

OBSERVACIONES AL FUNDAMENTO DEL RIESGO PERMITIDO*

*Allen Martí Flores Zerpa***

Resumen: En este trabajo se analizan los diversos fundamentos del riesgo permitido: utilidad social, ponderación de intereses y la legitimación histórica. Posteriormente, se tiene como punto de partida metodológico que, de acuerdo con división de poderes, la función interpretativa del derecho solo les corresponde a los jueces; así mismo, que la pregunta por el fundamento de los conceptos jurídicos tiene importancia secundaria para la aplicación válida de las reglas jurídicas. De este modo, se proponen críticas a cada uno de los fundamentos del riesgo permitido. Finalmente, se concluye que el problema que se pretende solucionar pertenece a la aplicación de normas; es necesario un estudio específico del problema y la revisión del estado actual del riesgo permitido.

* Parte de este trabajo es el resultado del trabajo de fin de máster presentado en la Universidad Autónoma de Madrid (España) y la tesis de licenciatura en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). Agradezco especialmente al director del trabajo de fin de máster, el Prof. Dr. Fernando Molina Fernández, por su guía, acompañamiento y debate de mis ideas, así como al Prof. Dr. Bernardo Fejjóo Sánchez por darme la idea de investigar esta temática; asimismo al Prof. Dr. José Urquizo Olaechea, quien me ayudó a afinar varias de las ideas que contiene el presente texto en el marco de mi tesis de licenciatura. Fecha de recepción: 18 de marzo de 2024. Fecha de aceptación: 29 de julio de 2024. Para citar el artículo: Flores Zerpa, Allen Martí. “Observaciones al fundamento del riesgo permitido”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 46, n.º 120 (enero-junio de 2025), pp. 253-285. doi: <https://doi.org/10.18601/01210483.v46n120.10>

** Máster en Derecho Penal por la Universidad Autónoma de Madrid (España), máster en Derecho Penal Económico por la Universidad Internacional de la Rioja (España) y licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). ORCID: 0000-0003-2088-466X. Correo electrónico: allen.floresdp@gmail.com.

Palabras clave: riesgo permitido, utilidad social, ponderación de intereses, legitimación histórica, interpretación, normas.

REMARKS ON FOUNDATION OF ALLOWED RISK

Abstract: The following article analyzes the variety of foundations of allowed risk, in particular: social utility, weighting of interests and historical legitimation. Subsequently, the methodological starting point is that, in accordance with the division of powers, the interpretative function of the law corresponds to the judges. Likewise, the foundation of legal concepts is of secondary importance for the valid application of legal rules. In this way, critics are proposed for each of foundations. Finally, it is concluded that the problem belongs to the application of norms. Therefore, a specific study of the problem is necessary and the inspection of status of allowed risk.

Keywords: allowed risk, social utility, weighting of interests, historical legitimation, interpretation, norms.

INTRODUCCIÓN

Resulta común en la doctrina considerar que el riesgo permitido está íntimamente vinculado al concepto de “sociedad del riesgo”¹ –teniendo en cuenta la propuesta de Beck–, en el entendido de que actualmente han proliferado las actividades peligrosas de fuente humana como consecuencia del desarrollo exponencial de la técnica ligada a la industrialización, creando un nuevo ámbito que repercute en el derecho penal²; sin embargo, si consideramos que la alusión a la “sociedad del riesgo” contiene una referencia indirecta a la tolerancia de actividades peligrosas, entonces hay que tener en cuenta que Binding ya en 1919³, con base en los trabajos de Mommsen sobre el derecho penal romano, identificó indicios jurídicos estáticos de la tolerancia de conductas peligrosas en las reglas de los campeonatos en la antigua Roma o en la Baja Edad Media, particularmente demostrado por el eslogan para la navegación de las hansas: *navigare necesse est, vivere non necesse*, que, en referencia a la actividad navegante, denotaba la aceptación particular de consecuencias dañinas –incluso para la vida– a cambio de un interés general⁴.

-
- 1 En este sentido, por ejemplo, Preuß, Wilhelm. *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*. Berlín, Duncker & Humblot, 1974, p. 15, o Corcoy Bidasolo, Mirentxu. *El delito imprudente*. Montevideo, BdeF, 2005, p. 295.
 - 2 Así, Mendoza Buergo, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid, Civitas, 2001, y Beck, Ulrich. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986.
 - 3 Binding, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*, t. IV. Leipzig, 1919, pp. 436-437.
 - 4 Si bien, respecto de estos dos ejemplos, Prittwitz, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*. Frankfurt, Vittorio

Pese a tener razón quienes consideran que en la sociedad contemporánea se observa una mayor proliferación de riesgos, la idea misma de “riesgo” o “riesgoso” está arraigada desde hace mucho en los animales humanos, muy probablemente –propuesto así por Prittwitz⁵ a modo de hipótesis– al tomar consciencia de que existen situaciones que no pueden ser atribuibles a vicisitudes divinas y que, por el contrario, dependen del control humano.

En el panorama jurídico-penal la cuestión de la tolerancia de conductas peligrosas ha tenido especial atención al momento de tratar la valoración de la conducta desplegada por el agente y su calificación como infractora de la norma; sobre todo cuando las conductas podrían no calificar como un caso prohibido, pese a la “realización” de la conducta prescrita por el tipo penal. Esta problemática ya había sido identificada por Ludwig von Bar, quien resaltó la existencia de ciertos riesgos *irrelevantes* para el derecho penal al “corresponderse con necesidades regulares para nuestras vidas”⁶. Tal perspectiva, al orientarse a la regularidad como elemento de limitación a la causalidad⁷ y al haber identificado casos que se realizan de acuerdo con las reglas de la técnica⁸, sería un precursor de la actual teoría del riesgo permitido, ya que el sentido jurídico moderno en el que se usa el concepto de “riesgo” empezó con Binding⁹ en el marco de su propuesta de delimitación entre los delitos imprudentes y las “acciones con riesgo moderado” (*Handlungen mit maßvollen Risiko*), cuya explicación la dio a partir de afirmar la existencia del “riesgo admisible” (*statthaftes Risiko*)¹⁰ como delimitador de conductas relevantes o irrelevantes jurídicamente.

La delimitación de Binding no fue antojadiza: tiene lógica a partir de vincular los delitos imprudentes y las acciones peligrosas, basándose para ello en los trabajos de Grolman, quien identificó al delito imprudente como una acción peligrosa¹¹, y de

Klostermann, 1993, pp. 268-270, ha enfatizado en que el primero no era más que una excepción que, por más que coincida con la estructura actual del riesgo permitido, constituyó un caso excepcional probablemente con mejor explicación desde el consentimiento y que el segundo excede los límites del concepto actual del riesgo permitido; lo cierto es que identificar ciertos riesgos irrelevantes o tolerados por la generalidad es –tal como lo habría propuesto Binding, según Schürer-Mohr, Wiebke. *Erlaubte Risiken: Grundfragen des „erlaubten Risikos“ im Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik*. Peter Lang, 1998, pp. 33-34– un “problema atemporal” (*zeitloses Problem*) y una “gran idea jurídica”. Binding, Karl, ob. cit., 1919, pp. 436.

5 Prittwitz, Cornelius, ob. cit., 1993, pp. 33-34.

6 Von Bar, Ludwig. *Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechts*. Leipzig, Tauchnitz, 1871, p. 14.

7 Precisado así por Goeckenjan, Inge. *Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, p. 77.

8 Entendido de ese modo por Preuß, Wilhelm, ob. cit., 1974, p. 15, y Hoyer, Andreas. “Erlaubtes Risiko und technologische Entwicklung”, *ZStW*, vol. 121, n.º 4, 2009, p. 863.

9 Hoyer, Andreas, ob. cit., 2009, p. 864.

10 Binding, Karl, ob. cit., 1914, pp. 432 y ss.

11 Grolman, Karl. “Über die Begriffe von Dolus und Culpa nebst einer Anwendung auf die Frage: Ob

Stübel, quien transformó todos los delitos imprudentes en delitos de peligro doloso¹². Tal vínculo generó la necesidad doctrinal de identificar casos de riesgo permitido en el seno de los delitos imprudentes¹³. Su influencia se verifica –a su vez– en la distinta alusión a este elemento mediante otros términos por doctrinarios; verbigracia: von Kries y la “regla de vida”; Frank y el “uso social preponderante” (*überwiegendes soziales Risiko*); la “cautela descuidada” (*vernachlässigte Vorsicht*), de von Hippel; el “riesgo determinado admitido” (*gewisses Risiko gestattet*), de Mezger; el “peligro normal” (*normale Gefahr*), de Miricka; las “acciones en peligro ajeno” (*Handlungen auf fremde Gefahr*), de Exner; las “acciones valiosas socialmente a pesar de su inequívoco peligro”, de Graf zu Dohna, y la “autorización de excepción” (*Ausnahmebefugnis*) de Köhler¹⁴.

Pese a la consolidación de esta idea exclusivamente ligada a los delitos imprudentes, el estado actual de la aplicación de esta idea se ha extendido a los delitos dolosos, las tentativas, las omisiones, etc. Es aquí donde radica la necesidad y actualidad de evaluar el fundamento de esta figura teórica y establecer cuáles son los alcances que ella tiene o de dónde se parte para afirmar su “existencia” como concepto jurídico válido; posteriormente se evaluarán críticamente cada uno de los argumentos, todo ello con la finalidad última de valorar la necesidad de tenerla en cuenta al momento de resolver los casos que pretende.

I. FUNDAMENTOS DEL RIESGO PERMITIDO

El tratamiento mayoritario del riesgo permitido ha encontrado lugar en el marco de la teoría de la imputación objetiva, al afirmarse que la infracción de la norma prescrita por el tipo penal se determina a partir de la creación de un riesgo y su realización en

Unmündige dolose Verbrechen begehen können?”, *Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde*, t. 1, 1804, pp. 3-50.

12 Afirma, singularmente, que “lo que entiendo por ‘imprudencia’ es lo que la mayor parte de criminalistas llama ‘dolo indirecto’”: Stübel, Christoph Carl. *System des allgemeinen Peinlichen Rechts mit Anwendung auf die in Chursachsen geltenden Gesezze besonders zum Gebrauche für academusche Vorlesungen*. Leipzig, Sommerschen Buchhandlung, 1795, p. 74; y sobre su argumentación para la caracterización de delitos imprudentes en dolosos de peligro véase Stübel, Christoph Carl. “Ueber gefaehrliche Handlungen als fuer sich bestehende Verbrechen, zur Berichtigung der Lehre von verschuldeten Verbrechen, nebst Vorschlaegen zur gesetzlichen Bestimmung ueber die Bestrafung der erstern”, *Neues Archiv des Criminalrechts*, t. 8. Halle, 1825, pp. 278 y ss. Para un estudio meticuloso en español de los planteamientos en teoría del delito e imprudencia de Grolman y Stübel, véase Molina Fernández, Fernando. *Antijuricidad penal y sistema del delito*, 3era. Ed. Buenos Aires, BdeF, 2021, pp. 112-121, 137-161, 811 y ss.

13 Feijóo Sánchez, Bernardo. *Imputación objetiva en el derecho penal. Nuevos alcances*. Argentina, Olejnik, 2017, p. 440.

14 Al respecto véase esta enumeración en Pastor Muñoz, Nuria. *Riesgo permitido y principio de legalidad*. Barcelona, Atelier, 2019, pp. 43-44.

el resultado¹⁵; se identifica entonces una “relación de riesgo”. Es precisamente el primer nivel de análisis de conductas de cara a los tipos penales en el que ha hallado su lugar, al ser donde (aunque parece redundante) el riesgo creado es permitido; aunque, como afirma Feijóo, “la expresión riesgo permitido explica una conclusión, no el fundamento de porqué ciertos riesgos o conductas están permitidos”¹⁶. He aquí la relevancia, a efectos de nuestro análisis, de adentrarnos en el fundamento que en doctrina se ha ensayado para justificar la existencia de este concepto y su posterior aplicación.

