

EL RIESGO PERMITIDO EN EL CÓDIGO PENAL DE 2004

ARTÍCULO

Isaías Sánchez Báez

I. Introducción.....	445
II. El riesgo permitido	446
III. Conclusión.....	461

I. Introducción

En este escrito propongo estudiar la defensa penal del riesgo permitido, tipificada en el Artículo 25 del Código Penal de Puerto Rico de 2004. ¿Qué es el riesgo permitido? ¿De dónde sale? ¿Quién decidió “permitir” un riesgo? ¿Por qué decidió permitir el riesgo? ¿Quién y con qué autoridad se puede decidir permitir un riesgo y otros no? ¿Cuál es la norma de jurídica para discriminar entre un riesgo permitido y uno que no lo es? Hay varias dudas que surgen al leer el artículo del riesgo permitido. Esto puede ser debido a que el riesgo permitido es una defensa nueva en Puerto Rico, aunque no lo sea para otras jurisdicciones como Alemania, España y otros países latinoamericanos. Una de las críticas locales de esta defensa es la poca comprensión de la misma. Solamente un número limitado de juristas puertorriqueños conoce lo que es el riesgo permitido. Por esta razón, no debe ser extraño que la defensa no haya sido utilizada con la frecuencia debida. Tampoco es extraña la poca comprensión pues la defensa proviene de países civilistas, mientras que en Puerto Rico, por razones históricas, el Derecho Penal ha sido predominantemente influenciado por el derecho común anglosajón.

* Estudiante de tercer año y Director Asociado de la Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Interamericana de Puerto Rico. Agradezco al Profesor Julio de la Rosa Rivé por sus valiosos comentarios que ayudaron a la compleción de este artículo.

El propósito del artículo es explicar la defensa. Adelanto que la defensa de riesgo permitido es una pieza en un rompecabezas. El rompecabezas es la teoría del delito y la de imputación objetiva. Difícil es comprender el riesgo permitido sin entender la teoría causal de imputación objetiva. Por consiguiente, en el escrito se incluyeron unas partes muy sucintas sobre la teoría del delito y la imputación objetiva. Luego de esta explicación sucinta sobre la teoría del delito y la imputación objetiva, se expone el tema del riesgo permitido. Es en esa parte donde se exploran las interrogantes pertinentes a la identificación de un riesgo permitido. Por último, se plasmaron algunos ejemplos de la aplicación de la defensa.

II. El riesgo permitido

No incurre en responsabilidad la persona que ha causado un resultado tipificado como delito si dicho resultado no constituye la realización de un riesgo suficiente y no permitido originado por su conducta.¹

No se puede entender la figura de riesgo permitido sin entender primero la teoría del delito y la teoría de la causalidad, específicamente la teoría de la imputación objetiva. Por esta razón, a continuación se explicará la teoría del delito en el Código Penal de 2004 y la causalidad por imputación objetiva del mismo cuerpo legal. Se advierte que estas explicaciones sobre estos subtemas serán sencillas, sucintas y de ninguna forma exhaustivas pues no configuran el tema principal de este escrito. Finalmente tocará desarrollar el tema del riesgo permitido.

A. Teoría del delito

La definición de delito se encuentra en el Título II, Capítulo I del Código Penal de 2004. Éste es el título de los elementos del delito y de la conducta delictiva; el capítulo de definición y clasificación. El delito se define como “un acto cometido u omitido en violación de alguna ley que lo prohíbe u ordena, que apareja, al ser probado, alguna pena o medida de seguridad”.² En el Capítulo II del Título II, el Artículo 18 expone que “[e]l delito sólo puede ser realizado por acción u omisión”. Más importante aún es el Artículo 22, el cual establece el principio de responsabilidad subjetiva. Este artículo dispone que para ser sancionado por un hecho previsto en la ley penal es necesario que exista intención o negligencia; de lo contrario, no se configurará el delito, aunque se haya realizado la conducta objetiva proscrita. Además, este artículo añade que como regla general, “los hechos sancionados en [el] Código requieren intención, salvo que expresamente se indique que baste la negligencia”.³ ¿Cómo se define intención y negligencia? El Artículo 23 y 24 definen, respectivamente, los términos. El Artículo 23 dispone que:

¹ Código Penal de P.R., Art. 25 (2008); 33 L.P.R.A. § 4653 (2009) [en adelante Art. 25].

