

“Daños Remotos”, “Peligro Abstracto”, y los “Dos Principios del Daño”.*

R.A. Duff y S. E. Marshall

Los debates sobre la aplicación, las implicaciones y la utilidad del “Principio del Daño” están generalmente viciadas por el hecho de no dar cuenta de que en realidad hay dos Principios del Daño distintos, o así argumentaremos. Después de distinguir ambos principios en la sección 1, y de mostrar cómo generan diferentes resultados, en virtud de sus diferentes estructuras lógicas, mostramos en la sección 2 una de estas formulaciones hace problemática la criminalización de los “daños remotos” y del llamado “peligro abstracto”. Sin embargo, con base en el otro Principio del Daño, podemos resolver (en realidad, disolver) estos problemas, como veremos en la sección 3.

1. Los Dos Principios del Daño

Las discusiones del “Principio del Daño” típicamente encuentran su formulación canónica en la versión de John Stuar Mill:

“La única razón por la cual la coerción puede legítimamente ser ejercida contra la voluntad cualquier miembro de una comunidad civilizada es para prevenir el daño de otros miembros”.¹

Mill continúa, en el mismo párrafo, explicando las implicaciones del principio:

“Justificar [cualquier tipo de coerción], la conducta que desea ser disuadida debe ser una que apunte a producir mal en otro”.

Después, de manera similar, nos dice que “Tan pronto como la conducta de una persona afecta perjudicialmente los intereses de otro, la sociedad tiene jurisdicción sobre la conducta, y la pregunta sobre si el bienestar general aumentará por interferir con la conducta se pone en discusión. Sin embargo, no hay lugar para entretenerse con esta pregunta cuando la conducta de una persona no afecta los intereses de otra persona además de sí misma, o no las afectan a menos que quieran (siendo todas las personas en cuestión mayores de edad y con una capacidad de común de comprensión). En todos los casos debe haber libertad perfecta, legal y social, de realizar la acción y soportar las consecuencias”.²

Joel Feinberg, con su moderno tratamiento del tema, realizar un movimiento parecido. Feinberg provee una formulación oficial del “Principio del Daño”:

“Siempre es una buena razón en apoyo de la legislación penal que ésta sería efectiva en prevenir (eliminar, reducir) daños a otras personas además del actor... y no existe otro método igualmente

* Traducción de Diego Hammerschlag

1 J S Mill, *On Liberty* (Londres, Parker, 1859) capítulo 1, párrafo 9.

2 *On Liberty*, capítulo 4, párrafo 3.

efecto que no acarree mayores costos a otros bienes valiosos”.³

Sin embargo, cuando luego Feinberg analiza la implicancia y aplicación del Principio, se enfoca en el daño potencial que de la conducta que es criminalizada: *Harm to Others*⁴ trata sobre la criminalización de la conducta que es, en un sentido relevante, dañosa para otros. Los volúmenes posteriores analizan si podemos tener una buena razón para criminalizar la conducta que no es dañosa para otros, pero sí, por ejemplo, ofende a otros⁵, dañosa para el propio agente⁶, o simplemente inmoral o malvada⁷.

De igual manera, y más recientemente, Andrew Simester y Andreas von Hirsch comienzan su capítulo sobre el Principio del Daño mencionado el “conocido principio del liberalismo” que Mill “[a]rtículo primero”:

“El Estado está justificado en intervenir mediante la coerción para regular conductas sólo cuando la conducta cause daños o ponga en riesgo a otros”.⁸

Sin embargo, también citan, como aparentemente diferentes maneras de formular el principio del daño, la máxima de Mill sobre “la única razón” y la de versión oficial de Feinberg sobre el “Principio del Daño”. Encontramos el mismo fenómeno en muchas discusiones sobre el “Principio del Daño”. Sin embargo, se trata de dos principios diferentes.

El primer principio, el cual podemos llamar el Principio de la Prevención del Daño, es uno clásicamente formulado por Mill y por Feinberg:

“Tenemos una buena razón para criminalizar un tipo de conducta dada si [y sólo si] hacer eficientemente previene un daño a otro”.⁹

Dos aclaraciones rápidas (que se aplican también para el segundo principio) son necesarias. Primero, no se trata (como dicen Mill y Feinberg) sobre qué justifica la criminalización, sino que nos da una buena razón para criminalizar. Hay muchos obstáculos entre “tenemos una buena razón para criminalizar x” y “debemos, todo considerado, criminalizar x”, incluyendo razones de principio que llevan a la conclusión de no criminalizar x, los costos (materiales, sociales y morales) de la criminalización de x y la posible disponibilidad de otros y mejores métodos de prevención del daño en cuestión. Un Principio del Daño debe apuntar a especificar, como mucho, qué nos da una buena razón, en principio, para criminalizar un tipo de conducta. En segundo lugar, el “[y sólo si]” distingue la versión milliana de la feinbergiana del principio. Para los millianos, la prevención del daño es la única buena razón para criminalizar (o ejercer cualquier otro tipo de coerción colectiva). Para los feinbergianos es una entre otras fuentes de buenas razones para criminalizar.¹⁰

El segundo principio, el cual podemos llamar el Principio de la Conducta Dañosa, es lo que von Hirsch y Simester identifican como el “conocido principio del liberalismo”:

3 J Feinberg, *Harm to Others* (Nueva York, Oxford University Press, 1984) p. 26. Esto se repite en los tres volúmenes siguientes de *The Moral Limits of the Criminal Law*.

4 Nota del traductor: *Harm to Others* forma parte de *The Moral Limits of the Criminal Law*. La obra de Feinberg es una de las más importantes en la filosofía del derecho penal.

5 *Offense to Others* (Nueva York, Oxford University Press, 1985).

6 *Harm to Self* (Nueva York, Oxford University Press, 1986).

7 *Harmless Wrongdoing* (Nueva York, Oxford University Press, 1988).

8 A P Simester y A von Hirsch, *Crimes, Harms, and Wrongs: On the Principles of Criminalisation* (Oxford: Hart Publishing, 2011; de ahora en más, *Crimes, Harms and Wrongs*), p. 35

9 Ver, por ejemplo, *Crimes, Harms, and Wrongs*, capítulos 11-12

10 Ver capítulos 4-6 *idem*

Tenemos una buena razón para criminalizar un tipo de conducta dada si [y sólo si] este tipo de conducta es dañosa para otros”.

Los puntos mencionados anteriormente sobre “buenas razones” y “[y sólo si]” aplican también para este principio. Diremos algo más prontamente sobre lo referido a “dañosa para otros”.

Los teóricos que analizan el “Principio del Daño” típicamente no logran distinguir estos dos principios. Argumentaremos que esto es un error y una fuente de confusión. Una confusión que puede ser evitada si los principios son distinguidos entre sí. Por supuesto, no es un error trivial sólo si los principios generan diferentes resultados. Sin o lo hacen, si el Principio de la Prevención del Daño nos da una buena razón para criminalizar solamente los tipos de conducta que el Principio de la Conducta Dañosa nos una buena razón para criminalizar, podríamos decir que no se trata de dos principios distintos y separados, sino de dos versiones de lo que es en la sustancia el mismo principio. Sin embargo, sí generan distintos resultados, especialmente en relación a los “daños remotos”. El error no es trivial.

Si asumimos que un derecho penal puede tener algún tipo de eficacia preventiva, si es cierto que el Principio de la Conducta Dañosa nos da una buena razón para criminalizar una acción, en principio, también es criminalizable bajo el principio de la Prevención del Daño. Esto se debe a que, por criminalizar, y, por lo tanto, reducir la incidencia de algunos tipos de conductas dañosas, se reduce la incidencia de los daños que estas conductas pueden producir. Si el objetivo es prevenir el daño, un modo efectivo de hacerlo es reducir la incidencia de este tipo de conductas que causan daño. Sin embargo, el Principio de la Prevención del Daño es más amplio que el Principio de la Conducta Dañosa: puede, como veremos, darnos una buena razón para criminalizar conductas que no son en sí dañosas. Esto puede sugerir que sólo tenemos un único principio: el Principio de la Prevención del Daño y que el Principio de la Conducta Dañosa no es un principio distinto, sino una implicación o aplicación más específica del Principio de la Prevención del Daño. Sin embargo, sigue siendo útil distinguir entre los dos principios por dos razones. En primer lugar, mientras el Principio de la Prevención del Daño implica un Principio de la Conducta Dañosa, se puede apoyar al Principio de la Conducta Dañosa por razones que poco tienen que ver con el Principio de la Prevención del Daño: no necesitamos pensar que la única o principal razón para criminalizar una conducta es prevenir el daño que puede causar. Podemos considerar que la razón principal para criminalizar una conducta es que constituye el tipo de acción incorrecta que debería ser censurada por el derecho penal, por lo que los que incurren en esa conducta deben ser llamados para responder en público ante un tribunal penal. En segundo lugar, los dos Principios indentifican dos rutas diferentes de encarar la criminalización. Dos modos diferentes por los cuales podemos llegar a una buena razón para criminalizar un tipo de conducta.

