

La criminalización de las puestas en peligro (*)

R.A. DUFF (**)

RESUMEN

El texto tiene como principal objetivo establecer los modos en que las puestas en peligro son, o deberían ser criminalizadas. De este modo, mostrar los diferentes formas en las que los delitos de puestas en peligro pueden ser estructurados, además de intentar formular algunas de las preguntas que deberíamos responder si pretendiéramos desarrollar un aceptable derecho penal de las puestas en peligro.

Palabras clave: *Criminalización-delitos de peligro-daño-riesgo-democracia*

ABSTRACT

The aim of the paper is to establish the ways in which endangerment is, or should be, criminalized. Thus, the text shows the different ways in which endangerment offenses can be structured and also intent to raise some of the questions that must be answered if we are to develop a just and acceptable criminal law of endangerment.

Keywords: *Criminalization-endangerment offenses-harm-risk-democracy*

(*) Traducción del original «Criminalizing Endangerment» publicado originalmente en Antony Duff & Stuart P. Green (eds.), *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law* (Oxford University Press, 2005) a cargo de Gustavo A. Beade.

(**) Profesor emérito del Departamento de Filosofía de la Universidad de Stirling (Escocia) y Profesor de la Escuela de Derecho de la Universidad de Minnesota (EE.UU). Debo un agradecimiento especial a Leverhulme Trust, por la Beca de Investigación que me permitió escribir este texto; a los participantes en el Baton Rouge Workshop, y en los seminarios de la Universidad de Ohio State y en la Universidad de Stirling, en los cuales presenté versiones anteriores; y a Marcelo Ferrante, Stuart Green, Jeremy Horder, Ken Simons y Leo Zaibert por los comentarios tan detalladamente escritos. Ellos reconocerán su influencia en lo que sigue; reconocerán también que los errores remanentes y confusiones me pertenecen.

1. ATAQUES Y PUESTAS EN PELIGRO

Algunos delitos (típicos o simbólicos) consisten en ataques sobre intereses protegidos jurídicamente. Si te disparo intentando lesionarte; o si comienzo un incendio intentando dañar tu propiedad; o si miento intentando obtener tu dinero, ataco tus intereses sobre tu integridad física, tu propiedad, tu interés en no ser nocivamente engañado, ataques contra los cuales el derecho penal nos protege. Si mi ataque se consuma exitosamente, soy (en ausencia de una defensa ulterior) culpable de lesiones intencionadas, de provocar un incendio, o de beneficiarme fraudulentamente (1). Si mi ataque no se consuma, soy culpable de la tentativa de cometer uno de aquellos delitos. Es posible decir que las tentativas son ataques que fallan (2).

Otros delitos típicos o simbólicos no consisten en atacar intereses jurídicamente protegidos sino en ponerlos en peligro. Sin intentar dañar, actúo en un modo en que advierto que puedo lesionarte, o dañar tu propiedad, poniendo en peligro tu seguridad física o tu propiedad; sin intentar engañarte, te informo que cierto banco es seguro financieramente. Si advierto que mi afirmación puede ser falsa y puede inducirte a abrir una cuenta con esa institución financiera, estoy poniendo en peligro tus intereses en tener cierta información financiera para poder actuar en consecuencia. El derecho penal constituye una protección de estos intereses contra estas puestas en peligro. Si el riesgo se consuma –alguien es lastimado, una propiedad dañada, o mi afirmación es falsa– es posible que sea inculpado por lesiones, delito de daño, o por inducir fraudulentamente a hacer un depósito de dinero (3). Si el peligro no se consuma, podría o no podría ser culpable de un

(1) Ver *Offenses Against the Person Act, 1861*, § 18 (U.K.); *Criminal Damage Act, 1971*, § 1 (U.K.); *Theft Act, 1968*, § 15 (U.K.). Desde que lesionar voluntariamente requiere una intención de afectar a otro, este tipo de delito consiste en un ataque. Siendo que provocar un incendio no requiere de una intención de causar un perjuicio, este tipo de delitos no consiste en un ataque; pero debido a que en la intención es suficiente *mens rea* para configurar el delito, algunas formas de este tipo de delito, consisten en ataques. La obtención mediante un engaño requiere de una «intención de privación permanente» respecto de la víctima, y la mayoría de los aspectos de este tipo de delito serán de hecho, ataques; pero dada la definición extendida de «intención» establecida en la sección 6 de esta norma y el hecho de que el «engaño» necesita sólo ser «imprudente» el tipo de delito no consiste en un ataque.

(2) Ver *Criminal Attempts Act, 1981*, § 1(1) (U.K.); R.A. DUFF, *Criminal Attempts* (Oxford: Oxford University Press, 1996) p. 221-28, 363-74.

(3) *Offenses Against the Person Act, 1861*, § 20 (U.K.); *Criminal Damage Act, 1971*, § 1 (U.K.); *Banking Act, 1987*, § 35. Puedo poner en peligro a otro en forma inadvertida y no-culpable, ver *infra* nota 12; en estos casos, de todos modos, sólo quien pone en peligro a otro, al menos en forma imprudente, comete un delito.

delito [offence], desde que el derecho inglés o el norteamericano no tienen delitos generales de puestas en peligro no consumadas, análogas a las tentativas inacabadas. El Model Penal Code (s.211.2) [Código Penal Modelo] podría condenarme por «puestas en peligro imprudentes» si genero un riesgo causando serias lesiones físicas, pero el derecho inglés podría condenarme sólo si pongo en peligro a otro en un modo específico que estuviera previsto en una sanción (4). Ningún sistema criminaliza poner en peligro a la propiedad como tal, aunque podría ser culpable si la pongo en peligro, por ejemplo, causando una explosión o iniciando un incendio (5). En ningún sistema es un delito realizar una afirmación que advierto que puede ser falsa, a menos que, en efecto, sea falsa o engañosa (6).

Mi interés principal está en las formas en las cuales la puesta en peligro es o debería ser criminalizada. Sin embargo, primero debemos prestar atención (en §2) a la distinción entre ataques y puestas en peligro, como dos tipos diferentes de delitos penales, antes de cambiar (en §3) hacia la estructura y el alcance de las puestas en peligro como infracciones.

2. DIFERENCIANDO ATAQUES DE PUESTAS EN PELIGRO

Un ataque es una acción o una omisión que es intentada para dañar algún valor o interés. Puedo atacar tu cuerpo tratando de herirte; tus bienes tangibles intentando robarlos o dañarlos; tu reputación difamándote; tu propiedad intelectual plagiando tu trabajo. Los ataques no necesitan, empero, ser dirigidos contra personas particulares. Pueden ser indiscriminados, dirigidos a cualquiera que se encuentre en el camino, dirigidos a instituciones o prácticas, o incluso a valores más abstractos, como cuando llamamos propaganda a un ataque a la verdad. Tanto la intención del daño como la acción riesgosa son necesari-

(4) Ver, e.g., Road Traffic Act, 1988, § 2 (U.K.); Ver también *infra* las notas 60-63.

(5) Explosive Substances Act, 1883, § 2 (U.K.); Model Penal Code § 220.1 (2) (Anteproyecto Oficial 1962).

(6) De todos modos, un testigo bajo juramento que efectúe una declaración que el mismo no cree como verdadera comete falso testimonio en el derecho inglés. Perjury Act, 1911 (U.K.). En Estados Unidos la ley está redactada en forma similar, véase Model Penal Code § 241.1 (1) (Anteproyecto Oficial 1962); 18 U.S.C. 1621 (2004), pero la jurisprudencia exige falsedad. Ver Stuart P. GREEN, «Lying, Misleading, and Falsely Denying: How Moral Concepts Inform the Law of Perjury, Fraud, and False Statements», 53 *Hastings Law Journal* 157, 176 (2001); *Commentary to Model Penal Code* § 241.1, p. 94 (Anteproyecto Oficial 1962).

rias para un ataque. Disparar un arma puede poner en peligro a V, pero solo ataca a V si intenta dañarlo. Formar una intención de dañar a V, de todos modos, o hacer preparativos para concretar esa intención, no es todavía un ataque a V: el agresor debe progresar más allá de la «mera preparación», para estar «en el proceso de llevar a cabo el ataque; (7) y sus acciones deben vincularse correctamente con el mundo en el que vivimos (8).

Una cierta hostilidad para con su objetivo es intrínseco de un ataque. No necesita ser motivado por el odio: un sicario o un estafador puede no sentir ningún ánimo contra sus víctimas. Pero sus acciones manifiestan una hostilidad práctica contra los intereses o las personas que atacan, basada en que dichas acciones son dirigidas contra aquellas personas y sus intereses (9). Su estructura intencional es determinada por el daño que ellos causan. Alguien que intentase lo que normalmente es concebido como un daño, debería negar que la acción es en este sentido hostil: alguien que comete voluntariamente un acto de eutanasia podría argumentar que la acción manifiesta la compasión que lo motiva a actuar; alguien vinculado en actos sadomasoquistas consentidos, puede reclamar que sus acciones exteriorizan respeto mutuo y preocupación por el placer ajeno, lo que estructura el encuentro sexual. Lo que dichas personas niegan, de todos modos, es que sus acciones constituyen ataques, debido a que niegan que lo que ellos intentaron constituir es un daño (tal como un cirujano podría negar que la amputación que lleva adelante constituya un ataque, desde que es intentado para beneficiar al paciente, más no para dañarlo). Existe, por supuesto, un espacio para el desacuerdo en dichos casos y se podría insistir en que dichas acciones todavía constituyen ataques ilícitos: en el caso de la eutanasia, sobre la persona asesinada (tomando el derecho a la vida como inalienable) o en los valores más abstractos de la vida; en caso del sadomasoquismo, sobre los intereses «reales» de las personas, o sobre algunos valores que las personas encar-

(7) Criminal Attempts Act, 1981, § 1(1) (U.K.); *R. v. Gullefer* [1990] 1 WLR 1063 (sobre los «intentos», marcando el hecho de que en el discurso ordinario las tentativas son ataques [El Model Penal Code (§ 5.01) extiende la idea de la tentativa para incluir cualquier «paso considerable» dirigido hacia el delito]. Ver Duff, *supra* nota 2, p. 53-61, 385-97. Esto no implica que no deberíamos criminalizar nunca simples «actos preparatorios». Ver en este texto notas 88-89.

(8) Suzanne M. UNIACKE, *Permissible Killing: The Self-Defence Justification of Homicide* (Cambridge: Cambridge University Press, 1994), p. 162 n.7; Duff, *supra* nota 2, p. 219-33, 380-83.

