

RIESGO PERMITIDO. *PERMITTED RISK.*

M.SC. UBALDO CHAVES PÉREZ

- Licenciado en Derecho, Universidad de Costa Rica.
- Máster en Derecho Penal, Universidad Internacional de la Américas.
- Estudiante del Doctorado en Derecho Penal de la Universidad Escuela Libre de Derecho.
 - Fiscal Auxiliar del Ministerio Público.

RIESGO PERMITIDO.

PERMITTED RISK.

Resumen.

La imputación objetiva como criterio para establecer la responsabilidad penal, de un sujeto presenta una serie de limitaciones, reconocidas de esta forma, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, entre estas limitaciones se encuentra la figura del riesgo permitido. El riesgo permitido, como figura jurídica limita la responsabilidad penal, al establecer que existen ciertos comportamientos, que aunque son riesgosos, son necesarios para el desarrollo y avance de la sociedad. El riesgo permitido es analizado al momento de verificar la tipicidad de una conducta, en la mayoría de las ocasiones, de igual manera, para su verificación existen elementos legales, como supra legales que permiten establecer si efectivamente la configuración del riesgo encaja en este riesgo permitido. La jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia costarricense ha reconocido la existencia del riesgo permitido como elemento de la imputación objetiva y su aplicación en casos, propiamente en delitos culposos.

Palabras clave.

Imputación objetiva, responsabilidad penal, riesgo permitido, sociedad del riesgo, rol social.

Abstract

Objective imputation as a criterion to establish criminal responsibility, of a subject presents a series of limitations, recognized in this way, both by doctrine and by case law; among these limitations is the figure of permitted risk. Permitted risk, as a legal figure, limits criminal responsibility by establishing that there are certain behaviors which, although risky, are

necessary for the development and advancement of society. Permitted risk is analyzed at the moment of verifying the typicality of a conduct in most cases; similarly, for its verification there are legal, as well as supra-legal, elements that allow establishing whether the configuration of the risk effectively fits within this permitted risk. The case law of the Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia of Costa Rica has recognized the existence of permitted risk as an element of objective imputation and its application in cases, properly, in culpable (negligent) offenses.

Keywords.

Objective imputation, Criminal liability, Permitted risk, Social role

Sumario.

Introducción.

I. La imputación objetiva.

a. La imputación objetiva para Günter Jakobs.

b. La imputación objetiva como elemento del Derecho penal.

II. Riesgo permitido.

a. Aspectos generales.

1. Definición y relación con la sociedad del riesgo.

2. Fundamentos de la doctrina del riesgo permitido.

3. Ubicación del riesgo permitido en la teoría del delito.

4. Causales normativa y extra normativas.

b. Revisión jurisprudencial.

c. Sección: Análisis de caso práctico.

III. Conclusión

Introducción.

En la presente investigación, se analizará el tema de imputación objetiva, propiamente el riesgo permitido sus alcances y elementos esenciales, así como criterios de aplicación en la teoría del delito.

La imputación objetiva, sin lugar a dudas, es un elemento esencial en el Derecho penal y cuenta con una evolución de larga data, desde su concepción en Alemania, estableciéndose su génesis por gran parte de los estudiosos en lo desarrollado por Richard Honing aproximadamente en el año 1930, pasando por reconocidos juristas como Claus Roxin, Günter Jakobs, hasta la actualidad, donde sigue siendo un tema que presenta un importante desarrollo doctrinario.

En relación con estos criterios de imputación objetiva y su establecimiento, la doctrina resalta el riesgo permitido, como una casual que delimita estos criterios de imputación en las acciones humanas. Con respecto al riesgo permitido, tal como se abarcará en la presente investigación existen muchas aristas, así como temas de discusión que se mantienen aún vigentes relacionados a cuál es el límite de este riesgo permitido.

En el presente trabajo de investigación se analizará en el primer capítulo el tema de la imputación objetiva, con el fin de delimitar el riesgo permitido dentro de esta teoría, estableciendo sus elementos esenciales y reconocidos por la doctrina. Posteriormente, en el segundo capítulo se desarrollará ampliamente el tema del riesgo permitido, estableciendo cuales son los fundamentos para su existencia, en la sociedad actual, de igual manera se verificará un tema que se discute actualmente como es la ubicación del riesgo permitido en la teoría del delito, para finalizar analizando cómo se ha tratado el tema del riesgo permitido en la jurisprudencia costarricense y resolviendo un caso clásico relacionado con la materia.

I. La imputación objetiva

Para el jurista Günter Jakobs (1996): *"la imputación objetiva del comportamiento es imputación vinculada a la sociedad concreta"* (p.18), frase que resume gran parte de su pensamiento, y como la evolución de la sociedad se encuentra sumamente arraigada con los criterios de imputación que se utilizan para establecer los criterios de responsabilidad, sea de índole civil, administrativo y como se verificará en esta esta investigación, la responsabilidad penal.