² Código Penal de P.R., Art. 15 (2008); 33 L.P.R.A. § 4643 (2009).

³ Código Penal de P.R., Art. 22 (2008); 33 L.P.R.A. § 4650 (2009).

El delito se considera cometido con intención:

- (a) cuando el hecho correspondiente ha sido realizado por una conducta dirigida voluntariamente a ejecutarlo;
- (b) el hecho correspondiente es una consecuencia natural de la conducta voluntaria del autor; o
- (c) cuando el sujeto ha querido su conducta a conciencia de que implicaba un riesgo considerable y no permitido de producir el hecho delictivo realizado.⁴

El inciso “a” establece que el hecho puede ser cometido con intención cuando es *voluntario*. Este inciso se refiere a la intención más pura. En España y otras jurisdicciones civilistas se le conoce como dolo directo de primer grado o de propósito. La acepción popular de este tipo de intención es “a propósito”; es decir, cuando una persona realiza un hecho tipificado⁵ voluntariamente o con propósito de realizarla. La intención definida en el inciso “b” se refiere al dolo de segundo grado. Es cuando la persona realiza un hecho, no con el propósito de realizarlo, pero tiene *conocimiento* de que su conducta voluntaria tiene como *consecuencia natural* el hecho delictivo. Por último, el inciso “c” se refiere a lo que se conoce en las jurisdicciones civilistas como el dolo eventual. Éste es el mínimo de punibilidad en los delitos que requieren la intención. El inciso dispone que existe intención cuando la persona realiza su conducta a *conciencia* de que implica “la *creación de un riesgo considerable y no permitido* de producir el hecho delictivo”.⁶ Es decir, si una conducta implica un riesgo considerable de producir un hecho delictivo y este riesgo no es permitido, el resultado típico se considera cometido con intención. La intención del inciso “c” es la más apartada de la acepción general del concepto de intención en sentido estricto. Este artículo se incluyó en el Código por recomendación de la Academia Puertorriqueña de Jurisprudencia y Legislación.⁷ La Academia expone en su crítica al Artículo 15 del Código Penal derogado, que la intención implica algún modo de “querer”.⁸ Más aún, hay dos formas de “querer”:

[E]l querer como manifestado de un deseo dirigido a la consecución de un hecho, y el querer como aceptación del hecho. Tanto quiere matar quien dispara para conseguirlo, como quien dispara con otro fin pero sabiendo y por tanto aceptando que va a matar con seguridad o con probabilidad.

⁴ Código Penal de P.R., Art. 23 (2008); 33 L.P.R.A. § 4651 (2009) (énfasis suplido).

⁵ Tiene que ser necesariamente tipificado por el principio de legalidad dispuesto en el Artículo 2 del Código Penal de 2004, según el cual no puede haber una acción penal por un hecho que no esté expresamente definido como delito en el Código Penal o ley especial.

⁶ Código Penal de P.R., Art. 23 (2008); 33 L.P.R.A. § 4651 (2009) (énfasis suplido).

⁷ En adelante Academia.

⁸ Dora Navares Muñiz, *Nuevo Código Penal de Puerto Rico* 35 (3ra ed., Instituto para el Desarrollo del Derecho 2008) [en adelante *Nuevo Código Penal 2008*].

En el primer caso se habla de dolo de primer grado o intención en sentido estricto. En el segundo caso de dolo directo de segundo grado y de dolo eventual.⁹

Es de notar que los tres tipos de intención están organizados comenzando desde el más directo hasta el más remoto. El inciso “a” es ciertamente la intención más clara y directa. Sin embargo, el último inciso trata sobre la intención más remota, la cual se basa, no en el querer directamente el hecho, pero genera un riesgo considerable de producir el hecho delictivo y el riesgo no es permitido.

