

Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2017/2018
Convocatoria: Julio

RIESGO PERMITIDO Y RESPONSABILIDAD PENAL

Allowed risk and criminal responsibility

Realizado por el alumno/a Mónica de la Paz López

Tutorizado por el Profesor/a D. Esteban Sola Reche

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Penal

RESUMEN

En la denominada «sociedad del riesgo» se hace necesario establecer unos márgenes dentro de los cuales no podrá exigirse responsabilidad penal por determinados comportamientos aunque de estos se deriven resultados de lesión puesta en peligro de bienes jurídicos. Toma así vigencia la institución del riesgo permitido como causa de exclusión de la punibilidad de dichas conductas riesgosas que, desde el punto de vista de una ponderación de coste-beneficio, son indispensables para el desarrollo social. Realizada una aproximación al concepto de riesgo permitido, el objeto de este trabajo se extiende a las diferentes soluciones propuestas por la doctrina en relación con la ubicación sistemática de esta institución. Asimismo, se realiza un análisis de su ámbito de aplicación, tanto en los delitos de acción como de omisión y en función de si se trata de una conducta dolosa o imprudente. Por último, se consignan algunos grupos de casos susceptibles de encuadrarse bajo la rúbrica del riesgo permitido.

ABSTRACT

In the so-called «risk society» it is necessary to establish margins within criminal responsibility can not be demanded for certain behaviors, even though they could injury or endanger legal assets safeguarded. Therefore, the allowed risk works as a cause of exclusion of the criminal responsibility as, because of an cost-benefit analysis, those activities seem vitally needed for social development. In addition to the study of the concept of allowed risk, the present work is dedicated to examine the different doctrinal solutions adopted in relation to the systematic location of this institution. Likewise, an analysis of its scope of application is carried out, depending on how is the crime committed. Finally, some of groups of cases susceptible to be understood as allowed risk situations are considered.

Sumario

1. **Introducción**
2. **Concepto de riesgo permitido**
3. **Integración en el concepto técnico-sistemático de delito**
 - 3.1. *El riesgo permitido como causa de exclusión de la acción*
 - 3.2. *El riesgo permitido como criterio de imputación objetiva*
 - 3.3. *El riesgo permitido como criterio para la determinación del cuidado objetivamente debido*
 - 3.4. *El riesgo permitido como causa de justificación*
4. **Ámbito de aplicación del riesgo permitido**
 - 4.1. *Delitos de acción*
 - 4.2. *Delitos de omisión*
5. **Grupos de casos**
 - 5.1. *Casos de exclusión de la antijuridicidad penal*
 - 5.2. *Comportamientos peligrosos o lesivos cuyo resultado resultaba imprevisible ex ante*
 - 5.3. *Comportamientos de salvación arriesgados, sin seguridad de lograr el éxito*
 - 5.4. *Comportamientos consentidos*
 - 5.5. *Comportamientos de prevalente utilidad social*
6. **Conclusiones**
7. **Bibliografía**

1. Introducción

1. La función del Derecho Penal es proteger a los bienes jurídicos a través de las normas jurídico-penales¹. Sin embargo, puesto que en la actualidad vivimos en la denominada «sociedad del riesgo»², no puede atribuírsele la protección absoluta de los bienes jurídicos frente a cualquier lesión o puesta en peligro, sino que debe contar con el protagonismo estrictamente necesario para asegurar la salvaguarda de los bienes jurídicos frente a los atentados más graves que puedan sufrir³.

Así, señala SILVA SÁNCHEZ que se ha experimentado un tránsito del riesgo existente en las actividades sociales desde la marginalidad a la centralidad⁴, es decir, que en la sociedad actual el «fenómeno marginal no es el riesgo, sino precisamente la ausencia de riesgo⁵» y la determinación del riesgo desaprobado constituye la decisión social central.

2. Expresión de lo anterior es el principio de fragmentariedad del Derecho Penal, conforme al cual deben ser otros sectores del ordenamiento jurídico los que repriman las formas de comportamiento menos peligrosas o menos lesivas o que se consideren menos graves e intolerables que otras⁶.

En palabras de BOLDOVA PASAMAR, «sencillamente hay conductas peligrosas o lesivas que ni se sancionan ni se consideran ilícitas, en la medida en que forman parte de un riesgo o de una lesión de los bienes jurídicos que está permitida, que es necesaria o que es adecuada, al tratarse de actividades o de efectos que son consustanciales al funcionamiento normal de la sociedad»⁷.

Por tanto, existen casos, dentro de la esfera del Derecho Penal, en los cuales resulta lícito poner un bien jurídico en peligro o, incluso, lesionarlo, pues existe un conjunto indefinido de acciones necesarias en el marco del funcionamiento de la

¹ ROMEO CASABONA, en: ROMEO CASABONA, SOLA RECHE, BOLDOVA PASAMAR (coords.); ALASTUEY DOBÓN el. sociallog, p. 111. RICH BECK. Al respecto, V. BECK, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*.

² HERNÁNDEZ PLASENCIA, «Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, p. 111.

³ V. SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, p. 16.

⁴ V. SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, p. 18.

⁵ BOLDOVA PASAMAR, en: ROMEO CASABONA, SOLA RECHE, BOLDOVA PASAMAR (coords.); ALASTUEY DOBÓN ... [et al.]. PG, p. 44.

⁶ BOLDOVA PASAMAR, en: ROMEO CASABONA, SOLA RECHE, BOLDOVA PASAMAR (coords.); ALASTUEY DOBÓN ... [et al.]. PG, p. 44.

sociedad que no deben ser sancionadas. De este modo, la institución del riesgo permitido opera como límite a la punibilidad de estos comportamientos.

3. Sin embargo, no resulta pacífica la determinación de la ubicación sistemática del riesgo permitido en el concepto de delito así como tampoco existe consenso acerca de su naturaleza jurídica. Mientras la doctrina mayoritaria considera al riesgo permitido como un criterio restrictivo del tipo, algunos sectores sostienen que se trata de una causa de justificación⁸. Además, otras corrientes lo interpretan como una causa de exclusión de la acción⁹.

4. Por tanto, el objeto de este trabajo consiste en realizar un estudio acerca de las diferentes propuestas realizadas por la doctrina en relación con la ubicación sistemática del riesgo permitido en el concepto técnico-sistemático de delito, su ámbito de aplicación en los delitos, tanto de acción como de omisión, y los distintos grupos de casos que podrían ser susceptibles de encuadrarse bajo esta institución.

2. Concepto de riesgo permitido

1. El origen del concepto de riesgo permitido surge en la jurisprudencia alemana en la segunda mitad del siglo XIX debido a las lesiones y muertes producidas en el ámbito de la industria¹⁰. Sin duda, el desarrollo de la sociedad tiene una especial incidencia en la creación de determinadas conductas riesgosas que, por razón de su utilidad social, no son consideradas ilícitas por el Derecho Penal.

En efecto, se ha asumido que la «sociedad del riesgo» está vinculada a la actividad productiva derivada de los desarrollos científicos y tecnológicos¹¹. Por lo tanto, para que exista desarrollo social es necesario que se permitan ciertas actividades, a pesar de que de su realización puedan derivarse lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos.

2. En la dogmática existen tendencias modernas que consideran que el objeto de protección del Derecho Penal es el sistema de normas vigentes en una comunidad, de forma que lo sancionable no son las lesiones o puestas en peligro de los bienes

⁸ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, p. 311.

⁹ V. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, p. 40.

¹⁰ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, p. 309.

jurídicos, sino los comportamientos que efectivamente contravengan dichas normas. Así, el sistema funcionalista indaga cuáles son las funciones esenciales que han de ser desempeñadas por la sociedad para que ésta continúe desarrollándose¹².

Para JAKOBS, «la pena no repara bienes, sino confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el Derecho Penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino solo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma»¹³.

Conforme a este planteamiento, puede decirse que no plantea problemas el supuesto en el que el actor obra cumpliendo con la *lex artis*, pues el eventual resultado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido no será objeto de sanción penal. Pero tampoco lo será en ciertos casos en los cuales se infrinjan levemente las mismas. Como ejemplo esclarecedor pueden citarse los penaltis, situaciones en las que las posibles lesiones resultantes de la práctica de este deporte no son merecedoras de pena, aun cuando se hayan inobservado las reglas del juego, al no haberse superado el riesgo permitido¹⁴.