(9) Comparar *DPP v. Smith*, [1961] AC 290, p. 327 (Lord Kilmuir); Hyam, [1975] AC 55, p. 79 (Lord Hailsham) (una acción criminal debe ser «dirigida» a alguien).

nan (10). Pero esto sería argumentar que lo que estos agentes intentan, constituye un daño y que sus acciones manifiestan una hostilidad práctica contra los intereses o valores contra los cuales ahora se observa que se han dirigido. Dichos ejemplos muestran, no que los ataques no son, por definición acciones hostiles que son intentadas pero que no dañan, sino que pueden existir desacuerdos normativos acerca de lo que cuenta como un ataque.

Los ataques típicamente ponen en peligro sus objetivos: atacando a V, creo un riesgo de que pueda sufrir el daño que estoy tratando de causarle. Pero puedo poner en peligro a V sin atacarlo, y nuestra preocupación aquí es con las puestas en peligro que no constituyen ataques: «puestas en peligro» significará en adelante «peligro que no es un ataque». Nuestra preocupación es también respecto de las puestas en peligro como algo que los agentes humanos realizan. Muchos peligros, inclusive algunos originados por los seres humanos, no implican una acción humana. Existe el peligro de que los visitantes a mi lecho de enfermo pudieran contagiarse mi enfermedad mortal, pero no estaré poniéndolos en peligro, a menos que esté fallando en tomar medidas para protegerlos como auto-aislarme, por ejemplo. Si soy un tipo de persona proclive a cometer delitos violentos, debería ser llamado peligroso, y los gobiernos que temen a los riesgos, deberían evaluar los modos de controlarme o incapacitarme (11): pero pongo en peligro a otros sólo sí y cuando empiezo a concretar mi predisposición peligrosa en una acción violenta.

Pongo en peligro a otro si por acción u omisión creo un riesgo significativo que pueda ocasionarle un daño (un riesgo es «significativo» si provee razones contra el modo en el que actúo, o razones para tomar precauciones al actuar de ese modo). Si el riesgo no se ha concretado, solamente pongo en peligro a un tercero; si se ha concretado, pongo en peligro a otro y lo daño. Pongo en peligro a otro si advierto o no lo hago, o si podría razonablemente esperarse que advirtiera el riesgo que estoy creando: mientras que es necesaria *mens rea* para un ataque, para la puesta en peligro supone solo un *actus reus*, esto es, un acto o una omisión que en realidad crea un riesgo idóneo. La imputación penal por puestas en peligro puede, por lo tanto, ser objetiva: puedo ser culpable de un delito de puesta en peligro incluso si no hubiera advertido el riesgo que he creado (y si no hubiera podido

(10) Comparar notoriamente, *Brown*, [1994] 1 AC 212; apelada (sin éxito) como *Laskey et al. v. U.K.*, [1997] 24 EHRR 39.

(11) Sobre la «sociedad de riesgo» y las amenazas que plantea a la justicia, véase Barbara HUDSON, *Justice in the Risk Society* (London: Sage, 2003).

razonablemente esperarlo) (12). Pero si la imputación penal dependiera de la imprudencia, y nos preguntamos qué tipo de imprudencia podría justamente hacer a un agente responsable penalmente por el peligro que crea, podríamos naturalmente pensar, no en una intención de hacer daño, pero si en la imprudencia como un paradigma de la culpa, y la indiferencia (más que la hostilidad) hacia los intereses amenazados como la actitud práctica que la puesta en peligro culpable muestra. Alguien que culpablemente pone en peligro a otros no despliega de ese modo una hostilidad activa hacia ellos; pero en su voluntad de tomar el riesgo de dañarlos, y su falla en tomar precauciones adecuadas contra ese daño (o incluso advertir el riesgo que está creando), muestra que no tiene en cuenta como debería, a los intereses de los otros.

Dada esta distinción entre ataques y puestas en peligro, podemos ver como ambas constituyen dos tipos de delitos penales con estructuras internas diferentes. Uno de ellos consiste en un ataque sobre intereses jurídicamente protegidos –una acción estructurada por la intención de dañar ese interés, desplegando una hostilidad práctica hacia él–. El otro consiste en una falla sobre la preocupación correcta. Es un error en tomar los pasos correctos para evitar, o incluso advertir el peligro que mi conducta constituye y de este modo, tomo el riesgo que podría causar un daño a otro: pero aquel daño no es el objeto de mi acción; mejor dicho, es un efecto secundario sobre el que fallé en preocuparme como debía. Si ataco a alguien, la ausencia del daño intentado, marca el yerro de mi acción. Esta es la razón por la que la acción despliega hostilidad hacia su víctima. Si solamente pusiera en peligro a las víctimas, de todos modos, la ausencia de un daño eventual no marca la falla de mi acción. Esto podría ser incluso, la fuente de alivio para mí mientras que quien intenta el daño no puede, sin renegar de la intención, aliviarse con su fracaso en causarlo (13).

(12) Ver e.g., Water Resources Act, 1991, § 85(1) (U.K.) (causar «envenenamiento» implica ingresar en cualquier agua controlada); *R. v. Milford Haven Port Authority*, 2 Cr. App. R. (S.) 423 (2000). Podría, sin embargo, ser difícil decidir si un acusado «causó» la polución sin atender a su negligencia. Ver *Alphacell Ltd. v Woodward* [1972] AC 824.

(13) Esta distinción, claramente tiene mucho en común con la establecida por Jeremy Horder entre «delitos en los que el caso central es la falta en la puesta en peligro activa del acusado en el logro (o en el intento de lograr) alguna consecuencia, y delitos en cuyo caso central la falta es la pasividad (culpable) del acusado, su falla en hacer lo suficiente para prevenir un resultado.» Jeremy HORDER, «The Classification of Crimes and the Special Part of the Criminal Law» en Anthony Duff & Stuart Green (eds.), *Defining Crimes: The Special Part of the Criminal Law*, p. 21, 33 (Oxford: Oxford University Press, 2005). No puedo discutir las diferencias entre nosotros aquí. También está cerca en espíritu a Kenneth W. SIMONS, «Rethinking Mental States», 72

La diferencia en el carácter moral entre el tipo de mal que causo a alguien cuyos intereses ataco, y el tipo de mal que concreto contra alguien cuyo interés culpablemente pongo en peligro, recae en parte, en la diferencia entre ser guiado por razones erróneas y no ser guiado por buenas razones. Si te ataco de forma ilícita, el daño que intento figura en mis razones para actuar como lo hago: actúo así porque creo que haciendo esto voy a dañarte, si bien esa no es la razón por la cual debería estar guiado. Si culpablemente te pongo en peligro, por contraste, mis razones para actuar como lo hago pueden ser perfectamente legitimadas; lo cuestionable es que no estoy guiado por razones para no actuar de ese modo (la razón para abstenerme de actuar, o para tomar precauciones) que el mismo riesgo de daño provee.

Esta diferencia en el carácter moral es, de todos modos, ocultado por algunos acercamientos familiares al entendimiento de las acciones criminales. Es ocultado más rigurosamente, si combinamos un simple entendimiento del principio de daño con la «elección» de un modelo de sanción penal. En la versión de Feinberg sobre el principio de daño, empezamos (análíticamente) con algunos daños identificables, tal como la lesión a una persona o el daño a la propiedad; entonces identificamos una acción humana como una causa del daño, que nos da un *actus reus* (14). Este modelo de conducta-causa-daño no nos otorga aún una concepción de sanción penal, pero uno podría naturalmente aproximarse a este asunto preguntándose respecto de las condiciones dadas cuyas acciones del agente deberían ser imputadas penalmente por los daños por los que es causalmente responsable. Esto nos lleva a preguntarnos, si pensamos que la imputación penal debería seguir una responsabilidad moral, en relación con las condiciones dadas por las cuales el agente es moral y culpablemente responsable por ese daño.

Boston University Law Review 463 (1992). Ver también Kenneth W. SIMONS, «Does Punishment for “Culpable Indifference” Simply Punish for “Bad Character”? Examining the Requisite Connection Between Mens Rea and Actus Reus», 6 *Buffalo Criminal Law Review* 219, 313-15 (2002). Para una crítica a Simons, véase Kimberly KESSLER FERZAN, «Don't Abandon the Model Penal Code Yet! Thinking Through Simons's Rethinking», 6 *Buffalo Criminal Law Review* 185 (2002). En contraste, Larry ALEXANDER, «Insufficient Concern: A Unified Conception of Criminal Culpability», 88 *California Law Review* 931 (2000) [para una crítica de este último, ver Joshua DRESSLER, «Does One Mens Rea Fit All? Thoughts on Alexander's Unified Conception of Criminal Culpability», 88 *California Law Review* 955 (2000)].

(14) Joel FEINBERG, *Harm to Others* (New York: Oxford University Press, 1984), caps. 1-3; ver también Paul H. ROBINSON, *Structure and Function in Criminal Law* (Oxford: Oxford University Press, 1997). Sobre Robinson, ver también, R.A. DUFF, «Rule-Violations and Wrongdoings», en S. Shute and A.P. Simester (ed.), *Criminal Law Theory: Doctrines of the General Part* (Oxford: Oxford University Press, 2002), p. 47.

Una respuesta tentativa, especialmente para aquellos que encuentran su hogar intelectual en un liberalismo neokantiano, es que la responsabilidad y la culpabilidad deben depender de las elecciones: soy responsable por los daños que elegí causar, y culpable si no tengo justificación o excusa por esa elección. Desde esta perspectiva, la intención y la imprudencia (definidas como riesgos tomados conscientemente) ejemplifican el mismo tipo de incumplimiento desde que ambos consisten en la elección de causar un daño o de causar un riesgo de daño. La diferencia está en que la intención es una falta más seria, dado que los agentes imprudentes no eligen en realidad causar daño. La negligencia no es entonces una especie de «falta» en sí misma, consiste en una falla en la realización de elecciones (la elección de atender o tener precaución) que uno podría y debería haber realizado (15).