Por último, el delito también puede ser cometido por negligencia (aunque por excepción, sólo si está tipificado como delito negligente). Como lo dice el Artículo 22, los hechos sancionados requieren intención, salvo que expresamente se indique que baste la negligencia.¹⁰ La negligencia es un acto cometido sin intención (intención definida en el Artículo 23 del Código Penal), “pero por imprudencia al no observar el cuidado debido que hubiera tenido una persona normalmente prudente en la situación del autor para evitar el resultado”.¹¹ La negligencia puede confundirse con el dolo eventual del inciso “c” del Artículo 23. No obstante, esta confusión es aclarada por el profesor Mir Puig. El profesor, quien ayudó en la redacción del Código Penal de 2004 y especialmente en este Artículo 23, explica la diferencia como sigue: para la intención del inciso “c” del Artículo 23 el sujeto sí hace una valoración subjetiva (de ahí la intención) del *riesgo considerable*.¹² Esto es contrario a la negligencia en la cual el criterio rector es “la conciencia imprudente, caracterizada por el hecho de que supone infravaloración del riesgo”.¹³ Es decir, en la negligencia se infravalora el riesgo pues se tiene la confianza de que no es el caso concreto para tal riesgo, mientras que en el dolo eventual la persona valoriza el riesgo y lo considera.

En resumen, la Dra. Nevares entiende que bajo el Código de 2004, para probar que “la conducta que causa el resultado prohibido en el delito . . . satisface la parte objetiva del tipo . . .”¹⁴ hay que probar los siguientes elementos:

1. que la conducta constituya un riesgo típicamente relevante, entendiéndose, suficiente para producir o contribuir al resultado descrito en el tipo penal;
2. que el resultado causado pueda verse objetivamente antes o mientras se realiza la conducta como la realización del riesgo inherente a la conducta;

⁹ *Id.* en la pág. 36, citando crítica Academia al Art. 15 del código derogado.

¹⁰ Código Penal de P.R., Art. 22 (2008); 33 L.P.R.A. § 4650 (2009).

¹¹ Código Penal de P.R., Art. 24 (2008); 33 L.P.R.A. § 4652 (2009).

¹² Nevares Muñiz, *Nuevo Código Penal de Puerto Rico* en la pág. 37.

¹³ *Nuevo Código Penal 2008*, supra n. 8, en las págs. 36-37 citando comunicación por correo electrónico a la Dra. Dora Nevares, Directora del Proyecto, 2 de abril de 2003.

¹⁴ Dora Nevares Muñiz, *Nuevo Código Penal de Puerto Rico* 41 (4ta Ed., Instituto para el Desarrollo del Derecho 2008) [en adelante *Nuevo Código Penal 2010*].

3. la existencia de la relación de autoría (imputar el hecho como propio).¹⁵

La Dra. Nevares añade en sus comentarios al artículo del Riesgo Permitido que no basta hacer un análisis de causalidad (causa próxima o adecuada) en los casos en que se considere los riesgos, sino que es necesario, además, que exista una relación de riesgo entre la conducta del sujeto activo y el resultado para imputarle el delito.¹⁶ En otras palabras, hay que determinar la relación de causalidad y considerar los tres elementos anteriores para imputar objetivamente el delito. Este proceso de causalidad se conoce como la imputación objetiva.¹⁷

B. Imputación objetiva

¿Por qué hablar sobre imputación objetiva? Ciertamente es que el tema de este artículo es el Riesgo permitido, pero es necesario conocer la teoría de imputación objetiva pues es de esta que se deriva la figura del Riesgo Permitido. La imputación objetiva es una doctrina desarrollada originalmente en Alemania, aunque se utiliza actualmente en muchas jurisdicciones de tradición civilista.¹⁸ El propósito de la doctrina es “determinar si el resultado acaecido fue producto del riesgo específico creado mediante la acción inicial del sujeto”.¹⁹ La teoría fue desarrollada en respuesta al descontento por la “aplicación maleable del estándar de la causalidad adecuada . . .”²⁰ Este problema lo muestra Chiesa Aponte con un ejemplo extraído del caso *Jones v. Commonwealth*.²¹ En el mismo Ben y George escucharon a Leander disparar al aire un domingo. Por esta razón Ben y George se le acercaron y luego de decirle que tales disparos eran ilegales porque era domingo, ambos le dispararon. Se determinó que el cuerpo de Leander tenía dos balas y que había fallecido a causa de las mismas.²² Sin embargo, si aplicáramos simplemente la doctrina del requisito *sine qua non*, Ben podría alegar que su disparo no fue el requisito *sine qua non* para la muerte de Leander, sino que lo fue el disparo de George; éste último también podría hacer una alegación idéntica pero a la inversa.²³ Como no es posible determinar esta causalidad con precisión, no se podría imputar penalmente a ninguno de los dos actores. La imputación objetiva se creó entonces para explicar una teoría razonable de causalidad y evitar resultados absurdos que puede causar la simple aplicación de