Comenzaremos nuestro análisis de los dos principios con el Principio de la Conducta Dañosa. Es una versión que, de hecho, es la más aplicada en los debates sobre criminalización, y la que trae mayores problemas a la luz de los “daños remotos”. Sin embargo, antes de embarcarnos en este análisis, debemos enfatizar que no estamos argumentando en favor del Principio de la conducta dañosa y en contra del otro principio (como si tuviésemos que elegir por un Principio de la Conducta Dañosa *o bien* un Principio de la Prevención del Daño como guía para la criminalización). Cada principio juega un rol (un rol diferente) en las deliberaciones sobre qué tipos de conductas deberíamos criminalizar. Tampoco estamos suponiendo que estos son los únicos principios que deberían presentarse en estas deliberaciones. Nuestro objetivo en este trabajo es, simplemente, mostrar que, en tanto pensamos que el derecho penal debería preocuparse de manera adecuada por los daños, debemos reconocer estos diferentes Principios del daño y darles a cada uno un rol apropiado.

2. Daños Remotos y el Principio de la Conducta Dañosa

Podemos ver cómo surge el problema de los daños “remotos” señalando dos características necesarias, o aclaraciones, del Principio de la Conducta Dañosa. Uno tiene el efecto de achicar su alcance, mientras que el otro lo expande: el problema surge de la tensión entre su contracción y su expansión.

La contracción surge de la necesidad de basarse en un límite basado en lo que hace a una acción incorrecta. Como el derecho penal es punitivo, una institución censuradora, es correctamente utilizado sólo contra conductas incorrectas. Entonces, si bien el Principio de la Conducta Dañosa, definido de una manera simple, permite la criminalización de cualquier conducta dañosa, debe interpretarse que permite la criminalización sólo de conductas incorrectas.¹¹ Un modo de hacer esto es especificando, dentro de los límites del Principio, qué se entiende por “daño”. Feinberg aclara que el “sentido de 'daño' se el sentido usado en el principio del daño”: “sólo conductas contrarias a intereses son conductas incorrectas... que son daños en el sentido correcto”.¹² O podríamos especificar un límite distinto del Principio de la Conducta Dañosa: La conducta que es criminalizada debe ser dañosa e incorrecta.¹³ Sin embargo, incluso si especificamos un límite distinto, parece plausible decir que lo incorrecto de una conducta debe fundarse, o estar estrechamente relacionado, con su capacidad de dañar. Sería raro, y una versión radical de la doctrina de la *versanti in re illicita*, sostener que podemos criminalizar una conducta incorrecta en tanto ésta tenga consecuencia dañosa, incluso si esas consecuencias dañosas no están relacionadas con lo que hace a la conducta una conducta incorrecta

La expansión del potencial alcance del Principio de la Conducta Dañosa surge de una análisis más detallado de lo que es que una conducta sea, en un sentido relevante, “dañosa”. Una conducta, por supuesto, puede ser dañosa si directamente causa daño (o causaría directamente daño si fuese cometida), pero nadie piensa que el Principio de la Conducta Dañosa permite criminalizar sólo conductas que actualmente causen daño.¹⁴ Si tenemos una buena razón para criminalizar conductas que actualmente causan daño, tenemos también una buena razón, del mismo tipo, para criminalizar una conducta que crea un riesgo directo del tipo relevante de daño: conductas que, si su riesgo se realizara, directamente causarían daño.¹⁵ Si nuestro interés es prevenir daños o censurar conductas incorrectas dañosas, y si o no pensamos que el “resultado dañoso” es lo que hace una diferencia en el carácter o la seriedad de lo injusto de una conducta, las razones que tenemos para criminalizar una conducta que en la actualidad causa daño también se aplican a una conducta que crea un riesgo directo de daño. Esto es verdadero incluso si no podemos señalar a una persona determinada cuyos intereses se pongan en riesgo: el conducta que viaja a alta velocidad por una curva que apenas puede ver crea un riesgo directo de daño, aunque hecho ningún auto viniese por el otro lado y nadie además de sí mismo se ponga en peligro.¹⁶

11 Asumimos que cualquier teoría plausible sobre la criminalización debe incluir alguna versión del “positivismo moral negativo”, como el sugerido en estas líneas.

12 *Harm to Others*, p. 36. Ver también D N Husak, *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press, 2007), p. 71.

13 Ver Husak, *Overcriminalization*, pp. 72-76, sobre los “límites de la conducta incorrecta”; *Crimes, Harms, and Wrongs*, pp. 22-24, sobre la “tesis de la necesidad” (que x es incorrecto es necesario para justificar su criminalización).

14 Aunque véase C Finkelstein, “Is Risk a Harm?” (2003) número 151 *University of Pennsylvania Law Review*, p. 963, cuyo argumento de que el riesgo es un daño parece en parte (pero innecesariamente) enfocado en mostrar que la criminalización de una conducta riesgosa es consistente con el Principio del Daño.

15 Por “directamente”, entendemos un daño que sería un resultado de la conducta sin la mediación de otras acciones humanas o eventos imprevistos, pero nada realmente importante para el presente trabajo depende de una definición precisa de “directamente”. Compárese con H Gross, *A Theory of Criminal Justice* (Nueva York, Oxford University Press, 1979), pp. 428-436.

16 Así la teoría alemana considera a este caso como un caso de peligro “concreto” y no “abstracto”, pero argumentaremos más adelante que este esquema de peligro “concreto” y “abstracto” es confuso.

Sin embargo, una vez que extendemos el alcance del Principio de la Conducta Dañosa más allá de las categorías que de conductas que en causan daños actualmente a conductas que crean riesgos directos de daño, se hace notoriamente difícil trazar una línea firme. Es tentador (especialmente para gobiernos que creen en la eficacia del derecho penal como medio de prevención de daño o como un modo sencillo de que se vea que toman las conductas dañosas en serio) extender el derecho penal a tipos de conductas que sólo remotamente o indirectamente están concetadas con daños que en última instancia justificarían la criminalización. Éste es un modo en el que el Principio del daño ha sido notoriamente debilitado como un límite al derecho penal.¹⁷ Es el problema de los daños “remotos” o riesgos, los cuales “son remotos en el sentido de que involucran ciertos tipos de contingencias”.¹⁸ Von Hirsch describe tres tipos de daños remotos: lo primero que hay que notar es que lo “remoto” de la conducta cuya criminalización está en cuestión puede tomar muy diferentes formas.