A. Utilidad social

La *utilidad social* como fundamento del riesgo permitido se encuentra en los primeros trabajos de Roxin sobre delitos imprudentes¹⁷ e imputación objetiva¹⁸, donde afirmó que el riesgo permitido se ubica en “casos de superior utilidad social” (*Fällen überwiegender sozialer Nützlichkeit*) en los que el legislador admite el riesgo hasta un determinado límite; esta conceptualización fue seguida en su momento en España por Mir Puig¹⁹. En la doctrina peruana, pareciere que Villavicencio sigue esta misma idea²⁰.

La referencia a la utilidad social en el marco de la teoría del delito no es una contribución originaria de Roxin: Hübner identifica esta idea en el pensamiento de Franz Müller, quien consideró que “solamente las acciones que contradicen el fin fijado en una norma pueden ser antijurídicas”²¹, de modo que, en un caso particular, se ponderaría el fin de la norma y la utilidad social de la conducta particularmente

- 15 Así, entre otros, Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Barcelona, Bosch, 1981, p. 389, y Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*, 2.ª ed., Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2003, p. 259, aunque Puppe, Ingeborg. “Die Lehre von der objektiven Zurechnung und ihre Anwendung – Teil 1”, *ZJS*, n.º 5, 2008, p. 488, se manifiesta su contrariedad a esta fórmula, porque en sí misma no dice nada de qué es un riesgo no permitido o qué relación debe haber entre este y el resultado cuando aquel se ha “realizado”.
- 16 Feijóo Sánchez, Bernardo. *Resultado lesivo e imprudencia: estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”*. Barcelona, Bosch, 2001, p. 286.
- 17 Roxin, Claus. “Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten”, *ZStW*, vol. 74, n.º 3, 1962, pp. 430 y ss.
- 18 Roxin, Claus. “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht”, en *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag*, Göttingen, Schwartz, 1970, p. 138.
- 19 Mir Puig, Santiago, ob. cit., 2003, aunque más adelante, con cierta modificación, lo denomina “riesgo socialmente adecuado”, en Mir Puig, Santiago. *Derecho penal parte general*, 10.ª ed. Barcelona, Reppertor, 2016.
- 20 Villavicencio Terreros, Felipe. *Derecho penal. Parte general*. Lima, Grijley, 2006, p. 324 y ss., aunque no estamos seguros de ello ya que termina aceptando todas las posibilidades de fundamentación: tanto la “ponderación de intereses” como “normalidad social”, citando a Jakobs.
- 21 Hübner, Christoph. *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*. Berlin, Dunker & Humblot, 2004, p. 136.

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”²².

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”²³. Desde otro punto de vista, Jakobs se suma a las críticas considerando que en todos los casos de riesgo permitido no se puede identificar nítidamente un balance de costos y beneficios, ya que haría falta “un modelo social suficientemente concreto y a su vez vinculante con el cual se pudiera determinar las desviaciones en clase y medida”²⁴. Esta crítica ha permitido a Pastor Muñoz concluir que el cálculo de utilidad social presupone una decisión valorativa que implica determinar previamente los valores de la sociedad, por lo cual este modelo “es metodológicamente incompleto”²⁵ al necesitar responder a preguntas previas referidas a los valores que son vigentes en la sociedad; luego de determinarlo recién será posible hacer un adecuado juicio de utilidad.

En esta misma línea argumentativa, Pastor afirma que hay dos variantes del argumento de la utilidad social; la primera sería un balance cuyo referente es la sociedad en su conjunto, y la otra, personificada en la “utilidad social preponderante” de Frank, que no haría alusión al balance social, sino a la aceptación social de las conductas; así, “el *fundamento* de la legitimidad es la aceptación social, mientras que la utilidad –la valoración de la actividad arriesgada como útil– es únicamente la *razón* de dicha aceptación”²⁶. Sin embargo, la argumentación usada por Pastor para diferenciar y establecer dos vertientes del argumento resulta circular; no hay motivo para diferenciar “fundamentos” de “razones” si en la misma frase ambos términos pueden ser intercambiables y tener el mismo significado; además, aunque se aluda a la ponderación global o aceptación social, la crítica que particularmente hacen Schürer-Mohr o Jakobs no se refiere a alguna forma de valoración utilitarista específica, sino a aquello que subyace a ambas, o sea la “utilidad social” como valoración que implica el sacrificio de ciertos bienes en favor de otros por resultar útil

22 Müller, Max Ludwig. *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensatzrecht*. Tübingen, Mohr, 1912, p. 38, pero hay una diferencia obvia entre la propuesta de Roxin y Müller: mientras que el primero lo propone como explicación de creación de normas permisivas, el segundo lo establece como metodología de análisis de casos, sobre esta diferencia volveremos más adelante.

23 Schürer-Mohr, Wiebke. *Erlaubte Risiken: Grundfragen des „erlaubten Risikos“ im Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik*. Peter Lang, 1998, p. 153.

24 Jakobs, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., Berlin, Gruyter, 1991, p. 200.

25 Pastor Muñoz, Nuria, ob. cit., 2019, p. 94.

26 Ídem (cursivas originales).

para la generalidad. Muestra de que no hay diferencia alguna entre las dos “variantes” que señala Pastor es que –en la actualidad– Roxin y Greco apuestan por un concepto que aparentemente incluye ambas “variantes” para definir el riesgo permitido, sin que ello cambie de modo sustancial su propuesta, ya que no se deja de lado la valoración utilitarista, lo cual resulta ser la piedra angular de esta propuesta²⁷.

B. Ponderación de intereses

Jakobs considera que el fundamento del riesgo permitido está emparentado (*verwandt*) con la ponderación de intereses de las causas de justificación, donde paralelamente se evalúa, bajo escalas jurídicas, la magnitud del riesgo, utilidad y perjuicio; con esto, se concluye la posibilidad de “determinar como intereses jurídicamente reconocidos o no reconocidos”²⁸. Así mismo, afirma que se 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 sociedad²⁹.

Lübbe critica el argumento de Jakobs a partir de cuestionar la permisón de riesgos como consideración general que, además, amplía la libertad de acción³⁰. Si fuese ello cierto –afirma Lübbe–, entonces todos los ciudadanos tendrían que verse beneficiados con su regulación o entrada en vigor; sin embargo, se observa que la permisón de cierta conducta solo crearía espacios de libertad que facilitan la aceptación de determinados riesgos para los interesados en esa acción, pero no para quienes no lo están, siendo por ello falso que la permisón del riesgo favorezca a la libertad de todos. Esa observación puede confirmarse en perspectivas como la de Piña Rochefort, quien indirectamente da razón a esta crítica cuando considera que “los riesgos permitidos [...] amparan a quienes se mueven en su ámbito de las lesiones que puedan surgir para terceros”³¹, dando a entender que los beneficiados siempre serán quienes actúan por aquel riesgo y no la generalidad, como afirma Jakobs.

Con el fin de hacer más explícita su objeción, Lübbe plantea el siguiente ejemplo: si se permite fumar en una sala de conferencias, los no fumadores se verían restringidos en su libertad de acción y no –como argumenta Jakobs– se ampliaría su libertad de acción, ya que no será posible estar en una sala de conferencias sin fumar; se

27 Roxin, Claus & Greco, Luis. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. 1, 5.ª ed., München, Beck, 2020, p. 488.

28 Jakobs, Günther, ob. cit., 1991, p. 200.

29 Esta fundamentación ha sido seguida en doctrina por Barja de Quiroga López, Jacobo. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Madrid, Civitas, 2010, p. 243; y Rusconi, Maximiliano. *Derecho Penal parte general*, 2.ª ed., Argentina, Adhoc, 2009, p. 288.

30 Lübbe, Weyma. “Erlaubtes Risiko”. Zur Legitimationsstruktur eines Zurechnungsausschließungsgrunds”, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, vol. 43, n.º 6, 1995, pp. 953-955.

31 Piña Rochefort, Juan Ignacio. *Rol social y sistema de imputación*. España, Bosch, 2005, p. 394.

concluye que no sería correcto fundamentar los riesgos permitidos bajo el argumento de la salvaguarda de la seguridad general de actuación en libertad. A esta crítica se le puede añadir la otra ya reseñada de Shürer-Möhr sobre la idea utilitarista que también subyace en el sacrificio de libertad en beneficio de otros.

C. Legitimación histórica

Jakobs también afirma que en la mayor parte de los riesgos permitidos reconocidos no se puede hacer un análisis de costos y beneficios porque hace falta un modelo social con el que se pueda hacer esa comparación; ello demostraría que el fundamento de ciertos riesgos permitidos se halla en la “legitimación histórica”, aunque –aclara Jakobs– 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”³².

Para argumentar de este modo, Jakobs tiene en cuenta la “adecuación social” de Welzel, quien consideró que “quedan fuera del concepto de injusto todas aquellas acciones que se mueven funcionalmente dentro del orden de la vida comunitaria de un pueblo históricamente constituido”³³. Esta deferencia habría sido la idea germinal que actualmente se tiene sobre el tipo penal, en el sentido de que se manifiesta la necesaria atención sobre la valoración social de las conductas de cara a la tipicidad. Es evidente que, con la posterior construcción de la imputación objetiva, esta idea se consolidó, por lo que se pueden notar similitudes entre el riesgo permitido y la adecuación social³⁴.

Volviendo a la legitimación histórica y la adecuación social, puede decirse que hay diferencias entre ambas ideas: mientras Welzel construye la adecuación social para procurar un criterio de determinación del significado social de una acción, Jakobs tiene en cuenta la legitimación histórica con el fin de justificar la existencia de una supuesta síntesis de ponderación de conductas realizada en el pasado. Así mismo, Welzel identifica al riesgo permitido como un caso especial de la adecuación social³⁵ y lo conceptualiza como casos donde lo determinante es el grado de peligro para el

32 Jakobs, Günther, ob. cit., 1991, p. 201.

33 Welzel, Hans. “Studien zum Strafrechtssystem”, *ZStW*, vol. 58, n.º 1, 1937, p. 518.

34 Tal como se ha encargado, en diversas ocasiones, de poner en evidencia Cancio Meliá, Manuel. “La teoría de la adecuación social en Welzel”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 46, n.º 2, 1993, pp. 697-730, Cancio Meliá, Manuel. *Los orígenes de la teoría de la adecuación social. Teoría final de la acción e imputación objetiva*. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 1994, y Cancio Meliá, Manuel. “Sozialadäquanz”, en AA. VV. *Lebendiges und Totes in der Verbrechenlehre Hans Welzels*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, pp. 69-86.

35 Welzel, Hans, ob. cit., 1937, p. 518.

bien jurídico y el tipo de actividad que se realiza, mientras que Jakobs considera algo distinto: que la legitimación histórica es el fundamento del criterio general denominado *riesgo permitido*.

El vínculo que construye Jakobs respecto de las reflexiones de Welzel no es más que la consecuencia de asimilar *adecuación social* y *riesgo permitido*, considerando que ambos conceptos harían alusión a los mismos problemas o casos, tal como ya lo considerasen Wolter³⁶, Köhler³⁷ y, en los últimos años, Schladitz³⁸, aunque este último –con muchas más referencias al respecto– argumenta que en parte ambas categorías serían consideradas sinónimos por el hecho de que se refieren a grupos de casos de categorías generales en las que falta de imputabilidad objetiva por falta de realización de un riesgo jurídicamente desaprobado. Por otro lado, es un interesante punto de vista el planteado por Maraver, quien –ante la dualidad del planteamiento de Jakobs– concluye que no es que haya riesgos permitidos por ponderación y además por legitimación histórica, sino que todo riesgo permitido es uno por legitimación histórica (aceptadas socialmente) que responde a una ponderación³⁹.