¹⁵ *Id.*

¹⁶ *Id.*

¹⁷ *Id.*

¹⁸ Luis Ernesto Chiesa, *Derecho Penal Sustantivo*, 120 n. 41 (Publicaciones J.T.S. 2006) [en adelante Chiesa].

¹⁹ *Id.* en la pág. 121.

²⁰ *Id.* en la pág. 120.

²¹ *Id.* en las págs. 119-120; citando *Jones v. Commonwealth*, 281 S.W. 2d 920 (1955).

²² *Id.* en la pág. 119.

²³ *Id.*

la teoría de causa adecuada o requisito *sine qua non*.²⁴ En otras palabras, no basta con demostrar que el hecho es un requisito *sine qua non* del resultado para probar la causalidad; además, es deber probar la imputación objetiva.²⁵ Para que el resultado se le pueda imputar a un actor son necesarios dos requisitos: primero, que se cree un riesgo injustificado, desaprobado o no permitido por la conducta del sujeto; y, segundo, que el riesgo se convierta en el resultado (no que meramente permanezca en un riesgo).²⁶ También, habrá que probar la causalidad según la imputación objetiva, *ante*. He aquí la figura del riesgo permitido. Realmente la teoría de la imputación objetiva lo que busca es “determinar si el resultado acaecido fue producto del riesgo específico creado mediante la acción inicial del sujeto”.²⁷ Según expone el profesor Chiesa Aponte, se han desarrollado varias doctrinas para ayudar a “determinar cuándo un resultado es objetivamente imputable a un sujeto”.²⁸ Las dos teorías más famosas fueron desarrolladas por dos profesores alemanes. Estas son: la teoría de los roles y la teoría del riesgo. La primera fue desarrollada por el profesor Günther Jakobs y la segunda por Claus Roxin.

La teoría de la imputación objetiva y del riesgo fue someramente impuesta por primera vez en *Pueblo v. Figueroa Pomales*.²⁹ En una instrucción al jurado se dijo que:

Para hallar culpable a la acusada de violar el Art. 109 del Código Penal que establece el delito de homicidio negligente por ocasionar la muerte de las víctimas al conducir un vehículo de motor bajo los efectos de bebidas embriagantes, ustedes . . . deberán estar convencidos más allá de duda razonable de que tales muertes se produjeron *como consecuencia del riesgo* creado por ella al conducir en tales condiciones.³⁰

Aunque la discusión principal en *Pueblo v. Sustache*,³¹ es sobre la comisión de delito por omisión, también aplica la teoría del riesgo. El Tribunal aplicó la doctrina del riesgo de la siguiente forma:

Según vimos, y afirman los tratadistas, la situación de riesgo puede ser el resultado de una acción u omisión lícita o ilícita. Además, al omitir

²⁴ Aunque más adelante se demostrará que la imputación objetiva no es simplemente una teoría de causalidad, sino que además es una teoría que es parte del análisis sobre la conducta objetiva del delito.

²⁵ *Nuevo Código Penal 2010*, *supra* n. 14, pág. 41.

²⁶ Chiesa, *supra* n. 18, en la pág. 120; Dora Nevares Muñiz, *Derecho Penal Puertorriqueño* 166 (5ta ed., 2005) [en adelante *Derecho Penal Puertorriqueño*] citando Santiago Mir Puig, *Derecho Penal Parte General* 248 (4ta ed., Barcelona 1996) [en adelante Mir Puig].