En el presente capítulo se analizará la posición del jurista Günter Jakobs, esto por ser uno de los principales juristas que han abordado la imputación objetiva como instituto jurídico y posteriormente, se analizará la imputación objetiva como instituto jurídico en general.

a. La imputación objetiva para Günter Jakobs

En el marco de toda imputación, incluyendo la jurídico-penal, se vinculan un suceso que acontece en el mundo y un destinatario de la imputación, de tal modo que el destinatario aparece como aquel a quien pertenece el suceso; es él quien lo ha creado o ha permitido que tuviese lugar, tanto para bien, en el marco de la imputación a título de algo meritorio, como para mal, en la imputación a título de reproche. En este sentido, a quien dispara sobre otra persona hasta causarle la muerte, el homicidio se le imputa como un hecho meritorio si se trata de eliminar un peligroso enemigo, y como obra reprochable si se mató sin razón alguna. (Günter Jakobs, 1996, p.19)

En relación con esto, Jakobs continúa tratando el problema del reproche y hasta donde se puede extender, y como este fue causado por un "círculo interminable de personas", cuya contribución fue necesaria para el hecho, dando como ejemplo el constructor del arma y como a pesar de que este constructor tuviera claro y toda la intención de que dicha arma confeccionada causara una muerte, no se puede establecer una

responsabilidad penal, por ser una relación meramente causal. *“Por tanto, la causación, aun como causación adecuada o dolosa, resulta de manera manifiesta insuficiente para fundamentar por sí sola la imputación”* (Günter Jakobs, 1996, p.19).

Jakobs refiere como, si en todo contacto social todos tuvieran que considerar todas las posibles consecuencias de sus actos, la sociedad quedaría paralizada. No se producirían carros para evitar accidentes, no se producirían bebidas alcohólicas para evitar peleas entre personas ebrias y un sin número de ejemplos producto de esta circunstancia. Para Jakobs, la responsabilidad recae en personas específicas en situaciones específicas, producto de roles y expectativas sociales que les generan esta responsabilidad y su incumplimiento les es imputable; *“se imputan las desviaciones respecto de aquellas expectativas que se refieren al portador de un rol. No son decisivas las capacidades de quien actúa, sino las de un portador de rol, refiriéndose la denominación “rol” a un sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables; se trata, por tanto, de una institución que se orienta con base en personas”*. (p.21)

Esta figura del rol y su portador, es explicada por el jurista como:

(...) sistema de posiciones definidas de modo normativo, ocupado por individuos intercambiables; se trata, por tanto, de una institución que se orienta con base en personas. Las expectativas dirigidas al portador de un rol configuran el esquema de interpretación cuyo concurso es imprescindible para que puedan adquirir un significado socialmente vinculante las acciones individuales. (p.22)

Con respecto a este tema del rol, que se abordará más ampliamente en el siguiente capítulo, Jakobs lo determina como las responsabilidades del individuo dentro de su posición social, que son variables según el momento preciso en el que se encuentre. Por un ejemplo, el padre tiene el rol de proteger

a su hijo por su propia condición de padre, sin embargo, este mismo sujeto en caso de que ejerza o sea profesional en medicina, no se le podría responsabilizar por todas las personas que se cruza, cuando no se encuentra en cumplimiento de funciones propias de su cargo.

De igual manera, es importante tener claro, como el mismo Jakobs deja claro que la imputación objetiva, desde el punto de vista práctico tiene especial implicación en los delitos culposos (un claro ejemplo la jurisprudencia costarricense), no así en delito dolosos.

El carácter drástico del quebrantamiento del rol que es propio de muchos hechos dolosos ha conducido a que en este ámbito la imputación objetiva del comportamiento haya permanecido durante mucho tiempo oculta y aletargada, mientras qué, en el ámbito de los riesgos más próximos al riesgo general de la vida, campo en el que tienen lugar sobre todo hechos imprudentes, ha sido necesario desarrollar límites muy precisos para determinar si el significado de un comportamiento es o no delictivo. Dicho con un ejemplo: no hay duda de que disparar sobre un ser humano no está permitido, sin embargo, puede ser discutible cuáles han de ser las medidas de precaución a adoptar a la hora de circular marcha atrás con un automóvil. (p.23)

En relación con la responsabilidad como tal, Jakobs realiza una clara diferenciación entre las conductas producidas por omisión y lo que llama “comisión”. En relación con la omisión, Jakobs lo relaciona directamente con “la posición de garante”. *“En el ámbito de la omisión es evidente que no todos responden de cualquier consecuencia lesiva que estén en condiciones de evitar, sino que obligado sólo lo está quien es titular de una posición de garantía”*. (p.26)

La posición de garante, referente a la obligación de velar por el cuidado del bien jurídico, puede ser ejemplificado por la posición de los padres, de velar por el bienestar de los

menores, o el doctor al momento de realizar una intervención médica.

Ahora bien, desde el punto de vista de la comisión, para Jakobs existen límites fijados para estos roles que se cumplen en la sociedad y con esto eliminar la responsabilidad penal que podría imputarse por un resultado dañoso al sujeto que mantiene el rol. Estos cuatro institutos son los siguientes:

1) Riesgo permitido:

Tema eje de esta investigación, que se analizará ampliamente en el siguiente capítulo. Para Jakobs, son necesarios ciertos riesgos en una sociedad, basada en la tecnología y producción. Por lo que si bien, existe un riesgo que efectivamente tiene implicaciones para el Derecho penal, existen comportamientos que deben ser tolerados para el correcto funcionamiento social. *"(...) esto significa al mismo tiempo que el riesgo residual que subsiste está permitido, al menos en los casos normales"* (p.29)

2) Principio de confianza:

Para Jakobs, (...) *el comportamiento de los seres humanos se entrelaza, no forma parte del rol del ciudadano controlar de manera permanente a todos los demás; de otro modo, no sería posible la división del trabajo* (p.29) Bajo este principio, los seres humanos parten de la confianza en el comportamiento de sus semejantes para poder desarrollar su vida en comunidad, esto por medio de la división de funciones.