Este modelo de imputación penal ha recibido diversas críticas. Una crítica se refiere al concepto de daño, y a si es posible identificar –como insiste Feinberg– siempre el daño que puede fundar la imputación independientemente de las acciones dañosas que lo generan (16). Otros se focalizan en la tipología austera de los delitos que supone el modelo de conducta-causa-daño: identifica y categoriza delitos primariamente con la referencia de los intereses que dañan y la extensión de la culpabilidad del agente por aquellos daños, mientras que, argumentan los críticos, para una adecuada explicación de los tipos de delitos que con razón preocupan al derecho penal se debe recurrir a una más rica, más «gruesa» serie de conceptos ético jurídicos, que reflejen no sólo la causación del daño, sino el modo, el contexto, y el espíritu en el cual el daño es realizado (17). Un tercer tipo de obje-

(15) Ver, e.g., H.L.A. HART, *Punishment and Responsibility* (Oxford: Oxford University Press, 1968); Andrew J. ASHWORTH, «Belief, Intent and Criminal Liability», en John Eekelaar & John Bell (eds.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, (3d. Series, Oxford: Oxford University Press, 1987), p. 1; Joshua DRESSLER, «Reflections on Excusing Wrongdoers», 19 *Rutgers Law Journal* 671 (1988); Michael S. MOORE, *Placing Blame: A Theory of Criminal Law*, (Oxford: Oxford University Press, 1997), cap. 13; Kimberly KESSLER FERZAN, «Opaque Recklessness», 91 *Journal of Criminal Law & Criminology* 597 (2001). (Advierto que en este párrafo construí una figura compuesta que cada uno de aquellos citados aquí rechazaría; pero por simplificada que sea esta figura, revela algunos trazos centrales de la teorización contemporánea).

(16) Ver, R.A. DUFF, «Harms and Wrongs», 5 *Buffalo Criminal Law Review* 13 (2001).

(17) Ver e.g., Jeremy HORDER, «Rethinking Non-Fatal Offenses Against the Person», 14 *Oxford Journal of Legal Studs.* 335 (1994); John GARDNER, «Rationality and the Rule of Law in Offenses Against the Person», 53 *Cambridge Law Journal* 502 (1994); Stephen SHUTE & Jeremy HORDER, «Thieving and Deceiving: What is the Difference?» 56 *Modern Law Review* 548 (1993). Sobre conceptos éticos «densos»

nes se centran en la elección como el supuesto esencial y determinante de la imputación penal. Completamente fuera de la pregunta acerca de si la «elección» puede ser definida como suficiente para la imputación penal (si podemos especificar una concepción de elección «libre» que sería susceptible a todas las defensas que el derecho debería reconocer), se objeta que la elección no es necesaria para la imputación, dado que debemos tomar en consideración también o en cambio, las actitudes o el temperamento revelados en las elecciones de los agentes, y en sus respuestas no elegidas (18).

No voy a reproducir estas objeciones o posibles respuestas a ellas aquí. En cambio, quisiera mostrar, primero, que la diferencia moral entre los ataques y las puestas en peligro es incluso menos visible si hacemos foco no en las elecciones, sino en el temperamento o rasgos del carácter que se posan detrás y delatan elecciones y acciones; segundo, que la abstracción y delgadez conceptual del modelo de conducta-causa-daño de acciones criminales podría ser más apto para puestas en peligro que para ataques.

Respecto del primer punto, comparemos un agente que ataca la propiedad de un tercero no con malicia, pero simplemente con un propósito final ulterior, con otro que conscientemente toma un riesgo irrazonable de daño a la propiedad de un tercero en el curso de la empresa que intenta llevar a cabo: alguien corta los árboles del vecino debido a que bloquean su visión; el otro tenía como objetivo quemar sus propios árboles, pero se da cuenta que el fuego puede expandirse a los árboles de su vecino. Cada uno de ellos, podríamos pensar, despliegan el mismo vicio o defecto de carácter, una voluntad de dañar la propiedad de otro en beneficio de sus propios intereses, una indiferencia seria hacia los derechos e intereses de otros. Podríamos pensar entonces que cada uno comete el mismo tipo de ilícito. Sí, de todos modos, podríamos prestar atención a la estructura intencional de sus acciones, y las actitudes prácticas manifestadas (en parte constituidas por) aquellas acciones, podemos ver que las acciones constituyen diferentes tipos de ilicitud. Una está estructurada en la intención de dañar la propiedad de otro, orientada hacia esa intención y guiada por

sver Bernard Williams, *Ethics and the Limits of Philosophy* (London: Fontana, 1985), cap. 8.

(18) Ver, e.g., R.A. DUFF, *Intention, Agency and Criminal Liability: Philosophy of Action and the Criminal Law* (Oxford: Blackwell, 1990), cap. 7; KYRON HUIGENS, «Virtue and Inculcation», 108 *Harvard Law Review* 1423 (1995); V.F. NOURSE, «Hearts and Minds: Understanding the New Culpability», 6 *Buffalo Criminal Law Review* 361 (2002); Kenneth W. SIMONS, «Culpability and Retributive Theory: The Problem of Criminal Negligence», 5 *Journal of Contemporary Legal Issues* 365 (1994). Ver también *supra* nota 13.

el mal que envuelve la intención. La otra no está así estructurada u orientada hacia un ilícito (19). El argumento acerca de que existe una diferencia moral significativa entre ataques y puestas en peligro se funda a partir de los argumentos de que la imputación penal debería ser basada en el carácter de nuestras acciones (20).

Como segundo punto, otra objeción contra el modelo conducta-causa-daño para los ataques, es que separando el daño de la conducta que lo causa, dificulta un reconocimiento del modo en el cual, el carácter del daño es en parte determinado por el significado de la acción dañosa como un ataque. El daño distintivo sufrido por la víctima de un robo, por ejemplo, no es solo que pierde su propiedad, una pérdida que podría igualmente ser causada por un infortunio natural. Es que su propiedad es robada, que el delincuente viola sus intereses y sus derechos. Así, una vez que nos focalizamos en la falta, en el daño *qua delito*, podemos ver la importancia de los refinados conceptos éticos que caracterizan los diferentes tipos de ataques delictivos, caracterizaciones que no están disponibles en el modelo de conducta-causa-daño (21). En el caso de las puestas en peligro, de todos modos, la separación no debería ser tan distorsionada, debido a que las acciones del agente no están estructuradas por la intención de dañar. Lo que es equivocado en la acción que pone en peligro la vida o la propiedad de un tercero, podríamos decir, es precisamente que es probable que cause un daño, un daño que podemos identificar independientemente de la acción que lo causa. Si resulto ser lesionado o mi propiedad es dañada, no por un ataque, sino por la conducta peligrosa y culpable de otro, sigo igual de perjudicado; pero el daño que sufro parece diferente del carácter del daño que sufriría si fuera lesionado o mi propiedad fuera dañada por causas naturales. En la criminalización de ataques, podríamos decir que estamos criminalizando daños ilícitos [harmful wrongs], ilícitos que realizan o amenazan con un tipo relevante de daño; las infracciones de puestas en peligro, en contraste criminalizan ilícitos dañosos [wrongful harms], daños-causados o conductas que amenazan con provocar daños que son ilícitos por su potencial dañosidad.

(19) Ver Thomas NAGEL, «The Limits of Objectivity», en Sterling M. McMurrin (ed.), *Tanner Lectures on Human Values I* (Cambridge: Cambridge University Press, 1980), p. 75, 131-35. Ver en el texto notas 32-33 sobre los casos en los cuales el agente prevé un daño como cierto, no solamente como un mero efecto colateral.

(20) Ver DUFF, *supra* nota 2, cap. 11; R.A. DUFF, «Action, the Act Requirement and Criminal Liability», en John Hyman & Helen Steward (eds.), *Agency and Action*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), p. 69.

(21) Ver *supra* notas 16-17.

La tarea de definición y categorización puede, por lo tanto, ser simple para los delitos de puestas en peligro, que son delitos que consisten en ataques. Debemos prestar atención a la probabilidad, naturaleza y seriedad del daño que es causado o amenazado, al valor de la conducta que crea el peligro; todas estas cargan con la incorrección de la propia conducta; debemos prestar atención a si el agente era o estaba consciente del riesgo, el cual pesa sobre su culpabilidad; pero no debemos prestar atención a otro tipo de factores, tales como el contexto en el cual la intención con la cual o los significados por los cuales el daño fue realizado que cargan sobre el carácter moral de un ataque.

Distinguir un ataque de una puesta en peligro como diferentes tipos de delitos penales, no implica sostener que esta distinción es exhaustiva o exclusiva, que cualquier tipo y casos de delitos pueden ser clasificados inequívocamente o bien como ataques o bien como puestas en peligro. Tendemos a pensar que la distinción debe ser exhaustiva que deberíamos criminalizar sólo ataques o puestas en peligro de algunos intereses protegidos. Pero esto podría ser una verdad trivial si identificamos un interés público en la criminalización de cualquier conducta respecto de la cual vemos buenas razones para criminalizar. En cuanto a la exclusividad, la definición de infracción a menudo captura ambos, ataques y puestas en peligro: soy culpable de un delito penal si daño la propiedad de otro a propósito o imprudentemente (22), y de agresión simple si causo una lesión corporal a propósito o imprudentemente (23). Comento más adelante si esta posición es consistente con reconocer ataques y puestas en peligro como diferentes tipos de delitos (24), pero primero debemos dirigirnos brevemente a una pregunta diferente, que es cómo repentinamente ataques y puestas en peligro pueden ser distinguidos. Las dos cuestiones son dignas de mención (25).

(22) Criminal Damage Act, 1971, § 1(1) (U.K.); Model Penal Code § 220.3 (Anteproyecto Oficial 1962).

(23) Model Penal Code, §211.1(1) (Anteproyecto Oficial 1962); Offenses Against the Person Act, 1861, § 20 (U.K.).

(24) Ver *infra* notas 53-58.

(25) Un tercer punto, que no puedo desarrollar en detalle aquí, se vincula con el alcance de la intención que un ataque requiere: seguramente no tiene que abarcar todos los aspectos de la acción que es esencial a su carácter de ataque. La violación es un ataque sobre los intereses y la integridad sexual de la víctima. La violación y el intento de violación requieren de una intención de penetrar sexualmente a la víctima, pero no requiere ni intención (o conocimiento) como si requiere la falta de consentimiento, ya que si la víctima consintiera la acción, no sería un ataque. En el derecho inglés es suficiente que el violador crea razonablemente que la víctima no consiente. Sexual Offences Act, 2003, § 1(1) (c) (U.K.). Aquí el derecho penal sigue

Puestas en peligro intencionales

Un agente puede intentar, no causar un daño sustantivo, pero crear (o exponer a otro) a un riesgo de daño: disparo contra el hogar de mi contrincante amoroso, sabiendo que él se encuentra en su interior, intentando de este modo, asustarlo para que deje la ciudad exponiéndolo al riesgo de dañarlo. Seguramente, lo estoy atacando, incluso si no intentara lesionarlo y él se sentirá aliviado si logra escapar sin recibir lesión alguna (26). Lo mismo es cierto si te fuerzo a llevar adelante un «juego» de ruleta rusa; o si trato de ver qué cerca puedo balancear mi palo de golf de tu preciado jarrón sin golpearlo realmente, cuando el riesgo de golpear el jarrón es parte del propio ejercicio que estoy practicando (27). (El último ejemplo muestra que el agente que intenta crear un riesgo no necesita concretarlo a fin de crear temor).