²⁷ Chiesa, *supra* n. 18, en la pág. 121.

²⁸ *Id.*

²⁹ 172 D.P.R. 403 (2007) [en adelante *Figueroa Pomales*].

³⁰ *Id.* en las págs. 431-432 (énfasis suplido).

³¹ 2009 T.S.P.R. 118.

intervenir cuando el agente Pagán Cruz golpeaba excesivamente a un civil que se encontraba en el suelo y desarmado, *los oficiales aumentaron el riesgo de que esa agresión inicial desatara una serie de eventos que culminaran en la muerte del señor Cáceres Cruz*.³² [Énfasis suplido].

Para comprender mejor la teoría de la imputación objetiva, el profesor Chiesa Aponte ofrece el siguiente ejemplo:³³ Félix apuñaló a Héctor. Aunque le causó grave daño corporal, no murió. Mientras Héctor se encuentra en el hospital, un asesino en serie entró al hospital y mató a Héctor y cinco pacientes adicionales. La muerte de Héctor no se le puede objetivamente imputar a Félix pues si bien Félix creó un riesgo no permitido de producir la muerte de otra persona (Héctor) al apuñalarlo, no cumple con el segundo requisito pues la muerte de Héctor no fue el producto (o al menos no fue previsible) del riesgo creado por la acción.

C. El riesgo permitido

La nueva figura del riesgo permitido en el Código Penal está establecida en el Artículo 25 del mismo.

No incurre en responsabilidad la persona que ha causado un resultado tipificado como delito si dicho resultado no constituye la realización de un riesgo suficiente y no permitido originado por su conducta.³⁴ [Énfasis suplido].

Este artículo se encuentra en el título II, capítulo II, sección tercera; esta sección es la que corresponde a las causas de *exclusión de responsabilidad penal*. Por este artículo se entiende que se va a excluir de responsabilidad a una persona que aunque ha causado un resultado delictivo, dicho resultado no constituye o no es por causa de la realización de un riesgo suficiente y no permitido. Dicho de forma positiva, aquella persona que cause un resultado delictivo y tal resultado se debió a un riesgo permitido o insuficiente, no incurre en responsabilidad penal. Saltan a la vista varias palabras que a su vez provocan preguntas. ¿Qué es el riesgo permitido? ¿De dónde sale? ¿Quién decidió “permitir” un riesgo? ¿Por qué decidió permitir el riesgo? ¿Quién y con qué autoridad se puede decidir permitir un riesgo y otros no? ¿Cuál es la norma de jurídica para discriminar entre un riesgo permitido y uno que no lo es? Estas son algunas de las preguntas que se pretenden contestar a lo largo de este artículo y específicamente en esta sección.

La Dra. Nevares, redactora principal del Código Penal, expone que la redacción de este artículo proviene del Comité de la Academia de Jurisprudencia.³⁵ En el

³² *Id.* en la pág. 148.

³³ Chiesa, *supra* n. 18, en las págs. 120-121.

³⁴ Código Penal de P.R., Art. 25 (2008); 33 L.P.R.A. § 4652 (2009).

³⁵ *Nuevo Código Penal 2008*, *supra* n. 8, en la pág. 39.

Informe de la Medida, P. de la S. 2302, la Comisión de lo Jurídico del Senado en las págs. 26-27,³⁶ se explica la procedencia del artículo. La inclusión de la figura del Riesgo Permitido tuvo dos propósitos. Uno de esos propósitos fue delimitar el contenido mínimo de la parte objetiva de *todo* tipo penal. El segundo propósito, aunque relacionado al primero, fue el de sustituir el Artículo 18 del Código Penal de 1974 que incluía la figura del caso fortuito. Se explica que para imputar un resultado no es suficiente cualquier conducta que sea *conditio sine qua non* del resultado tipificado como delito. Ésto es meramente uno de los pasos. Le sigue entonces, luego de determinar lo anterior (causalidad, causa próxima o adecuada), imputar objetivamente el resultado lo cual conlleva analizar si la creación de un riesgo suficiente y no permitido de realizar el resultado delictivo. Evidentemente este análisis es uno de carácter objetivo y es parte del análisis que debe realizarse para la teoría del delito luego del Código Penal de 2004. Por esta razón, este artículo pudo muy bien ser colocado en la parte objetiva del Código. Sin embargo, el Comité decidió no colocarlo en la sección objetiva del delito, sino en la sección de exclusión de responsabilidad ya que opera, precisamente, como una exclusión.³⁷