El caso más obvio es el de “elecciones intermedias”¹⁹: la conducta en cuestión hace posible, o más fácil, o más probable, más acciones del mismo agente o otro, que más en forma causan un daño relevante o crean un riesgo inmediato de daño. La conducta juega un rol en la realización del daño (o lo habría jugado en caso de que el daño hubiese sucedido), y puede una causa “contrafáctica” del daño. Efecetivamente, de haberse cometido o asistido con la intención de dañar, hubiera sido criminalizable como instigación, ayuda o provocación. Sin embargo, en el caso de que no exista esa intención, ¿qué pasaría en el caso en que el agente se diese cuenta de que lo que hizo puede contribuir a que sucedan estos posibles resultados? Dejo un arma, con su munición, en mi auto con sus puertas abiertas, dándome cuenta de que alguien puede entrar, robar el arma y usarla para causar daño. O, algo más remoto, tengo un arma en casa, encerrada en un armario, y soy consciente de que alguien puede entrar en mi casa y robar el arma, y con el arma causar daño. ¿Tenemos una buena o legítima razón para criminalizar esa conducta sobre la base de que es una fuente posible de daño? Sería necesario, por supuesto, como con cualquier otra aplicación del Principio del Daño, hacer un balance entre la probabilidad y la gravedad del daño que se produciría con el valor de la actividad criminalizada, y la carga involucrada en no realizar esa actividad. Si la actividad es lo suficientemente valiosa, o las cargas de no realizarla fuesen lo suficientemente serias, puede ser valioso no criminalizarla y permitirla, incluso si aumenta el riesgo de que se produzca un riesgo moderadamente serio. Ésa es la razón por la cual no criminalizamos conducir en sí. Sin embargo, ¿deberíamos ir tan lejos en nuestra consideración sobre la criminalización de una conducta cuando el daño sería, en última instancia, causado por otros?.²⁰

Es aquí donde el límite es relevante. Para mostrar que tenemos una buena razón para criminalizar una conducta debemos mostrar no sólo que llevaría a un resultado dañoso (incluso a un daño proveniente de una conducta incorrecta, como cuando mi arma es usada en un robo), sino que es incorrecto en virtud de su relación para crear daño. Esto significa, como argumentan Simester y Von Hirsch, que debemos mostrar que el daño eventual (o el riesgo que proviene del daño) puede ser justamente imputado al agente.²¹ La imputación no necesita depender de la causación: podemos imputar el daño eventual a un agente sin alegar o mostrar que alguien lo causo. Sin embargo, la imputación es legítima, argumentan, si (y sólo si) el agente ha “tenido algún tipo de

17 Ver el conocido B Harcourt, “The Collapse of The Harm Principle” (1990) volumen 90 *Journal of Criminal Law and Criminology*, p. 109.

18 A von Hirsch, “Extending the Harm Principle: 'remote' Harms and Fair Imputation, en A P Simester y A T Smith (editores), *Harm and Culpability* (Oxford: Oxford University Press, 1996. De ahora en más, “Remote Harms”) pp. 259, 263.

19 “Remotes Harms”, pp. 264-265

20 Tenemos que dejar de lado acá la pregunta distinta sobre si el riesgo que el agente mismo causará puede darnos una buena razón para criminalizar la conducta.

21 Ver *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 80, fn 27: “nuestra preocupación es con cómo el hecho de que P cause Q puede posiblemente hacer que el acto de S sea incorrecto y pasible de prohibición”.

involucramiento normativo” en las acciones posteriores que causan el daño. Si, por ejemplo, el agente alienta, asiste o aconseja esas acciones.²² Requerir un “involucramiento normativo” de este tipo en una conducta dañosa subsecuente restringiría radicalmente el alcance del derecho penal.²³ Mientras muchos argumentarían que es un aspecto positivo, y no uno negativo, de la tesis de von Hirsch y Simester, podríamos preguntarnos si un límite tan drástico en el alcance del derecho se puede justificar tan fácilmente. Parece, por ejemplo, que prohíbe (en principio) la criminalización de una conducta tan descuidada como dejar un arma y su munición a plena vista en su auto con las puertas abiertas ya que no puede decirse que esa persona “afirma” o “apoya” las acciones incorrectas que otras personas puedan realizar con el arma. Sin embargo, seguro que tenemos algunas buenas razones para criminalizar esa acción.²⁴ Von Hirsch concede que podemos tener una buena razón para criminalizar, pero no sería precisamente una decisión justa: si el potencial daño es lo suficientemente grave, la correcta imputación de un “límite de justicia” sería ignorado si “la preocupación sobre prevenir un daño es de una urgencia extraordinaria” como, según piensa, ese el caso de la legislación sobre control de armas.²⁵ Lo que aclara esto es que si nos basamos en el Principio de la Conducta Dañosa, incluso si lo complementamos con una doctrina sobre la imputación, muchas de estas restricciones son problemáticas. Tendríamos que mostrar que una conducta criminalizable es “dañosa” (esto es, clasificable como una potencial fuente de daño, sea directamente o por imputación) e incorrecta en virtud de su (potencial) daño, o justificar su criminalización como una necesidad urgente, pero, en última instancia, una violación injusta del Principio. Sin embargo, hallaremos una mejor ruta para legitimar la criminalización de algunos de estos tipos de conducta a través del Principio de la Prevención del Daño, y no del Principio de la Conducta Dañosa.

Otro ejemplo de daños remotos son los daños” acumulados”, en los que el daño potencial será lo suficientemente importante como para llamar la atención del derecho penal o efectivamente se aplicará el derecho penal, pero sólo si muchas personas realizan la conducta relevante. Si suficiente personas tiran su basura al río, habrá una amenaza a la salud, pero si sólo lo hago yo, no existirá tal amenaza.²⁶ Aquí también, la realización real del daño relevante depende de una “contingencia” de una conducta de otros. Sin embargo, este caso difiere del de “elecciones intermedias”. En primer lugar, en que la conducta no depende de lo que haga. En segundo lugar, si el daño o el riesgo se realiza, habré realizado una contribución causal directa o inmediata (aunque muy modesta) en el resultado. Si nos preguntásemos si, en ese caso, mi conducta fuese dañosa e incorrecta, nos encontraríamos en el territorio de “¿y si nos imaginamos que todos hiciéramos lo mismo?”. ¿Por qué el hecho de que si suficientes personas hacen x como yo hago x se producirá un daño me da una razón a no hacer x? Argumentaremos de la siguiente forma:

- (a) Las probabilidades de que mi hacer x va a inclinar la balanza a que se produzca el daño son mínimas;
- (b) Si otros no hacen x en una cantidad suficiente como para que no se produzca el resultado, mi hacer x que no será dañoso;
- (c) Si otros hacen x en una cantidad suficiente, sin que se produzca el resultado, entonces (citando a Yossarian), sería un idiota si no lo hago;
- (d) Entonces, en cualquier caso, mi hacer x no será dañoso ni incorrecto.

No sugerimos que éste es un buen argumento. Sólo sugerimos que es un tipo de argumento que es

22 *Crimes, Harms, and Wrongs*, pp. 81-85

23 Especialmente si “asistencia” es interpretado tan estrechamente como von Hirsch y Simester lo hacen: *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 84

24 Y, podemos decir, podemos reconocer esa razón sin abandonar esta versión del Principio del Daño, si evitamos el individualismo extremo que surge de la tesis de von Hirsch y Simester del “involucramiento normativo”, pero eso no es algo que podemos discutir aquí.

25 “Remotes Harms”, p. 271.

26 “Remotes Harms”, p. 265. Ver Feinberg, *Harm to Others*, pp. 193-199, sobre “daños agregativos”.

difícil refutar sólo sobre la base del Principio de la Conducta Dañosa ya que es difícil mostrar que cualquier caso de la conducta en cuestión es dañosa y, a su vez, incorrecta. Es verdad que tirar la basura al río siempre es dañosa si realizada por la generalidad de la gente, pero no justifica castigar mi caso particular de tirar basura al río con base en el Principio de la Conducta Dañosa. Para eso, se debe mostrar que esa acción en particular fue dañosa o riesgo y, a su vez, incorrecta, y el argumento anterior sugiere que eso será difícil de mostrar. Lo que está mal con mi conducta es que, si bien no dañosa, sí es injusta porque tomo ventaja del límite que se ponen otros de no tirar basura al río. Soy un *free rider*, pero injustamente no es una especie de daño (a menos, quizás, que involucre el tipo de injusto que, al ser visto por otros, provoque reacciones que deriven en daños).