3. Se acepta en la doctrina que el riesgo permitido consiste en una ponderación de los costes y beneficios de la realización de una determinada conducta. En consecuencia, a mayor utilidad o necesidad social del comportamiento riesgoso, mayor proyección poseerá el riesgo permitido y, *sensu contrario*, en las actividades sociales menos útiles, el ámbito cubierto por el riesgo permitido será menor. Así, considera POLAINO-ORTS que «el nivel de permisividad lo delimita la propia sociedad, en función de sus expectativas sociales¹⁵».

Siguiendo esta línea de pensamiento, cabe cuestionarse si lo que se excluye cuando opera el riesgo permitido es el desvalor de la acción o el desvalor del resultado. La creación y asunción de riesgos es inherente a la condición del ser humano, pues para

¹² CHOCLÁN MONTALVO, en CASTELLANO RAUSELL, *et al.*, *La responsabilidad penal de las actividades de riesgo*, p. 140.

¹³ V. JAKOBS, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*, p. 11.

¹⁴ Sin embargo, precisa HERNÁNDEZ PLASENCIA, en: ROMEO CASABONA, SOLA RECHE, BOLDOVA PASAMAR (coords.); ALASTUEY DOBÓN ... [et al.]. PG, p. 253: «Algunos autores resuelven la justificación de las lesiones en el ámbito deportivo fuera del artículo 20.7º del Código Penal, a través del riesgo permitido, o de la adecuación social o insignificancia en cuanto no excedan de lo normal o habitual, aunque también en el marco del ejercicio legítimo de un derecho u oficio».

¹⁵ POLAINO-ORTS, «¿Qué es la imputación objetiva?», en CARO JOHN, *et al.*, *Derecho Penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, p. 79.

el desarrollo social es necesario permitir ciertas conductas que pueden materializarse en resultados que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos. Así, puede afirmarse que el riesgo permitido excluye el desvalor de la acción, por cuanto lo relevante es que dicho comportamiento es socialmente útil o necesario. Esto se debe a que «el Derecho Penal prohíbe acciones, no resultados y, por tanto, la ausencia de una acción disvaliosa impide reconocer un ilícito penal por más que haya ocasionado graves resultados de lesión¹⁶».

4. Por otra parte, en opinión de GIMBERNAT ORDEIG, el riesgo permitido es un concepto mixto ontológico-axiológico.

Lo ontológico sería la noción de «riesgo», pues se trata de una entidad abstracta. Así, este autor considera que «la presencia o no de una situación de peligro se determina sobre la base de datos del mundo del ser, sin ningún componente normativo¹⁷».

En cambio, lo axiológico se refiere a la denominación de «permitido», pues el punto a partir del cual el riesgo se transforma de permitido en prohibido necesariamente ha de ser así calificado conforme a un juicio de valor. Además, debe tenerse presente que dicha calificación de un riesgo como permitido está sometida a cambios en el tiempo en función de los eventuales avances de la ciencia¹⁸.

5. Por lo que se refiere a la cuestión terminológica, se han venido utilizando diversas expresiones para referirse a la institución del riesgo permitido. En efecto, distintos sectores doctrinales se han referido al «riesgo autorizado», «riesgo tolerado», «riesgo adecuado» o «riesgo consentido».

Siguiendo lo propuesto por PAREDES CASTAÑÓN, debe optarse por el término «riesgo permitido» por dos razones, una teórica y otra práctica. Así, sostiene este autor que «la razón teórica estriba en que las expresiones propuestas son insuficientemente extensas en su campo de significación, inexactas o incorrectas». En cuanto a la razón práctica, ésta se debe a la conveniencia de «utilizar un término que sea

¹⁶ SOLA RECHE, en: ROMEO CASABONA, SOLA RECHE, BOLDOVA PASAMAR (coords.); ALASTUEY DOBÓN ... [et al.]. PG, p. 121.

¹⁷ GIMBERNAT ORDEIG, «Causalidad, omisión e imprudencia», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, p. 39.

¹⁸ GIMBERNAT ORDEIG, «Causalidad, omisión e imprudencia», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, p. 39.

lo suficientemente neutro en su significación, al menos hasta llegar a conclusiones sistemáticas y materiales sólidas»¹⁹.

3. Integración en el concepto técnico-sistemático de delito y naturaleza jurídica

Desde el punto de vista sistemático, tanto la doctrina como la jurisprudencia han tratado de dar respuesta a la cuestión de qué naturaleza posee la institución del riesgo permitido sin alcanzar una posición unívoca. Tal y como refleja PAREDES CASTAÑÓN, determinar la naturaleza jurídica y la ubicación sistemática depende del significado del concepto de la institución del riesgo permitido que se siga, pero sobre todo de la concepción de la Teoría del Delito que se mantenga²⁰.

En consecuencia, se procederá a analizar las diferentes ubicaciones sistemáticas que han sido propuestas por la doctrina, a saber: «el riesgo permitido como causa de exclusión de la acción», «el riesgo permitido como criterio de imputación objetiva», «el riesgo permitido como criterio para la determinación del cuidado objetivamente debido» y «el riesgo permitido como causa de justificación».

3.1. El riesgo permitido como causa de exclusión de la acción

1. Una primera posición doctrinal sitúa a la figura del riesgo permitido en el primer elemento del delito, entendiéndola como una causa de exclusión de la acción²¹. Esta interpretación considera que en los supuestos de riesgo permitido falta el objeto de la valoración jurídico penal, es decir, un comportamiento humano dotado de relevancia jurídica.

2. La dogmática jurídico-penal alemana se desarrolló bajo el concepto de la acción humana formulado por PUFENDORF, conforme al cual se comprenden en él solo los resultados causados por el ser humano que dependen de su voluntad o que son

¹⁹ V. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, p. 40.

²⁰ V. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, p. 43. Así considera este autor que, si bien ubicar la figura del riesgo permitido en el juicio de culpabilidad o en el de antijuridicidad o en el previo momento del reconocimiento de una acción en el sentido penal es una cuestión que va más allá de la definición de la propia figura y tiene mucho más que ver con el concepto global del delito y de sus elementos que se mantenga, para fijar los criterios conforme a los cuales un riesgo ha de considerarse permitido o no, hay que partir de una determinada ubicación sistemática, pues no puede ser igual el contenido del riesgo permitido si se trata de declarar inculpable la conducta que si se trata de declararla lícita.

²¹ V. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, p. 45.

dominados por ella²². Posteriormente, a partir del concepto clásico del delito, surge el concepto causal de la acción, cuyos elementos del tipo son la manifestación externa de voluntad, el resultado y la relación de causalidad entre ambos. Así, el contenido de la voluntad pasa a valorarse en la culpabilidad²³.

Sin embargo, con el sistema neoclásico del delito se planteó una importante revisión del concepto de acción causal. A pesar de que se siguen manteniendo sus componentes naturales, se introdujo también una interpretación social, de manera que la acción pasa a concebirse como un comportamiento humano socialmente relevante²⁴. Por tanto, dicha corriente añade al concepto causal de acción la necesidad de que concurra una cierta significación social.

Con la teoría finalista, WELZEL propone un concepto de acción en el que el contenido de la voluntad pertenece a la acción misma. Además, ésta se entiende como un conjunto real, expresivo de un sentido dentro de la vida social, de forma que se distingue entre las acciones socialmente adecuadas y las penalmente relevantes²⁵. Asimismo, puntualiza FRISCH que se exige un movimiento voluntario que cause el peligro desaprobado²⁶.

3. Sin embargo, asumir esta concepción implicaría trasladar al concepto de conducta una serie de consideraciones que parecen afectar a su valoración jurídica, de forma que se confunde el objeto de la valoración –la conducta- con los propios juicios de valor²⁷.

Además, podría parecer que el riesgo permitido tan solo tiene proyección en el ámbito de los delitos de acción, olvidando que también una conducta omisiva puede ampararse bajo esta institución. Es decir, de la omisión de una conducta no puede

²² V. GRACIA MARTÍN, *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, pp. 248 y ss.

²³ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, p. 228. La acción para VON LISZT es «la inervación muscular producida por la energía de un impulso cerebral, que a través del medio natural y conforme a las leyes causales de la naturaleza provoca una mutación en el mundo externo perceptible por los sentidos».