Sin embargo, parece que la doctrina mayoritaria considera a ambos criterios como planteamientos que aluden a casos distintos: la adecuación social sería un concepto general mediante el que se engloban conductas peligrosas y no peligrosas, consecuentemente sería un criterio hermenéutico del tipo; por otro lado, el riesgo permitido sería un concepto formal que alude a la existencia de un riesgo aceptado o aprobado⁴⁰, aunque se considera también que la adecuación social implica afirmar que el contenido de las reglas solamente se basa en la praxis social, pero con el riesgo permitido se avizora una aplicación jurídica de esas reglas⁴¹. De perspectiva distinta también es Prittwitz, quien considera que la adecuación social puede entenderse no solo como un concepto empírico que alude a la actuación usual, sino también como concepto normativo que alude a la actuación conforme a normas sociales⁴².

36 Wolter, Jürgen. *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*. Berlin, Duncker und Humblot, 1981, p. 61.

37 Köhler, Michael. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlin, Springer, 1997, p. 185.

38 Schladitz, Pepe. *Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2021, p. 113.

39 Maraver Gómez, Mario. “Riesgo permitido por legitimación histórica”, en E. Montealegre Lynett (ed.), *El funcionalismo en el derecho penal*, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 209 y ss.

40 En este último sentido se ha manifestado Maiwald, Manfred. “Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs ‚erlaubtes Risiko‘ für die Strafrechtssystematik”, en T. Vogler (ed.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, pp. 407-409 y más extensamente Schladitz, Pepe, ob. cit., 2021, pp. 113-116.

41 Goeckenjan, Ingke, ob. cit., 2017, pp. 91-92 y 235-236.

42 Prittwitz, Cornelius, ob. cit., 1993, p. 193.

A este respecto, es precisa la aclaración de Cancio Meliá⁴³, al afirmar que quienes concluyen que la adecuación social es un criterio hermenéutico (tal como aparentemente lo entiende la doctrina hoy dominante) llegan a ello solamente a partir de la lectura de los trabajos de Welzel posteriores a 1939, porque la adecuación social –para aquel seminal trabajo– fue propuesta como una categoría integrante del tipo y no como criterio externo, tal como sí sucedió recién en sus trabajos posteriores. Pese a esta muy relevante precisión, lo cierto es que se ha consolidado este punto de vista y son interesantes, por ejemplo, los trabajos modernos que recogen dicha posición, como el más reciente de Ruppert⁴⁴, en el que considera a la adecuación social como criterio de “meta-reducción teleológica” de los tipos penales a efectos de determinar su alcance.

Pese a todo lo anterior, la evaluación doctrinaria al planteamiento de Jakobs se ha centrado en la idea de legitimación histórica, a la que fundamentalmente se critica no tener en cuenta la dinámica de la actual sociedad “postradicional”, cuyos integrantes tienen la oportunidad para escapar de la historicidad que yace detrás de ella y donde la pluralidad de valores dificulta la identificación de esa legitimación históricamente consolidada o todavía legitimada en el presente⁴⁵; estas características harían que los valores consolidados históricamente se vean cuestionados o –cuanto menos– se tenga la posibilidad de huir de ellos. Esta situación sería una muralla con la que se choca la “legitimación histórica”, puesto que si la sociedad actual tiene dudas, cuestiona o tiene la posibilidad de cuestionar su propia historicidad, “entonces no hay legitimación”⁴⁶.

Empero, pese a las críticas, para cierto sector doctrinario parece haber sido inspirador el punto de vista de Jakobs, porque de aquella se han podido proponer otras consideraciones. Así, por ejemplo, aludir a la consciencia sobre la existencia de sociedades plurales y la negación de fundamentos utilitaristas lleva a que Schürer-Mohr considere que en el riesgo permitido hay una colisión entre el reconocimiento del individuo como persona jurídica libremente responsable y el haberle confiado la tarea de proteger los bienes jurídicos⁴⁷, lo cual le hace concluir que la concretización de acciones peligrosas está enlazada a la razón práctica del comportamiento de las personas participantes y el reconocimiento de su subjetividad; así, el fundamento del riesgo permitido no puede ser otro que el consenso normativo universal de los participantes⁴⁸.

43 Cancio Meliá, Manuel, ob. cit., 1994, pp. 63-64.

44 Ruppert, Felix. “Die metateleologische Reduktion im Strafrecht. Zum Wessen der Sozialadäquanz”, *ZIS*, n.º 1, 2020, pp. 14 y ss.

45 Pastor Muñoz, Nuria, ob. cit., 2019, p. 99.

46 Lübbe, Weyma, ob. cit., 1995, p. 961.

47 Schürer-Mohr, Wiebke, ob. cit., 1998, pp. 145-147.

48 Schürer-Mohr, Wiebke, ob. cit., 1998, pp. 111 y ss. y 145-147.

Tomando esta perspectiva y buscando implementar herramientas para su operativización, Pastor argumenta que la única vía metodológica para llegar a consensos normativos es acudir a la “voluntad racional”, que no se presenta como criterio consensual, sino como “paradigma con fundamentos materiales”⁴⁹. El riesgo permitido se concreta, entonces, por la “racionalidad social” definida por criterios materiales de los que destaca el velo de la ignorancia, aunque presuponga decisiones valorativas previas. Finalmente, considera que –casi del mismo modo que en su momento Welzel lo hacía sobre lo que él entendía por riesgo permitido–, teniendo en cuenta que los riesgos son ubicuos o especiales, el riesgo permitido se concreta en función del tipo de actividad que se trate y no bajo una perspectiva general⁵⁰.

II. UN IMPORTANTE PUNTO DE PARTIDA METODOLÓGICO

Hugo Böhlau planteó, en 1865, el caso del sujeto que propone a su enemigo tomar un paseo en plena tormenta con la esperanza de que a aquel le caiga un rayo, lo cual en efecto ocurre. Böhlau se preguntó si este puede ser considerado un acto homicida⁵¹. Hoy en día –bajo diversas modificaciones⁵²– este caso puede ser tomado como el prototipo que se pretende solucionar por la vía del riesgo permitido. Se desprende, entonces, que el discurso jurídico sobre la fundamentación del riesgo permitido se enfoca en justificar la razón por la que, pese a existir conductas que aparentemente cumplen la descripción del tipo penal, no se consideran prohibidas, pero las argumentaciones se hallan desenfocadas. En este apartado justicaremos esta afirmación y propondremos una precisión metodológica para una mejor comprensión de los argumentos expuestos; posteriormente expresaremos nuestras consideraciones críticas sobre cada argumento.

Roxin acierta al afirmar que es el legislador quien determina el límite de un riesgo, pues es este a quien le está reservada la acción institucional de crear normas (dependiendo del modo establecido por cada sistema jurídico) y determinar la fuerza pragmática de sus premisas; son solo ellos –en el marco de un modelo de Estado que acoge la división de poderes– quienes establecen válidamente si ciertas descripciones de estados de cosas o acciones son permitidas, prohibidas o mandadas. Este hecho nos parece determinante porque el discurso académico abocado a la fundamentación del riesgo permitido debe distinguir el ámbito al que se refiere; que, a partir de esta precisión, pueden ser dos: el estrictamente jurídico (entendido como aquel en el que actúan los jueces *aplicando normas*) o legislativo (entendido como aquel en el que actúan los legisladores *creando normas*).

49 Pastor Muñoz, Nuria, ob. cit., 2019, p. 105.

50 Pastor Muñoz, Nuria, ob. cit., 2019, pp. 110-111.

51 Böhlau, Hugo. “Occidere und casam mortis praestare”, *Archiv für preußisches Strafrecht*, 1865, p. 472.

52 Que han sido históricamente analizadas por Schroeder, Friedrich-Christian. *Der Blitz als Mordinstrument*. Berlin, Duncker & Humblot, 2009.

La permisión de determinadas conductas corresponde a ambos ámbitos, ello se advierte al plantear las dos siguientes preguntas: ¿por qué hay conductas que se permiten pese a su peligrosidad?, y, ¿por qué hay conductas que, pese a cumplir la descripción del tipo penal, no están prohibidas? Mientras que la primera pregunta se refiere al ámbito legislativo, en el que lo relevante es ensayar una respuesta jurídico-política de justificación de decisiones legislativas, la segunda nos redirige al ámbito jurídico, en el que lo relevante es justificar por qué una norma no se aplica a un caso particular.

La doctrina enfocada en la fundamentación del riesgo permitido no tiene muy arraigada esta distinción, puesto que se da una respuesta para la primera pregunta al intentar responder la segunda; dicho en otras palabras: la mayor parte de las respuestas que se ensayan son buenas justificaciones jurídico-políticas de decisiones legislativas, pero no lo son para el ámbito jurídico ligado a la aplicación de normas. Se pretende dar luces sobre la aplicación de normas a casos particulares, cuando en realidad se están dando razones para explicar por qué el legislador permite o no ciertas conductas, lo cual demuestra el desenfoque del ámbito al que se refieren y la posible irrelevancia de los argumentos para el momento aplicativo.

Podría negarse nuestra argumentación afirmando que no hay contradicción entre una fundamentación dirigida al ámbito jurídico-político y judicial, ya que la función o naturaleza que tiene cada concepto jurídico debe cumplirse en los casos particulares con el fin de que su aplicación sea válida; tal como lo ha argumentado Michael Moore en diversas ocasiones⁵³, al proponer la existencia de “conceptos funcionales”, cuya validez aplicativa está dada porque concurre su fundamento en el caso particular; sin embargo, tal empresa termina siendo vacua, no es que la naturaleza de un concepto se aplique directamente a un caso particular y que ello le otorgue validez, sino que –tal como muy claramente lo ha manifestado Atria⁵⁴– los conceptos jurídicos se aplican mediados por reglas constitutivas previamente determinadas que otorgan el estatus de corrección a la aplicación⁵⁵. Se concluye que el fundamento de un concepto es contingente respecto de su aplicación válida a casos. Aunque también es cierto que ello no quiere decir que el fundamento o naturaleza de un concepto jurídico no sea de importancia para ningún ámbito, cobrará importancia al momento de evaluar

53 Moore, Michael. *Placing Blame*. Oxford, Oxford University Press, 1997, pp. 19-23, y Moore, Michael. *Educating oneself in public. Critical Essays in Jurisprudence*. Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 294.

54 Atria, Fernando. *La forma del Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 136.

55 Estas reglas toman la forma de “reglas secundarias” en el sentido asumido por Hart, H. L. A. *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 91 y ss., pues con ellas se fijan condiciones –por ejemplo– de creación o supresión de las “reglas primarias” y, en general, los “acts-in-the-law”. Sobre las reglas constitutivas, de modo general, véase Searle, John R. *Speech acts*, Cambridge, Cambridge University Press, 1969, pp. 33 y ss.; y para la aplicación “hartiana” de la teoría de normas en el derecho penal véase Mañalich Raffo, Juan Pablo. “Reglas primarias de obligación”, en *ZIS*, n.º 11, 2012, pp. 571-585.

la pertinencia de las reglas, por lo que se hace válida su aplicación a cualquier caso concreto.