Se hace imperativo ofrecer un ejemplo antes de continuar con la explicación a fondo del riesgo permitido. Uno de los ejemplos ampliamente aceptados y que se menciona por muchos tratadistas al explicar el riesgo permitido lo es el caso de una ambulancia que corre a alta velocidad a causa de una emergencia por algún herido. Se dice que si la ambulancia provocase algún daño o resultado típico mientras conduce por encima del límite de velocidad, este conductor habría creado un riesgo suficiente (como mínimo), pero no se le imputaría pues el riesgo es permitido.³⁸ Luzón Peña provee la que es una de las mejores explicaciones del concepto del riesgo permitido. Este autor expone que el riesgo permitido “responde a una ponderación de intereses”.³⁹ Los intereses que se ponderan son: actividades peligrosas o arriesgadas, pero que no se sabe con seguridad que va a producir una lesión a un bien jurídico pues se lleva a cabo con el cuidado y la diligencia posible; de otro lado, pesan los beneficios o “intereses económicos, industriales, médicos, científicos e investigadores, militares, deportivos y de esparcimiento, e incluso de la propia libertad, etc., de las sociedades modernas”⁴⁰

La figura del riesgo permitido es una pieza clave en la imputación objetiva, especialmente para aplicar la teoría de riesgo (de Roxin). Esto se debe a que la figura admite ciertos comportamientos humanos que de otra forma serían delitos imputables. El riesgo permitido es entonces la pieza del complicado rompecabezas que excluye de responsabilidad a personas que con sus actos han creado un riesgo que ha desembocado en un resultado típico, pero el sistema penal no desea desalentar

³⁶ *Id.*

³⁷ *Nuevo Código Penal 2008, supra n. 8, en la pág. 40.*

³⁸ *Nuevo Código Penal 2010, supra n.14, en la pág. 42.*

³⁹ Diego Manuel Luzón Peña, *Curso de Derecho Penal Parte General I* 643 (1999) [en adelante Luzón Peña].

⁴⁰ *Id.*

tales actos, por ende, los permite. La mayoría de los autores están contestes en que ciertas actividades riesgosas son importantes para el funcionamiento de la sociedad y, por lo tanto, debe permitirse la creación de ciertos riesgos que de otra forma serían imputables según la teoría del riesgo.⁴¹

[P]uesto que es imposible eliminar de raíz la amenaza de todo peligro para los bienes jurídico-penalmente protegidos, el Ordenamiento jurídico . . . autoriza (no castiga) a las personas a realizar algunos de ellos, por su utilidad, a pesar incluso de que en algunos casos pueden llegar a lesionar efectivamente dichos bienes jurídicos.⁴²

Muñoz Conde y García Arán explican que la vida moderna está llena de riesgos, especialmente con el uso de nuevas tecnologías. Hay actividades cotidianas y peligrosas que pueden resultar en lesiones a bienes jurídicos (muerte, daños físicos, daños patrimoniales, etc.).⁴³ El problema es que estas actividades peligrosas son a su vez beneficiosas para la sociedad. Entre estas actividades se incluye el manejo de vehículos de motor, aviones, botes, maquinaria, el uso de armas, entre otros. Con la norma del riesgo permitido entonces se permite la realización de estas actividades que generan riesgos, al menos suficientes, que podrían ser de otra modo objetivamente imputables como delito al sujeto actor. Es decir, si no existiera esta norma de riesgo permitido, podría ser imputable de delito toda aquella persona que realice alguna de estas conductas inherentemente peligrosas y generadoras de riesgos siempre que tal conducta desemboque en un resultado típico; de forma tal que la persona razonable no querría embarcarse a realizar tal actividad beneficiosa para la sociedad como lo es la transportación terrestre por automóvil o la conducción de una ambulancia en situación de emergencia.