3) Prohibición de regreso

La prohibición de regreso, refleja un límite a la imputación como tal, donde no se pueden generar responsabilidades ilimitadas para los sujetos. "Por tanto, quien asume con otro un vínculo que de modo estereotipado es inocuo, no quebranta su rol como ciudadano aunque el otro incardine dicho vínculo en una organización no permitida" (p.31). Un claro ejemplo es la limitación de la

responsabilidad del sujeto que creó un arma de fuego, en la muerte de un sujeto al que le dispararon con dicha arma.

4) Competencia de la víctima

Refiere a cómo la propia víctima también puede tener responsabilidad en la creación del riesgo en su contra. *"(...) puede que el propio comportamiento de la víctima fundamente que se le impute la consecuencia lesiva, y puede que la víctima se encuentre en la desgraciada situación de hallarse en esa posición por obra del destino, por infortunio"* (p.34). Esta figura en la mayoría de las ocasiones es agrupada bajo el término del "consentimiento", que tiene claras implicaciones tanto en la causalidad como el resultado.

b. La imputación objetiva como elemento del Derecho penal

La imputación objetiva, como teoría para determinar la existencia de un resultado y la responsabilidad a un sujeto determinado, no fue la primera teoría que buscó explicar estas relaciones causales, no obstante, posterior a su concepción se constituyó como la tesis más aceptada por la doctrina, situación que se mantiene hasta la actualidad.

Bustos Ramírez (1998) referente con este punto indica como: *"De esta manera entonces la teoría de la imputación objetiva se desprendía totalmente de la teoría de la causalidad tanto en su versión primitiva como revisada y se erigía en una teoría propia al sistema penal, una alternativa plenamente sustentable frente a la teoría de la causalidad"* (p.212).

Rojas Chacón y Sánchez Romero (2009) en una investigación para el Ministerio Público de Costa Rica, refieren como el eje central de la imputación objetiva *"reside en determinar cuándo un resultado puede atribuirse a una persona como obra suya"* (p. 97)

Esta frase resume en gran parte todo lo referido con Jakobs, desde un punto de vista

práctico, la imputación objetiva es una teoría de imputación, cuya principal función reside en establecer cuáles son los parámetros para establecer la responsabilidad de un resultado a un sujeto específico. Sin embargo, esta imputación de resultado, más que determinarse por medio de causales naturales o físicas, desde un punto de vista jurídico *“Se trata entonces, como bien lo señala el profesor Javier Llobet, de una teoría de causalidad jurídica y no sobre la causalidad física que resulta aplicable para los delitos de resultado y los delitos de peligro concreto”*. (Rojas Chacón, 2009, p.97)

Por su parte González Castro (2008), utilizando como parámetro al jurista Muñoz Conde, determina lo siguiente en relación con la imputación objetiva: *“Por tanto, debe establecerse entre la acción ejecutada y el resultado generado, una relación directa que permita afirmar que una es consecuencia de la otra. Esta relación es la única que permite la imputación del resultado producido por el autor de la conducta y, por ende la responsabilidad penal”*. (p.197)

Por lo anterior, es claro como a pesar de existir distintas concepciones relacionadas con la imputación objetiva y su definición, existe cierta unanimidad por parte de la doctrina en que, consiste en una teoría jurídica que vincula una acción y un resultado y busca determinar si efectivamente existe un vínculo relevante para el Derecho penal.

Criterios tradicionales de imputación objetiva.

Rojas Chacón y Sánchez Romero (2009) elaboran tres criterios para establecer la existencia de causalidad jurídicamente relevante:

1) La creación de un riesgo no permitido: Bajo este criterio: *“(...) no hay creación ni incremento del riesgo, porque el resultado se hubiera producido de igual forma, aunque el autor hubiera actuado con la diligencia debida.”* (p.99) Por lo anterior, para establecer la existencia de dicha imputación se debe

crear un riesgo no permitido que efectivamente generará el resultado dañoso.

2) La realización de ese peligro o riesgo no aceptado en un resultado: *“(...) permite excluir la imputación de resultados que han sido consecuencia de cursos causales atípicos”*. (p.99) Bajo dicho criterio solamente el riesgo en el que se acepta el resultado tendría relevancia jurídico penal.

3) La producción del resultado dentro del fin o ámbito de protección de la norma infringida: Bajo dicho criterio: *“(...) nos permite solucionar casos en donde, aunque el autor ha creado o incrementado el riesgo que produce un resultado lesivo, este no se le imputa, porque no se produjo dentro del ámbito de protección de la norma”*. (p.100) Este criterio también encuentra fundamento en la teoría del bien jurídico, donde solamente tiene relevancia las acciones u omisiones que lesionen bienes jurídicos.

Una vez analizados los principales aspectos de la teoría de la imputación objetiva, en el próximo capítulo se abordará el riesgo permitido como límite para la existencia de un criterio de imputación.