²⁴ RUEDA MARTÍN, en: ROMEO CASABONA, SOLA RECHE, BOLDOVA PASAMAR (coords.); ALASTUEY DOBÓN ... [et al.]. PG, p. 94.

²⁵ V. WELZEL, *Estudios sobre el sistema de Derecho Penal*, pp. 35 y ss.

²⁶ V. FRISCH, *Tipo penal e imputación objetiva*, p. 92.

²⁷ V. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, p. 45.

descartarse la producción de un resultado lesivo que no sea imputable por haberse actuado dentro de los límites del riesgo permitido.

3.2. El riesgo permitido como criterio para la determinación del cuidado objetivamente debido

1. Señala CORCOY BIDASOLO que, mientras que el riesgo permitido en relación con los delitos dolosos ha sido generalmente rechazado, su desarrollo ha ido en aumento en el ámbito de la imprudencia, hasta el punto de que se ha llegado a considerar superflua la discusión en torno a la infracción de la norma de cuidado por entender que esa problemática se ha de examinar en el ámbito del riesgo permitido²⁸.

2. Inicialmente se plantea la infracción del deber de cuidado en el sistema del delito imprudente en el siglo XIX en Alemania a partir del parágrafo 276 del Código Civil Alemán. Sin embargo, en la esfera del Derecho Penal se constituye como objeto de discusión debido al escrito de habilitación de ENGISCH, *Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht*, 1930 (Investigaciones sobre el dolo y la imprudencia en el Derecho Penal), pues en él se incorpora la infracción del deber de cuidado al tipo, abandonando su tradicional tratamiento en sede de culpabilidad²⁹.

En opinión de JAKOBS, no existe un deber especial de cuidado en la imprudencia, pues no hay más deber que el que surge de la norma y solo este deber se infringe. Para este autor el sujeto activo no debe obrar cuidadosamente, sino que debe omitir el comportamiento descuidado³⁰.

3. En consecuencia y siguiendo a GIMBERNAT ORDEIG, el tipo objetivo de la imprudencia se caracteriza por la desestabilización del foco de peligro³¹. Se asume que la creación de focos de peligro por la actividad humana es, en ciertos casos, imprescindible o conveniente para el desarrollo de la sociedad y de los individuos que la integran.

²⁸ CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, p. 309.

²⁹ CHOCLÁN MONTALVO, en CASTELLANO RAUSELL, *et al.*, *La responsabilidad penal de las actividades de riesgo*, p. 141.

³⁰ JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 384.

³¹ GIMBERNAT ORDEIG, «Causalidad, omisión e imprudencia», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, p. 39 y ss.

Sin embargo, en palabras de este autor, «por su lesividad potencial el legislador tolera esos focos solo en la medida en que no excedan de un determinado índice de peligrosidad, y es allí donde sitúa el nivel de lo permitido, prohibiendo cualquier desequilibrio que lo eleve por encima de ese nivel».

Además, ese desequilibrio puede producirse tanto por un comportamiento activo como por un comportamiento omisivo. «Ese desequilibrio se produce por acción cuando mediante un movimiento corporal se incide en el foco de peligro transformando lo hasta entonces permitido en prohibido. Y también por omisión, porque como el foco de peligro suele tener una tendencia expansiva a rebasar el nivel de lo permitido, el legislador ha previsto normativamente que determinadas personas apliquen medidas de precaución para impedir esa eventual expansión».

4. También WELZEL considera que solo el peligro que excede de lo «normal en el tráfico» o de lo «socialmente adecuado es contrario al cuidado debido³²». Conforme a los principios de Derecho *alteum non laedere* y *neminem laedere*, las reglas de cuidado son una concreción del deber de no crear un riesgo no permitido. De esta forma, quien actúa dentro del riesgo permitido no incurre en el tipo del delito imprudente, pues se excluye el primer elemento del tipo objetivo, es decir, la inobservancia del cuidado objetivamente debido.

Por su parte, MARTÍNEZ ESCAMILLA³³ apunta que «el riesgo permitido es aquel que acompaña a un comportamiento realizado observando las reglas establecidas con el fin de mantener la peligrosidad de la acción dentro de un determinado nivel» y deduce esta autora «la innecesariedad del riesgo permitido como un instituto jurídico independiente, pues la exigencia de creación de un riesgo, en el sentido de peligrosidad que sobrepase las fronteras del riesgo permitido, está ya incluida en la lesión del deber de cuidado objetivamente debido».

5. En opinión de ROMEO CASABONA, «el riesgo permitido sirve, por consiguiente, para determinar el cuidado objetivamente debido en los delitos imprudentes, y los esfuerzos deben centrarse en la obtención de criterios lo más precisos y fiables posibles que permitan identificar con facilidad el límite entre lo lícito, de

³² WELZEL, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, p. 114.

³³ MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, pp. 135 y ss.

acuerdo con el deber objetivo de cuidado, y lo ilícito, contrario a ese deber, como exigencia de la seguridad jurídica³⁴».

Así, el contenido de lo permitido se delimita frecuentemente mediante regulaciones legales, tanto penales como extrapenales. Las denominadas reglas preventivas de cuidado concretan las condiciones de la conducta peligrosa permitida en los diferentes sectores. Por tanto, es habitual que los ámbitos vitales que comportan riesgos estén regulados jurídicamente, como es el caso del tráfico rodado o aéreo³⁵, integrando el elemento normativo del cuidado objetivamente debido.

Sin embargo, cuando no existen disposiciones penales, reglamentarias, administrativas o equivalentes que permitan delimitar el ámbito permitido en actividades riesgosas, puede acudir a las reglas generales previstas para situaciones arquetípicas basadas en la experiencia y el razonamiento. Esto es lo que se conoce como *lex artis*. Como ha apuntado JAKOBS, «el consenso de una asociación de expertos ciertamente es experiencia acendrada³⁶».

También es posible utilizar, como último recurso, el criterio de una persona inteligente y sensata, es decir, realizar un juicio de previsibilidad objetiva. Así, en los casos de aquellas actividades que no estén regladas ni tan siquiera por sistemas no formales, se realiza un juicio subjetivo desde la perspectiva del sujeto activo, del comportamiento que tendría un ciudadano medio.

6. Pese a todo lo anterior, para ROXIN, «el elemento de la infracción del deber de cuidado no conduce más allá que los criterios generales de imputación³⁷». Así, considera este autor que «produce la impresión de que el delito comisivo imprudente consistiría en la omisión del cuidado debido, lo que sugiere su interpretación errónea como un delito de omisión. Sin embargo, al sujeto no se le reprocha haber omitido algo, sino el haber creado un peligro no amparado por el riesgo permitido y sí abarcado por el fin de protección del tipo».

³⁴ ROMEO CASABONA, en: ROMEO CASABONA, SOLA RECHE, BOLDOVA PASAMAR (coords.); ALASTUEY DOBÓN ... [et al.]. PG, p. 138.

³⁵ CHOCLÁN MONTALVO, en CASTELLANO RAUSELL, *et al.*, *La responsabilidad penal de las actividades de riesgo*, p. 165.

³⁶ JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, p. 205.

³⁷ V. ROXIN, *Derecho Penal, parte general, tomo I*, p. 1000.

3.3. El riesgo permitido como criterio de imputación objetiva

1. Existe un acuerdo casi unánime tanto en la doctrina penal como en la jurisprudencia acerca de que el concepto de riesgo permitido se encuentra ligado a la teoría de la imputación objetiva.

La teoría de la imputación objetiva surge para tratar de dar respuesta a los problemas derivados de la insuficiencia de los criterios clásicos de causalidad para establecer una relación entre conducta y resultado que permita seleccionar los hechos punibles de los que no lo son³⁸. En otras palabras, no todo resultado con el que puede establecerse una relación de causalidad con una acción ha de imputarse a ésta. De esta forma, la teoría de la imputación objetiva funciona como una restricción a la responsabilidad por el resultado causado por una acción³⁹.

2. Por la doctrina se han formulado numerosos criterios de imputación objetiva⁴⁰ que permiten obtener soluciones *ad hoc* para los diferentes grupos de casos. Entre estos criterios pueden citarse el criterio de la peligrosidad de la acción, el criterio del riesgo no creado por el autor, el criterio del resultado no abarcado por el fin de protección de la norma o el criterio del riesgo permitido.