Estas puestas en peligro intentadas, deberían contar como ataques. Un camino para sostener este punto de vista, es argumentar que el riesgo de daño, es en sí mismo un daño, entonces si alguien intenta poner en peligro a otro, intenta dañarlo. Dicho argumento tiene algo de plausibilidad: tenemos un interés en estar a salvo, en estar seguramente libres del riesgo de un daño sustantivo. Ese interés es dejado de lado cuando me ponen en peligro, incluso si no resultara un daño sustantivo (28). De todos modos, primero, debemos distinguir dichos peligros de los tipos de daño sustantivo respecto de los cuales el peligro es dependiente, quizá llamándolo daño «secundario» (29). El

los contornos de un concepto extra legal de ataque: pero ¿cómo determinamos lo que debe ser intentado para que una acción constituya un ataque? Propuse una solución a la pregunta análoga en el problema de las tentativas en otro lado, véase Duff; *supra* nota 2, p. 5-29: el «intento de cometer un delito» requerido para una tentativa es la intención tal que el agente concretaría el delito relevante al seguir adelante. Esa solución debería ayudar también con los ataques, pero no puedo desarrollar esta implementación aquí.

(26) Comparar, *Hyam*, [1975] AC 55 (Lord Hailsham sostuvo que en la intención es suficiente *mens rea* para el homicidio).

(27) Comparar, *Chief Constable of Avon and Somerset v. Shimmen*, 84 Cr. App. R. 7 (1987); ver en general Jeremy HORDER, «Varieties of Intention, Criminal Attempts and Endangerment», 14 *Legal Studies* 335, 341-44 (1994).

(28) Ver Claire FINKELSTEIN, «Is Risk a Harm?» 151 *University of Pennsylvania Law Review* 963 (2003). Finkelstein está en lo correcto al argumentar que podemos ver a los riesgos como daños, pero se basa demasiado en el argumento de que debemos hacerlo de este modo para que el castigo por las puestas en peligro sea consistente con el Principio de Daño, id. p. 987-99: el Principio de daño en su versión Miliana, o en su versión Feinbergiana, permite la criminalización de las conductas que causan o amenazan con causar daño.

(29) Hyman GROSS, *A Theory of Criminal Justice* (New York: Oxford University Press, 1979), p. 124-25.

riesgo de la lesión es «secundario» en relación con el daño «primario» de la misma lesión, respecto de lo cual tengo un interés en no ser expuesto a dicho riesgo, por el solo hecho de que tengo un interés en no ser lesionado. Segundo, no necesitamos, de todas maneras, considerar riesgos como daños para considerar tentativas de puestas en peligro como ataques. Solamente necesitamos que las tentativas de las puestas en peligro compartan las características esenciales de los ataques. Ellos son propósitos contra aquellos a quienes los agentes intentan poner en peligro; ellos intentan amenazar, si no dañar, los intereses de sus víctimas; ellos manifiestan hostilidad y no simple indiferencia. Voy a tomar, en este sentido, puestas en peligro, como algo diferente de los ataques, que a mí entender, consisten en la creación de un riesgo sin ninguna intención de causar el daño sustantivo relevante o el riesgo de causar ese daño.

(Hay también infracciones que consisten en actuar en modos que causan o pueden causar temor, que no necesariamente involucran la creación de un riesgo concreto. Si amenazo con matarte, intentando que tengas temor de que voy a llevar adelante la amenaza, cometo una infracción, incluso si no intento llevarla adelante y por lo demás, no hay riesgo de que en verdad lo haga (30). Si uso «amenazas, o palabras abusivas o insultantes» dirigiéndome hacia alguien que probablemente le cause hostigamiento, alarma o inquietud, puedo ser culpable de cometer una infracción (31). Dichas infracciones constituyen ataques si son intentadas para causar miedo; si no son intentadas para causar temor, constituyen puestas en peligro.)

Intención «indirecta»

La intención de dañar que los ataques requieren es lo que es a menudo llamado intención «directa». La llamada intención «indirecta», esto es la previsión de que mi acción podría causar daño como un efecto secundario, no es suficiente. Alguien que actúa con o a pesar de dicha previsión del daño, no manifiesta el tipo de hostilidad que un ataque involucra. Más bien, manifiesta su total indiferencia por el daño que espera causar. Debe desear o esperar que el daño no se produzca, pero le es prácticamente indiferente, dado que desde su pers-

(30) Offenses Against the Person Act, 1861, § 16 (U.K.). Ver también Criminal Damage Act, 1971, § 2 (U.K.).

(31) Public Order Act, 1986, § 5 (and §§ 3-4) (U.K.). Comparar un asalto, un acto mediante el cual intencionalmente o imprudentemente causo V acudiendo inmediatamente a la violencia personal. Ver J.C. SMITH & Brian HOGAN, *Criminal Law* (10th ed., by J.C. Smith. London: Butterworth, 2002), p. 411.

pectiva no hace diferencia en su acción. En vez de tratar esta previsión del daño como una especie de intención como sugiere la terminología de la «intención indirecta», deberíamos tratarla (a falta de una justificación) como la limitación del caso de la imprudencia; alguien que actúa con tal previsión comete un tipo extremo de puesta en peligro.

Al clasificar la «intención indirecta» como imprudencia, y no como intención «directa», me opongo a muchos teóricos y a lo que puede ser considerado como la definición autoritativa del derecho penal inglés (32): Estoy afirmando no solo que podemos distinguir analíticamente previsiones de confianza, de intenciones «directas» (lo cual no está controvertido), sino que esa distinción marca una diferencia moral significativa, una diferencia no necesariamente en el grado de culpabilidad o responsabilidad, pero sí de una especie moral. No intentaré defender esta posición aquí (33), pero la distinción que establezco entre ataques y puestas en peligro claramente depende de ello.

El resto de este trabajo se centrará en las puestas en peligro como una estructura diferente de los ataques, y sobre la pregunta acerca de cómo deberíamos criminalizar varios tipos de puestas en peligro.

3. CRIMINALIZANDO PUESTAS EN PELIGRO

Si nos preguntamos por qué deberíamos criminalizar puestas en peligro, una respuesta inicial sería sencilla. Nos debemos los unos a los otros, no solamente no atacarnos, sino también tomar un cuidado razonable de no dañarnos mutuamente en el curso de nuestras actividades. Sin embargo, es posible señalar la falta de certeza del alcance o de la rigurosidad de nuestra responsabilidad en ayudar a otros a evitar daños de diversos orígenes, y pese a lo inseguros que deberíamos estar acerca de los cuidados que deberíamos tomar para no auto-dañarnos, no podemos negar que tenemos alguna responsabilidad de tratar de evitar causar daños en lo que hacemos. A veces el daño es inevitable; a veces lo causamos justificadamente, ya sea porque no es un daño que en un contexto particular tengamos razones para evitar causar, o

(32) Para un estudio de este debate, véase Itzhak KUGLER, *Direct and Oblique Intention in the Criminal Law: An Inquiry into Degrees of Blameworthiness* (Aldershot: Ashgate, 2002). En el derecho inglés véase, Andrew J. ASHWORTH, *Principles of Criminal Law*, (4th ed., Oxford: Oxford University Press, 2003), p. 173-80.

(33) Pero véase, Nagel, *supra* nota 19; DUFF, *supra* nota 2, p. 363-74; A. P. SIMESTER, «Why Distinguish Intention from Foresight?» en A.P. Simester and A.T.H. Smith (eds.), *Harm and Culpability*, (Oxford: Oxford University Press, 1996), p. 71.

debido a que la razón que tenemos para evitar causar es compensada por mejores razones a favor de actuar como lo hacemos. Pero el hecho de que una acción contemplada bien puede lesionar los intereses de otros, es normalmente, una buena razón contra emprender esa acción, o para tomar precauciones contra el posible daño; y esto a menudo provee una razón conclusiva contra la acción. Si actuamos, sin justificación en un modo en el que advertimos que podemos dañar a otros, cuando este posible daño provee una razón conclusiva contra actuar de este modo, hacemos mal; hacemos mal a aquellos a quienes pusimos en peligro. El mal consiste no solamente en la creación de un riesgo de daño, sino en la creación de un riesgo no razonable o injustificado de daño, un riesgo de daño cuya inexcusable o injustificada creación manifiesta nuestra falta de preocupación adecuada por los intereses de aquéllos a quienes ponemos en peligro (34).

Decir que quien crea un riesgo de daño injustificado realiza un mal, no es igual que decir que su conducta debería ser criminalizada. Para mostrar que debería incluso, en principio, ser criminalizada (35), debemos necesitar mostrar que es un asunto que debería preocupar al derecho en su totalidad, y que no debería ser más que puramente un asunto privado que debe ser resuelto por quienes estuvieron involucrados; y que debería ser un asunto para el derecho penal, más que para el derecho civil (como una disputa entre quienes fueron puestos en peligro y quienes pusieron a otros en peligro) o para un régimen autorregulatorio de reglas y sanciones no penales (36). Esto involucraría mostrar que la conducta en cuestión es no sólo (potencialmente) dañosa, sino que es un ilícito, y que un ilícito como un mal «público»

(34) Me concentro aquí en los actos que suponen poner en peligro a otros, y no puedo discutir delitos que suponen poner en peligro más al agente que a un tercero. Ver, e.g., Road Traffic Act, 1988, §§ 14, 16 (U.K.) (sobre los cinturones de seguridad y los cascos). También me enfoco en actividades individuales, más que en actividades corporativas, aunque las últimas son una fuente de muchos de los más serios peligros que preocupan al derecho penal. Desde que nuestras ideas de responsabilidad por acciones están basadas en nuestra concepción de acción individual, una explicación de cómo las conductas peligrosas deberían ser criminalizadas debe empezar con conductas peligrosas realizadas por individuos.