O podríamos argumentar que mi conducta contribuye, en una pequeña pero de todas formas cierta forma, en el daño que se produce si se produce, o que por lo menos contribuye en acercarse más cerca al punto en que el daño se produce. En cualquier caso el daño eventual sería justamente imputado a mí si ocurriese (no por supuesto sólo a mí, sino a mí con los demás que se comportaron de la misma forma que yo) y por eso mi conducta sería injusta y dañosa. Sin embargo, ¿es posible realizar este análisis? Quizás sí se puede (lo que dependería de los detalles de cómo el daño hubiera ocurrido en casos particulares). Sin embargo, es todavía complejo mostrar que la criminalización de estas conductas encajan en el Principio de la Conducta Dañosa y, si este desafío es superado, es por mostrar que esa conducta encaja, después de todo, con el alcance del Análisis del Estándar del Daño.²⁷

El tercer tipo de daño remoto que von Hirsch describe es el de “peligro abstracto”.²⁸ El ejemplo más simple de esto es manejar alcoholizado.²⁹ Si definimos la contravención de manejar alcoholizado en términos de “no apto para conducir por consumir drogas o alcohol”,³⁰ se cumplen los requisitos del Principio de la Conducta Dañosa: alguien que maneja bajo la influencia del alcohol crea un riesgo inaceptablemente alto de causar un serio daño a otros. Su conducta es dañosa e injusta. Sin embargo, si, por el contrario, definimos la contravención en términos de manejar “después de consumir mucho alcohol que la proporción del alcohol en su aliento, sangre u orina excede el límite prescripto”,³¹ el asunto es menos claro. Una legislación razonable pondría el “límite prescripto” en un nivel por encima del que muchos conductores sufren impedimentos físicos para manejar. Dependiendo de nuestro análisis de los daños potenciales y en qué medida un límite estricto viola la libertad individual, podemos no insistir en concluir que ese nivel deba ser tal que la mayoría de los que superan el límite tienen impedimentos físicos para manejar.³² Por lo tanto, habrá muchos que, al cometer la contravención, actúen injustamente causan un daño (o un riesgo) que es en principio apto para su criminalización. Habrá otros que nos sufren de ningún impedimento físico para manejar por consumir la medida suficiente de alcohol para ponerlos por encima del límite cuyo manejo, por lo tanto, no crea un riesgo injustificado de daño. Sin embargo, desconocen esto, como alguien que maneja por una curva por el lado equivocado. De ellos también se puede decir que causan un riesgo injustificado de causar el daño relevante. El punto no es que realmente *crean* ese riesgo (de la misma manera que manejar en círculos por la curva cuando ningún auto está pasando no crea un riesgo), pero *toman* ese riesgo, que por tomar alcohol lo suficiente tendrán un impedimento físico para manejar, algo que no deberían hacer.³³ Sin embargo, habrá alguno que *sepa*

27 Ver *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 55.

28 “Remotes Harms”, pp. 263-264. Ver *Crimes, Harms, and Wrongs*, pp. 57-58

29 Este ejemplo es más simple que viajar por encima de la máxima velocidad. En ese caso necesitamos que el viajar por encima de la velocidad máxima sea visto por alguien, y en que confiamos en que la gente no excede del máximo de velocidad.

30 *Road Traffic Act* 1988, s 4(1)

31 *Road Traffic Act* 1988, s 5(1)

32 En contraste con “Remote Harms”, p. 264, sobre el límite sueco de 0,2 comparado con el límite inglés de 0,8. Ver Husak, *Overcriminalization*, número 11 *ut supra*, pp. 110-111, sobre la “condición mayoritaria” que más de la mitad de los que incurrir en esa contravención deben causar un daño o crear un riesgo injustificado.

33 Esta conducta “pone o puede poner a otra persona en peligro”: *Model Penal Code*, artículo 211.2.

que por tomar la cantidad suficiente de alcohol no tendrá impedimentos físicos en sus capacidades o en su voluntad para manejar de forma segura (quizás hayan tomado un examen de alcoholemia que muestren que son inmunes a los efectos del alcohol). ¿Cómo podemos justificar la criminalización de su conducta sobre la base del Principio del Daño?³⁴

El problema se esconde al hablar de “peligro abstracto” como un tipo de peligro distinto al de “peligro concreto”, como si fueran dos especies distintas del género “peligro”. Esto sugiere que la conducta de un conductor que sabe que está apto para manejar, aunque supera el límite permitido de alcohol, aún pone en peligro a otros, pero de manera “abstracta” y no “concreta”.³⁵ Sin embargo, ese conductor no pone en peligro a alguien. No toma ni crea un riesgo irrazonable de dañar a otros. Su conducta puede efectivamente, como veremos, ser incorrecta. Sin embargo, no es incorrecta y dañosa o peligro, o incorrecta en virtud de ser dañosa o peligros. El daño puede producirse por el conductor inhabilitado por el consumo del alcohol. Sin embargo, ese daño no puede ser imputado al conductor inclusive si pasa el límite de alcohol permitido (a menos que su ejemplo aliente a otros a tomar más). El daño se produciría si tiene un accidente. Sin embargo, podemos imputarle el daño y considerar su conducta como incorrecta y dañosa sólo si su acción de manejar fue moralmente incorrecta, y esto es lo que no logramos mostrar.

No estamos asumiendo que la creación de la contravención de conducir alcoholizado es justificable. De lo que hemos mostrado hasta ahora podemos concluir que no. El Poder Legislativo podría quizás (aunque incluso sería controvertido) definir manejar alcoholizado como manejar con más que el nivel prescrito de alcohol en tanto la mayoría de las personas con más alcohol en su sangre que ese nivel sufre de incapacidades en su capacidad para manejar de forma segura.³⁶ O como manejar cuando “a través del alcohol se está inhabilitado a manejar, pero sería crear una presunción legal de que cualquier con más del nivel específico de alcohol está inhabilitado para manejar.”³⁷ Sin embargo, si el Poder Legislativo quiere ser fiel al Principio de la Conducta Dañosa, necesitarían ofrecer una defensa en favor del conductor que ofrece pruebas de que en su caso el alcohol no tiene ese efecto o hacer la presunción refutable a través de pruebas.³⁸ O puede argumentarse que podemos justificar la existencia de contravenciones por conducir ebrio, pero sólo ignorando los “límites de justicia” por la necesidad urgente de prevenir los daños que se producen de por conducir ebrio.³⁹ Condenar a un conductor que sabía que no estaba apto por manejar por haber bebido por encima del límite legal le produce una injusticia, pero una injusticia necesaria. Todo lo que hemos argumentado hasta ahora, sin embargo, es que si basamos la criminalización en el Principio de la Conducta Dañosa, no podemos hasta el momento encontrar una buena razón para crear una contravención por manejar alcoholizado como las que tenemos ahora ya que son el tipo de conductas que no pueden

34 Ver Husak, *Overcriminalization*, *supra* nota 11, pp. 106-112; R A Duff, *Answering for Crime* (Oxford, Hart, 2007), pp. 166-172 (el cual este trabajo corrige parcialmente).

35 Ésta es una manera común de usar la noción de “peligro abstracto”, por ejemplo en relación con delitos ambientales. Para ver un ejemplo, ver S Mandiberg y M Faure, “A Graduated Punishment Approach to Environmental Crimes: Beyond Vindication of Administrative Authority in the United States and Europe” (2009) *Columbia Law School of Environmental Law* vol. 34, número 447, pp. 453-454. Una crítica parecida se encuentra en la idea de Duff de “peligro implícito” (*Answering for Crime*, *supra* nota 33 pp. 166-168).

36 Comparar el *Terrorism Act* 2000, artículo 57(1): el delito de “posesión de un artículo en circunstancias que dan una duda razonable de sospecha de que [la] posesión es para fines relacionados con... el terrorismo”.

37 Ver las normas de Colorado (COLO. REV. STAT. 42-4-1301(6)(a) (IV) (2013)) para “inferencias permisibles” de niveles de alcohol en la sangre a impedimentos (gracias a Jordan Hogness por la referencia). Comparar con el *Prevention of Corruption Act* 1916, artículo 2: si está probado que un empleado del gobierno le dio un regalo a un miembro de la sociedad civil, se debe presumir que ese regalo es “dado y recibido como una dádiva”.

38 Comparar *Prevention of Corruption Act* 1916, artículo 2; *Terrorism Act* 2000, artículo 57(1). Dejamos de lado el problema de que puede ser difícil para los conductores saber si están por encima del límite. Un Poder Legislativo que respete los requisitos del debido proceso debe permitir a los conductores la posibilidades de enterarse de esto o argumentar que lo que el derecho dice es “no maneje y beba” y que aquellos que conduzcan después de tomar deben, por lo tanto, saber que están conduciendo “pasando una línea muy delgada” (ver Duff, *Answering for Crime*, *supra* nota 33 pp. 167, 255-257).