Con un ejemplo: pese al fundamento o naturaleza que se le atribuye doctrinariamente a la pena, su aplicación válida o correcta a casos particulares no depende necesariamente de que se aprecie su fundamento; desde un punto de vista cotidiano se observa que son muy pocas las sentencias que se detienen a evaluar si la pena cumplirá en el caso alguna función doctrinariamente establecida. Más relevante resulta aplicar el sistema de determinación de la pena que corresponda, que el razonamiento en este sentido sea válidamente aplicado de acuerdo con las reglas constitutivas o jurídico-penales que así lo determinan y que la pertinencia de estos criterios de dosificación de la pena sean evaluados a partir del fundamento o naturaleza que asume el Estado respecto de la pena. No es entonces que la asignación de pena necesite de una evaluación, en todos los casos, de si servirá para resocializar al sujeto concreto o para motivar a los demás sujetos que no han delinquido. Cuestión distinta es el hecho de que haya reglamentación penal específica que, inspirado en alguna teoría de la pena, requiera que cierto fin se evalúe al determinar la pena en el caso particular. Este es el caso del StGB, cuyo parágrafo 46 solicita que se haga una evaluación de los efectos que tendrá la pena para la vida futura del sujeto en la sociedad.

Aunado a lo anterior, es necesario recalcar que la capacidad creadora de derecho que tienen los jueces se ve limitada a los casos particulares; mientras los legisladores crean las relaciones deónticas a casos generales, los jueces las “crean” para casos específicos. El segundo uso del término “crear”, referido a la actividad jurisdiccional, solo se puede entender como actividad interpretativa, aplicativa o de imputación de la norma al caso, cuyo razonamiento que justifica cierta decisión –al mismo tiempo– necesita ser válidamente establecido, pero esta operación de ningún modo será lo mismo que crear una “norma” a un caso particular⁵⁶, porque el concepto mismo de norma implica una vinculación general para todos los ciudadanos y no la decisión de aplicabilidad de esta a un caso particular a partir de las circunstancias concretas en que cierta conducta se ha desempeñado.

Por tal motivo, la justificación que anuncia el legislador para crear la norma no es parte de la norma creada⁵⁷, pero ello no es así para el juez: este tiene el deber vinculante

56 Tal como en su momento fue defendido por Kelsen, en Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*, 2.ª ed., Viena, *Österreichische Staatsdruckerei*, 1992, p. 247, y Kelsen, Hans. *General Theory of Law & State*. New Brunswick, Transaction Publishers, 2005, p. 133. Mientras que en el derecho penal de habla hispana parece aceptarlo Robles Planas, quien afirmar que las normas se construyen por el juez a partir de un abanico de enunciados legales. Véase Robles Planas, Ricardo. *Teorías de las normas y sistema del delito*. Barcelona, Atelier, 2021, pp. 75 y ss.

57 Bulygin, Eugenio. “Creación y aplicación del derecho”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n.º 19, 2001, p. 432.

de justificar su razonamiento y decisión⁵⁸; de ello se desprende que la validez de la actividad jurisdiccional se reduce a cumplir las reglas que determinan los márgenes de su “creación” y, en tanto sea para ello relevante, se puede decir que la justificación sí forma parte de la relación deóntica decidida al caso particular.

El compromiso con nuestro modo de ver los conceptos jurídicos, la capacidad creadora de derecho de los jueces y su función institucional de adjudicación de normas en concordancia con el derecho a casos particulares⁵⁹ son elementos indispensables de las objeciones que a continuación se ensayarán sobre el fundamento del riesgo permitido. Nuestra perspectiva intentará evaluar la medida en la que las propuestas ya señaladas se enfocan en la actividad jurisdiccional o en la judicial y a partir de ello considerarlas relevantes para su aplicabilidad.

III. ASPECTOS CRÍTICOS DE LOS ARGUMENTOS ENSAYADOS

A. Sobre la utilidad social

Roxin afirma que el riesgo permitido depende de la utilidad social que el legislador observa en ciertas conductas; sin embargo, su argumento se centra en la creación de normas que –al mismo tiempo– se reduce a señalar juicios utilitaristas del legislador. Pretende describir cómo se realizaría la actividad legislativa o qué razones se hallan detrás de la creación de permisiones; aunque su afirmación no parece ser más que una mera hipótesis, haría falta una corroboración empírica para determinar o describir si son juicios utilitaristas los que guían al legislador para crear cada una de las permisiones, o por lo menos una argumentación más profunda de su modelo de legislador utilitarista en el plano de las permisiones, que –al mismo tiempo– justifique si también son valores utilitaristas los que se hallan detrás de la creación de prohibiciones y mandatos. Por ello, esta hipótesis tendría mayor interés en el ámbito jurídico-político, porque no es más que una explicación del motivo por el que los legisladores crean permisiones.

58 Cabe aclarar que este deber procede de la existencia de una regla de conducta dirigida a los jueces, como la de prevaricato, y no de alguna regla constitutiva; solamente la primera fundamenta la obligación a no contradecir las reglas constitutivas del sistema jurídico del que se trate, sobre ello véase Flores Zerpa, Allen Martí. “Las reglas del derecho penal y una aproximación a los elementos objetivos del prevaricato”, en *RJUAM*, n.º 45, 2022-1, pp. 99-125, donde, luego de distinguir y aceptar la diferencia entre reglas de conducta y constitutivas, se considera la existencia de una “cláusula general de no contradicción jurídica” –en tanto hecho constitutivo– como elemento determinante del injusto de prevaricato.

59 En este sentido, MacCormick, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford, Oxford University Press, 1978, p. 242, e Iglesias Vila, Marisa. *El problema de la discreción judicial*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999, p. 226.

La propuesta de Roxin se diferencia con creces de la que esbozó Müller; este último se refirió al balance de utilidad únicamente como método de análisis de casos singulares con el fin de calificar si la conducta era o no antijurídica⁶⁰. Se observa, entonces, que su propuesta está referida al ámbito judicial. Pese a ello, podría ponerse a prueba la propuesta de Roxin en este segundo ámbito, donde también se llega a la conclusión de que conduce a una tediosa forma de aplicar la norma: habría que valorar si los sujetos han hecho un balance de utilidad social de su conducta; peor aún si ubicamos al riesgo permitido a nivel de tipicidad “objetiva”, donde teóricamente no cabe evaluar juicios subjetivos sobre las conductas propias. Dicho con un ejemplo: para poder concluir si un hecho, con vocación delictiva en el marco de la conducción automotriz, es un caso regulado por alguna norma penal, deberán evaluarse las razones por las que el conductor decidió conducir; si su conducta no se ve cubierta por una razón útil socialmente o si no se ajusta al balance de utilidad determinado por el legislador, no podrá concluirse permitida. Aplicar este criterio podría llevarnos a algunas respuestas contraintuitivas y limitadoras de la libertad, como el no permitir la conducción en el tráfico rodado en búsqueda de nicotina⁶¹.

La crítica a esta perspectiva se ha dirigido también a la consideración utilitarista de fondo, empero los argumentos que se esgrimen no parecen ser determinantes para adherirnos a ellas. Si bien el rechazo al utilitarismo está en las venas del derecho penal alemán por influencia de Kant a las ideas de Bentham⁶², el utilitarismo –como argumento que construye un método de valoración de conductas– convive con el derecho penal liberal. Por ejemplo, la regulación específica del estado de necesidad posibilita un balance de bienes, que permite la construcción de un utilitarismo-colectivista del interés preponderante para explicar todos los casos que se pueden evaluar bajo esta figura jurídica⁶³.

Por todo ello, al proponer Roxin a la utilidad social como argumento que describe cómo se crean permisiones, la crítica solamente es un reproche que se dirige al legislador y a los fundamentos por los que se crea una permisión, pero no alcanza suficiente eficacia para criticar al juez en el ámbito aplicativo que le corresponde o al académico que crea una metodología basada en esa idea. La crítica, entonces, solo se dirige al legislador, a quien se le puede reprochar que no debería hacer balances

60 Müller, Max Ludwig, ob. cit., 1912, p. 38.

61 Planteando este ejemplo, Lübke, Weyma, ob. cit., 1995, p. 959.

62 Argumenta en este sentido, Renzikowski, Joachim. “Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie”, en AA. VV. *Festschrift für Karl Heinz Gössel*. Heidelberg, C. F. Müller, p. 4.

63 Como ejemplo de ello, véanse las propuestas de Molina Fernández, Fernando. “Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham”, en AA. VV. *Libro homenaje al profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, Madrid, Reus, pp. 805-839; o la de Cantard, Nicolás. “Situaciones de necesidad y comunidad de peligro”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. XLII, n.º 112, 2021, pp. 115-168.

de utilidad social de las conductas que limiten la libertad de pocos en favor de muchos, inclusive el contraejemplo de Lübbe sobre la permisión de fumar se centra en la creación de permisiones generales y no sobre cómo se decide que alguien pudo o no fumar, a modo de aplicar la permisión previamente establecida.

Los jueces no se encargan de fundamentar las razones por las que se crea una norma; lo que se requiere de ellos en un sistema democrático, es que la aplicación del tipo, la valoración de la conducta y su interpretación sean *válidas* de acuerdo con las reglas constitutivas previamente establecidas; pero no se le solicita que construya (obligatoriamente) una postura jurídico-política crítica para resolver casos, a menos que se considere que el riesgo permitido busca solucionar casos difíciles que necesitan de un (más que cuestionable) “juez hércules” para la solución de casos particulares⁶⁴, en el entendido de que este debe fundamentar siempre la razón política de la existencia de la norma que vaya a aplicar.

Podría cuestionarse que nuestra argumentación se compromete con un formalismo extremista, pero esa crítica estaría atacando la superficie de lo hasta aquí propuesto, porque nuestras consideraciones no niegan que las normas, puestas en vigor por el sistema, se erigen sobre valores constitucionalmente aceptados y debatidos bajo el sistema democrático, que se expresa –en el ámbito aplicativo de normas– como la imposibilidad de cuestionar la validez de las normas más que por las vías específicas de control, como puede ser el control de convencionalidad concentrado, difuso o ambas al mismo tiempo.

B. Sobre la ponderación de intereses

Jakobs plantea dos fundamentos del riesgo permitido: la ponderación de intereses y la legitimación histórica. La necesidad de plantear dos fundamentos tiene razón en no diferenciar el ámbito al que se refieren sus argumentos: mientras que la ponderación de intereses se plantea como una forma de aplicar el tipo penal, la legitimación histórica es una explicación de la existencia de permisos que no caben en su primera explicación.

La crítica a la ponderación de intereses –entendida como metodología de solución de casos que apela al total de intereses que se ponen en juego al realizarse un posible hecho punible– es similar a la realizada en contra de la utilidad social, ya que es muy difícil determinar lo permitido teniendo en cuenta, en cada caso, absolutamente todos los intereses en juego⁶⁵. A los ciudadanos solamente les interesaría actuar lícitamente o con libertad, no cuestionarse si cada acción implica la decisión reflexiva sustentada

64 Sobre este modo cuestionable de solucionar casos difíciles, véase Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 1989, pp. 177 y ss.

65 Pastor Muñoz, Nuria, ob. cit., 2019, pp. 93 y ss.

en un balance de costos y beneficios. Contradice la naturaleza humana considerar que actuamos prefiriendo siempre lo mejor y haciendo balances económicamente racionales. De hecho, ha quedado claro que este estándar de hombre medio no resulta ser realista, la toma de decisiones está fuertemente vinculada a las emociones; tomar el estándar de sujeto medio como mero maximizador racional conduce a una explicación sencilla de un fenómeno mucho más complejo⁶⁶, por lo que proponer este estándar de hombre medio como el mínimo posible para la imputación de hechos nos parece irrealista e inadecuado.