(35) I.e., que pase el primero de los «filtros» que identifica Schonsheck. Ver Jonathan SCHONSHECK, *On Criminalization* (Dordrecht: Kluwer, 1994), p. 68-83.

(36) La última posibilidad es especialmente relevante para actividades corporativas. Sin embargo, las agencias regulatorias tratan, a menudo, de asegurar el cumplimiento sin recurrir a la persecución penal, véase Keith HAWKINS, *Law as a Last Resort: Prosecution Decision-Making in a Regulatory Agency* (Oxford: Oxford University Press, 2002). Habitualmente operan bajo la protección y dependencia de un derecho penal que define los delitos de puesta en peligro por los que los individuos o las corporaciones pueden ser encarceladas y sancionadas.

merece reconocimiento y condena por el sistema político. Es público materialmente, debido a que amenaza de daños a lo colectivo, más que a los individuos identificables, o simbólicamente, dado que es un tipo de mal a individuos que debería preocupar a sus conciudadanos colectivamente (37).

Puedo considerar que muchos tipos de puestas en peligro constituyen un ilícito público en este sentido, pero no puedo continuar con este asunto aquí en detalle. Tampoco puedo seguir la pregunta sobre qué tipo de falta es apropiada para las infracciones de puestas en peligro, si bien sugiero que la imprudencia es la falta paradigmática en las puestas en peligro. La indiferencia práctica que el agente imprudente muestra, ejemplifica el ilícito presente en las puestas en peligro (38). Esto no es igual a decir que la imprudencia debería ser la falta requerida para todos los delitos de puestas en peligro, lo cual sería condenar los muchos delitos existentes que requieren solo negligencia, o que habría que variar la imputación hacia en algún grado objetividad. No puedo continuar aquí con las preguntas sobre cuándo, si en algún momento, la negligencia es una base adecuada para la imputación penal o cuándo, si en algún momento, la imputación puede ser basada en la responsabilidad objetiva (39). Me gustaría centrarme, en cambio, sobre los diferentes modos en los que podemos criminalizar las puestas en peligro.

(37) Acerca de estos aspectos de la criminalización, véase, S.E. MARSHALL & R.A. DUFF, «Sharing Wrongs», 11 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 7 (1998); R.A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community* (New York: Oxford University Press, 2001), p. 60-64.

(38) Dejo de lado aquí la pregunta acerca de si la imprudencia siempre requiere conciencia del riesgo que se está tomando. Ver *supra* nota 18. Sin embargo, el argumento de que la imprudencia puede ser constituido por la falla en advertir un riesgo determinado, cuando esta falla se manifiesta en una indiferencia apropiada, es más fuerte cuando el riesgo integra un ataque, como cuando un asaltante violento manifiesta «una extrema indiferencia por el valor de la vida humana», Model Penal Code § 210.2(b) (Anteproyecto Oficial 1962), sobre el fallo absoluto en advertir el riesgo obvio, que matará a su víctima, véase *Miller and Denovan* (sentencia no publicada 1960), en G. H. GORDON, *The Criminal Law of Scotland* (3d ed., M.G.A. Christie, Edinburgh: W. Green, 2000-2001), p. 303-07; *Parr v. H. M. Advocate*, 1991 SLT 208; o cuando la actualización del riesgo se transforma de una acción a un ataque, como cuando un hombre es convencido, sin mediar buenas razones, de que la mujer a la que fuerza para penetrarla sexualmente consiente su accionar, ver *Morgan*, [1976] AC 182, *Cogan and Leak*, [1976] QB 217. Tal vez la imprudencia en los delitos de puesta en peligro puros siempre requieren de una conciencia del riesgo tomado: pero no puedo desarrollar esta posibilidad aquí.

(39) Ver A. P. SIMESTER (ed.), *Appraising Strict Liability* (Oxford: Oxford University Press, 2005).

Podemos distinguir tres modos generales de criminalización (40). Uno identificado como un ilícito «público», el que merece la condena autoritativa del derecho penal, conducta que es de todos modos mala. Otro modo le otorga una mayor especificación a un ilícito cuyo alcance es controvertido, pre-legal o poco claro. La tercera criminaliza la conducta que no era ilícita antes de su regulación jurídica, pero aquélla, una vez regulada jurídicamente, deviene ilícita en virtud del camino que sirve el fin de la regulación. La conducción peligrosa ejemplifica el primer modo, como *malum in se*. La infracción que consiste en permitir a un perro criado para pelear «permanecer en un espacio público sin bozal o atado a una correa» ejemplifica el segundo modo (41). Los propietarios de dichos perros tiene alguna responsabilidad pre-legal para tomar precauciones contra el daño que pudieran causar, pero las personas están en desacuerdo acerca de su alcance preciso; el derecho prevé una determinación clara de aquella responsabilidad. El delito de tener un arma de fuego sin un certificado ejemplifica el tercer modo (42). Sin una regulación jurídica requiriendo la certificación, podría no ser un ilícito poseer un arma de fuego sin un certificado; pero si la creación de dicha ofensa es justificada, lo es debido a que la regulación ayuda a prevenir daños de tipos relevantes. Los incumplimientos de la regulación son de esta manera, ilícitos debido a que amenazan con quitarle aquel objetivo de prevenir daños (43).

Podemos clarificar estos diferentes modos de criminalización y los problemas de principios que a veces presentan, esquematizando algunas distinciones más sistemáticas entre diferentes tipos de delitos de puestas en peligro, y examinar algunos de los asuntos que dichas distinciones presentan (44).

Delitos consumados vs. delitos no consumados

Los delitos de puestas en peligro son *consumados* si su comisión requiere la concreción de un riesgo relevante, el acontecimiento de un daño relevante. Las lesiones y la afectación a la propiedad, cuando

(40) Véase DUFF, *supra* nota 37, p. 56-66; véase también R.A. DUFF, «Crime, Prohibition and Punishment», 19 *Journal of Applied Philosophy* 97 (2002).

(41) Dangerous Dogs Act, 1991, § 1(2)(d) (U.K.).

(42) Firearms Act, 1968, § 1-2 (U.K.).

(43) Véase *infra* notas 67-81.

(44) Ver Douglas N. HUSAK, «The Nature and Justifiability of Nonconsummate Offenses», 37 *Arizona Law Review* 151 (1995) (analizando algunas de estas distinciones).

son cometidos imprudentemente, pueden servir de ejemplos (45). Son *no-consumados* cuando son definidos «en un modo incompleto» y no requieren la concreción del riesgo. Las puestas en peligro imprudentes y la conducción de vehículos en forma peligrosa constituyen algunos ejemplos (46). Dos cuestiones estructurales debo plantear aquí.

Primero, el derecho a veces distingue entre puestas en peligro consumadas y no consumadas: el homicidio mediante una puesta en peligro imprudente, o la causación de la muerte por una conducción peligrosa (47). A veces, de todos modos, se criminaliza sólo la infracción consumada, como en los casos de afectación a la propiedad (48). A veces se criminaliza sólo las infracciones consumadas, como el falso testimonio, el testigo que bajo juramento hace una declaración material que él no cree que sea cierta, comete falso testimonio, sin perjuicio de que su declaración sea o no falsa, o incluso fuera creída (49). Voy a discutir brevemente la cuestión acerca de si deberíamos tener un principio general de infracciones de puestas en peligro, análogo al de las tentativas. La pregunta aquí es por qué el derecho debería a veces distinguir formas de consumación de las formas de no consumación y a veces no. La razón principal para distinguirlas se basa en el argumento de que el daño resultante hace una diferencia significativa al carácter y seriedad del ilícito cometido. Alguien que causa un daño que fue causado por un riesgo imprudente, comete un ilícito diferente, y más serio que, otro que afortunadamente no causó el daño. Tiene algo más para arrepentirse y para responder por ello. No voy a ensayar ese argumento aquí (50), pero si el daño resultante es de este modo significativo, debemos cuestionarnos la práctica de definir algunas infracciones en un modo: ¿no debería el derecho mar-

(45) Offenses Against the Person Act, 1861, c. 100, § 20 (U.K.); Criminal Damage Act, 1971, c. 48, § 1(1) (U.K.).

(46) Model Penal Code § 211.2 (Anteproyecto Oficial 1962); Road Traffic Act, 1988, § 2 (U.K.). Ver también, Andrew J. ASHWORTH, «Defining Criminal Offenses Without Harm» en Peter Smith (ed.), *Criminal Law: Essays in Honour of J.C. Smith*, (London, Butterworths, 1987), p. 7.

(47) Model Penal Code §§ 210, 211.2 (Anteproyecto Oficial 1962); Road Traffic Act, 1988, § 1-2 (U.K.).

(48) Ver *supra* nota 5.

(49) Perjury Act, 1911, c. 6, § 1 (U.K.). Otros ejemplos en Ashworth, *supra* nota 46. El ejemplo del falso testimonio nos recuerda que no siempre puede estar claro lo que el daño amenazado es: ¿es que la declaración es falsa?; ¿o es que es falsa y luego creída por otro?; ¿o que es falsa y creída y lleva a una decisión incorrecta o injusta?

(50) Ver DUFF, *supra* nota 2, cap. 12; D.Z. PHILLIPS, «How Lucky Can You Get?» en D.Z. Phillips & P. Winch (eds.), *Wittgenstein: Attention to Particulars*, (London: Macmillan, 1989), p. 165.

car la importancia mediante la distinción de las versiones de consumación, de las de no consumación en todas las infracciones?

Una respuesta podría ser que el daño resultante no siempre es tan importante: por ejemplo, que el ilícito esencial vinculado al falso testimonio se basa no tanto en sus posibles efectos (el tribunal es inducido a error) como en el desprecio por el derecho que expone el falso testimonio. Esta respuesta se presenta como implausible para el falso testimonio (si mi imprudencia, junto con la veracidad de la evidencia, lleva a un veredicto injusto, seguramente habré cometido un ilícito mayor que si no hubiera sido creída mi declaración), y para los «delitos de resultado» en general: si el perjuicio de un delito no depende significativamente de cualquier consecuencia ulterior de la conducta del agresor, es una «conducta criminal», no un resultado criminal definido en un modo recortado (51). Una respuesta más plausible es que la definición de modo recortado hace más fácil de probar la culpabilidad, cuando debería ser difícil de probar que la conducta que realizó el acusado causó el daño relevante (52). Pero esto podría sugerir a lo sumo, que ambas versiones de las infracciones, las consumadas y las no consumadas, deberían estar disponibles, no que no deberían ser distinguidas. Vuelvo rápidamente a la cuestión de cómo debería ser la amplitud del rango de infracciones no consumadas, en donde el argumento sugiere que cuando tenemos buenas razones para criminalizar las infracciones no consumadas como las consumadas, tenemos también buenas razones para distinguirlas.