Así, siguiendo a ROXIN, la imputación objetiva del resultado requiere que la acción haya supuesto la creación o realización de un riesgo no permitido para el concreto resultado⁴¹. De esta forma, solo será posible imputar un resultado a un autor si la conducta de este ha creado un peligro para el bien jurídico no amparado por el riesgo permitido⁴².

3. En opinión de REYES ROMERO, la teoría de la imputación objetiva enfatiza el concepto de riesgo no tan solo como una cualidad de la acción, en el sentido de

³⁸ V. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, p. 423.

³⁹ SOLA RECHE, en: ROMEO CASABONA, SOLA RECHE, BOLDOVA PASAMAR (coords.); ALASTUEY DOBÓN ... [et al.]. PG, p. 121.

⁴⁰ O mejor, criterios de no imputación objetiva, en el sentido de que sirven para negar la responsabilidad por acciones que son causa del resultado. En este sentido, V. SOLA RECHE, en: ROMEO CASABONA, SOLA RECHE, BOLDOVA PASAMAR (coords.); ALASTUEY DOBÓN ... [et al.]. PG, p. 121.

⁴¹ V. ROXIN, *Derecho Penal, parte general, tomo I*, p. 363.

⁴² V. ROXIN, *Derecho Penal, parte general, tomo I*, pp. 377 y ss, en relación con el fin de protección de la norma: «Si el resultado se presenta como realización de un peligro creado por el autor, por regla general es imputable. No obstante, puede desaparecer la imputación si el alcance del tipo no abarca la evitación de tales peligros»

acción riesgosa, sino como un efecto de esa acción, en el sentido de que la acción provoca un riesgo⁴³. En consecuencia, un resultado solo puede ser imputado objetivamente si la acción crea un peligro no cubierto por el riesgo permitido y ese peligro se realiza en el resultado concreto.

4. Para RUSCONI, esta categoría, mediante el modelo de atribución que se ha desarrollado a partir de la imputación objetiva, se encarga de definir si la acción u omisión del agente significa un riesgo desaprobado y si constituye una conducta que posee las características necesarias como para que le sea atribuido un resultado. De esta forma, el ámbito del riesgo permitido, afirma este autor, «constituye un criterio necesario para tal definición político-criminal, y esta definición se produce a través de una evaluación general de ventajas y desventajas de un núcleo de acciones posiblemente peligrosas⁴⁴».

5. En cuanto a la evolución de la jurisprudencia, en España ya se utilizaban criterios de imputación en relación con delitos imprudentes de resultado⁴⁵, sin embargo, no se diferenciaba claramente entre los niveles de causalidad y de imputación. Situación similar se presenta en la jurisprudencia alemana, pues la utilización de criterios de imputación –como el incremento del riesgo o el de fin de protección de la norma- se realizaba dentro del nivel de la causalidad⁴⁶.

Será la sentencia de 20 de mayo de 1981 la que, por primera vez en la jurisprudencia española, distinga con claridad entre causalidad e imputación objetiva como categorías distintas dentro del tipo de lo injusto, utilizando como criterio de imputación el criterio de la adecuación⁴⁷.

En la actualidad, la doctrina del Tribunal Supremo establece que la teoría de la imputación objetiva parte de la idea de que no es suficiente con verificar la existencia de una relación de causalidad entre la acción y el resultado, sino que es necesario que concurren tres requisitos: que la acción ha creado un peligro jurídicamente desaprobado

⁴³ REYES ROMERO, *Falta de cuidado y riesgo permitido*, p. 155.

⁴⁴ RUSCONI, *Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho Penal moderno*, p. 74.

⁴⁵ CORCOY BIDASOLO, *Criterios jurisprudenciales en torno al delito imprudente*, pp. 57 y ss.

⁴⁶ V. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, p. 431.

⁴⁷ V. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, p. 431.

para la producción del resultado⁴⁸, que el resultado producido es la realización del mismo peligro creado por la acción y que se trate de uno de los resultados que quiere evitar la norma penal⁴⁹.

Asimismo, se reitera la jurisprudencia en que, para constatar la tipicidad de una conducta será necesario que la acción del autor cree un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado, lo que no concurre en los supuestos de riesgo permitido⁵⁰.

6. Sin embargo, cierto sector doctrinal ha puesto de relevancia la confusión que incorpora la noción de riesgo permitido desde la teoría de la imputación objetiva⁵¹. El punto de partida se sitúa en la determinación del carácter no permitido del riesgo.

Teniendo en cuenta que la permisión del riesgo no puede depender de la manera en la que el sujeto ha realizado la conducta riesgosa, su determinación ha de ser necesariamente general. En este sentido ROXIN señala que «aquí se va a entender por riesgo permitido una conducta que crea un riesgo jurídico penalmente relevante, pero que de modo general está permitida»⁵².

Luego, si se acepta que el riesgo permitido opera con independencia del hecho específico que se analiza, pues no se refiere a la ejecución de una acción por parte de un sujeto sino a la ejecución de un tipo de acción, debe poder determinarse cuáles son esas acciones genéricas que se permiten por el Derecho Penal.

A modo de ilustración, REYES ROMERO plantea el supuesto de la venta de comida en un restaurante⁵³. Dicha actividad, sin lugar a dudas, se trata de una actividad permitida. Sin embargo, si el cocinero no detecta que uno de sus ingredientes está en mal estado y se producen lesiones menos graves a los comensales, el cocinero no puede defenderse alegando que la actividad que realiza se trata de un riesgo permitido. En otras palabras, si se acepta que la actividad de servir comida es generalmente lícita, conllevaría la impunidad del cocinero. Por tanto, podría decirse que en el ejemplo no se

⁴⁸ De otra opinión, MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p. 253, quien prefiere hablar de riesgo típicamente relevante en lugar de peligro jurídicamente desaprobado.

⁴⁹ Así, por todas, STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 614/2016, de 8 de julio, FJ 2.

⁵⁰ STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) núm. 805/2017, de 11 de diciembre, FJ 13.

⁵¹ Así, OVALLE, *Imprudencia y cognición*, en *Doctrina y Jurisprudencia Penal, Volumen IV*, pp. 3 y ss.

⁵² V. ROXIN, *Derecho Penal, parte general, tomo I*, pp. 371.

⁵³ REYES ROMERO, *Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva*, pp. 143 y ss.

realiza esa actividad, sino la actividad ilícita de servir comida en mal estado. El problema que se plantea en sede de imputación objetiva es, por tanto, determinar el nivel de concreción de la actividad para evaluar si está o no permitida.

7. Por otro lado, dependiendo de la teoría de la imputación objetiva que se siga, entender el riesgo permitido como un criterio de imputación podría suponer negar la vigencia de la institución en los delitos de mera actividad.

En su origen, la teoría de la imputación objetiva se proyectaba en aquellos casos en que regía la teoría de la causalidad cuando se producían excesos de imputación⁵⁴. Por tanto, en sentido estricto, la imputación objetiva es la imputación del resultado producido a la acción y, como en los delitos de mera actividad el legislador no presta atención al resultado, no ha de tener significado en ellos la relación de causalidad ni el corrector de ésta, es decir, la imputación objetiva⁵⁵.

En consecuencia, si se asumiera esta teoría, no podría descartarse que el riesgo permitido constituya algo más que un criterio de imputación objetiva.

3.4. El riesgo permitido como causa de justificación

1. Otra corriente doctrinal ubica el riesgo permitido en el ámbito de las causas de justificación, diferenciándose tres sentidos. En primer lugar, puede considerarse que todas las conductas susceptibles de ampararse bajo el riesgo permitido son reconducibles a una específica causa de justificación suprallegal. En segundo lugar, que todos los supuestos de riesgo permitido pueden solventarse mediante las causas de justificación legalmente previstas en el Código Penal. Y, por último, que el riesgo permitido opera en la misma forma que las causas de justificación legalmente previstas, excluyendo la antijuridicidad del hecho⁵⁶.

2. En opinión de PAREDES CASTAÑÓN, «la idea de riesgo permitido –en su formulación más genérica- ha de estar presente en todos los supuestos en los que se produce una restricción del ámbito de lo antijurídico; y, en una formulación más estricta, en todos aquellos casos en los que dicha restricción obedece a una estructura de

⁵⁴ ACALÉ SÁNCHEZ, *Consecuencias prácticas de la definición de los delitos de mera actividad como delitos sin resultado natural*, p. 10.