Aún si se propusiese que la evaluación de la ponderación de intereses resulta ser impersonal⁶⁷, sigue quedando intacta nuestra observación. Bajo el principio del hecho y la estructura del delito que generalmente defienden quienes coinciden con este planteamiento, los sujetos deberán conocer lo que hacen (actuar con dolo) y ello está delimitado por el tipo penal, al ser este el criterio que delimita el objeto sobre el que recae el conocimiento típico, de modo que es el tipo penal, y no otros elementos externos o añadidos, el que determina el objeto del dolo. Proseguir con esta propuesta conduce a requerir –para determinar que una conducta contradice la norma penal– la comprobación de que el sujeto ha ponderado conscientemente su propia conducta y todos los intereses que se le contraponen; en otras palabras, no es que se requiera que el sujeto sepa que produce la muerte de otro (tal como lo establece el tipo penal), sino que sepa que pondera la totalidad de intereses en juego al realizar su conducta, ya que solo así lo que hizo significará matar.

Pese a estas observaciones, lo cierto es que la ponderación de intereses ya es un método de valoración de conductas que se usa en el marco del estado de necesidad y cuyo antecedente próximo es la propuesta reseñada de Müller. Bajo nuestro entendimiento, percatarse de ello conduce –erróneamente– a considerar que el riesgo permitido tiene “estructura” similar al estado de necesidad⁶⁸ o que ambos están “emparentados”⁶⁹, al darse el caso que el riesgo permitido implica una valoración general y el estado de necesidad, una particular. O también asumir que la diferencia se halla en cómo se establece la víctima, pues Jakobs entiende que en el riesgo permitido –a diferencia del estado de necesidad– se tolera porque hay una víctima “concretada vagamente”⁷⁰.

66 Sobre ello, con muchas más referencias especializadas sobre lo irreal que resulta este modelo de ciudadano, véase Rodríguez Horcajo, Daniel. *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión cooperación y equidad*. Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 87.

67 Tal como ha sido propuesto por Pantaleón Díaz, Marta. *Delito y responsabilidad civil extracontractual*. Madrid, Marcial Pons, 2022, p. 98, para determinar lo que denomina “conducta perturbadora”.

68 Pawlik, Michael. *Das Unrecht des Bürgers*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, p. 337.

69 Roxin, Claus & Greco, Luis, ob. cit., 2020, p. 448.

70 Jakobs, Günther, ob. cit., 1991, p. 201. Nótese el oxímoron en la unión de ambas palabras, pues vago y concreto son conceptos contradictorios que no pueden más que entenderse como un recurso metafórico a lo que pretende expresar: que en el riesgo permitido se tiene a potenciales víctimas anónimas previamente determinadas.

Sin embargo, no parece existir una relación de general a particular en la valoración de conductas mediante el riesgo permitido y el estado de necesidad. En principio, porque –teniendo en cuenta la práctica judicial– tanto en el riesgo permitido como en el estado de necesidad se establecen previamente prototipos de potenciales víctimas, a diferencia de la valoración particular, donde se identifica a una víctima ya concretizada. Así mismo, el riesgo permitido siempre implica la posibilidad de que una norma permisiva “extrapenal” desplace a la norma prohibitiva en un caso particular; lo mismo se observa con el estado de necesidad, donde hay la posibilidad de que una norma permisiva “intrapenal” desplace a una norma prohibitiva en un caso particular. En ambos supuestos estamos ante normas generales que regulan situaciones específicas y que se pueden aplicar a casos particulares. La mera asignación del adjetivo general y particular debería, por lo menos, responder a las preguntas: ¿Qué diferencia hay entre la norma que regula el ámbito específico del tráfico rodado y la norma que regula el ámbito específico del estado de necesidad? ¿No es acaso que ambas regulan –de modo general– casos particulares de permisión cuya concurrencia se evalúa de caso a caso?

Mucho menos se avizora una “estructura” similar, aunque, si se entiende por tal a los requisitos de aplicación, entonces sí habría una diferenciación superflua entre ambas: en el estado de necesidad se establecen previamente criterios valorativos por el legislador penal y aplicados por el juez, pero para determinar si un riesgo está permitido no hay más opción que construir requisitos generales a partir del sistema regulativo penal. Pese a esta sutil e importante diferencia, parece que no es lo que entiende Pawlik por “estructura similar”. Este considera que en el riesgo permitido y el estado de necesidad se priva a inocentes de un pedazo de su libertad para que terceros sean liberados en una situación de emergencia, “pero el estado de necesidad está hecho a medida de un caso singular y el riesgo permitido se refiere a determinadas prácticas sociales en su conjunto”⁷¹. Al respecto tenemos dos observaciones, una referida a la libertad, como situación jurídica generada por una permisión, y otra a la alusión de prácticas sociales en su conjunto. Veamos:

La libertad que se genera por una norma permisiva no puede ser considerada una “estructura”, sino consecuencia lógica de que se establezca una permisión. Es indiscutible que la puesta en vigor de normas jurídicas genera relaciones jurídicas intersubjetivas entre los ciudadanos, pues con ellas se atribuye una posición jurídica a alguien respecto de otro, así por ejemplo –en relación con las permisiones–, Hohfeld⁷² observó hace ya tiempo que las normas permisivas establecen privilegios con correlativos no-derechos y contrarios a los deberes, que en doctrina contemporánea se han entendido como libertades otorgadas por normas que implican la inexistencia de alguna obligación. Lo importante de esta consideración es que la situación jurídica de libertad es una consecuencia lógica de la existencia de normas

71 Pawlik, Michael, ob. cit., 2012, p. 337.

72 Hohfeld, Wesley Newcomb. *Conceptos jurídicos fundamentales*. México, Fontamara, 1991, p. 49.

permisivas y no se trata de una mera estructura; ello favorece la consideración de poner por encima del análisis al tipo de norma que establece la situación jurídica de libertad y no solo a esta última; así, por ejemplo, la doctrina especializada diferencia entre libertades débiles o fuertes⁷³ dependiendo de si se trata de la realización o abstención de una acción⁷⁴ y el tipo de norma permisiva de la que provenga. Por lo tanto, si atendemos a la situación jurídica que genera el establecimiento de normas permisivas, no podríamos decir que son “estructuras” y menos que sean “similares”, pues ambas son situaciones iguales de permisión, solo que generadas por reglas permisivas de diferente procedencia.

Ahora bien, en cuanto a si la diferencia entre riesgo permitido y estado de necesidad se halla en la generalidad o particularidad de la permisión, debemos solo añadir algunas interrogantes que genera esta artificiosa distinción: ¿Las reglas del tráfico rodado no son reglas hechas a medida de un caso singular? O ¿acaso la regla del estado de necesidad no se basa también en prácticas sociales en su conjunto⁷⁵? Y ¿es diversa la libertad, más allá del ámbito de aplicación de la regla, de una conducta que se origina en una misma clase de regla?

La diversidad de interrogantes, cuyas respuestas nos parecen obvias, nos lleva a concluir que no habría razón para afirmar que hay similitud de estructuras o valoración particular y general referida a prácticas sociales que los distingua, sino que ambos criterios, desde un punto de vista lógico-deóntico y de fundamento, son lo mismo.

En la doctrina hay quienes llegan a la misma conclusión, pero desde otras bases teóricas algo más abstractas. Así por ejemplo Wolter⁷⁶, quien considera que las causas de justificación son casos de aplicación del riesgo permitido. Silva Sánchez concede la misma posibilidad y afirma, a su vez, que “la normativización del tipo objetivo hace más artificiosa la distinción entre causas de atipicidad y causas de justificación”⁷⁷;

73 En este particular sentido, Guastini, Riccardo. *La sintaxis del derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2016, p. 92.

74 Rodríguez, Jorge Luis. *Teoría analítica del derecho*. Buenos Aires, Marcial Pons, 2021, pp. 293 y ss.

75 La alusión de Binding al lema de las hansas da pistas sobre ello, ya que se puede entender como la descripción de una práctica social arraigada en los navegantes, consistente en sobreponer la necesidad de zarpar siempre incluso si se pone en peligro la vida propia. Empero la práctica de preferir bienes por otros se ha observado en diversos contextos y momentos históricos, como es el caso de los invasores europeos del siglo XVI, quienes se embarcaban al “Nuevo Mundo” teniendo en mente el lema “matarte he o matarme has”, en clara preferencia de la vida propia por encima de cualquiera otra, al respecto véase la crónica de José Antonio del Busto que describe cómo Francisco Pizarro recordó esa frase a sus huéspedes momentos previos a la captura de Atahualpa: Del Busto Duthurburu, José Antonio. *Francisco Pizarro. El marqués gobernador*. Madrid, Rialp, 1966, pp. 116-120.

76 Wolter, Jürgen, ob. cit., 1981, p. 38.

77 Silva Sánchez, Jesús María. “Imputación objetiva y causas de justificación. Un (mero) intento de distinguir”, en AA. VV. *Dogmática penal del derecho penal material y procesal y política criminal*

asimismo, Paredes Castañón⁷⁸ establece una relación de caso general a particular entre riesgo permitido y causas de justificación, donde toda causa de justificación es riesgo permitido pero no todo riesgo permitido es una causa de justificación. Por otro lado, Luzón Peña⁷⁹ estableció en su momento una relación inversa, donde todo caso de riesgo permitido es una causa de justificación. Pese a la distinción que propone, parece llegar a similares conclusiones Pawlik⁸⁰ al afirmar que no puede calificarse como jurídicamente desaprobada la conducta de quien actúa bajo una causa de justificación y, finalmente, es muy interesante el punto de vista de Pantaleón Díaz⁸¹, quien plantea que existe un *continuum* entre riesgo permitido y causas de justificación, descartando así una diferencia cualitativa.

C. Sobre la legitimación histórica, consenso normativo y racionalidad social

Según el planteamiento complementario de Jakobs, la legitimación histórica es el fundamento por el que existen riesgos permitidos en los que no se puede hacer una evaluación de coste-utilidad porque esa ponderación se realizó en el pasado. Comentamos –párrafos atrás– que este fundamento se dirige al ámbito legislativo, la razón se halla en que Jakobs busca la necesidad de aceptar la normativa ya existente afirmando que se han realizado ponderaciones en el pasado, pero esta también es una hipótesis descriptiva que –al igual que con el planteamiento de Roxin– tendría que ser corroborada para aceptarla. Básicamente no se da ninguna fórmula novedosa que no sea la más obvia: pese a que no se avizora una ponderación a simple vista, hay normas que permiten conductas porque sería indiscutible que la ponderación se realizó en el pasado.

Lo cierto es que Jakobs elabora una argumentación aparente. Detrás de su propuesta se halla la imagen ideal de que ciertos legisladores históricos se reunieron para meditar si –por ejemplo– las recomendaciones a dar paseos en plena tormenta son o no permitidos con base en el balance de costos y beneficios, lo cual evidentemente resulta ser irreal. Haciendo un símil, podemos señalar cuáles son las reglas que gobiernan el lenguaje y determinan la correcta formación de enunciados, aunque no sabemos cómo se originaron esas reglas; de lo que sí podemos estar seguros es de que no fue de ese modo: que cierto grupo de humanos se reunió para determinar

contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70 aniversario. Lima, Gaceta Jurídica, 2014, p. 504.

78 Paredes Castañón, José Manuel. *El riesgo permitido en el Derecho Penal.* Madrid, Ministerio de justicia, 1995, p. 519.

79 Luzón Peña, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal: parte general*, 3.^a ed., España, Universitas, 1996, p. 516.