La segunda pregunta es: si los ataques y las puestas en peligro son distintos tipos de ilícitos, ¿no debería el derecho definirlos como distintos tipos de delitos? A veces lo hace así: lesionar con intención es diferenciado de lesionar (lo que puede ser cometido imprudentemente) en el derecho inglés (53); el homicidio requiere de una intención, al menos para causar un lesión corporal seria, y alguien que

(51) Sobre delitos de «resultado» y delitos de «actividad» ver GORDON, *supra* nota 38, vol. I, p. 59. La violación es un delito de actividad (*según* Smith & Hogan, *supra* nota 31, p. 30-31) desde que mientras que puede tener consecuencias dañosas devastadoras para la víctima, su ilicitud esencial radica en el puro acto de la violación: es de este modo, definido a partir de que su comisión no requiere prueba del acontecimiento de consecuencias dañosas ulteriores; pero no deberíamos decir que es definido en «un modo recortado».

(52) Ver ASHWORTH, *supra* nota 46, p. 17-18, para algún saludable escepticismo acerca de esta respuesta.

(53) Offences Against the Person Act, 1861, §§ 18, 20 (U.K.). Ver Violence: Reforming the Offences Against the Person Act 1861 Annex (Home Office, 1998) (Draft Offences Against the Person Bill §§ 1-2) [en adelante Draft Offences Against the Person Bill].

causa la muerte a través de una mera imprudencia es sólo culpable de homicidio (54). Pero a veces no es así: D comete el mismo delito de afectación a la propiedad si daña la propiedad de V deliberadamente o sólo imprudentemente (55); el mismo delito de agresión si lesiona a V deliberadamente o imprudentemente (56). Por supuesto hay límites para su extensión en los que las definiciones legales de las infracciones deberían reflejar distinciones morales significativas, pero deberían en principio reflejar una diferencia categórica tal como la que existe entre ataques y puestas en peligro, ambas para fomentar un «etiquetamiento justo» (57), y para asegurar que los asuntos que lleva significativamente a la condena (como la diferencia que seguramente deberían presentarse entre acciones deliberadas y meramente imprudentes) son correctamente probadas en un tribunal. Esto puede causar problemas si la acusación del Fiscal puede probar que D reconoció el riesgo del daño relevante, pero no es seguro que pueda probar su intención. Esto puede ser remediado considerando la forma de puesta en peligro del delito como un delito «incluido» en relación a la forma del delito (58).

Delitos generales vs. delitos especiales

Podemos focalizarnos ahora en delitos de puestas en peligro no consumadas, desde que formulan la pregunta central que nos preocupa aquí.

Dichos delitos pueden ser más o menos generales o específicos, como el interés que es amenazado, o en el modo en el cual es amenazado. Robinson propone un delito general de «act(uación) en un modo

(54) Ver Smith & Hogan, *supra* nota 31, p. 359-61 (asimismo, el derecho inglés parece considerar ciertas previsiones como intención, véase *supra* nota 32). Incluso cuando el *mens rea* de homicidio es definido en términos de «imprudencia», al igual que como «imprudencia malintencionada» en el derecho escocés, se argumenta que la imprudencia que hace a un asesino culpable de homicidio, debe mostrarse en el curso de un ataque hacia otra persona. Ver Gordon, *supra* nota 38, vol. II, p. 295-310; comparar Model Penal Code § 210.2(1)(b) (Anteproyecto Oficial 1962).

(55) Criminal Damage Act, 1971, § 1(1) (U.K.); Model Penal Code § 220.3 (Anteproyecto Oficial 1962).

(56) Model Penal Code § 211.1(1) (Anteproyecto Oficial 1962). Ver también Smith & Hogan, *supra* nota 31, p. 411-19 (sobre robo y lesiones); Draft Offences Against the Person Bill, *supra* nota 53, § 3 (definiendo un delito simple de «causar lesiones intencionalmente o imprudentemente»).

(57) Ver Ashworth, *supra* nota 32, p. 89-92.

(58) Ver Criminal Law Act, 1967, § 6(3) (U.K.); Model Penal Code § 1.07(4) (Anteproyecto Oficial 1962).

que genere un riesgo de causar un resultado considerable e injustificado sancionado en este Código». Un delito que no especifique ni un particular tipo de daño amenazado ni un modo particular de conducta (59). Las delitos existentes son más específicos en uno o más modos: como el tipo de (usualmente serios) daños que es amenazado (60); o como la (usualmente muy peligrosa) actividad que crea el riesgo (61); o como el agente (alguien con responsabilidades especiales) que crea el riesgo (62); o como las (usualmente vulnerables) potenciales víctimas (63).

La pregunta obvia es: ¿por qué no deberíamos operar con un delito de puesta en peligro totalmente general como el propuesto por Robinson, análogo a la ley de las tentativas? (64) ¿Por qué deberíamos mantener este incompleto caleidoscopio de delitos específicos?

Un argumento retributivo en favor de un delito general es que, aún si los daños no ocurridos hacen una diferencia significativa al carácter de las conductas de los que ponen en peligro, quien genera riesgos culpablemente y causa un tipo de daño que podría hacerlo penalmente

(59) ROBINSON, *supra* nota 14, p. 218 (§ 51 de su Draft Code of Conduct). El delito requiere al menos imprudencia en cuanto al riesgo. Ver id. p. 225 (§ 200 of the Draft Code of Adjudication).

(60) Ver, e.g., Model Penal Code § 211.2 (Anteproyecto Oficial 1962) («conducta que pone o puede poner a un tercero en peligro de muerte o de una lesión corporal grave»); 2 Gordon, *supra* nota 38, p. 427-30 (el delito escocés de «causar peligro a los Sres. Feudales mediante acciones imprudentes»); Australian Model Criminal Code, §§ 5.1.25-6, en D. LANHAM, «Danger Down Under», *Criminal Law Review* 960 (1999), p. 965-67.

(61) Ver, e.g., Road Traffic Act, 1988, §§ 2, 4, 12, 22, 40 (U.K.); Explosive Substances Act, 1883, § 2 (U.K.) (causar explosiones que «pueden poner en peligro la vida o causar una lesión corporal grave a una persona o una propiedad»); Dangerous Dogs Act, 1991, § 3 (U.K.) (criminalizando aquéllos que tienen perros a su cargo que se ponen «peligrosamente fuera de control en un espacio público (y definiendo peligro en términos de lesionar a un individuo)); Food Safety Act, 1990, § 8 (U.K.) (vender alimentos que «no cumplan con los requisitos de seguridad alimenticia »).

(62) Ver, e.g., Health and Safety at Work Act, 1974, c. 37 (U.K.) (empleadores); Merchant Shipping Act, 1995, §§ 58, 98, 100 (U.K.) (capitanes, marineros y embarcadores).

(63) Ver, e.g., Children and Young Persons Act, 1933, §§ 1, 11 (U.K.); Mental Health Act, 1983, § 127 (U.K.). Ver en general K. J. M. SMITH, Liability for Endangerment: English Ad Hoc Pragmatism and American Innovation, [1983] *Criminal Law Review* 127; Peter R. GLAZEBROOK, *Blackstone's Statutes on Criminal Law* (13th ed. Oxford: Oxford University Press, 2003), p. 77-137.

(64) Ver Criminal Attempts Act, 1981, § 1 (U.K.); Model Penal Code § 5.0 (Anteproyecto Oficial 1962) (ningún delito es totalmente general: el derecho inglés criminaliza solo la tentativa de delitos graves (no los delitos leves); el Model Penal Code criminaliza solo los delitos tentados, no violaciones tentadas). Dejo de lado aquí la cuestión de cómo deberíamos especificar el elemento de conducta de tales delitos.

imputable, aun así todavía comete un delito, del tipo que, en principio, merece una condena pública. Un argumento consecuencialista es aquel que sostiene que un delito general podría proveer una más efectiva prevención contra las conductas peligrosas, y de este modo contra las conductas dañosas. Un argumento relacionado es que en la ausencia de un delito general, los legisladores son propensos a tratar de subsanar las lagunas en el derecho con, a menudo, nuevos delitos específicos redactados deficientemente, para criminalizar los tipos de conductas que vienen a ser vistas como preocupantemente peligrosas.

Por otra parte, desde el punto de vista del merecimiento penal, debemos preguntarnos si el tipo de delito vinculado con puestas en peligro no consumadas es siempre lo suficientemente serio para merituar una atención coercitiva del derecho penal y de varios costos vinculados con la criminalización (65). Esta pregunta gana fuerza si, como he argumentado en otro lado, la no ocurrencia de un posible daño hace una diferencia significativa mayor respecto del carácter moral de la acción en el caso de que la puesta en peligro, que de lo que lo hace en el caso de los ataques (66). Mientras un ataque fallido es estructurado por el daño que se intentó realizar, un acto de puesta en peligro que daña fortuitamente es ulteriormente eliminado por un daño que podría haberse causado, pero no se causó. El primero es aún intrínsecamente o esencialmente dañoso, mientras que el segundo es sólo potencialmente dañoso. Para la prevención eficiente, deberíamos notar que dichos delitos generales, sin duda serían impuestos incluso más selectivamente que nuestras leyes de puestas en peligro existentes. Ello en virtud de que la concentración de recursos sobre lo que se percibe como el más serio tipo de daño, y su extensión dado que la puesta en peligro es a menudo sólo anunciada cuando en realidad causa un daño. Dados los peligros familiares vinculados en permitir a los funcionarios una discreción amplia en seleccionar cuales casos investigar o perseguir, deberíamos ver buenas razones para limitar la discreción de criminalizar solo las más serios tipos de puestas en peligro. Aquellas que son más serias o bien en virtud del tipo de riesgo que crean, o bien por el hecho de que en realidad causan el daño amenazado lo cual es lo que nuestras leyes vigentes efectivamente hacen. Dichas consideraciones no nos dicen que tan general o específicas, en qué sentido, deberían ser nuestras normas de peligro y no descarto un delito de «puesta en peligro imprudente» general tal como la define el art. 211.1 del Model Penal Code: se sugiere, de todos modos, que

(65) Ver Douglas N. HUSAK, *Why Punish the Deserving?* 26 *Nous* 447 (1992).