⁵⁵ De otra opinión, MIR PUIG, *Derecho Penal Parte General*, p. 237: «También en los delitos de mera actividad la realización del tipo debe suponer la imputación objetiva».

⁵⁶ V. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, p. 64.

ponderación de los intereses en juego. Ello quiere decir, en definitiva, que la idea de riesgo permitido opera en la mayoría de los supuestos de exclusión de la antijuridicidad⁵⁷».

Así, afirma este autor que dentro del proceso de determinación de la responsabilidad penal, la idea de riesgo permitido tiene su sede idónea en el momento de la determinación de la antijuridicidad y, consiguientemente, de posible restricción de la misma⁵⁸.

A mayor abundamiento, precisa que «existirán supuestos en los que la exclusión del desvalor de la conducta en atención a la concurrencia de intereses tenga tan solo trascendencia en el alcance del injusto penal, esto es, casos en los que dicha restricción al deber de conducta lo sea únicamente en el sentido penal». Es decir, que es posible que si se infringen deberes de conducta procedentes de otros sectores del Ordenamiento jurídico solamente se excluya la antijuridicidad penal y no respecto de, por ejemplo, el Derecho Administrativo.

3. Obviando las diferencias entre la doctrina clásica y la teoría de los elementos negativos del tipo, toda conducta típica que sea susceptible de subsumirse en un tipo de lo injusto específico será, en principio, antijurídica, salvo que concurra una causa de justificación. Por tanto, para concluir que un comportamiento típico es antijurídico, habrá que determinarse que no se halla amparado por ninguna de las causas de justificación reconocidas en el ordenamiento jurídico, lo que ocurrirá en la mayoría de supuestos, pues las causas de justificación operan de modo excepcional⁵⁹.

En consecuencia, si aceptamos que las causas de justificación excluyen la antijuridicidad en determinados casos excepcionales, no parece correcto adoptar esta concepción respecto del riesgo permitido.

Las causas de justificación constituyen normas de permisión para realizar una conducta que, en otras circunstancias, no estaría permitida⁶⁰. Por tanto, si bien es necesario, por obvias razones procesales, examinar caso por caso todos los supuestos en

⁵⁷ V. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, p. 71.

⁵⁸ V. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, p. 73.

⁵⁹ FLORES MENDOZA, en: ROMEO CASABONA, SOLA RECHE, BOLDOVA PASAMAR (coords.); ALASTUEY DOBÓN ... [et al.]. PG, p. 214.

⁶⁰ V. REYES ROMERO, *Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva*, p. 158.

los que se produce una lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos⁶¹ a efectos de determinar si se ha actuado dentro del ámbito del riesgo permitido, esta institución es una tolerancia normativa de carácter general, no excepcional.

4. Ámbito de aplicación del riesgo permitido

Debe advertirse que la doctrina, al hablar de los supuestos de utilidad social encajables bajo la rúbrica del riesgo permitido, parece aludir únicamente a los comportamientos activos e imprudentes. En consecuencia, se procederá a analizar la aplicación práctica de la institución del riesgo permitido en los delitos de acción –tanto dolosos como imprudentes- y de omisión –también dolosos e imprudentes-.

4.1. Delitos de acción

1. En efecto, una parte importante de la doctrina considera que el riesgo permitido no puede tener proyección en los delitos dolosos⁶². Según esta línea, la creación dolosa de un riesgo subsumible en el tipo suele ser relevante a efectos penales, por lo que la proyección del riesgo permitido es escasa.

Así, en opinión de FEIJOO SÁNCHEZ, «los supuestos en los que la doctrina considera que no se imputa un resultado a título de dolo por crearse un riesgo permitido, en realidad no son supuestos de riesgo permitido *strictu sensu*, sino supuestos en los que falta un riesgo subsumible en el tipo, es decir, no existe el tipo objetivo como objeto de referencia del dolo y, por tanto, no existe un injusto doloso⁶³».

2. Sin embargo, es comprobable que existen casos en los que el sujeto actuante es plenamente consciente de la peligrosidad de su conducta para bienes jurídico-penalmente protegidos. Puede citarse el ejemplo señalado por PAREDES CASTAÑÓN en el caso del boxeador, que normalmente conoce la peligrosidad de sus golpes para el contrincante⁶⁴.

⁶¹ V. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, p. 71.

⁶² Así, PREUSS, *Untersuchungen über erlaubten Risiko*, p. 17; REYES ROMERO, *Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva*, p. 153.

⁶³ FEIJOO SÁNCHEZ, *Imputación objetiva en Derecho Penal*, p. 211.

⁶⁴ Así, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, p. 47, considera que no se exige que la finalidad del boxeador sea puramente deportiva.

Además, considera este autor que la consideración del riesgo permitido como factor de exclusión de la calificación dolosa de la conducta podría conllevar su punición a título de imprudencia, aun tratándose de supuestos de riesgo permitido, lo que resulta inadmisibile.

Luego, en los supuestos de conductas activas y dolosas, el riesgo permitido habrá de examinarse en sede de imputación objetiva. Siguiendo el ejemplo dado, se puede afirmar que el boxeador tiene conciencia y voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo de lesiones; sin embargo, dicha acción no será objeto de sanción penal puesto que no se ha creado un peligro jurídicamente desaprobado, siempre y cuando se mantenga dentro de los límites del riesgo permitido establecido para este deporte.

3. De un modo tradicional, partiendo de un concepto neoclásico de delito y de la concepción de la acción de acuerdo con el sistema finalista, se ha venido considerando que la infracción del deber de cuidado es lo que caracteriza el delito imprudente frente al delito doloso^{65 66}.

Al respecto, buena parte de la doctrina resuelve los problemas relativos a las acciones imprudentes subsumibles en el ámbito de aplicación del riesgo permitido a través de la no infracción del cuidado objetivamente debido.

Así, el conductor que observa el límite máximo de velocidad permitido por la vía no será jurídico-penalmente responsable de un delito de homicidio imprudente del peatón que intenta cruzar repentinamente la vía.

4. Por otra parte, la jurisprudencia también sitúa la solución de estos casos en sede de imputación objetiva. Al respecto puede mencionarse el Fundamento de Derecho décimo tercero de la STS 805/2017, de 11 de diciembre (Caso Madrid Arena), en el cual se recoge que el delito imprudente en los comportamientos activos exige la concurrencia de un nexo causal entre la acción imprudente y el resultado y la imputación objetiva del resultado, es decir, que el riesgo no permitido generado por la conducta imprudente sea el que materialice el resultado.

⁶⁵ CHOCLÁN MONTALVO, en CASTELLANO RAUSELL, *et al.*, *La responsabilidad penal de las actividades de riesgo*, p. 141.

⁶⁶ Así, SÁNCHEZ LÁZARO, en *Estudios penales y criminológicos*, p. 296: «La estructura y explicación de los delitos imprudentes de resultado se erige en nuestra doctrina y jurisprudencia sobre dos pilares fundamentales: la inobservancia del cuidado objetivamente debido y, como consecuencia de la misma, el resultado material externo consistente en la lesión de un bien jurídico».

4.2. Delitos de omisión

1. Por lo que se refiere a los comportamientos omisivos, en primer lugar debe hacerse referencia a los delitos propios de omisión o delitos de omisión pura. Estos se corresponden con los delitos de mera actividad en tanto que no se requiere en el tipo ningún resultado imputable a la conducta omisiva, pues basta el mero hecho de no hacer o no actuar en la situación típica en contra de lo ordenado por la norma imperativa⁶⁷.

De esta forma, el ejemplo paradigmático del delito de omisión del deber de socorro no podrá ser resuelto conforme a criterios de riesgo permitido en sede de imputación objetiva debido a que no existe un resultado que necesariamente se haya de imputar.

En consecuencia, atendiendo a los elementos del tipo objetivo del delito de omisión pura dolosa, parece que se acepta la vigencia de un ámbito de riesgo permitido en aquellos supuestos en que el sujeto activo no posea capacidad concreta de acción.