39 Ver *supra* nota 24.

describirse como dañosas y, a su vez, incorrectas. Como veremos, el Principio de la Prevención del Daño ofrece una ruta más plausible para la legitimidad de la existencia de este tipo de delitos.

3. El Principio de la Prevención del Daño y las Contravenciones Regulatorias

El Principio de la Prevención del Daño es, como analizamos más atrás, el principio clásicamente formulado por Mill y por Feinberg:⁴⁰

“Tenemos una buena razón para criminalizar un tipo dado de conducta si [y sólo si] hacerlo efectivamente prevendrá el daño a otros”.

Este principio parece proveer una manera muy simple de justificar la creación de estos delitos, como manejar con un nivel de alcohol en la sangre por encima del permitido. Si podemos mostrar que una ley no sólo será efectiva en reducir el tipo de daños que los conductores alcoholizados pueden causar, sino eficiente al hacerlo (esto es, sus costo-beneficio es mayor que una ley que criminaliza sólo manejar cuando las capacidades de uno están probablemente disminuidas), pareciera que podemos justificar esta ley con base en el Principio de la Prevención del Daño.

Sin embargo, esto puede parecer justificar muy fácilmente la creación de tipos penales, y perder vista de los límites morales que cualquier teoría plausible de la criminalización debe incluir.⁴¹ El mero hecho de que podríamos eficientemente prevenir el daños criminalizando un tipo particular de conducta no parece, en sí mismo, ser suficiente para considerar a esa conducta incorrecta. Además, incluso si pudiésemos incorporar un límite moral al Principio de la Conducta Dañosa por lo que la conducta que será criminalizada es dañosa y también incorrecta, e incorrecta en virtud de ser dañosa, no es claro que podamos hacer lo mismo con el Principio de la Prevención del Daño. Algunos daños sobre los que aplicar el derecho penal tiene sentido serán, por supuesto, provenientes de conductas dañosas incorrectas, y el hecho de que sean incorrecta será parte de lo que nos dé razones para buscar prevenirlo: es uno de los deberes del Estado proteger a sus ciudadanos de ataques que buscan dañarlos y de peligros que directamente los exponen a un riesgo irrazonable de recibir un daño. Sin embargo, si nuestro punto de partida es la prevención del daño, como justificación de la intervención coercitiva del Estado, no sólo nos encargaremos de los daños que provengan de conductas incorrectas. Veremos razones, en principio, para usar el derecho para protegernos de una amplia variedad de daños, incluyendo los naturales y los provenientes de accidentes, que pueden ser evitados o hacer menos amenazantes y que son originadas por conductas que el Estado puede controlar. El uno de los objetivos del Estado protegernos de amenazas a nuestras vidas y a nuestra salud, como también a nuestra propiedad y otros recursos, sean esas amenazas originadas por causas naturales, por accidentes o por acciones incorrectas de las personas. Y no podemos dejar de lado de antemano la posibilidad de que el derecho penal pueda jugar un un rol apropiado en esa protección. Por lo tanto, si justificamos la criminalización de un tipo de conducta sobre la base del Principio de la Prevención del Daño, debemos todavía ser capaces de mostrar que es incorrecta, en un modo que la relacione con la razón por la que la criminalizamos, pero no tenemos que asumir que su carácter de moralmente consiste o se basa en en que su carácter de dañosa.

Para ver cómo el Principio de la Prevención del Daño puede ser la base de una justificación para la criminalización y cómo podemos incorporar un tipo apropiado de límite moral a esa justificación debemos volver a una diferencia fundamental entre el Principio de la Prevención del Daño de Mill y la versión de Feinberg. El Principio de Feinberg es un principio de criminalización: “siempre es una buena razón para apoyar la *legislación penal*...”⁴² El Principio de Mill, por otro lado, se refiere a

40 Ver notas 1-3

41 Ver notas 10-12.

42 Feinberg, *Harm to Others*, nota 3, p. 26 (énfasis agregado).

cualquier tipo de coerción estatal sobre cualquier ciudadano: prohíbe que cualquier “compulsión o control, sea mediante el uso de la fuerza física mediante penalidades legales o coerción moral a través de la opinión pública”, salvo que el propósito sea prevenir daños a otros.⁴³ Si tuviésemos que justificar la criminalización basándonos en un Principio de la Prevención del Daño, debemos comenzar con la versión de Mill. Esto es, con el Principio que es no está (directamente), relacionado con la criminalización, sino con la regulación:

Tenemos una buena razón para regular un tipo dado de conducta si [y sólo si] hacerlo prevendrá eficientemente que no se dañe a otros.

(“regular” un tipo de conducta puede ser prohibirla del todo o sujetar a algún conjunto de restricciones: “regulamos” la posesión de ciertos tipos de drogas prohibiéndolas; “regulamos” la actividad de manejar creando regulaciones restrictivas sobre quién puede manejar y cómo).

El argumento que nos lleva de este Principio de la Prevención del daño a la criminalización (o el reconocimiento de una buena razón para criminalizar) de conductas que no son en sí mismas dañosas es el siguiente. Tenemos como objetivo colectivo, uno de los que el Estado debería realizar, reducir la incidencia de cierto tipo de daños. Uno de los formas de cumplir ese objetivo es regular cierto tipo de conductas humanas. Tipos de conductas que son posibles causa de daños o tipos de conductas cuya regulación apropiada puede prevenirlos. Por supuesto, esa regulación a veces será la prohibición de la conducta que es dañosa o peligrosa: una conducta que ya es dañosa antes o independientemente de la regulación o una conducta que se vuelve dañosa una vez que se instaló la regulación (como manejar por el lado derecho es típicamente dañosa cuando la regulación de manejar por la izquierda está instalada). Sin embargo, también habrá veces que una conducta prohibida no sea en sí misma dañosa. Por ejemplo, regulaciones apuntadas a conductas dañosas que pueden ser excesivamente abarcadoras ya que prohíbe una conducta que incluye muchas características no dañosas. Otras regulaciones están enfocadas en qué son necesarias para asegurar el funcionamiento eficiente del sistema regulatorio y para eso puede que abarque conductas no dañosas. Esas regulaciones no son aún, por lo menos según el Principio de Mill, una cuestión del derecho penal (no todo derecho regulatorio es derecho penal). Sin embargo, podemos encontrar una razón para criminalizar cuando nos preguntamos cómo debemos responder a violaciones de estas regulaciones. Tenemos razones para criminalizar esas violaciones si son moralmente incorrectas en un sentido relevante. Sin embargo, es obvio que son incorrectas en un sentido relevantes. Esas regulaciones han sido creadas legítimamente, como medio de alcanzar un objetivo legítimo de prevención de daños. Son regulaciones que debemos obedecer como ciudadanos de un sistema de gobierno cuyo derecho es el que es y cuyos objetivos debemos compartir.⁴⁴ Por lo tanto, incurrimos en una conducta moralmente incorrecta cuando violamos esas regulaciones. Esta conducta incorrecta es una conducta incorrecta pública porque son violaciones de regulaciones públicas y son, por lo tanto, merece una respuesta formal y pública. Por lo tanto, estas violaciones, en principio, son candidatas para ser criminalizadas. Esto no quiere decir que debamos criminalizarlas ya que pueden haber otros métodos de tratarlas más eficientes o apropiados. Sin embargo, esto quiere decir que (que es todo lo que afirma el Principio de la Prevención del Daño) que tenemos una buena razón para criminalizarlas.

Este patrón de deliberación hacia la criminalización puede ser distinguido en un número de áreas.

43 Mill, *On Liberty*, nota 1, párrafo 9.

44 Se deberían hacer dos aclaraciones. Primero, muchas de estas regulaciones son vinculantes para los no ciudadanos que se encuentran dentro de la jurisdicción del derecho de la comunidad: la descripción normativa es relevante para ellos que no son ciudadanos, sino invitados (ver R.A.A Duff, “Responsibility, Citizenship and Criminal Law” en R.A. A. Duff y S P Green (eds), *Philosophical Foundations of Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press, 2010) pp. 125, 141-143=. Segundo, la cuestión es menos claro cuando la regulación no es adecuada para lograr el objetivo buscado. Esto lo comentamos en el capítulo 4 más adelante.