II. Riesgo permitido

Tal como se indicó anteriormente, el riesgo permitido constituye uno de los principales límites a la aplicación de la imputación objetiva. En el presente capítulo, propiamente en la primera sección, se analizarán los aspectos generales del riesgo permitido, propiamente su definición, fundamentos doctrinarios, así como ubicación dentro de la teoría del delito para finalizar en las causas normativas y extra normativas que permiten su aplicación.

Finalmente, con el fin de analizar el tema desde un punto de vista práctico se analizarán resoluciones jurisprudenciales de tribunales costarricenses y se dará resolución a un caso específico.

a. Aspectos generales.

1. Definición y relación con la sociedad del riesgo.

Continuando con la línea argumentativa de Jakobs, en relación con el riesgo permitido indica lo siguiente:

En lo que se refiere a la concreción del riesgo permitido, lo más adecuado es comenzar con una determinación negativa, puesto que ésta es la que resulta más exacta: deja de estar permitido aquel comportamiento que el propio Derecho define como no permitido, prohibiéndolo ya por su peligrosidad concreta o abstracta, incluso bajo amenaza de pena o de multa administrativa. A través del establecimiento de la prohibición de la puesta en peligro -que cuando menos es de carácter abstracto-, el comportamiento queda excluido del ámbito de lo socialmente adecuado, y se define como perturbación de la vida social; esto acontece por la simple realización de un comportamiento así configurado sin tener en cuenta el resultado que se produce. (p.51)

Con respecto al riesgo permitido, bajo la tesis anterior, es claro que se configura como un instituto doctrinario que nace de la vida social. No puede el Derecho o el legislador establecer como punible toda situación que genere algún tipo de riesgo social. Jakobs comparte esta posición indicando como: *"(...) una sociedad sin riesgos no es posible y nadie se plantea seriamente renunciar a la sociedad, una garantía normativa que entraña la total ausencia de riesgos no es factible; por el contrario, el riesgo inherente a la configuración social ha de ser irremediabilmente tolerado, como riesgo permitido."* (p.44)

La creación del riesgo como tal, dentro de la sociedad, es un aspecto vital para su avance, esto propiamente en áreas como lo son en el comercio y el desarrollo de tecnologías. Sumamente relacionado con este aspecto el autor Ulrich Beck acuñó el término "sociedad del riesgo".

No queda nada que añadir al terrorífico pa-

norama (desplegado suficientemente en todas las partes del mercado de opinión) de una civilización que se pone en peligro a sí misma; tampoco a las manifestaciones de un Nuevo Desconcierto que ha perdido las dicotomías ordenadoras de un mundo del industrialismo «sano» pese a todos sus contrastes. (Beck, 1998, p.17)

A pesar de la existencia de dicho riesgo, es necesario para el avance de la sociedad que sean permitidos, tal como indica el autor Cruz Ártico (2014): *"si cada exposición a peligro estuviese receptada por el poder punitivo, los seres humanos cesarían sus actividades ante la amenaza de pena con la consecuente erosión de la dinámica social"* (p. 7), siendo que la doctrina fundamenta el motivo de esta circunstancia, como se verá a continuación.

2. Fundamentos de la doctrina del riesgo permitido

El autor Allen Martí Flores Zerpa (2024), realiza un interesante análisis de los fundamentos de la aceptación del riesgo en las sociedades actuales, resumiéndolos en los siguientes:

1) Utilidad social

El primer criterio para determinar si una acción debe ser tolerada como parte del riesgo propio de la sociedad es su utilidad social.

"(...) solamente las acciones que contradicen el fin fijado en una norma pueden ser antijurídicas, de modo que, en un caso particular, se ponderaría el fin de la norma y la utilidad social de la conducta particularmente realizada; de lo cual se obtiene que cuanto más importante sea el fin establecido en una norma y menos útil sea el fin perseguido por la acción a juzgar, menor debe ser el grado de peligrosidad, por ello la acción es antijurídica de cara a la norma" (p.258)

Este criterio sin lugar a dudas genera una serie de discusiones tanto a nivel moral como jurídico, ya que del mismo argumento es cla-

ro como existe una ponderación de bienes, donde el avance tecnológico de la sociedad se superpone a otros bienes jurídicos, como lo podría ser la vida, la integridad o el derecho a un ambiente sano. El auto refiere en relación con dicho criterio como:

“Resulta evidente que aludir a la utilidad social implica comprometerse con una perspectiva utilitarista de la creación y justificación de la norma, en el entendido de que toda norma implica una valoración de utilidad hecha por el legislador; este punto de vista ha sido objeto de crítica por Schürer-Möhr, según quien la libertad del individuo no puede verse limitada por el bienestar de la mayoría, en este sentido, se instrumentalizaría al individuo ilícitamente”. (p.258)

Si bien, ese argumento en contra parece ser totalmente atendible, lo cierto del caso, es que en la práctica las sociedades actuales que se encuentran alienadas a un consumismo excesivo así requerido por la mayoría de personas y comprometido por “un avance social”, no parece ser una opción detener esta productividad por existir otras personas que no se encuentren de acuerdo con estos riesgos.

2) Ponderación de intereses

Este principio se encuentra sumamente entrelazado con el criterio anteriormente indicado como se puede concluir de la siguiente afirmación: “(...) *acepta un riesgo en tanto que amplía la propia libertad de acción con el fin de que se posibilite el contacto social. Vale decir que esta idea tiene origen en su concepción de las normas penales, que, al ser sancionadas, regulan el comportamiento humano para posibilitar la vida en sociedad*” (p 259). Efectivamente, permitir ciertos riesgos es inherente al contacto social, esto sumado a la globalización que genera una interacción entre los individuos, donde la necesidad de contacto e interacción social con fines comerciales entre las sociedades se volvió prácticamente una necesidad.