2. Por otra parte, aunque las omisiones propias imprudentes fuesen estructuralmente posibles, debido a que en el Código Penal español rige el principio de la excepcionalidad del castigo de las conductas imprudentes, el legislador no ha previsto ningún tipo de omisión propia por imprudencia⁶⁸. Luego, podría decirse que las omisiones propias imprudentes se sitúan dentro del ámbito del riesgo permitido o que, directamente, carece de sentido hablar de riesgo permitido en estos supuestos.

3. En cuanto a los delitos impropios de omisión o delitos de comisión por omisión, la regla general es que resultan de la suma de cualquiera de los delitos de resultado de la Parte Especial del Código Penal y de cláusula prevista en el artículo 11 del mismo, a pesar de que en algunos casos se recogen de forma expresa⁶⁹.

La solución que se adopta en relación con el riesgo permitido en los supuestos de omisión impropia dolosa, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, se sitúa en la imputación objetiva.

⁶⁷ NAVARRO FRÍAS, SOLA RECHE y ROMEO CASABONA, en: ROMEO CASABONA, SOLA RECHE, BOLDOVA PASAMAR (coords.); ALASTUEY DOBÓN ... [et al.]. PG, p. 152.

⁶⁸ NAVARRO FRÍAS, SOLA RECHE y ROMEO CASABONA, en: ROMEO CASABONA, SOLA RECHE, BOLDOVA PASAMAR (coords.); ALASTUEY DOBÓN ... [et al.]. PG, p. 155.

⁶⁹ NAVARRO FRÍAS, SOLA RECHE y ROMEO CASABONA, en: ROMEO CASABONA, SOLA RECHE, BOLDOVA PASAMAR (coords.); ALASTUEY DOBÓN ... [et al.]. PG, p. 155.

Así, en el delito de contaminación medioambiental se utiliza la técnica de leyes penales en blanco y se hace depender su tipicidad de que se infrinja una norma administrativa del respectivo ámbito en el que se realiza, de forma que la conducta sea idónea para perjudicar gravemente el equilibrio natural⁷⁰. En consecuencia, si en estos supuestos el sujeto activo cumple con lo previsto en las leyes sectoriales y se produce un resultado de lesión del bien jurídico protegido, éste no podrá ser imputado penalmente porque se habrá actuado dentro del margen del riesgo permitido.

En este sentido, señala SILVA SÁNCHEZ que «en el caso de los tipos configurados como leyes penales en blanco, parece claro que la permisión administrativa de un riesgo conlleva un espacio de atipicidad penal por riesgo permitido. Pues, en efecto, en tales casos se cede la resolución del conflicto inherente a la tipicidad a la Administración, en lugar de efectuar la ponderación el legislador o el juez legal⁷¹».

4. Por otro lado, este autor considera que es necesario diferenciar entre el riesgo permitido y el riesgo permitido condicionado, el cual consiste en un mecanismo de permisión de riesgos en cuya virtud se excluye la responsabilidad penal si el sujeto adopta posteriormente una conducta prudente.

En otras palabras, el riesgo permitido condicionado supone que es compatible que inicialmente se permita una conducta con la posterior responsabilidad en comisión por omisión del sujeto por los resultados lesivos sobrevenidos, pues se estaría ante un supuesto de injerencia en virtud de un actuar precedente no antijurídico⁷².

5. En cambio, en relación con la omisión impropia imprudente, es necesaria la inobservancia del cuidado objetivamente debido y que la no evitación del resultado sea consecuencia de tal inobservancia. Así, el riesgo permitido puede ubicarse en la no infracción del cuidado objetivamente debido.

⁷⁰ GARCÍA SANZ, en *Anales de la Facultad de Derecho*, pp. 121-122.

⁷¹ V. SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, p. 19 y ss. Además, este autor puntualiza que es posible «que se infrinjan aquellas disposiciones y no pueda afirmarse la existencia de tal riesgo jurídico penal; [...]». Esto se debe, dice, «al principio político-criminal de subsidiariedad del Derecho Penal. Según éste, no cualquier infracción de regulaciones extrapenales de conducta, sino solo de aquellas que revistan mayor entidad y se hallen más inmediatamente vinculadas a la protección del bien jurídico individual de que se trate puede dar lugar a la afirmación de riesgo penalmente desaprobado».

⁷² V. SILVA SÁNCHEZ, *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*, p. 17.

A modo de ejemplo, puede citarse el caso de los guardabarreras de los trenes, quienes tienen la obligación de vigilar las distintas cámaras de seguridad en un margen de tiempo determinado. De esta forma, en el caso de que una persona se tropiece y caiga en la vía siendo arrollado posteriormente por un tren, el guardabarrera no será penalmente responsable aunque no haya realizado acción alguna para impedirlo. Esto se debe a que se permite que desvíe la mirada de cada una de las cámaras de seguridad durante dicho tiempo estipulado para atender a las demás, es decir, se trata de un riesgo permitido.

5. Grupos de casos

La doctrina ha formulado diversos grupos de casos, *a priori*, todos ellos susceptibles de ser considerados supuestos de riesgo permitido^{73 74}. En lo que sigue se procederá a exponer los más relevantes, a saber: «casos de exclusión de la antijuridicidad penal», «comportamientos peligrosos o lesivos cuyo resultado resultaba imprevisible *ex ante*», «comportamientos de salvación arriesgados, sin seguridad de lograr el éxito», «comportamientos consentidos» y «comportamientos de prevalente utilidad social».

5.1. Casos de exclusión de la antijuridicidad penal

1. PAREDES CASTAÑÓN, en un principio, considera como casos situados bajo el ámbito del riesgo permitido a aquellos supuestos en los que se excluya la antijuridicidad penal siempre que exista un desvalor del resultado causado por la conducta, esto es, cualquier caso de exclusión del desvalor de la conducta⁷⁵.

⁷³ Así, CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, pp. 311 y ss, distingue entre: «riesgo permitido en acciones de prevalente utilidad social», «riesgo permitido en supuesto de causalidad imprevisible», «riesgo permitido en acciones de salvación arriesgadas, sin seguridad de lograr el éxito» y «riesgo permitido por consentimiento en el peligro y en la acción». Utilizando esta clasificación como base, se ha preferido sustituir el término «acción» por «comportamiento», pues se considera más adecuado al incluir también las conductas omisivas.

⁷⁴ También CANCIO MELIÁ, en SERRANO-PIEDRECASAS FERNÁNDEZ, *et al.*, *Cuestiones actuales de Derecho Penal económico*, pp. 39 y ss., ha agrupado los casos encuadrables bajo el riesgo permitido en «supuestos en los que una actividad generadora de riesgos es permitida en determinadas circunstancias porque existe reglamentación –tráfico rodado o actividades deportivas- o no la hay –*lex artis*-» y «supuestos en los que el elemento preponderante es la normalidad social de la conducta generadora de riesgo».

⁷⁵ V. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, p. 36.

En consecuencia, podrían considerarse casos de riesgo permitido los de error invencible de prohibición o los de error invencible sobre un presupuesto de una causa de justificación.

2. Sin embargo, este autor finalmente concluye que el concepto de riesgo permitido no puede utilizarse como «comodín» terminológico de todos los casos de exclusión de la antijuridicidad⁷⁶. Además, como se ha explicado *supra*⁷⁷, no parece correcto situar la institución del riesgo permitido en sede de antijuridicidad.

5.2. Comportamientos peligrosos o lesivos cuyo resultado resultaba imprevisible *ex ante*

1. Podría pensarse que aquellos casos de cursos causales irregulares en los que falta la previsibilidad del resultado son susceptibles de incluirse en el ámbito de aplicación del riesgo permitido.

Así, CORCOY BIDASOLO recoge el ejemplo propuesto por PREUSS del supuesto en el que un hombre planta un árbol de belladona, cuya solución será diferente dependiendo del lugar en el que lo haga. Por ejemplo, la creación de un riesgo no permitido podría depender de si lo planta en el camino a la escuela por el que pasan niños o en el patio de su casa. Consecuentemente, la mayor o menos probabilidad objetiva de que se lesione el bien jurídico permitiría negar la relevancia típica del riesgo⁷⁸.

2. Sin embargo, PAREDES CASTAÑÓN considera que los casos de ausencia de previsibilidad *ex ante* del riesgo han de ser solucionados conforme a otros conceptos, por ejemplo, reconduciéndose a la figura del «caso fortuito». Además, propone la misma solución para aquellas acciones peligrosas o lesivas realizadas en situaciones de error objetivamente invencible acerca de las circunstancias del hecho⁷⁹.

