrección si no es para hacer una distinción de grados de gravedad?