3) Legitimación histórica

Finalmente, para el autor, existe una legitimación histórica en ciertos comportamientos riesgosos, han perdurado tanto en la historia de la humanidad o de ciertos lugares en específico, que se volvieron parte de la habitualidad, “*no se trata de que la historia sea la que lo legitima, sino que el consenso sobre la permisión de un riesgo ya se ha realizado con anterioridad, de modo que determinadas formas de actividad permitida se han transmitido históricamente (...) y por ello se aceptan como socialmente adecuadas*” (p 259).

3. Ubicación del riesgo permitido en la teoría del delito

Para Jakobs (1996), aceptar que una acción se encuentra dentro del riesgo permitido excluye su tipicidad.

Un comportamiento que genera un riesgo permitido se considera socialmente normal no porque en el caso concreto esté tolerado en virtud del contexto en el que se encuentra, sino porque en esa configuración es aceptado de modo natural. Por tanto, los comportamientos que crean riesgos permitidos no son comportamientos que hayan de ser justificados, sino que no realizan tipo alguno. (p. 49)

Sin embargo, el autor admite que, en algunos momentos, existen riesgos permitidos que, si bien pueden crear situaciones típicas, también pueden contar con causas de justificación. Lo anterior lo ejemplifica de la siguiente manera: un conductor que conduce a una velocidad de 69 kilómetros por hora por un lugar en el que está permitido y es adecuado conducir a 70 kilómetros por hora no defrauda ninguna expectativa, con independencia de la finalidad que persiga con su viaje, pero el conductor de una ambulancia que circula por el mismo sitio a una velocidad de 75 kilómetros por hora para dirigirse al lugar en el que debe prestar su servicio, precisa de la situación de necesidad como

contexto para que, de modo excepcional, su comportamiento sea tolerado (precisamente, debido al contexto) (p. 50)

Esta posición también en relación con la ubicación del sustento del riesgo permitido es tratada por la jurista de la Paz López, quien determina como se puede establecer tanto como causa de justificación legal, como un elemento que no genera un daño al bien jurídico tutelado.

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 supralegal. 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 hecho. (de la Paz López, p. 16)

La misma autora hace referencia a otras posiciones doctrinarias que lo determinan como un eximente de la acción jurídicamente relevante. *“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 acción. 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”*.

De las posiciones referidas, parece que efectivamente estamos ante un supuesto que excluye la tipicidad de la acción, ya que, en la mayoría de los casos, no tendría que analizarse la antijuridicidad del comportamiento, al no cumplirse con los elementos del tipo. Si efectivamente estamos ante una situación de un riesgo que se permitió por el legislador, no podría tipificarse como un delito. En caso

de que el comportamiento sea tipificado en la norma penal como delito, entonces ya no estaríamos ante un riesgo permitido. No obstante, autores como Jakobs y Paz López sostienen que, en escenarios específicos, el comportamiento podría resultar típico, pero el riesgo permitido actuaría como una causa de exclusión de la antijuridicidad.

Las causas de justificación constituyen normas de permisión para realizar una conducta que, en otras circunstancias, no estaría permitida. Por tanto, si bien es necesario, por obvias razones procesales, examinar caso por caso todos los supuestos en los que se produce una lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos 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. (de la Paz López, p. 17)

4.Causales normativas y extra normativas

En relación con el riesgo permitido, la doctrina ha determinado que existen dos criterios para establecer su aceptación, propiamente los legales y extra legales. Cruz Ártico (2014) los define como normativos y extra normativos de la siguiente manera:

1) Normativo

Para la determinación de si un riesgo es jurídicamente desaprobado lo importante no es lo que el individuo pudo hacer para evitar el resultado, sino lo que debió haber hecho para impedirlo, con lo cual se abandona un criterio subjetivo como el hombre prudente para adoptar uno objetivo fundamentado en la existencia de una posición de garante. Ello presupone la confrontación de la acción desarrollada con una conducta hipotética que es la que debió haberse desarrollado. (p.12)

Este criterio, vincula la responsabilidad del sujeto directamente con su posición de garante frente al evento específico. Bajo este presupuesto, el agente asume la obligación

legal de velar por la tutela del bien jurídico protegido.

2) Extra normativo.

Se propone hacer un balance comparando las desventajas y ventajas de un comportamiento y si son límites socialmente tolerables. Este balance no obstante, por su propia estructura debería hacerse de forma independiente en relación con cada tipo penal y dependería en buena parte de si el autor ha actuado dolosa o imprudentemente. (p. 11)

El criterio extra normativo, más que limitarse a un sustento legal estricto para determinar si la acción del sujeto se mantuvo entre los márgenes de exigibilidad normativa; evalúa si al agente le era exigible actuar de cierta forma bajo parámetros socialmente tolerables.