80 Pawlik, Michael, ob. cit., 2012, p. 212.

81 Pantaleón Díaz, Marta, ob. cit., 2022, pp. 163 y ss.

qué reglas gobernarán la práctica del lenguaje. Lo mismo ocurre con muchas de las prácticas reguladas explícita o implícitamente por el derecho; si bien podemos argumentar qué normas de permisión pueden concurrir en determinada situación, lo cierto es que no podemos explicarlas afirmando que cierto grupo de legisladores hizo una ponderación de costos y beneficios en el pasado, del cual ya no tenemos memoria como si nos aquejara una amnesia generalizada a todos los ciudadanos. La respuesta no estaría en otro lado más que en la práctica, la misma que requiere de mayores esfuerzos para hacer explícitas la normatividad que la constituye y dejar de lado la formulación de hipótesis imposibles de probar sobre su origen.

De la propuesta de Jakobs se derivan –con ajustes– el “consenso normativo” de Schurer-Mohr y la “racionalidad social” de Pastor. Mientras Schurer-Mohr afirma que lo relevante es buscar un consenso normativo general de los participantes que implique el reconocimiento de su subjetividad, Pastor añade que el consenso normativo necesita hallar la racionalidad social que delimite el consenso profundo y sea usado como criterio material de determinación del riesgo permitido⁸².

Dichas propuestas buscan dar fundamento a la existencia de riesgos permitidos teniendo como prototipo las conductas permitidas que no son cuestionadas o resultan obvias; mientras que Jakobs usa la ponderación de intereses hecha en el pasado para explicarlo, Schürer-Mohr lo reafirma en la idea de consenso normativo bajo ciertos presupuestos y Pastor toma la misma idea, con la diferencia de que acude a la “racionalidad social” como criterio material para reconocer consensos normativos profundos, extendiéndose como criterio de aplicación a casos.

El principal problema al que se enfrentan estas teorías es extender su argumento al ámbito judicial o de resolución de casos. Resulta difícil responder a cómo construir criterios que determinen el hallazgo de una ponderación hecha en el pasado, un consenso normativo o una racionalidad social en un caso específico; mientras que Jakobs lo da por sentado al afirmar que no hay una sociedad distinta con la que se pueda comparar e indirectamente acude a la aceptación social, Schürer-Mohr se muestra más cautelosa al reconocer que su punto de vista “debe entenderse como un principio metodológico general para la especificación de normas de cuidado”⁸³, ya que es un área que le corresponde determinar a la jurisprudencia *case-Law*. Puede desprenderse, entonces, que esa es la consecuencia de concebir una fundamentación del riesgo permitido que se encuadra en el ámbito político-jurídico, tal como ella lo acepta.

En la búsqueda de ver aplicabilidad a sus argumentos frente a un caso particular, Pastor va más allá. Su argumento se desdobra en distintos niveles. Afirma que para hallar la racionalidad social se debe acudir al velo de la ignorancia, que a su vez

82 Pastor Muñoz, Nuria, ob. cit., 2019, pp. 105 y 106.

83 Schürer-Mohr, Wiebke, ob. cit., 1998, p. 147.

debe estar dotado de valoraciones en dos planos: “valoraciones fundamentales que no son disponibles” y valoraciones relacionadas con la “relatividad histórico-cultural del derecho”⁸⁴.

Pastor reconoce que el primer plano tiene dos problemas: su difícil determinación y el complicado acceso epistemológico. El segundo plano depende de si el riesgo es inherente a la vida en sociedad o ubicuo a las actividades no inherentes a la vida en sociedad; sin embargo, acepta también que en ambos tipos de riesgos de este segundo plano hay (más) dificultades, no solo para diferenciar cuándo un riesgo es inherente o no a la vida en sociedad, sino también para determinar los estándares de conducta adecuados, la heterogeneidad y dinamismo de la sociedad contemporánea para determinar los riesgos inherentes y el ejercicio del control material al pronunciamiento de los especialistas de los peligros no inherentes a la sociedad.

Las dificultades a las que se inmiscuye cada uno de los niveles de argumentación de Pastor, en busca de la racionalidad social, son provenientes de su propia concepción, que realmente no soluciona el problema de fondo. Ello se debe a que la autora asume la postura objetivista moral al estilo de Radbruch⁸⁵, aceptando la existencia de valores fundamentales indisponibles y la hace convivir con el relativismo moral, al afirmar que existe una relatividad histórico-cultural del derecho; todo ello sin justificar por qué la racionalidad social depende de valoraciones relativas e inmutables a la vez, o qué otras razones hay para sostener que el criterio de la “racionalidad social” es de fiar y permite identificar valoraciones inmutables y relativas al mismo tiempo. Tampoco se dice nada sobre la contradicción teórica que implica asumir, para el propio sistema que propone, una postura iusnaturalista clásica como la de Radbruch, pues ha quedado claro que este tipo de consideraciones podría desembocar en un legalismo en el plano normativo y una difícil explicación del carácter social del derecho⁸⁶.

En consecuencia, al asumir esta tesis, Pastor acepta y niega al mismo tiempo que hay valoraciones inalterables y no evaluables por el devenir histórico o el dinamismo y

84 Pastor Muñoz, Nuria, ob. cit., 2019, p. 108.

85 Pastor Muñoz, Nuria, ob. cit., 2019, p. 109, especialmente la cita 109.

86 Sobre ello, Rodríguez, Jorge Luis, ob. cit., 2021, pp. 171 y ss. Legalismo, en el plano normativo, porque bastaría con señalar que el legislador ha reconocido valores inmutables para concluir que ella se debe cumplir siempre y sin críticas. Mientras que, por el carácter social del derecho, este punto de vista no explica por qué el derecho se adecúa al cambio social. Ello al margen de que Pastor Muñoz considere que asume una tesis “soft” entre Derecho y Moral, sobre ello véase Pastor Muñoz, Nuria. “¿Qué queda del principio de legalidad en Derecho Penal Internacional? En especial una reflexión sobre la necesidad de recuperar el rigor en la construcción de normas penales internacionales, los límites materiales al derecho positivo y la capacidad de rendimiento de la fórmula de Radbruch”, en Raúl Carnevali (coord.) *Derecho, sanción y justicia penal*. Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2017, p. 336.

pluralidad de la sociedad moderna. Ser coherentes con el planteamiento sugeriría la posibilidad de aceptar que aquellos valores “mínimos indisponibles” podrían ser relativos al devenir histórico de las sociedades o que la postindustrialización actual no crea valores nuevos, pues todos serían inmutables a toda época y lugar.

Esto, finalmente, desemboca en la dificultad de aplicar su propuesta para determinar el riesgo permitido en cada caso, pues ello implica darles a los jueces la complicada tarea de establecer previamente –ante un caso y además bajo el velo de la ignorancia– si se hallan ante un riesgo inherente de la vida en sociedad que contemple el dinamismo y heterogeneidad de la sociedad o ante un riesgo no inherente a la sociedad que deba ser determinado por un especialista, al que –a su vez– tiene que controlar materialmente, siendo consciente de su dificultad para conocer la racionalidad social especial y desconocida a la que se enfrenta.

Todo ello, sin contar con que sea el sujeto imputado quien, para cumplir con el principio de culpabilidad, deba representarse o ser consciente de que su conducta es acorde a la “racionalidad social” inmutable a todo tiempo o, a su vez, relativa a la historia del derecho determinada por el juez o un especialista que probablemente no pueda ser controlado materialmente.

D. Sobre lo socialmente adecuado

Una última cuestión a la que nos referiremos es la adecuación social, cuya relevancia para el riesgo permitido ha sido resaltada por Jakobs al afirmar que los demás criterios de imputación objetiva son la explicación de la adecuación social y que, con esta teoría, Welzel se convirtió en uno de los fundadores de la imputación objetiva⁸⁷. No son pocos los teóricos que reconocen la valía de este planteamiento; por ejemplo Reyes Alvarado⁸⁸, quien considera que la teoría de la adecuación social de Welzel no carece de solidez; también Zipf⁸⁹, quien hace un balance positivo de esta teoría, porque sería el elemento de unión entre la ciencia y sociología del derecho, revelando el trasfondo sociológico del orden jurídico; finalmente, Klug⁹⁰, quien toma en cuenta esta teoría y diferencia entre congruencia social y adecuación social para sistematizar casos supraleales de exclusión del tipo y supraleales de exclusión de la antijuricidad.

87 Jakobs, Günther. “Welzels Bedeutung für die heutige Strafrechtswissenschaft”. en AA. VV. *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 264.

88 Reyes Alvarado, Yesid. *Imputación Objetiva*. Bogotá, Temis, 1994, pp. 90-91.

89 Zipf, Heinz. “Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht”, *ZStW*, vol. 82, 1970, p. 653.

90 Klug, Ulrich. “Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im strafrechtssystem”, en AA. VV. *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*. Aalen, Scientia, 1961, pp. 262-265.

También hay consideraciones críticas sobre la adecuación social, sobre todo enfocándose en evaluar si es que ha significado un avance. Así por ejemplo Roxin⁹¹, quien llama la atención sobre la vaguedad de este concepto; casi en el mismo sentido, Kindhäuser⁹² resalta la ambigüedad de esta, ya que solamente se puede saber qué es lo adecuado socialmente a partir de una definición negativa, y Knauer⁹³, quien llama la atención en que este concepto se haya convertido en un “almacén provisional” de nuevas áreas problemáticas para el derecho penal en los últimos años.

La necesidad de referirnos a esta teoría se basa, sobre todo, en que Welzel agrupa en este concepto una serie de casos que parecieran ser distintos entre unos y otros e implicaría distinguir entre lo riesgoso y lo adecuado. Además, como ya lo habíamos afirmado anteriormente, en ocasiones la doctrina usa ambos términos (*riesgo permitido* y *adecuación social*) como sinónimos para referirse a los mismos casos⁹⁴ y que, en la actualidad, existen variantes de la teoría de Welzel en ámbitos aislados de igual interés al derecho penal; por ejemplo, la “adecuación deportiva” (*Sportadäquanz*) para referirse a la adecuación social en el ámbito deportivo⁹⁵.

Ahora bien. Roxin⁹⁶ creyó conveniente considerar que dentro del riesgo permitido se pueden distinguir dos grupos de casos: los referidos al riesgo permitido y los propiamente adecuados socialmente. Los primeros se resolverían mediante los criterios de la imputación objetiva y los segundos, mediante reducción teleológica, teniendo en cuenta la protección al bien jurídico, por lo que no habría necesidad de acudir al concepto de *adecuación social* para resolverlos. No obstante, la propuesta para el segundo grupo de casos ya la había hecho Hirsch⁹⁷ al afirmar que se solucionaban en atención a la *ratio legis* de los tipos penales.

Las diversas opiniones que generó la adecuación social solo pueden hablar bien de aquella, pero su valía debe evaluarse en el marco de la distinción metodológica reseñada con anterioridad, el cual nos lleva a afirmar que Welzel puso el dedo en la

91 Roxin, Claus, “Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht”, en G. Kohlmann (ed.), *Festschrift für Ulrich Klug*. Köln, Peter Deubner, 1983, pp. 303-313.

92 Kindhäuser, Urs. “Welzels Konzeption sozialer Adäquanz - normtheoretisch betrachtet”, en AA. VV. *Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag*. München, C. H. Beck, 2018, pp. 50-51.

93 Knauer, Florian. “Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz im Strafrecht - Renaissance einer überholten Rechtsfigur oder dogmatische Kategorie der Zukunft?”, *ZStW*, vol. 126, n.º 4, 2014, pp. 855-856.

94 Véase como ejemplo Martínez Escamilla, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. España, EDESA, 1992, p. 145.