⁷⁶ V. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, p. 515.

⁷⁷ V. *supra* «3.4. El riesgo permitido como causa de justificación».

⁷⁸ V. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, p. 313.

⁷⁹ V. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, p. 515.

5.3. Comportamientos de salvación arriesgados, sin seguridad de lograr el éxito

1. Se trata de aquellas acciones u omisiones dirigidas a la salvación de bienes jurídicos en situaciones de necesidad pero que ponen en peligro o lesionan con ello otros bienes, sin asegurar la salvación del bien que intentan proteger, o de determinadas acciones imprudentes cometidas en situaciones excepcionales.

2. Sin embargo, en estos supuestos se plantea una concurrencia entre el ámbito del riesgo permitido y el estado de necesidad que parece que debe ser resuelto a favor de este último. Como ejemplos pueden citarse el caso del conductor que conduce por encima del límite de velocidad establecido para llevar a un herido al hospital⁸⁰; el supuesto en el que el guardia forestal dispara contra un perro rabioso en aras de salvar a un niño que estaba siendo atacado por éste; o el padre que ha de decidir si arroja o no a sus hijos pequeños por la ventana durante un incendio en su casa, con la esperanza de que puedan ser tomados en brazos⁸¹.

3. En cambio, en Alemania, debido a que la inseguridad sobre la existencia de otro medio de salvación menos peligroso impide la aplicación directa del estado de necesidad, ha obligado a la doctrina de este país a recurrir a la institución del riesgo permitido en estos supuestos⁸².

5.4. Comportamientos consentidos

1. Son susceptibles de englobarse bajo la rúbrica del riesgo permitido aquellas acciones u omisiones peligrosas o lesivas que cuentan con el consentimiento en dicho riesgo de parte del sujeto pasivo afectado. Así, se amplía el ámbito de proyección del riesgo permitido como consecuencia del consentimiento de los sujetos que intervienen en la actividad. Por ejemplo, este sería el caso de las intervenciones quirúrgicas.

2. En primer lugar, debe determinarse el objeto sobre el que ha de recaer el consentimiento, a saber, en la conducta y/o en el resultado. La jurisprudencia alemana ha considerado que si se está de acuerdo con el peligro de una acción, debe aceptarse

⁸⁰ V. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, p. 37.

⁸¹ V. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, p. 314.

⁸² V. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, p. 314.

también las consecuencias directas de dicha acción⁸³; sin embargo, esta cuestión no resulta pacífica.

3. Por su parte, ROXIN considera que el consentimiento es equivalente a una autopuesta en peligro del sujeto pasivo y, en consecuencia, se convierte en partícipe al tercero que interviene en el comportamiento, resultando éste impune⁸⁴.

4. En cualquier caso, tal y como señala PAREDES CASTAÑÓN, generalmente la existencia de un consentimiento comportará la imposibilidad de subsumir la conducta en el tipo por exigir éste, explícita o implícitamente, la ausencia de consentimiento⁸⁵.

5.5. Comportamientos de prevalente utilidad social

1. Un criterio general de concreción del riesgo permitido se expresa en el principio de la ponderación entre utilidad y riesgo, es decir, se trata de una relación coste-beneficio. En consecuencia, en función de la ventaja social que produzca el desarrollo de una determinada actividad podrá determinarse la mayor o menor tolerabilidad del riesgo inherente a la misma.

Por ejemplo, en el caso del síndrome tóxico no es socialmente útil destinar aceite desnaturalizado para el consumo humano, por lo que la distribución de éste crea un riesgo no permitido, así como también resulta no permitido la conducción de un vehículo compitiendo con otro en un lugar no habilitado al efecto, debido a su inutilidad social⁸⁶.

2. En este sentido, puede afirmarse que existe una especie de ley recíproca entre la utilidad y la peligrosidad, de manera que una acción con elevadas cotas de utilidad influirá en la cuota permitida de riesgos y que, viceversa, un riesgo elevado incidirá negativamente en la utilidad del comportamiento⁸⁷.

⁸³ V. CORCOY BIDASOLO, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, p. 317.

⁸⁴ V. ROXIN, *Problemas básicos del Derecho Penal*, p. 192.

⁸⁵ V. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho Penal*, p. 516.

⁸⁶ CHOCLÁN MONTALVO, en CASTELLANO RAUSELL, *et al.*, *La responsabilidad penal de las actividades de riesgo*, p. 162-163.

⁸⁷ Así, CASTALDO, en *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, p. 237: «La utilidad elevada influye, en términos de justificación, en la cuota tolerable de riesgos pero a su vez, el riesgo elevado incide negativamente en su utilidad, disminuyendo el impulso de satisfacción de la necesidad».



Este es el ámbito en el que germinó el concepto de riesgo permitido⁸⁸, pues con el desarrollo de la industria, la minería, los altos hornos... se sirve a los intereses de la sociedad⁸⁹. En consecuencia, aunque estas actividades indudablemente producen determinados riesgos, no podrán ser castigados los eventuales resultados que se generen por la realización de las mismas.

3. Por tanto, en el sentido estricto, solamente son casos de riesgo permitido aquellos en los que se toma en consideración la concurrencia necesaria de unos y otros intereses, merecedores también de protección jurídica, de forma que la autorización respecto de la conducta peligrosa o lesiva proviene de una ponderación de intereses en la que prima la utilidad social de la misma⁹⁰.

5. Conclusiones

1. En el marco de la actual «sociedad del riesgo», en la que resulta necesario que se permita la realización de determinadas actividades por estar éstas dirigidas a la consecución de un mayor desarrollo social, no puede negarse la vigencia de la institución del riesgo permitido.

Como señala RUSCONI, «independientemente de las dificultades que ha generado y todavía genera la interpretación del riesgo permitido como figura del hecho punible, no cabe duda que hay absoluto consenso en lo esencial: más allá de las definiciones normativas y los eventuales daños producidos, existe un conjunto indefinido de acciones, en el marco del funcionamiento de la sociedad que, a pesar de que generan un cierto riesgo de lesión de bienes jurídicos que son efectivamente protegidos por el Derecho penal, no deben ser sancionadas⁹¹».

⁸⁸ En este sentido, PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en el Derecho Penal*, p. 514. Este autor señala que «se trata de aquellos casos para los que realmente surgió la expresión del riesgo permitido; en general, aquellos planteados como consecuencia del incremento del riesgo que implican aquellas actividades que de alguna forma se realizan a través de instrumentos tecnológicos. La única diferencia respecto de ese planteamiento originario estriba en que, en la actualidad, reconocemos que el fenómeno está mucho más extendido de lo que en un principio se pensó, hasta el punto de afectar a casi todos los tipos penales».

⁸⁹ CHOCLÁN MONTALVO, en CASTELLANO RAUSELL, *et al.*, *La responsabilidad penal de las actividades de riesgo*, p. 311.

⁹⁰ PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en el Derecho Penal*, p. 517.

⁹¹ RUSCONI, *Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho Penal moderno*, p. 74.

En consecuencia, la actuación de un sujeto dentro de los márgenes del riesgo permitido comportará la exclusión de la responsabilidad penal por los posibles resultados de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.

2. Sin embargo, la discusión doctrinal oscila alrededor de cómo se produce esa exclusión de la responsabilidad penal. En efecto, se han derramado ríos de tinta en relación con la integración del riesgo permitido en el concepto técnico-sistemático de delito sin que se haya obtenido una solución pacífica.

Al respecto manifiesta ZAFFARONI que «el riesgo permitido no es ninguna cuestión unitaria, de lo que proviene su anárquico y asistemático tratamiento por la doctrina. Más que una específica causa de exclusión del delito, es una pluralidad de hipótesis en que no hay delito, sea porque falta la tipicidad, porque falta la antijuridicidad [...]. La pretensión de hacerlo materia de un tratamiento unitario está definitivamente condenada al fracaso».

Así, del análisis del ámbito de aplicación del riesgo permitido en los delitos de acción dolosa parece inferirse que esta institución opera como un criterio de (no) imputación objetiva del resultado excluyendo la realización de un peligro jurídicamente desaprobado. Asimismo, en el ámbito de los delitos impropios de omisión dolosa podría afirmarse que el riesgo permitido posee idéntica función.