Ante esta falencia se recurrió al hombre prudente -análogo al buen padre de familia del derecho civil-, una figura imaginaria cuyo comportamiento diligente, reflexivo y cuidadoso debería ser tenido como punto de comparación con la conducta llevada a cabo para así establecer si el peligro que ésta crea es desaprobado o no. Sin embargo, la alusión genérica a este arquetipo carece de precisión y exhibe una innegable falta de realismo, dado que esta persona modelo desarrolla sus actividades bajo unas condiciones ideales con las que casi nunca se cuenta en la vida real, sobre todo en los casos en los que se presenta una situación riesgosa. (p. 11)

Tal como lo indica el autor, se recurre entonces a la figura de un hombre prudente y cómo actuaría en el momento específico, esto con el fin de establecer si efectivamente la acción se le puede imputar o por el contrario se encontraba ante la existencia de un riesgo permitido.

El autor resume la deposición de la siguiente forma:

Las reglas de conducta social se pueden manifestar de varias maneras.

1- Mediante las normas: existen oportunidades en las cuales pese a un estricto cumplimiento de la reglamentación se genera un riesgo jurídicamente desaprobado.

2- Mediante el análisis de la situación concreta: como se dijo, las normas constituyen un indicador respecto de la permisión de los riesgos, al que debe sumarse el análisis de la exigibilidad personal y temporal de las mencionadas reglamentaciones, esto es, de la situación concreta en que al autor se hallaba al producir riesgo analizado. (p. 12 y 13).

Una vez definidos los principios doctrinarios que determinan la existencia del riesgo permitido y si es aplicable a un caso concreto o no, se realizará un análisis jurisprudencial, con el fin de establecer el tratamiento brindado por la jurisprudencia costarricense al tema.

b. Revisión jurisprudencial

El riesgo permitido se ha valorado ampliamente por parte de la jurisprudencia costarricense. Sin embargo, es importante indicar que se ha utilizado para la resolución de casos principalmente culposos. De igual manera, es importante delimitar que se valorará solamente jurisprudencia de la Sala Tercera de la Corte Suprema Justicia, esto como tribunal máximo costarricense en materia penal.

Mediante la resolución del año 1993, se determinó lo siguiente:

De consiguiente, si hay un riesgo permitido, dentro de lo que se denomina acción socialmente adecuada, es claro que la culpa penal es una acción que excede la permisión del riesgo, por lo que se trata de una acción socialmente inadecuada. En el caso de autos, se describe la acción del imputado García Vargas quien, por conducir un vehículo a «exceso de velocidad» por una vía debidamente demarcada, no pudo evitar la in-

vasión del carril contrario a aquel por donde circulaba, chocando de frente contra una motocicleta que estaba detenida cediéndole el paso y produciendo las lesiones a Beita Altamirano y Jiménez Gómez (v. fl. 162 ff. y vt.). La permisión de transitar por las vías públicas a velocidades que hacen posible la causación de resultados lesivos a bienes jurídicos no es ilimitada, y llega no solo a las autorizaciones que la ley o los dispositivos fijos de tránsito establecen, sino que se reduce (el permiso) de acuerdo a las circunstancias de tiempo y lugar como por ejemplo un accidente en carretera, la presencia de operarios en la vía o de niños atravesando la calzada, lluvia, neblina, derrumbes, etc. En el presente caso, tiene acreditado el a quo la conducción de un automotor a una velocidad tal que hizo imposible su maniobrabilidad, lo que se constituyó en causa directa de las lesiones de los ofendidos. Es muy claro que se excedió el riesgo permitido y, en términos generales, la falta al deber de mantenerse dentro de los límites de la permisión es configurativa de la culpa penal. (Resolución N.º 00511 – 1993)

En esta primera resolución, se determina como la aplicación o vigencia de vieja data en la jurisprudencia de la figura del riesgo permitido y la culpa como un exceso para este riesgo, lo que genera es que sea jurídicamente relevante, así como reprochable al encartado.

Por su parte, la resolución número 00510 – 1996 incorpora un elemento sumamente relevante, ya que realiza una valoración referente a la actuación de un hombre prudente, aspecto relacionado a un criterio extra normativo como se analizó anteriormente, no obstante, el caso se analiza por medio de la existencia de culpa en un accidente de tránsito.

El Tribunal de mérito aplicó incorrectamente -se alega- el artículo 79 de la Ley de Tránsito al “decir que el imputado violó el deber de cuidado (al extremo que el tribunal sostiene la tesis de que podría hablarse de un dolo eventual y recalificar el hecho como homici-

dio simple), **porque si bien es cierto el artículo 79 prevé la conducción defensiva pero ésta no puede ser excesiva, es decir, el conductor tiene que tener la prudencia de un buen padre de familia pudiendo prever situaciones normales pero nunca las anormales porque sería pedirle una diligencia que no podríamos exigirle a un hombre medio”** (sic, folio 157 vltº y 158 fte). El punto central que se alega se sustenta en que los jueces se equivocaron al aplicar ese artículo por cuanto lo que se exigió al encartado va más allá de lo que se puede pedir a un “hombre medio”. Este aspecto quedó en parte explicado en los dos considerandos anteriores por cuanto la conclusión a que llegaron los jueces fue el resultado de la evaluación de todos los elementos de juicio. En ningún momento exigieron una conducta anormal, pues de los hechos acreditados quedó claramente establecido que Z.H. tuvo el tiempo y la distancia necesarios para tomar medidas de precaución con las cuales pudo evitar el lamentable resultado.” (Resaltado no es del original)

Finalmente, la resolución número 01118 – 2021, que es relativamente actual, analiza de forma amplia el riesgo permitido, definiendo tal como se concluyó anteriormente, que el riesgo permitido excluye la tipicidad de la conducta. De igual manera, define el riesgo permitido como “un límite” donde posterior a que se traspasa es que nace la responsabilidad penal.