(66) Ver Duff, *supra* nota 2, p. 363-66.

tenemos razones para no adoptar una ofensa general del tipo propuesto por Robinson.

Delitos explícitos vs. delitos implícitos

Los delitos de puestas en peligro son explícitos cuando su comisión requiere que la creación actual del riesgo relevante, un riesgo especificado en la definición del delito. Está implícito si su definición no especifica un riesgo relevante (el riesgo que fundamenta su criminalización), así pueden ser cometidos sin la creación del riesgo (67). La conducción peligrosa y las puestas en «peligro imprudentes» son delitos explícitamente peligrosos. Manejar con la concentración de alcohol sobre el límite prescripto, exceder del límite de velocidad permitido fingiendo ser un doctor legalmente reconocido son delitos de peligro implícitamente impuestos (68). Pese a que la conducta que criminalizan es criminalizable debido a que puede desembocar en dos tipos de daño que preocupan al derecho penal, sin que referencias explícitas a dichos daños aparezcan en estas definiciones de delitos. Condenar por una puesta en peligro explícita requiere una prueba de que el acusado haya creado un riesgo de daño relevante. Dicha prueba no es requerida por un delito implícito de puesta en peligro, ni podría probar que el acusado no creó tal riesgo, por ejemplo que la competencia del conductor no se vio afectada por la consumición de una cantidad de alcohol que lo puso por sobre el límite permitido y que lo salvaría de una condena (69).

Los delitos explícitos de puestas en peligro típicamente expresan «estándares», mientras que los delitos implícitos de puestas de peligro establecen «reglas» (70). Para condenar a una persona por un delito explícito de una puesta en peligro, un tribunal deberá encontrar no sólo que ha creado un riesgo significativo de daño que constituya una razón contra actuar como lo ha hecho, sino que, por ejemplo, el riesgo

(67) Ver HUSAK, *supra* nota 44, p. 168-69 (sobre delitos no consumados «complejos» y «sencillos»).

(68) Ver Road Traffic Act, 1988, § 5 (U.K.); Road Traffic Regulation Act, 1984, §§ 81-89 (U.K.); Medical Act, 1983, § 49 (U.K.).

(69) La distinción entre «explícito»/«implícito» establecida aquí, depende en la identificación del tipo de daño con el que cada delito es establecido: cuando hay incertidumbre o desacuerdo acerca de lo que el daño es, pueden haber, también, inseguridad o desacuerdo acerca de si el delito es un delito de peligro explícito o implícito.

(70) Ver PIERRE J. SCHLAG, «Rules and Standards», 33 *UCLA Law Review* 379 (1985).

fue «considerable e injustificable» (71) o que su conducta estuvo «muy por debajo de lo que se podría esperar de un agente competente y cuidadoso», y podría ser visto obviamente como peligrosa por el propio agente (72). Dichas determinaciones requieren atención no solamente respecto de la seriedad y probabilidad del daño amenazado y al valor de la actividad que crea el riesgo, sino en relación al contexto de la actividad y a las responsabilidades (de tomar cuidado o precauciones) que pueden plausiblemente ser asignadas a los acusados y a los otros (73).

El mérito de criminalizar las puestas en peligro a través de los delitos explícitos de puestas en peligro es que –si el derecho es aplicado correctamente– criminalizamos solo aquellos que verdaderamente ponen en peligro a otros en modos que merecen condena (74). El inconveniente es que, a menos que podamos basarnos en algunos entendimientos muy específicos sobre qué cuenta como un «riesgo irrazonable» y qué tipos de cuidados las personas deben tomar en consideración en un ámbito de contextos, los estándares que los tribunales tienen que aplicar no serán los estándares compartidos por la política. Serán los estándares individuales de cada Tribunal y de sus miembros, que generan los defectos familiares de la inseguridad en el contenido de la ley y la imprevisibilidad e inconsistencia en su aplica-

(71) Model Penal Code § 2.02(2)(c), § 211.2 (definiendo imprudencia) (Anteproyecto Oficial 1962).

(72) Road Traffic Act, 1988, § 2A (U.K.) (sobre el significado de «conducción peligrosa»). También hay que considerar el Draft Code of Adjudication § 113 de Robinson: «creación de un riesgo prohibido» (§ 51 del Code of Conduct, *supra* nota 59) requiere «una desviación grande del estándar de conducta de una persona respetuosa de la ley.» Robinson, *supra* nota 14, p. 224.

(73) Los casos vinculados al riesgo de transmisión del virus del HIV a través de intercambio sexual ejemplifica aquí la cuestión. Ver Model Criminal Code Officers Committee, *Non Fatal Offenses Against the Person* 75-87 (Canberra: Attorney General's Department, 1998 disponible en: <http://www.aic.gov.au>); Lanham, *supra* nota 60. El riesgo es estadísticamente bajo, quizá 1 en 2.000; así, ¿la criminalización marca un pánico moral familiar, o un juicio basado en la seriedad del daño y en el abuso de confianza? Sin embargo, hablar de un abuso de confianza presupone una visión particular de la responsabilidad de las partes en la actividad sexual, una visión que podría ser discutible en algunos contextos.

(74) Probablemente, no todos aquellos que cometen un delito de puesta en peligro realmente pongan en peligro a otros: el conductor imprudente que dobla en una esquina por el lado equivocado puede razonablemente negar que haya puesto en peligro a alguien, si en realidad no había nadie allí. De todos modos, su conducta es criminalmente peligrosa, dado el real (e injustificado) riesgo que hubiera tenido que sufrir quien allí se encontrara. Son casos como estos los que justifican la definición de «puesta en peligro imprudente» del Model Penal Code (§ 211.2) como la conducta que «pone o puede poner» en peligro y que muestra porque «que puede ocurrir así» no es redundante según Lanham (*supra* nota 60).

ción. Este retroceso otorga una razón en favor de los delitos implícito de puestas en peligro, como una mirada breve a algunos delitos del tráfico viario familiares que ilustraré en lo que sigue.

El derecho inglés define a los delitos explícitos de puestas en peligro de conducción en los casos de agentes incapaces de conducir debido a su exceso de alcohol o drogas y también al manejo peligroso. Por otra parte, los delitos implícitos de puestas en peligro de conducción ocurren cuando hay más alcohol en nuestra sangre de lo permitido, y cuando se excede de un límite específico de velocidad (75). Los delitos implícitos establecen reglas que intentan capturar parte del contenido de los estándares declarados en los delitos explícitos. Una atracción obvia de dichos delitos implícitos para los Fiscales es que pueden probar la culpabilidad con más facilidad; pero eso no supone que sea equitativo (76). Otra gran atracción es que promueven seguridad y consistencia: los ciudadanos pueden saber que pueden hacer y que no pueden hacer (77). Los tribunales pueden aplicar el derecho con gran coherencia. Dichos delitos, de todos modos, van a capturar algunos conductores cuya conducta no es, en los hechos, adecuadamente peligrosa: un conductor cuya capacidad y buena voluntad para manejar con seguridad no es dañado por una cantidad de alcohol que lo pone sobre un límite legal aún así comete un delito si maneja después de tomar esa cantidad. Si bien no por ello creó un aumento del riesgo de daño que justifique esta ley contra el consumo de alcohol. También esto vale para un conductor cuyas habilidades y cuyo automóvil sean tales que pueda manejar con seguridad a velocidades superiores a los límites legales, así como otros pueden hacerlo a velocidades dentro del límite (78). ¿Puede ser correcto demandar que dichas personas obedezcan estas normas, y justo condenarlas si no lo hacen?

Dichas personas pueden todavía estar actuando peligrosamente: si ellos creen que están manejando con seguridad, pero no pueden

(75) Road Traffic Act, 1988, §§ 2-5 (U.K.); Road Traffic Regulation Act, 1984, §§ 81-89 (U.K.).

(76) Ver ASHWORTH, *supra* nota 32, p. 85-86.

(77) Puede ser complejo identificar el punto en el cual otro trago me pondrá sobre el límite, pero el derecho comunica el mensaje de que tomar cualquier cantidad de alcohol antes de conducir es peligroso («No beba y conduzca»), lo que abre el camino al principio del «terreno peligroso»: una vez que empezamos a beber entremos en el terreno peligroso y «difícilmente podamos esperar encontrar una señal que indique el lugar exacto en donde ingresamos en él.» *Kneller* [1973] AC 435, 463 (Lord Morris). Ver ASHWORTH, *supra* nota 32, p. 74-75.

(78) De allí el cuestionamiento común de que las normas, si no son, no-inclusivas son sobre-inclusivas.

correctamente afirmar que saben que están a salvo luego de tomar tal cantidad o a tal velocidad, deberíamos decir que al manejar como ellos lo hacen, toman un riesgo irrazonable debido a que su creencia es falsa. El punto no es solo que los seres humanos son falibles. Es más bien que hay razones particulares para desconfiar de los juicios de los conductores sobre dichos asuntos: estamos notoriamente propensos a exagerar nuestras habilidades como conductores. Alguien que está en una urgencia, o que ya ha tomado un trago, no está bien situado para decidir si puede manejar con seguridad a tal velocidad o luego de otro trago. Podemos de este modo ver algunos delitos implícitos de puestas en peligro como precauciones específicas que todos deberíamos tener contra causar o provocar riesgos de daños, en contextos en los cuales no deberíamos confiarnos en nuestro propio juicio caso por caso, acerca de cómo actuar con seguridad. Dado que los riesgos vinculados en la actividad en cuestión, dado nuestro tendencia a apreciar circunstancias erróneamente, deberíamos seguir reglas relativamente simples («No bebas y manejes»; «No te excedas en el límite de velocidad»), más que seguir permitiéndonos decidir en cada ocasión cuán rápido manejar o cuánto deberíamos tomar antes de manejar (79). El derecho demanda no sólo que manejemos con seguridad, sino que nos aseguremos que lo hagamos de ese modo (80); dichos delitos implícitos de puestas en peligro declaran que parte de lo que debemos hacer para asegurar la seguridad es obedecer esas restricciones.

De todos modos, seguramente hay personas que saben que pueden con seguridad romper esas reglas: conductores que saben que pueden manejar con seguridad aún por sobre el límite legal de velocidad o por sobre el límite de ingesta de alcohol. Podemos argumentar que ellos, sin embargo, deberían obedecer dichas normas; o ¿debemos admitir que deberían en verdad, ser exceptuados y que condenarlos es sacrificar sus derechos en beneficio de bienes sociales más importantes que no permitir estas excepciones públicas a las normas? Debemos apelar a dos consideraciones. La primera, es que debemos asegurar al otro no solamente que actuamos con precaución, sino convencer a cada uno que estamos actuando de este modo en un mundo social en el cual nos falta el conocimiento personal de otros que pueden dar esta seguridad.