Por lo que se refiere a los delitos de acción imprudentes, así como en las omisiones impropias imprudentes, podría decirse que el riesgo permitido funciona como un criterio de determinación del cuidado objetivamente debido, conforme a lo cual no será penalmente responsable el sujeto que actúe dentro de dichos márgenes.

En cuanto a los delitos de omisión pura dolosa, los casos en los que el sujeto no posea capacidad concreta de acción parece que podrían ampararse bajo los supuestos de riesgo permitido.

Por último, podría decirse que no tiene sentido hablar de riesgo permitido en los delitos de omisión pura imprudente, puesto que éstos no se hayan previstos en nuestro Ordenamiento jurídico.

3. En conclusión, aquellos grupos de casos encuadrables bajo la rúbrica del riesgo permitido son los que constituyen comportamientos de prevalente utilidad social, puesto que la existencia de riesgos no es evitable y, además, de la relación coste-

beneficio se infiere que la prohibición de dichas conductas riesgosas produciría consecuencias disvaliosas para el desarrollo social.

En consecuencia, no se podrá exigir responsabilidad penal por los resultados de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos derivados de los comportamientos que se realicen dentro de los márgenes del riesgo permitido y, además, podría decirse que dicha exclusión de responsabilidad operará de forma diferente según se trate de delitos de acción –dolosos e imprudentes- u omisión –también dolosos e imprudentes-.

6. Bibliografía

- ACALÉ SÁNCHEZ, María, «Consecuencias prácticas de la definición de los delitos de mera actividad como delitos sin resultado material», en *Anuario de Derecho penal peruano*, monográfico sobre Aspectos fundamentales de la parte general del Código penal peruano, Lima, 2003, pp. 73-110.
- BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*, 2.^a ed., Paidós, Barcelona, 2006.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, «Los principios del Derecho Penal», en: ROMEO CASABONA, SOLA RECHE, BOLDOVA PASAMAR (coords.); ALASTUEY DOBÓN ... [et al.]. PG, pp. 37-54.
- CANCIO MELIÁ, Manuel, «Aproximación a la teoría de la imputación objetiva», en SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón, *et al.*, *Cuestiones actuales de Derecho Penal económico*, COLEX, Madrid, 2008, pp. 39-60.
- CASTALDO, Andrea Raffaele, «La concreción del riesgo jurídicamente relevante», en *Política criminal y nuevo Derecho Penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997, pp. 233-242.
- CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, «Deber de cuidado y riesgo permitido», en CASTELLANO RAUSELL, Pedro, *et al.*, *La responsabilidad penal de las actividades de riesgo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pp. 135-186.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *Criterios jurisprudenciales en materia de imprudencia*, Tesina, Barcelona, 1984.

- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, PPU, BARCELONA, 1989.
- FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *La imputación objetiva en el Derecho Penal*, Grijley, Lima, 2002.
- FLORES MENDOZA, Fátima Candelaria, «La antijuridicidad. Las causas de justificación», en: ROMEO CASABONA, SOLA RECHE, BOLDOVA PASAMAR (coords.); ALASTUEY DOBÓN ... [et al.]. PG, pp. 213-221.
- FRISCH, Wolfgang, *Tipo penal e imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995.
- GARCÍA SANZ, Judit, «El delito de contaminación ambiental», en *Anales de la Facultad de Derecho*, Nº 25, Universidad de La Laguna, 2008, pp. 117-138.
- GIMBERNAT ORDEIG, «Causalidad, omisión e imprudencia», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 47, Fasc/Mes 1, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, pp. 5-60.
- GRACIA MARTÍN, Luis, *Fundamentos de dogmática penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*, Atelier, Barcelona, 2006.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, «Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 47, Fasc/Mes 1, Ministerio de Justicia, Madrid, 1994, pp. 111-140.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, «El obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo», en: ROMEO CASABONA, SOLA RECHE, BOLDOVA PASAMAR (coords.); ALASTUEY DOBÓN ... [et al.]. PG, pp. 241-256.
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (traducción de la 2ª edición alemana por CUELLO CONTRERAS, Joaquín; y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, 1995.
- JAKOBS, Günther, *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (traducción de la 1ª ed. alemana por CANCIO MELIÁ, Manuel; y FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo), Civitas, Madrid, 1996.

- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho Penal, Parte General I*, Universitas, Madrid, 1996.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Edersa, Madrid, 1992.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 10.^a ed., Reppertor, Barcelona, 2015.
- NAVARRO FRÍAS, Irene; SOLA RECHE, Esteban; y ROMEO CASABONA, Carlos María, «El tipo de omisión doloso e imprudente», en: ROMEO CASABONA, SOLA RECHE, BOLDOVA PASAMAR (coords.); ALASTUEY DOBÓN ... [et al.]. PG, pp. 149-165.
- OVALLE, Germán, «Imprudencia y cognición», en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Volumen IV, 2011.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El riesgo permitido en Derecho Penal. Régimen-jurídico penal de las actividades peligrosas*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 2005.
- POLAINO-ORTS, Miguel, «¿Qué es la imputación objetiva?», en CARO JOHN, José Antonio, *et al.*, *Derecho Penal funcionalista. Aspectos fundamentales*, Flores Editor y Distribuidor, México, 2009, pp. 63-100.
- PREUSS, Wilhelm, *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*, 1.^a ed., Duncker & Humblot, Berlín, 1974.
- REYES ROMERO, Ítalo, *Falta de cuidado y riesgo permitido: una clave de lectura del art. 10 N° 8 del Código Penal*, Santiago, 2014.
- REYES ROMERO, Ítalo, *Un concepto de riesgo permitido alejado de la imputación objetiva*, Revista Ius et Praxis, vol. 21, núm. 1, Talca, 2015, pp. 137-170.
- ROMEO CASABONA, Carlos María; SOLA RECHE, Esteban; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel (coords.); ALASTUEY DOBÓN, Carmen. ... [et al.], *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría Jurídica del delito*, 2.^a ed., Comares, Granada, 2016,
- ROMEO CASABONA, Carlos María, «La función del Derecho Penal», en: ROMEO CASABONA, SOLA RECHE, BOLDOVA PASAMAR (coords.); ALASTUEY DOBÓN ... [et al.]. PG, pp. 21-36.

- ROMEO CASABONA, Carlos María, «El tipo del delito de acción imprudente», en: ROMEO CASABONA, SOLA RECHE, BOLDOVA PASAMAR (coords.); ALASTUEY DOBÓN ... [et al.]. PG, pp. 133-148.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, «El principio de precaución en las actividades de riesgo», en CASTELLANO RAUSELL, Pedro, *et al.*, *La responsabilidad penal de las actividades de riesgo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pp. 13-60.
- ROXIN, Claus, *Problemas básicos del Derecho Penal* (traducción y notas por LUZÓN PEÑA, Diego Manuel), REUS, S.A., Madrid, 1976.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I (traducción de la 2ª ed. alemana y notas por LUZÓN PEÑA, Diego Manuel; DÍAZ Y GARCÍA COLLEDO, Miguel; y DE VICENTE REMESAL, Javier), Civitas, Madrid, 1997.
- RUEDA MARTÍN, María Ángeles, «La acción y la omisión», en: ROMEO CASABONA, SOLA RECHE, BOLDOVA PASAMAR (coords.); ALASTUEY DOBÓN ... [et al.]. PG, pp. 91-100.
- RUSCONI, Maximiliano Adolfo, *Cuestiones de imputación y responsabilidad en el Derecho Penal moderno*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997.
- SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando Guanarteme, «Breves notas sobre autoría, tentativa e imprudencia», en *Estudios Penales y criminológicos*, N° 26, Universidad de Santiago de Compostela, 2006, pp. 295-320.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Edisofer, S.L., Madrid, 2016.
- SOLA RECHE, Esteban, «El tipo del delito de acción doloso», en: ROMEO CASABONA, SOLA RECHE, BOLDOVA PASAMAR (coords.); ALASTUEY DOBÓN ... [et al.]. PG, pp. 115-131.
- WELZEL, Hans, «Estudios sobre el sistema de Derecho penal», en *Estudios de Derecho Penal. Estudios sobre el sistema de Derecho Penal, Causalidad y acción*, Derecho Penal y filosofía, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2002.
- WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, (traducción y notas por CERESO MIR, José), BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2004.