Dentro de la conceptualización de la tipicidad culposa, el riesgo constituye un insumo de importancia para el análisis, toda vez que no todo riesgo resulta relevante para el derecho penal, debido a que la cotidianidad del ser humano transcurre de forma paralela con el desarrollo de actividades riesgosas, siendo uno de los ejemplos clásicos la conducción de vehículos. Algunas conductas riesgosas son toleradas socialmente, por lo que se les denomina “riesgos permitidos”, lo que implica que, a pesar de crear peligro para uno o varios bienes jurídicos, es reconocida por el ordenamiento jurídico dentro de ciertos márgenes de acción. Al respecto Roxin indi-

ca que el riesgo permitido se refiere a “una conducta que crea un riesgo jurídicamente relevante, pero que de modo general (independientemente del caso concreto) está permitida y, por ello, a diferencia de las causas de justificación, excluye ya la imputación al tipo objetivo.” (Roxin, Claus. “Derecho Penal Parte General”. Editorial Civitas. Madrid, España, 1997. Pág. 371). Las actuaciones que se realizan dentro del riesgo permitido impiden la imputación del tipo objetivo, por cuanto se entiende que no existe una infracción al deber de cuidado, mientras que el incremento del riesgo posibilita la imputación. Sin embargo, tomando en consideración que el resultado no puede considerarse como una simple constatación de un proceso causal, es necesario que se efectúe un análisis con una perspectiva *ex ante*, en el que se determine si, con la eliminación de la conducta riesgosa, el resultado se habría evitado. Es decir, el resultado debe ser objetivamente imputable a la acción efectuada con infracción al deber de cuidado o, dicho de otra manera, el peligro creado por la acción debe haberse concretado en el resultado dañoso. En aquellos casos en que el resultado se habría generado a pesar de que el autor hubiese actuado cumpliendo el deber objetivo de cuidado, la tipicidad se excluye. Al respecto la doctrina refiere que para efectuar una imputación justa “ha de comprobarse, como una posibilidad rayana en la certeza, que el resultado se ha producido a causa de la lesión del cuidado, en otro caso hay que absolver”. (Welzel, Hans. “Derecho Penal Alemán”. Editorial Jurídica. Chile, 2004. Pág. 194). El cuidado debido requiere la previsión de los riesgos y la toma de medidas adecuadas para evitar el peligro, por lo que existirá una infracción a este, tanto por quien no previó el riesgo, como por el que no tomó las medidas que le eran exigibles para evitar el daño. El riesgo permitido entonces se convierte en una suerte de límite, a partir del cual inicia la responsabilidad penal por imprudencia. En consecuencia, existirá una acción imprudente con relevancia jurídica, cuando el agente rebase el riesgo permitido y ocasione el resultado típico. Para determi-

nar los parámetros del riesgo permitido, el juez se podrá guiar con lineamientos derivados de la legislación, reglamentos, los usos sociales e incluso la experiencia en el desarrollo de ciertas actividades. Sin embargo, será las circunstancias del caso concreto las que determinen si existió o no una infracción al deber de cuidado.

Finalmente se analizará un caso en específico, con el fin de abordar la aplicación práctica de la imputación objetiva, propiamente el riesgo permitido.

c. Análisis de caso práctico

Exposición del caso

Un sujeto es acusado porque derribó una estructura de caza de tres metros de altura, sobre la cual se encontraba sentado su tío (adulto mayor). Si bien se acreditó que el encartado quiso lesionarlo corporalmente, no se logró probar la existencia de dolo de muerte. La caída fue relativamente leve, dado que la víctima sufrió en un primer momento, sólo una grave fractura de tobillo.

Cuando luego de su tratamiento fue dado de alta, no se le advirtió de la necesidad de hacer ejercicios diarios de movimiento, ni se le prescribió un medicamento anticoagulante para prevenir el riesgo de una embolia.

El paciente estuvo en cama varias semanas hasta que finalmente enfermó de una pulmonía y de una embolia que ya no pudieron controlarse, muriendo a causa de esto.

Sin embargo, resulta ya problemático determinar si el resultado de muerte es imputable al autor por imprudencia, ya que por la omisión de una disposición médica relativamente sencilla y siempre indicada habría podido impedirse.

Aquí se cumple con el requisito de la causalidad y también de la causalidad de la infracción del deber de cuidado, pues no cabe duda de que el tío estuvo obligado a

permanecer en cama durante varias semanas por el padecimiento en su pie. Que es contrario al deber de cuidado derribar a otro que está a tres metros de altura en un puesto de caza, que precisamente estas características descuidadas de la conducta del autor han condicionado la fractura del tobillo, son cuestiones que no necesitan discutirse.

Una interrupción de la imputación podría fundamentarse en el requisito de continuidad, pues el estado del paciente después de la asistencia médica por la fractura y el riesgo unido a ella de una embolia y de una pulmonía por falta de movimiento, deberían considerarse permitidos. Esto podría fundamentarse en que el riesgo se habría eliminado simplemente con el comportamiento adecuado del médico y del paciente. Sin embargo, fue el sobrino el que puso al médico y al paciente en situación de tener que observar cierto cuidado para minimizar el riesgo de una pulmonía o embolia mortales.