(79) Este argumento representa una regla familiar del consecuencialismo. Ver R.M. HARE, *Moral Thinking: Its Levels, Method and Point* (Oxford: Oxford University Press, 1981).

(80) Comparar Health and Safety at Work Act, 1974, §§ 2-3 (U.K.) (sobre los deberes de los empleadores de asegurar, tanto como sea razonablemente practicable, la salud y la seguridad de sus empleados y terceros).

Proveemos dicho aseguramiento en parte, mediante algunas de las siguientes normas públicas de protección, tales como el límite de velocidad (81). Segundo, un conductor que afirma saber que puede, con seguridad, ignorar dichas reglas afirma una cierta superioridad sobre sus conciudadanos: ellos deben obedecer estas reglas, debido a que no pueden ser confiados a decidir por sí mismos, pero yo no necesito hacerlo. Lo que es errado en una afirmación de ese tenor, no es que es falso (si bien, a menudo lo sería), pero sí que constituye una denegación de ciudadanía hacia mis conciudadanos: el reconocimiento de un conciudadano (y el peligro relacionado con permitir excepciones que el derecho demanda) deberían motivarme a aceptar dichas leyes incluso si creyera (verdaderamente) que ellas son innecesarias mi caso. Al menos mientras las demandas que el derecho haga sobre mí no sean tan onerosas, esta es una carga modesta que debo aceptar como una consecuencia (y una expresión) de la ciudadanía.

Los argumentos bosquejados aquí no justificarán todos los delitos implícitos de puestas en peligro que nuestro derecho actualmente contiene —ni deberían hacerlo; pero pueden justificar algunas de tales delitos (82).

Delitos directos vs. delitos indirectos

Las delitos de puestas en peligro son directos si el daño relevante resultara de la criminalización de la conducta sin la intervención de ninguna acción humana dañosa; son indirectos si el daño resultara solo dadas, acciones dañosas ulteriores realizadas por el agente o por terceros. De este modo el manejo peligroso estándar vincula la puesta en peligro directa, como lo hace la causación de una explosión peligrosa (83). Llevar armas de fuego u otro tipo de armas en público, de todos modos, vincula sólo una puesta en peligro indirecta, desde que los daños relevantes podrían normalmente ocurrir sólo si las armas de fuego o las armas fueran entonces mal usadas por el portador o por

(81) Consideraciones similares se aplican también a los requisitos exigidos a los conductores para obtener su licencia, luego de aprobar una evaluación, y tener al menos un seguro contra terceros: estos son los modos de asegurar que los conductores son mínimamente competentes y que se deberá abonar en dinero por el daño que cause.

(82) Pero véase Douglas HUSAK, «Malum Prohibitum and Retributivism», en Duff and Green, *supra* nota 13, para una crítica a esta línea de argumentación.

(83) Ver *supra* nota 61.

terceros (84). Una complicación surge cuando los actores intervinientes fueran niños o cuando son personas que están actuando razonablemente. Si le suministro un arma a un niño (85), o le exhibo un arma a alguien que no sabe que está descargada (86), el daño debería elevarse a partir de lo que el niño hace con el arma, o desde lo que otras personas hagan para escapar del trato que perciben: pero mi conducta puede aún contar como «directamente» peligrosa, si vemos a los agentes intervinientes como «inocentes». Deberíamos contar al peligro como estrictamente «indirecto» sólo si el acontecimiento de un daño relevante pudiera depender de un genuino, no inocente, *novus actus interveniens* (87).

Los delitos de puestas en peligro son en principio, no problemáticos o no más problemáticos que las doctrinas de la causación sobre las cuales se basan. Los delitos indirectos de puestas en peligro son, de todos modos, más problemáticos, si el acontecimiento de un daño dependiera de las propias acciones posteriores del agente, o sobre las acciones de terceros.

Lo que se argumenta contra la criminalización de conductas que se podrían transformar en directamente peligrosas solo en virtud de las acciones posteriores del propio agente es el principio general de respeto por la autonomía: la ley no debería prohibir conductas esencial-

(84) Firearms Act, 1968, § 19 (U.K.); Prevention of Crime Act, 1953, § 1 (U.K.); Criminal Justice Act, 1988, c. 33, § 139 (U.K.) (estos son también delitos de peligro implícito más que de peligro explícito). Delitos de tenencia o suministro de drogas son delitos de puestas en peligro implícito –y son discutidas en parte debido a su relación incierta a un daño penal significativo. Ver Douglas HUSAK, *Drugs and Rights* (Cambridge: Cambridge University Press, 1992). Los delitos de tenencia proveen en general mejores ejemplos acerca del modo en el cual el derecho penal puede ser extendido para capturar modos de conducta (o estados) que son más peligrosos en forma indirecta. Ver Markus DIRK DUBBER, «Policing Possession: The War on Crime and the End of Criminal Law», 91 *Journal of Criminal Law and Criminology* 829 (2001); Markus DIRK DUBBER, «The Possession Paradigm: The Special Part and the Police Power Model of the Criminal Process», en Duff and Green, *supra* nota 13.

(85) Comparar Firearms Act, 1968, c. 39, § 24 (U.K.).

(86) Ver e.g., *Thomas v. Commonwealth* 567 SW 2d. 299 (Kentucky 1978); *Commonwealth v. Gouse* 429 A 2d 1129 (Pennsylvania 1981).

(87) Sobre *novus actus interveniens*, ver Andrew P. SIMESTER & G. ROBERT SULLIVAN, *Criminal Law: Theory and Doctrine* (2d ed. Oxford: Hart Publishing, 2003), p. 91-103. Ver *Khaliq v. H. M. Advocate*, 1984 JC 171; *Ulhaq v H. M. Advocate*, 1991 SLT 614. En ambos casos, los acusados fueron condenados por un delito de puesta en peligro, por suministrar materiales que sabían que podían ser usados para inhalar pegamento. En *Khaliq*, los compradores eran niños, pero el tribunal no se basó en esto, y en *Ulhaq*, eran adultos; el delito fue, así, tratado como una puesta en peligro indirecta.

mente dañosas sobre las meras razones de que el agente pueda continuar en la creación de un riesgo de daño, desde que falla en tratar a los ciudadanos como agentes responsables, de los que se puede esperar que reconozcan y acepten las buenas razones que la ley de todos modos ofrece para no continuar en la creación de dicho riesgo. Este principio es calificado cuando el derecho criminaliza conductas que son preparatorias de un ataque intentado (88), pero dicha calificación es aún controversial, debido a que se le niega al agente una apropiada *locus poenitentiae* (89). Si extendiéramos la ley para cubrir los casos en los cuales lo que es posible no es un ataque, sino meras puestas en peligro, estaríamos seguramente separando la ley del peligro muy lejos del delito de daño que debería ser su foco principal (90). El otro tipo de casos en los cuales el principio puede ser calificado es aquél en el cual hay una razón particular para pensar que el agente no puede ser confiado para responder a las razones; un ejemplo puede ser la disposición que prohíbe conducir bajo los efectos del alcohol que, no sólo criminaliza a cualquiera que «maneje o intente manejar» sino a cualquier que «está a cargo de un vehículo de motor» cuando esta sobre el límite de alcohol permitido (91).

Por supuesto, usualmente, la conducta que es indirectamente peligrosa en virtud de lo que el agente podría hacer, es también indirectamente peligrosa en virtud de lo que los otros podrían hacer. Cuando el acontecimiento de un riesgo de daño directo dependiera de la conducta de otros, deberíamos hacernos diferentes preguntas acerca de la extensión de nuestras responsabilidades de asistir en la prevención de delito: ¿cuál es el límite que tiene el gobierno para demandar justificadamente a sus ciudadanos a que se limiten a sí mismos, en sus conductas legítimas debido al riesgo de que otros pueden tomar ventaja

(88) Ver e.g., Criminal Law Act, 1967, § 4 (U.K.) (realizar «cualquier acto con intención de impedir la detención o persecución de un delincuente»); Criminal Damage Act, 1971, § 3(a) (U.K.) (posesión de algo con la intención de utilizarlo para dañar propiedad ajena); Jeremy HORDER, «Crimes of Ulterior Intent», en Simester and Smith, *supra* nota 33, p. 153.

(89) Ver DUFF, *supra* nota 2, at 35-37, 386-89.

(90) Teniendo en cuenta que si el agente actúa con la intención de ir a poner en peligro a terceros, su conducta es preparatoria de un ataque, no solamente de puesta en peligro. Ver *supra* notas 26-31. Comparar Explosive Substances Act, 1883, § 3 (b) (U.K.) (tener o fabricar explosivos «con intención por medio de ellas de poner en peligro la vida»).

(91) Road Traffic Act, 1988, § 5 (1) (b) (U.K.). Vale la pena señalar, de todos modos, que bajo la sección 5 (2) existe una defensa para la persona acusada por este delito «para probar que al momento en que se la acusa de cometer el delito, las circunstancias eran tales que no había posibilidad de conducir el vehículo» al tiempo que se encontraba sobre el límite. Id. § 5(2).

de ello, o ser animados o alentados a tratar de cometer estos crímenes? (92). No tengo y no pienso que podamos aspirar a una respuesta general a estas preguntas. Sin el tipo de examinación detallada de los diferentes delitos que podemos emprender aquí, lo más que puedo decir (vagamente) es que seguramente tenemos algo de dicha responsabilidad y que esto precisa de un alcance que dependerá del peso de dichos factores como el de onerosidad de las restricciones que supone y la posibilidad y seriedad de los delitos que pueden entonces producirse.

Mi objetivo en esta sección no ha sido responder a varias preguntas o solucionar varios problemas, que he identificado. Mi objetivo en el texto en su totalidad ha sido más bien, clarificar el carácter de las puestas en peligro como un tipo distintivo de delito (distinguido en particular de los delitos de daño) para mostrar las diferentes modos en los que los delitos de puestas en peligro pueden ser estructurados y definidos y para formular algunas de las preguntas que deberíamos responder si pretendiéramos desarrollar un justo y aceptable derecho penal de las puestas en peligro.

(92) Ver Andrew VON HIRSCH, «Extending the Harm Principle: «Remote» Harms and Fair Imputation», en Simester and Smith, *supra* nota 33, p. 259.