Por ejemplo, en asuntos que tienen que ver con la salud o seguridad en el trabajo, con transacciones financieras, con el sistema de impuestos y seguridad social, con la seguridad ambiental y la contaminación. Sin embargo, puede ser ilustrado muy simplemente viendo, de nuevo, el caso del manejo.

Manejar es una actividad que crea riesgos importantes de causar daños serios, pero que pensamos que es beneficioso que los individuos manejen, y no sólo si están altamente entrenados como para ser profesionales del manejo, sino como amateurs. También pensamos que es beneficioso que los individuos manejen de modos que están muy lejos de la forma óptima en materia de seguridad al volante. Por ejemplo, manejar a velocidades por las cuales un choque probablemente cause serios daños o en vehículos que no tienen el tipo de construcción protectora y equipo que harían que ese daño sea poco probable. Por supuesto, estos juicios son controvertidos: la gente tendrá diferentes opiniones sobre hasta qué punto manejar debe permitirse o alentarse, sobre la cuándo debe permitirse manejar y sobre los límites de velocidad y requisitos de seguridad. Sin embargo, si permitiésemos manejar, debemos iniciar un proceso de balancear los daños y beneficios: ¿qué tipos de riesgos deberían colectivamente aceptarse por los beneficios que surgen de la conducta que crea esos riesgos?

Si pensamos sobre cómo podemos minimizar los riesgos de daño, sin reducir demasiado los beneficios, podríamos empezar (ingenuamente) por simplemente declarando que aquellos que van a manejar deben asegurarse de sean suficientemente competentes como para manejar el tipo de vehículo que desean manejar, que el vehículo es seguro y capaz de ser usado en el asfalto, que no están impedidos físicamente para manejar, que van a tomar precauciones y prestar atención al manejar y que pueden pagar por cualquier daño que causen. Estas declaraciones son, en parte, un recuerdo de los deberes que ya tenemos independientemente del sistema formal de regulación que tengamos, y tenemos buenas razones, bajo el Principio de la Conducta Dañosa, para criminalizar una conducta que es inconsistente con estas declaraciones. Alguien que maneja siendo incompetente o físicamente no apto para manejar (por lo menos si cree que este puede ser su caso), maneja lo que sabe que es o puede ser un vehículo peligroso, maneja sin la debida diligencia y atención, o no logra asegurarse de que puede pagar por los daños que puede ocurrir en caso de causarlos, o crear riesgos que causen daños a otros. En todos estos casos es está dañando al actuar incorrectamente. Sin embargo, por un rango de razones conocidas, este enfoque simple va a ser ineficaz para disminuir la incidencia de los daños. Habrá problemas de coordinación que no serán fáciles de resolver si cada conductor actúa con base en su propio juicio. Incluso algunos conductos que tienen buenas intenciones podrían no estar seguros sobre qué se supone que es manejar seguro: qué es lo apropiado para hacer que su propio vehículo sea seguro, por ejemplo. Algunos conductores son más bien tontos, o no tienen buenas intenciones, y se comportarán de manera peligrosa (alentados, en el último caso, por la idea de que podría ser difícil probar lo que sería necesario probar para condenarlos). Por lo tanto, tenemos buenas razones para introducir varias formas de regulación formal para tratar esos problemas.

Por ejemplo, tendremos razones para crear regulaciones que resuelvan problemas claros de coordinación: regulaciones sobre por qué lado del camino manejar, sobre quién tiene paso en las intersecciones (lo que puede incluir semáforos regulatorios de tránsito), entre otros. Tendremos razones para crear regulaciones que requieran de ciertos tipos de conductas que, generalmente, llevan a que se conduzca con seguridad, prohibir cierto tipo de conductas que, generalmente, crean niveles irrazonables de riesgo: regulaciones que imponen límites de velocidad, y sobre cuándo es permisible sobrepasarlos. Tendremos razones para crear regulaciones sobre la competencia para manejar y sobre qué vehículos manejar, incluyendo regulaciones que requieran a los potenciales conductores tomar un examen que muestre su competencia y requerir que los autos sean probados

para probar su seguridad durante algunos intervalos.⁴⁵ Veremos razones para crear regulaciones que tienen que ver con la capacidad para manejar de forma segura, incluyendo prohibiciones para manejar cuando la capacidad de un conductor está probablemente disminuida por el alcohol o otras drogas. Si mantenemos un sistema de derecho de daños para compensar los costos de los daños causados (más que, por ejemplo, tratar esos costos con un sistema de seguros estatal), veremos razones para crear regulaciones que busquen asegurar que quienes causan daños por manejar mal puedan pagar por los daños. Por ejemplo, a través de un esquema de seguros de autos.

En todos estos casos, podríamos también ver razones para crear regulaciones obligatorias más que recomendaciones (hacer que sean regulaciones y no pautas) y limitar o eliminar la discreción que permiten a los conductores, aunque esto hará que sean sobre abarcadoras. Sabemos que hay conductores que son competentes (y que saben que son competentes) para ejercer su discreción sobre si para en los semáforos o obedecer las señales de tránsito, límites de velocidad o los límites sobre manejar bajo la influencia del alcohol. Esto es, tratar a las regulaciones como recomendaciones, y no como obligaciones. Sin embargo, también sabemos que algunos, probablemente muchos sean peligrosos, no harán un buen uso de su discreción por incompetencia, falta de cuidado o mal juicio. También sabemos que la coordinación prudente es mucho más sencilla si todos pueden ver que seguimos las mismas reglas. Sabemos que algunas personas son (y sabemos que lo son) competentes para manejar sin haber tomado una prueba de manejo y que algunos mantienen bien a sus autos sin que necesidad de obligarlos a que los mantengan de una determinada manera. Sin embargo, también sabemos que demasiadas personas no son para nada como esas personas: que sabemos y ellos pueden saber que son competentes y que sus vehículos son seguros sólo a través de un sistemas de pruebas de manejo e inspección de vehículos. Sabemos que algunos conductos son lo suficientemente ricos como para poder pagar de su bolsillo por cualquier daño que causen, pero que muchos no pueden, y necesitaremos seguros si queremos que puedan asegurar que pagarán por los daños.

A la luz de de estas consideraciones, podemos considerar que espectro de modos posible de pautas o regulaciones deberíamos adoptar: un espectro que puede ir del tipo de declaraciones general de normas a tipos de prescripciones estrictas, que son las que tenemos:

- (a) Las regulaciones que requieren que los conductores manejen de forma segura, regulaciones para asegurar que son competentes y capaces de manejar, regulaciones para asegurar que los vehículos son seguros, entre otras.
- (b) Pautas que contienen consejos sobre cómo asegurar que se cumplen los tipos de requisitos del punto (a): recomendaciones sobre cosas entrenamiento de manejo, inspección de vehículos, límites de velocidad, límites de alcohol en sangre, comprar un seguro, entre otros.
- (c) Regulaciones de un carácter más obligatorio, pero con concesiones: los potenciales conductores deben pasar un examen de manejo, aunque sepan que son competentes; los conductores deben respetar límites de velocidad , de alcohol en sangre y semáforos, aunque saben que pueden ignorarlos y manejar de forma segura: los conductores deben comprar un seguro, aunque saben que pueden pagar los costos de cualquier daño que ocasionen con su dinero.
- (d) Regulaciones que son obligatorias y excepcionales: cualquier que desee manejar debe pasar un examen de manejo; todos los vehículos (de cierta edad de uso) deben ser inspeccionados para comprobar su seguridad; todos los conductores deben obedecer límites de velocidad y otros tipos de señales de tráfico; nadie puede manejar con más de la proporción específica de alcohol en sangre; todos los conductores deben tener un seguro. Incluso el conocimiento de que uno puede violar, de manera segura, estas regulaciones no constituye una defensa.

⁴⁵ Veremos también razones para crear regulaciones para los que crean y venden autos y regulaciones especiales para los conductos que realizan tipos de manejo que son particularmente demandantes o potencialmente peligrosos (conductores de autobuses, de camiones...). Sin embargo, nuestro enfoque acá es en regulaciones que podríamos crear para conductos ordinarios.