Además, en tanto pueden presentarse graves errores en el servicio masivo de una clínica moderna, incluso los más graves, especialmente omisiones, no existe razón lógica para eximir al autor inicial por haber expuesto a la víctima a tal riesgo médico, incluso si esto deviene en un error grave. Esto rige con independencia de si este error consiste en una omisión o en una acción.

Si el primer autor se queja de que el segundo autor lo ha comprometido en la responsabilidad por el segundo resultado mediante su conducta negligente, el segundo autor puede señalar que el primer autor lo ha puesto en situación de tener que observar cierto cuidado para prevenir el riesgo del segundo daño.

Cuestionamiento: ¿Es posible establecer la existencia de un riesgo permitido de error médico en este asunto que agrave la conducta delictiva del primer autor?

Con respecto al sobrino, no existe una conducta que le pueda ser achacable al resul-

tado muerte. Nótese como hubo una interrupción en la línea causal de la acción que realizó. Si bien, realizó la acción que provocó la lesión de su tío, no podría acreditarse una relación causal entre dicha lesión, que fue debidamente tratada, por profesionales, con el resultado muerte, producto de la “mala praxis” médica.

Si se refiere como primer autor, al doctor que atendió y “no advirtió de la necesidad de hacer ejercicios diarios de movimiento, ni prescribió un medicamento para licuar la sangre y prevenir, así, el riesgo de una embolia”, efectivamente estamos ante la existencia de un error médico que sobre pasa la existencia de un riesgo permitido.

Con respecto a la medicina su práctica profesional por medio de profesionales en la salud, efectivamente, existe una aceptación social con respecto a los riesgos de su aplicación.

En el presente caso, existía por parte de los médicos tratantes, un “rol social” del médico, donde debe aplicar sus conocimientos especializados, lo que le otorga una posición de garante con respecto al ofendido y al omitir indicar la información correspondiente a los ejercicios que debía realizar y no prescribir el medicamento necesario, incurrió en una falta al deber objetivo, por lo que su accionar efectivamente es típico (acción por omisión) en el delito de homicidio culposo.

III. Conclusión

Finalizada la presente investigación se logró abarcar el tema de la imputación objetiva y sus dimensiones, así como limitaciones como figura en el Derecho penal; específicamente el riesgo permitido como parte de dicha teoría.

El riesgo permitido, como figura jurídica limita la responsabilidad penal de los individuos que forman parte de la sociedad, sociedad que como se determinó en la investigación, es una sociedad del riesgo. Y es que, si bien

existen distintos riesgos propios, en actividades que se volvieron rutinarias, como el transporte tanto vehicular como en otros medios, como barcos o aviones, así como en el uso de las tecnologías, se puede concluir que estos riesgos son necesarios para el desarrollo y avance de la sociedad como un todo.

De igual manera, se lograron verificar cuáles son los prepuestos que permiten determinar que efectivamente el riesgo permitido es necesario en la sociedad actual, así como la ubicación de este riesgo permitido como componente en la teoría del delito. Se concluyó que el riesgo permitido si bien es analizado en la tipicidad de la conducta, existen casos específicos donde algunas conductas típicas se encuentran amparadas en causas de justificación, como podría ser el caso de un conductor de una ambulancia que conduce en exceso de velocidad por una emergencia.

Finalmente, se analizó la jurisprudencia de la Sala Tercera de Corte Suprema de Justicia, que permitió delimitar como efectivamente en casos de delitos culposos, la jurisprudencia ha reconocido desde vieja data la aplicación del riesgo permitido, así como su análisis en el tipo penal y necesidad de permitirse ciertos riesgos por ser necesarios para la sociedad.

Bibliografía

Beck, U. (1998) La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad. Editorial Paidós Ibérica. España.

Cruz Artico, J. (2014) El riesgo permitido en el derecho penal: fundamentos y determinación. Tesis de grado. Universidad Nacional del Noroeste. Argentina.

De la Paz López, M. (2018) Riesgo Permitido y Responsabilidad Penal. Universidad de la Laguna, España.

Flores Zerpa, A. (2024) Miranda Díaz D. (2017). Observaciones al fundamento del riesgo per-

mitido. Tesis de grado. Revista Derecho Penal y Criminología, vol. 46, N.º 120. Consultado en <https://share.google/vMBt8rIXfDA5FS5JE>

González Castro. J. (2008) Teoría del Delito. Programa de Formación inicial de la Defensa Pública de Costa Rica. Poder Judicial. Costa Rica.

Jakobs, G. (1996) La imputación objetiva en el derecho penal. Editorial AD-HOC. Argentina.

Rojas Chacón, J. (2009) Teoría del Delito. Aspectos teóricos y prácticos. Tomo I. Unidad de Capacitación y Supervisión del Ministerio Público de Costa Rica.

Villela, R. Compilador. (1998) Teorías Actuales en el Derecho Penal. Editorial AD-HOC. Argentina.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución número: 00511 – 1993.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución número: 00510 – 1996.

Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. Resolución número: 01118 – 2021.

TRIBUNA LIBRE

EDICIÓN
DIGITAL

Edición 20 / 1, Abril 2026

Costa Rica