95 Schild, Wolfgang. “Sportadäquanz. Zur Begründung eines Strafbarkeitsfreiraums”, en C.-F. Stuckenberg, & K. F. Gärditz (ed.), *Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat. Festschrift für Hans-Ulrich Paeffgen zum 70. Geburtstag am 2. juli 2015*. Berlin, Dunker & Humblot, 2015, pp. 153-176.

96 Roxin, Claus, ob. cit., 1983, pp. 310-313 y asumido en su totalidad en Roxin, Claus & Greco, Luis, ob. cit., 2020, pp. 397-399.

97 Hirsch, Hans Joachim. “Sozial Adäquanz und Urechtslehre”, *ZStW*, vol. 74, n.º 1, 1962, pp. 132 y ss.

llaga al diagnosticar adecuadamente que el problema de fondo se halla en la aplicación de normas a casos particulares y no de justificación jurídico-política de normas legisladas. Ello se observa claramente si se considera que Welzel, en su propuesta primigenia, asentó la idea⁹⁸ de que ciertas acciones son atípicas a pesar de cumplir con los elementos descritos del tipo penal, que su resolución se halla en un momento anterior al examen subjetivo y que para ello es necesario acudir a la normativa extrapenal. Sin embargo, el probable “error” de Welzel se halla en procurar una explicación al problema diagnosticado y no una metodología aproximada, como herramienta práctica, para solución de casos; ello consolidó la falsa percepción de la simple asignación de un nombre a tales problemas prácticos generaba la solución de modo automático. Dicha idea terminó consolidándose en la teoría de la imputación objetiva, o, dicho en otras palabras, consolidó la idea de que asignando el nombre de “adecuación social” a cierto grupo de casos ya solucionaba el problema en su conjunto, ignorando la normatividad, razonamientos y pasos metodológicos que se hallan detrás de identificar algo como “adecuado socialmente”.

Por último, tiene especial relevancia el punto de vista de Hirsch, quien mostró que los casos que Welzel calificó como pertenecientes a la categoría de adecuación social podrían ser solucionados mediante la mejor interpretación de los tipos penales y el afinamiento de otros conceptos jurídicos. Su relevancia está en que propone una metodología para los problemas identificados por Welzel y se toma en serio –consciente o inconscientemente– que el ámbito de solución pertenece a la interpretación de tipos penales en particular, a los mismos que se les puede añadir la compleja confluencia que puede tener con normativa extrapenal.

IV. CONCLUSIÓN Y UN NUEVO HORIZONTE DE INVESTIGACIÓN

La diferenciación metodológica entre el ámbito legislativo y judicial de las normas ha permitido hacer una evaluación de los fundamentos ensayados en doctrina. Así, se ha puesto en evidencia que el problema que pretende solucionar el riesgo permitido es eminentemente práctico, se halla en el ámbito valorativo de los tipos penales; que, en términos menos abstractos y más claros, se pueden considerar como situaciones de aplicación de normas a casos particulares. Es en este lugar donde interesará saber bajo qué criterios se identifica una permisón y el modo en que ella puede o no desplazar a la prohibición penal. Por ello, el problema no es de descripción, justificación de la existencia de permisiones legisladas expresa o tácitamente, sino de operativización de criterios. Es aquí donde se halla el problema del riesgo

98 Así lo ha manifestado Frisch, Wolfgang. “Welzels Verbrechenlehre seit den siebziger Jahren. Zwischen subjektivistischer Verschärfung und normativistischer Kritik”, en AA. VV. *Lebendiges und Totes in der Verbrechenlehre Hans Welzels*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, p. 232.

permitido, pues hasta el momento se ha propuesto este concepto como uno que atañe a la legislación de permisiones, tratando de enfocarse en justificar o dar razones por las que ellas existen, complicando su puesta en práctica.

A ese problema se le añade otro, ya que la diversa fundamentación que sostiene la “existencia” del riesgo permitido no muestra ser clara y se logra desmontar con objeciones que atacan el fundamento mismo, pero no solo porque también generan más problemas de los que pretenden solucionar al inmiscuirse en dificultades que las propias propuestas generan, y no logra convencimiento para aceptarlas como razones para la construcción de métodos pertinentes de cara a su aplicación. La razón, muy seguramente, se halla en que los argumentos no procuran explicar el ámbito judicial de la operativización de normas, entendido este ámbito como aquel en el que es necesario construir métodos de para identificar conductas permitidas y aplicar permisiones.

Por lo anterior, se concluye que el riesgo permitido, en tanto concepto, es prescindible para la aplicación de tipos penales, su propia “existencia” es controvertida y artificiosa. Dejando irresuelto el problema de fondo que ya desde Binding se arrastra: que el derecho positivo es insuficiente para determinar el ámbito del “riesgo admitido”⁹⁹.

Ahora bien: la teoría contemporánea acepta prácticamente de modo unánime la existencia del riesgo permitido; de hecho, no son pocas las resoluciones judiciales que lo han aplicado a casos particulares; de ello todavía cabría cuestionar por qué este concepto, pese a las dificultades que atañe, tiene aplicabilidad. La razón se halla en la errada forma de construir conceptos, pues lo que se ha consolidado en la práctica no es más que el desplazamiento de norma prohibitiva por una permisión extrapenal, que aparentemente solo en el caso de ser expresa no resulta ser “difícil”. Se ha observado también que a esa práctica se le ha dotado de un eslogan: *riesgo permitido*, ignorando que la respuesta no se halla en denominarlo de algún modo, sino en descubrir qué razonamientos se esconden detrás del desplazamiento de una norma prohibitiva penal por una permisiva extrapenal. El peligro de asumir sin mayor meditación tal eslogan está en el posible acortamiento del razonamiento jurídico mediante fórmulas (mágicas) que no justifican jurídicamente la conclusión arribada por el juzgador, asumiendo que tal norma desplaza a otra por ser riesgo permitido, sin más. Asimismo hay otro peligro que se ve materializado en la redefinición *ad infinitum* de los tipos penales, pues hoy se ha consolidado la idea de que todas las reglas de conducta de la parte especial pueden ser reformuladas como la “creación de un riesgo y su realización en el resultado”, lo cual lleva a una necesaria definición posterior de cada elemento,

99 Schürer-Mohr, Wiebke, ob. cit., 1998, p. 34.

ignorando que la comprensión de una regla, para poder adecuarse a ella, no depende de su reformulación en otras explícitas¹⁰⁰.

Por tanto, si el problema atañe a la práctica, entonces la solución implica una mayor reflexión de lo que es la cuestión aplicativa en el interior del derecho penal. Así, por ejemplo, la razón por la que se puede haber estado usando el “riesgo permitido” casi sin dificultades puede estar emparentada con la identificación de casos prototípicos de esta figura a modo de “casos fáciles” u obvios que, posteriormente, teniendo en cuenta ciertas características sobre otras se han aplicado a casos singulares; asimismo, con que se haya acertado en identificar permisiones implícitas en prácticas de diversa índole. Pero todo ello, con total independencia del concepto de “riesgo permitido”, sino de cara a cómo interpretan o argumentan los jueces. De esto se concluye que lo más importante es procurar criterios o meta-criterios que se condigan con reglas que constituyen el sistema penal y no la creación de conceptos que, más bien, abrevian la práctica argumentativa y la reducen a la invocación (cuestionable) de cierto concepto jurídico.

Lo anterior coincide, en parte, con la intuición de Hirsch, ya que los casos que se pretende solucionar por el “riesgo permitido” pueden tener mejor explicación mediante una mejor teoría de la interpretación y conceptualización de otros elementos teóricos que se usen al aplicar los tipos penales, aunque no haya sido el único que asumió esa idea¹⁰¹. Esto nos deja en mejores condiciones y predispuestos para explorar otros terrenos que no se enfocan en conceptualizar fallidamente lo que es el “riesgo permitido” y, más bien, se centren en reevaluar el cómo se interpreta y aplican las normas penales, estableciendo criterios que pueden construirse a partir de reglas constitutivas, determinando, con ello, si el contenido de la ley penal se observa en un caso singular¹⁰².

100 Sobre esta objeción véase Wittgenstein, Ludwig. *Philosophical investigations*. Hoboken, Wiley-Blackwell, 2009, §201; y más específicamente sobre el “regulismo”, entendiendo por este la incorrecta forma de concebir que la normatividad se puede reducir a un conjunto de normas explícitas, véase Brandom, Robert. *Making it Explicit*. Harvard, Harvard University Press, 1998, p. 20.

101 Se tiene en particular a Kienapfel, Diethelm. *Das erlaubte Risiko im Strafrecht*. Frankfurt am Main, Klostermann, 1966, p. 29, Bockelmann, Paul. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3.ª ed. München, C. H. Beck, 1979, p. 108, y Preuß, Wilhelm, ob. cit., 1974, pp. 226-227.

102 Ello aboga, de modo general, por considerar que aquello a lo que se refiere el análisis del “riesgo permitido” no se ubica en una práctica de “imputación objetiva”, pues estrictamente no hay algo que se esté imputando, sino que se trata de una práctica valorativa de subsunción jurídica que va de la norma a la conducta y viceversa; se sitúa en el plano jurisdiccional y necesita de criterios metodológicos; por tal motivo, es válido considerar que este problema atañe estrictamente a la interpretación de tipos penales, tal como lo ha establecido Sánchez-Ostiz, Pablo. “¿En qué medida imputa y es objetiva la «imputación objetiva»?”, en *La libertad en el derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*. Barcelona, Atelier, 2014, pp. 109-112, pues lo que importa es determinar el comportamiento prohibido, así: Molina Fernández, Fernando. ob. cit. 2021, p. 793, y si este acaece en un caso singular.

BIBLIOGRAFÍA

- Atria, Fernando. *La forma del Derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2016.
- Barja de Quiroga López, Jacobo. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*. Madrid, Civitas, 2010.
- Beck, Ulrich. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*. Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1986.
- Binding, Karl. *Die Normen und ihre Übertretung*, t. IV. Leipzig, 1919.
- Bockelmann, Paul. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3.^a ed., München, C. H. Beck, 1979.
- Böhlau, Hugo. “Occidere und casam mortis praestare”, *Archiv für preußisches Strafrecht*, 1865, pp. 472-474.
- Brandom, Robert. *Making it Explicit*. Harvard, Harvard University Press, 1998.
- Bulygin, Eugenio. “Creación y aplicación del derecho”, *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, n.º 19, 2001, pp. 427-446.
- Cancio Meliá, Manuel. “La teoría de la adecuación social en Welzel”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. 46, n.º 2, 1993, pp. 697-730.
- Cancio Meliá, Manuel. *Los orígenes de la teoría de la adecuación social. Teoría final de la acción e imputación objetiva*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1994.
- Cancio Meliá, Manuel. “Sozialadäquanz”, en AA. VV. *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, pp. 69-86.
- Cantard, Nicolás. “Situaciones de necesidad y comunidad de peligro”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. XLII, n.º 112, 2021, pp. 115-168.
- Corcoy Bidasolo, Mirentxu. *El delito imprudente*. Montevideo, BdeF, 2005.
- Del Busto Duthurburu, José Antonio. *Francisco Pizarro. El marqués gobernador*. Madrid, Rialp, 1966.
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 1989.
- Feijóo Sánchez, Bernardo. *Resultado lesivo e imprudencia: estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del “fin de protección de la norma de cuidado”*. Barcelona, Bosch, 2001.

Feijóo Sánchez, Bernardo. *Imputación objetiva en el derecho penal. Nuevos alcances*. Argentina, Olejnik, 2017.

Flores Zerpa, Allen Martí. “Las reglas del derecho penal y una aproximación a los elementos objetivos del prevaricato”, en *RJUAM*, n.º 45, 2022-I, pp. 99-125.