Estos puntos nos dan una buena razón: por lo menos en algunos casos, optar por (d), y no por los regímenes más moderados del tipo que ofrecen (a)-(c). A mayor discreción se permite que los conductores decidan por ellos mismo estos asuntos, lo que significa que aumenta el peligro que esta discreción sea abusada por aquellos que son incompetentes o descuidados, o que piensan que serán capaces de evadir las sanciones. Los requisitos serán más difíciles de asegurar que se cumplan ya que las violaciones serán más difíciles de probar. Perderemos algunos beneficios que serían los de un sistema en el que todos tienen que obedecer el mismo conjunto de reglas (distintas versiones de estos puntos se aplicarán de manera diferente cuando se trate de otras cuestiones que no sean las de manejar vehículos). Por supuesto que es verdadero que un sistema regulatorio del tipo (d) impone cargas. Cualquier regulación impone cargas en aquellos que deben obedecerlas, pero el tipo (d) trata regulaciones particularmente pesadas para aquellas personas que los son, individualmente, innecesarias. Es decir, aquellos que tendrían derecho a pedir excepciones bajo un régimen del tipo (c). Lo que debemos decirles a esos conductores no es, como diríamos a otros, “debes obedecer la regulación para asegurarnos de que manejarás de forma segura”, ya que sabemos y ellos saben que no es cierto. “Debes obedecer esta regulación porque necesitamos que se cumple este régimen para asegurarnos de que otros manejen con cuidado”. Que estaríamos imponiendo esta carga es, ciertamente, una consideración que debemos atender y es una buena razón contra las regulaciones de tipo (d) y a favor, por los menos, de las de tipo (c). Sin embargo, si la carga no excesivamente pesada, si no impone restricciones irrazonables a la libertad de estos conductores, podría decirse que deberían aceptarla, por el bien del bien común que estas regulaciones satisfacen efectivamente.⁴⁶

Hay un tipo más de regulación que tendríamos razones de crear para mejorar la eficiencia del sistema: regulaciones que tienen que ver con verificar que las otras regulaciones se estén cumpliendo; los potenciales conductores deben no sólo pasar un examen, sino obtener una licencia y estar preparados en caso de que se lo exijan. Deben no sólo revisar sus autos y su licencia, sino tener la documentación que lo pruebe; entre otras. Las regulaciones de este tipo no buscan directamente el objetivo de la prevención del daño, por lo que las conductas que las violan no generan un riesgo directo de daño. Sin embargo, hacen que el sistema regulatorio sea más fácil de administrar y la regulación se más fácil de hacer cumplir. Por lo tanto, en tanto no impongan cargas irrazonables en los individuos a las que están sujetas, podemos crearlas de manera razonable. De manera más general, si bien deberíamos abstenernos de debilitar las condiciones del reproche penal por meras razones de conveniencia administrativa,⁴⁷ consideraciones de eficiencia en la administración y cumplimiento de las normas no están claramente fuera de lugar en el diseño de las regulaciones. Aún debemos tener en cuenta las cargas que las regulaciones propuestas tendrían sobre los individuos, y no deberíamos permitir que la conveniencia de los funcionarios públicos sean más importantes que la libertad de los ciudadanos de no someterse a cargas regulatorias. Sin embargo, es necesario hacer un balance: podemos preguntarnos si es razonable pedirles a los ciudadanos que acepten este tipo de cargas regulatorias por el bien de la eficiencia económica y administrativa de un sistema del que todos nos beneficiamos.

Un punto importante que aclarar es que no estamos hablando aún de derecho penal o criminalización: todo lo que estamos discutiendo hasta ahora es la creación de regulaciones. Cualquier sugerencia sobre la criminalización sólo aparecerá cuando nos preguntemos cómo deben hacerse cumplir las regulaciones: ¿cómo debemos tratar las violaciones de estas regulaciones? Como hemos visto

46 Aunque hayamos hablado hasta ahora (desde que hemos estado escribiendo del Principio de la Prevención del Daño) de regulaciones que apuntan en última instancia a prevenir el daño, necesitamos no suponer que cualquier sistema de regulación legal tiene ése como su único objetivo. Algunos sirven para satisfacer otros aspectos del bien común de la comunidad, que también pueden entenderse bajo el Principio del Daño. Sin embargo, ése no es un debate que abordaremos aquí.

47 Un punto comúnmente ofrecido en las discusiones sobre la responsabilidad objetiva (por los menos para delitos “de verdad”) es que del hecho de que la responsabilidad objetiva facilitaría la tarea del fiscal y mejoraría la ecuación costo/beneficio no es una razón lo suficientemente buena para instalar un sistema de responsabilidad objetiva.

anteriormente, tenemos una razón obvia, y pre-regulatoria, para criminalizar el tipo de conductas abarcadas por el tipo-(a) de regulación. Estas conductas ya son incorrecta por ser dañosas en un modo que nos da razones para criminalizarlas bajo el Principio de la Conducta Dañosa. “Regulaciones” tipo-(b) son realmente regulaciones, sino pautas aconsejables. Por lo tanto, la mayoría de las “violaciones” a estas normas justificarían un consejo más enfático. Con respecto a las regulaciones de tipo-(c), podemos seguir tratando a las violaciones bajo el Principio de la Conducta Dañosa. En tanto estas regulaciones existan, alguien que las infringe sin saber que tiene derecho a una excepción es como alguien que maneja por el lado incorrecto de una curva: incluso si no está creando un riesgo, está tomando un riesgo injustificado que hace a su conducta dañosa. Con las regulaciones de tipo-(d), sin embargo (y las regulaciones que tienen que ver con la administración de un sistema y con el chequeo de si otras regulaciones se cumplen), el Principio de la Conducta Dañosa no nos puede ayudar, ya que sabemos que prohíben algunas conductas que no son dañosas y que no crean o toman un riesgo injustificado de crear daño o peligro. Sin embargo, podemos ver razones para criminalizar las violaciones a estas regulaciones, sobre la base del Principio de la Prevención del Daño, y consistente con nuestro límite moral: estas regulaciones están justificadas por ser eficientes y no configurar cargas irrazonables para prevenir el daños, son regulaciones que debemos obedecer, por lo que violarlas es incorrecto y dañoso en un sentido que debidamente nos importa en un sistemas gobierno cuya seguridad estas regulaciones buscan proteger, y que, por lo tanto, merece una censura pública y formal.

Ésta es la diferencia clave entre el Principio de la Conducta Dañosa y el Principio de la Prevención del Daño: que el último puede justificar, a diferencia del primero, criminalizar violaciones de regulaciones cuyo fin es la prevención del daño, pero lo hace en parte prohibiendo una conducta que bien puede ser no dañina o peligrosa. Estos son delitos cuyo disvalor moral es post legal más que pre legal: lo que hace a la conducta incorrecta es precisamente el hecho de que viola una regulación legítima. Sin embargo, debemos aclarar que esto no quiere decir que lo que hace a la conducta incorrecta es su criminalización.⁴⁸ La criminalización, si es legítima, debe todavía presuponer que la acción es incorrecta, y, por lo tanto, de lo contrario es imposible crearla sin una viciosa circularidad. Lo que ayuda a constituir a esta acción como incorrecta es la regulación legal, por lo que anteriormente la acción no era incorrecta. Se deben aclarar cuatro puntos.

Primero, sólo decimos que la conducta “bien puede no haber sido incorrecta” antes de la regulación, no que haya sido incorrecta. Algunas veces las regulaciones prohíben conductas que ya son incorrecta porque son dañosas y son prohibidas precisamente por esa razón. Esto es cierto para delitos como manejar en exceso de velocidad y conducir bajo la influencia del alcohol. Sin embargo, un condenado por violar la regulación es condenado precisamente por esa violación, no por actuar de manera dañosa o peligrosa. Alguien cuya aptitud para manejar se ve disminuida por la cantidad de alcohol que ha tomado es condenado por el mismo delito que alguien que manejo con el mismo nivel de alcohol, pero que sabía que su aptitud se mantenía intacta. Esta persona cometió dos conductas incorrectas: violar la regulación y manejar cuando no se está apto a causa del alcohol, y si nuestras leyes incluyeran el último caso como una contravención, podría en principio ser condenado por ambas conductas. Sin embargo, su sentencia por violar la regulación no debería reflejar el juicio sobre si su aptitud se veía efectivamente disminuida, a menos que haya sido probado.

Segundo, este argumento provee parte de la respuesta a la sugerencia de que, incluso si la regulación debiese ser de responsabilidad objetiva (esto es, no permitir excepciones para aquellos que saben que pueden violarla sin problemas), una vez que nos concentramos en criminalizar violaciones de las regulaciones, debemos también permitir que alguien que las viola tenga una

48 Ver R. A. Duff, “Towards a Modest Legal Moralism” (2014) 8 *Criminal Law and Philosophy* pp. 271, 219-221. En contraste con *Crimes, Harms, and Wrongs*, p. 20: “Algunas veces, el propio acto de la criminalización juega un rol constitutivo en lo que hace a la conducta una conducta incorrecta” (ver también p. 72).

defensa si puede “probar” que sabía que podía manejar de manera segura.⁴⁹ Porque las principales razones pragmáticas que justifican crear regulaciones de responsabilidad objetiva no pueden justificar crear una responsabilidad objetiva penal. Ahora bien, efectivamente hay preguntas sobre si la responsabilidad por *violar la regulación* puede legítimamente ser objetiva, como es muchas veces el caso en el derecho actual, pero está no es la cuestión aquí. El argumento para permitir esta defensa sería fuerte si el condenado fuese reprochado por un delito de peligro ya que en ese caso podría argumentar que él debería poder ofrecer pruebas de que su conducta no era peligrosa. Sin embargo, esto no por lo que se le está reprochando. Si podemos justificar crear regulaciones de responsabilidad objetiva, podemos justificadamente sostener que los conductores deben obedecer la regulación incluso si saben que no crearían o tomarían un riesgo irrazonable de causar daño si la violan. Y si es posible sostener justificadamente esto, un conductor que viola regulación incurre en una conducta moralmente incorrecta, conducta por la cual es condenado.⁵⁰

Tercero, no sólo esta conducta que viola la regulación a veces no es dañosa, peligrosa o incorrecta independientemente de su regulación. A veces incluso no lo es antes de su regulación. Puedo manejar de manera peligrosa haya o no límites legales de velocidad, pero no puedo violar el límite de velocidad a menos que haya uno. Puedo no revisar si mi vehículo está en condiciones de salir a la calle haya o no una regulación formal en el asunto, pero no puedo no obtener un certificado que autorice al auto a salir a la calle hasta que no una regulación de emisión de certificados.

Cuarto, hemos argumentado que estos delitos son post legales, pero no post criminales: lo que hace a la conductas relativamente incorrecta no es que constituye un delito (más bien, se incluye en el derecho penal porque es incorrecta), sino que viola una regulación legal que debemos obedecer. Sin embargo, esta distinción entre “post legal” y post criminal” es lógica más que necesariamente cronológica. Esto es, un poder legislativo puede simultáneamente crear la regulación y criminalizar las violaciones a esa regulación en una misma ley. No debilita nuestro argumento, el cual es sobre la lógica de la criminalización. Más específicamente, sobre su estructura lógica del tipo del razonamiento práctico, cuya conclusión podría ser “y, por lo tanto, deberíamos criminalizar X”. Dentro de esta estructura, hemos argumentado, una justificación para la regulación debe seguir lógicamente de manera anterior a la criminalización.

Nos hemos enfocado aquí sobre un tipo específico de delito de “daños remoto”, que es ejemplificado por la criminalización de exceder los límites de velocidad y manejar bajo la influencia del alcohol. Argumentos similares pueden ser usados también en relación con otros tipos de “daños remotos” señalados anteriormente, pero no podemos desarrollar esos argumentos aquí.⁵¹

4. ¿Por qué deberíamos obedecer?

El argumento de la sección anterior depende de manera crucial de la idea de que debe constituirse como un delito penal las violaciones nuestro deber de obedecer las regulaciones. Acompaña a esta idea dos preguntas conocidas: ¿sobre la base de qué debemos obedecer y cuál es el alcance de este deber de obediencia? Sólo haremos dos aclaraciones a estas preguntas aquí.

Primero, el carácter, fundamento y extensión de cualquier tipo de deber de obediencia depende, obviamente, de una teoría política, y no ofrecemos una aquí. Sin embargo, si basamos el deber en una teoría asociativa de los deberes que emana de la pertenencia a una comunidad republicana, podemos ver cómo hay lugar para hablar de la “arrogancia cívica” que muestran los que violan las regulaciones.⁵² El punto no es que la conducta incorrecta criminalizada consiste en arrogancia

49 Ver notas 36-37 y texto acompañante.

50 Ésta es otra razón por la cual es confuso llamar a estos delitos de peligro, abstracto o implícito

51 Ver notas 18-26.

52 Ver Duff, *Answering for Crime* (nota 33), pp. 170-172.

cívica o que es la razón por la que el violador de la regulación deba ser condenado. Alguien que desobedece estas normas, que sirven al bien común en tanto son obedecidas por la mayoría de las personas, puede ser acusado de ponerse arrogantemente por encima de sus conciudadanos que obedecen las normas. Sin embargo, es más relevante la idea general de que el deber de obedecer tomará un carácter diferente en relación con otras reglas porque deberíamos esperar que un ciudadano responsable obedezca, no ciegamente, sino porque entiende la idea detrás de la norma y la obedece.⁵³ Podemos decir que es una cuestión de solidaridad con nuestros conciudadanos compartir de esta forma las cargas legales impuestas por el bien de algún aspecto del bien común (incluso, o especialmente, si las razones para imponer las regulaciones tienen que ver con los daños que otros puedan causar, pero que yo no causaré). Podemos hablar de un deber de asegurar que nosotros respetemos y obedezcamos las reglas, pero podemos también hablar de modos particulares en los cuales formas particulares de regulación sirven a aspectos particulares del bien común.

Segundo, hemos hablado hasta ahora de un caso bastante simple en el que las regulaciones pueden ser vistas como adecuados para alcanzar sus objetivos legítimos. Al obedecerlas, asistimos a un régimen regulatorio que sirve al bien común. Sin embargo, las regulaciones no siempre son así. Pueden tener intentos razonables, pero equivocados, de servir el bien común. Pueden apuntar tanto a obtener ventajas políticas como el bien común. Puede ser incompletas o creadas a través de la corrupción. Este problema no es peculiar para nuestro argumento o este contexto: cualquier teoría de la autoridad del derecho (y esta es una cuestión sobre la autoridad del derecho, no de la autoridad del derecho penal. Concierne el deber cuya violación es pasible de ser criminalizado) debe tener algo que decir sobre qué obligaciones, si alguna, tenemos de obedecer las regulaciones legales que consideramos a veces incorrecta, inadaptada o inconveniente. Sin embargo, esto no es algo que podamos discutir aquí.⁵⁴ Ya que no hemos sugerido que los ciudadanos tienen un deber general el derecho sea como sea, no necesitamos decir que deben obedecerlo o que pueden ser condenados por su desobediencia por cualquier y toda regulación que pueda crear el gobierno. Hemos apelado sólo a una idea más plausible de que los ciudadanos tienen obligaciones de obedecer regulaciones que están bien diseñadas para prevenir el tipo de daños cuya prevención es uno de los objetivos de un sistema de gobierno, y que no impone cargas irrazonable o limita a aquellos que tienen que obedecerlas. Estas obligaciones pueden ser generadas por aplicación del Principio de la Prevención del Daño (pero no siempre por aplicación del Principio de la Conducta Dañosa), y tenemos razones para criminalizar a aquellos que no cumplen con estas obligaciones

53 Comparar con W. A. Edmundson, "The Virtue of Law-Abidance" (2006) 6 *Philosophers' Imprint* 1.

54 Para un análisis útil, ver D Markel, "Retributive Justice and the Demands of Democratic Citizenship" (2012) 1 *Virginia Journal of Criminal Law* p. , sobre leyes "tontas pero liberales".