Frisch, Wolfgang. “Welzels Verbrechenslehre seit den siebziger Jahren. Zwischen subjektivistischer Verschärfung und normativistischer Kritik”, en AA. VV. *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.

Goeckenjan, Ingke. *Revision der Lehre von der objektiven Zurechnung*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2017.

Grolman, Karl. “Über die Begriffe von Dolus und Culpa nebst einer Anwendung auf die Frage: Ob Unmündige dolose Verbrechen begehen können?”, *Bibliothek für die peinliche Rechtswissenschaft und Gesetzkunde*, t. 1, 1804, pp. 3-50

Guastini, Riccardo. *La sintaxis del derecho*. Madrid, Marcial Pons, 2016.

Hart, H. L. A. *The Concept of Law*. Oxford, Oxford University Press, 2012.

Hirsch, Hans Joachim. “Sozial Adäquanz und Urechtslehre”, *ZStW*, vol. 74, n.º 1, 1962, pp. 78-135.

Hohfeld, Wesley Newcomb. *Conceptos jurídicos fundamentales*. México, Fontamara, 1991.

Horcajo, Daniel. *Comportamiento humano y pena estatal: disuasión cooperación y equidad*. Madrid, Marcial Pons, 2016.

Hoyer, Andreas. “Erlaubtes Risiko und technologische Entwicklung”, *ZStW*, vol. 121, n.º 4, 2009, pp. 860-881.

Hübner, Christoph. *Die Entwicklung der objektiven Zurechnung*. Berlín, Dunker & Humblot, 2004.

Iglesias Vila, Marisa. *El problema de la discreción judicial*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

Jakobs, Günther. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., Berlin, Gruyter, 1991.

Jakobs, Günther. “Welzels Bedeutung für die heutige Strafrechtswissenschaft”. en AA. VV. *Lebendiges und Totes in der Verbrechenslehre Hans Welzels*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, pp. 257-275.

- Jescheck, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Barcelona, Bosch, 1981.
- Kelsen, Hans. *Reine Rechtslehre*, 2.^a ed., Viena, Österreichische Staatsdruckerei, 1992.
- Kelsen, Hans. *General Theory of Law & State*. New Brunswick, Transaction Publishers, 2005.
- Kienapfel, Diethelm. *Das erlaubte Risiko im Strafrecht*. Frankfurt am Main, Klostermann, 1966.
- Kindhäuser, Urs. “Welzels Konzeption sozialer Adäquanz - normtheoretisch betrachtet”, en AA. VV. *Festschrift für Rudolf Rengier zum 70. Geburtstag*. München, C. H. Beck, 2018, pp. 49-58.
- Klug, Ulrich. “Sozialkongruenz und Sozialadäquanz im strafrechtssystem”, en AA. VV. *Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Geburtstag*. Aalen, Scientia, 1961, pp. 249-265.
- Knauer, Florian. “Zur Wiederkehr der Sozialadäquanz im Strafrecht - Renaissance einer überholten Rechtsfigur oder dogmatische Kategorie der Zukunft?”, *ZStW*, vol. 126, n.º 4, 2014, pp. 844-865.
- Köhler, Michael. *Strafrecht Allgemeiner Teil*. Berlín, Springer, 1997.
- Lübbe, Weyma. “‘Erlaubtes Risiko‘. Zur Legitimationsstruktur eines Zurechnungsausschließungsgrunds”, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, vol. 43, n.º 6, 1995, pp. 951-963.
- Luzón Peña, Diego Manuel. *Curso de Derecho Penal: parte general*, 3.^a ed. España, Universitas, 1996.
- MacCormick, Neil. *Legal Reasoning and Legal Theory*. Oxford, Oxford University Press, 1978.
- Maiwald, Manfred. “Zur Leistungsfähigkeit des Begriffs ‚erlaubtes Risiko‘ für die Strafrechtssystematik”, en T. Vogler (ed.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag*. Berlín, Duncker & Humblot, 1985, pp. 405-425.
- Mañalich Raffo, Juan Pablo. “Reglas primarias de obligación”, en *ZIS*, n.º 11, 2012, pp. 571-585.
- Maraver Gómez, Mario. “Riesgo permitido por legitimación histórica”, en E. Montealegre Lynett (ed.), *El funcionalismo en el derecho penal*. Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 207-235.

Martínez Escamilla, Margarita. *La imputación objetiva del resultado*. España, EDERSA, 1992.

Mendoza Buergo, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid, Civitas, 2001.

Mir Puig, Santiago. *Introducción a las bases del derecho penal*, 2.^a ed. Montevideo, Buenos Aires: BdeF, 2003.

Mir Puig, Santiago. *Derecho penal parte general*, 10.^a ed. Barcelona, Reppertor, 2016.

Molina Fernández, Fernando. “Estado de necesidad, colisión de deberes y la navaja de Ockham”, en AA. VV. *Libro homenaje al profesor Diego Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*. Madrid, Reus, 2020, pp. 805-839.

Molina Fernández, Fernando. *Antijuricidad penal y sistema del delito*, 3.^a ed. Buenos Aires, BdeF, 2021.

Moore, Michael. *Placing Blame*. Oxford, Oxford University Press, 1997.

Moore, Michael. *Educating oneself in public. Critical Essays in Jurisprudence*. Oxford, Oxford University Press, 2000.

Müller, Max Ludwig. *Die Bedeutung des Kausalzusammenhanges im Straf- und Schadensersatzrecht*. Tübingen, Mohr, 1912.

Pantaleón Díaz, Marta. *Delito y responsabilidad civil extracontractual*. Madrid, Marcial Pons, 2022.

Paredes Castañón, José Manuel. *El riesgo permitido en el Derecho Penal*. Madrid, Ministerio de justicia, 1995.

Pastor Muñoz, Nuria. “¿Qué queda del principio de legalidad en Derecho Penal Internacional? En especial una reflexión sobre la necesidad de recuperar el rigor en la construcción de normas penales internacionales, los límites materiales al derecho positivo y la capacidad de rendimiento de la fórmula de Radbruch”, en Raúl Carnovali (coord.) *Derecho, sanción y justicia penal*. Montevideo-Buenos Aires, BdeF, 2017, pp. 281-351.

Pastor Muñoz, Nuria. *Riesgo permitido y principio de legalidad*. Barcelona, Atelier, 2019.

Pawlik, Michael. *Das Unrecht des Bürgers*. Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.

Piña Rochefort, Juan Ignacio. *Rol social y sistema de imputación*. España, Bosch, 2005.

Preuß, Wilhelm. *Untersuchungen zum erlaubten Risiko im Strafrecht*. Berlin, Duncker & Humblot, 1974.

Prittwitz, Cornelius. *Strafrecht und Risiko*. Frankfurt, Vittorio Klostermann, 1993.

Puppe, Ingeborg. “Die Lehre von der objektiven Zurechnung und ihre Anwendung – Teil 1”, *ZJS*, n.º 5, 2008, pp. 488-496.

Renzikowski, Joachim. “Die Unterscheidung von primären Verhaltens- und sekundären Sanktionsnormen in der analytischen Rechtstheorie”, en AA. VV. *Festschrift für Karl Heinz Gössel*. Heidelberg, C. F. Müller, pp. 3-13.

Reyes Alvarado, Yesid. *Imputación Objetiva*. Bogotá, Temis, 1994.

Robles, Ricardo. *Teorías de las normas y sistema del delito*. Barcelona, Atelier, 2021.

Rodríguez, Jorge Luis. *Teoría analítica del derecho*. Buenos Aires, Marcial Pons, 2021.

Roxin, Claus. “Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei fahrlässigen Delikten”, *ZStW*, vol. 74, n.º 3, 1962, pp. 411-444.

Roxin, Claus. “Gedanken zur Problematik der Zurechnung im Strafrecht”, en *Festschrift für Richard M. Honig zum 80. Geburtstag*. Göttingen, Schwartz, 1970, pp. 133-150.

Roxin, Claus, “Bemerkungen zur sozialen Adäquanz im Strafrecht”, en G. Kohlmann (ed.), *Festschrift für Ulrich Klug*. Köln, Peter Deubner, 1983, pp. 303-313.

Roxin, Claus & Greco, Luis. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. 1, 5.^a ed. München, C. H. Beck, 2020.

Ruppert, Felix. “Die metateleologische Reduktion im Strafrecht. Zum Wessen der Sozialadäquanz”, *ZIS*, n.º 1, 2020, pp. 14-28.

Rusconi, Maximiliano. *Derecho Penal parte general*, 2.^a ed. Argentina, Adhoc, 2009.

Sánchez-Ostiz, Pablo. “¿En qué medida imputa y es objetiva la «imputación objetiva»?”, en *La libertad en el derecho penal. Estudios sobre la doctrina de la imputación*. Barcelona, Atelier, 2014, pp. 105-117.

Schild, Wolfgang. “Sportadäquanz. Zur Begründung eines Strafbarkeitsfreiraums”, en C.-F. Stuckenberg, & K. F. Gärditz (ed.), *Strafe und Prozess im freiheitlichen*

Rechstaat. Festschrift für Hans-Ulrich Paeffgen zum 70- Gebustag am 2. juli 2015. Berlín, Dunker & Humblot, 2015, pp. 153-176.

Schladitz, Pepe. *Normtheoretische Grundlagen der Lehre von der objektiven Zurechnung.* Tübingen, Mohr Siebeck, 2021.

Schroeder, Friedrich-Christian. *Der Blitz als Mordinstrument.* Berlin, Duncker & Humblot, 2009.

Schürer-Mohr, Wiebke. *Erlaubte Risiken: Grundfragen des „erlaubten Risikos“ im Bereich der Fahrlässigkeitsdogmatik.* Peter Lang, 1998.

Searle, John R. *Speech acts.* Cambridge, Cambridge University Press, 1969.

Silva Sánchez, Jesús María. “Imputación objetiva y causas de justificación. Un (mero) intento de distinguir”, en AA. VV. *Dogmática penal del derecho penal material y procesal y política criminal contemporáneas. Homenaje a Bernd Schünemann por su 70 aniversario.* Lima, Gaceta Jurídica, 2014, pp. 487-504.

Stübel, Christoph Carl. *System des allgemeinen Peinlichen Rechts mit Anwendung auf die in Chursachsen geltenden Gesetze besonders zum Gebrauche für academische Vorlesungen.* Leipzig, Sommerschen Buchhandlung, 1795.

Stübel, Christoph Carl. “Ueber gefaehrliche Handlungen als fuer sich bestehende Verbrechen, zur Berichtigung der Lehre von verschuldeten Verbrechen, nebst Vorschlaegen zur gesetzlichen Bestimmung ueber die Bestrafung der erstern”, *Neues Archiv des Criminalrechts*, t. 8. Halle, 1825, pp. 236-323.

Villavicencio Terreros, Felipe. *Derecho penal. Parte general.* Lima, Grijley, 2006.

Von Bar, Ludwig. *Die Lehre vom Causalzusammenhange im Rechte, besonders im Strafrechts.* Leipzig, Tauchnitz, 1871.

Wittgenstein, Ludwig. *Philosophical investigations.* Hoboken, Wiley-Blackwell, 2009.

Welzel, Hans. “Studien zum Strafrechtssystem”, *ZStW*, vol. 58, n.º 1, 1937.

Wolter, Jürgen. *Objektive und personale Zurechnung von verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem.* Berlín, Duncker und Humblot, 1981.

Zipf, Heinz. “Rechtskonformes und sozialadäquates Verhalten im Strafrecht”, *ZStW*, vol. 82, 1970, pp. 633-654.