No obstante, es importante aclarar que la defensa de riesgo permitido no es un permiso para que la actividad se lleve a cabo con negligencia, “recklessly” o con descuido. Naturalmente, al ser actividades peligrosas se les debe exigir cierta prudencia, cuidado y precaución.⁴⁴ Además, estos mismos autores explican que el riesgo permitido no es una causa de justificación, sino una de exclusión de responsabilidad en casos donde *no medie culpa o imprudencia (negligencia)*.⁴⁵ Curiosamente Mir Puig ofrece una explicación muy parecida a la anterior, pero la ofrece al analizar la adecuación social.⁴⁶ Por otro lado, Enrique Bacigalupo opina

⁴¹ Véase en general José Manuel Paredes Castañón, *El riesgo permitido en Derecho Penal (régimen jurídico-penal de las actividades peligrosas)* 26 (1995) [en adelante Paredes Castañón]; Luzón Peña, *supra* n. 34, en la pág. 643; Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal Parte General* 272 (1993) [en adelante Muñoz Conde]; Mir Puig, *supra* n. 26, 523-526; Enrique Bacigalupo, *Principios de Derecho Penal Parte General* 189 (5ta ed., 1998) [en adelante Bacigalupo].

⁴² Paredes Castañón, *supra* n. 41, en la pág. 26 citando Prittwitz, *Risiko* 281 (1993).

⁴³ Muñoz Conde, *supra* n. 41, en la pág. 271.

⁴⁴ *Id.* en la pág. 272.

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ Mir Puig, *supra* n. 26, en las págs. 523-526.

que el riesgo permitido es un límite a la teoría de la imputación objetiva pues “se excluye cuando la acción que causalmente ha producido el resultado no supera los límites del riesgo permitido”.⁴⁷

La pregunta que sigue a la pasada discusión es: *¿cómo determinar lo que es un riesgo permitido y cuál no lo es?* Hay muchos factores que analizar para la contestación de esta pregunta. Se hace necesario aquí recordar que el riesgo permitido no es una figura independiente, sino, es una pieza de un rompecabezas, de un concepto más amplio; es una figura perteneciente a la teoría de la imputación objetiva que explica la causalidad. Es importante este detalle porque el riesgo permitido hay que visualizarlo entonces con una perspectiva más amplia de lo que se pueda entender al leer el Artículo 25 por primera vez.

Lo primero que hay que saber es que el riesgo permitido cubre aquellos riesgos que son legales pues el sistema jurídico no los castiga o los permite y a veces hasta los promueve. Este es el caso de las actividades como la minería, transportación automovilística, deportes, etc. Cada una de estas actividades tiene reglas o parámetros de control de riesgos. Por esta razón, el punto de partida deben ser estas reglas. Así por ejemplo, las reglas de tránsito, serán necesarias para determinar el campo o parámetros para la creación de riesgos al conducir. Pero no siempre la conducta va a estar permitida por el Derecho. En estos casos el juzgador tiene que hacer una ponderación de bienes.⁴⁸

Entiendo que la Dra. Nevares Muñiz presenta una buena idea sobre cómo evaluar lo que es un riesgo permitido y lo que no lo es. La profesora expone tres elementos básicos para determinar si una conducta constituye riesgo permitido. Estos elementos son los siguientes:

1. la probabilidad de que la conducta cause un daño;
2. las razones que tenía el actor para realizar la conducta;
3. la utilidad social del riesgo.⁴⁹

No obstante, propongo añadirle otros elementos a evaluar en la pasada lista. El primer elemento que se debe evaluar es la posibilidad de un acto negligente. Si medió negligencia, el riesgo es suficiente y rebasa los límites del riesgo permitido (siempre que el resultado esté tipificado como negligente, pues se requiere intención salvo que se indique que basta la negligencia;⁵⁰ de lo contrario el riesgo suficiente no sería imputable. Tendría que ser un riesgo considerable para ser cometido con intención según el inciso (c) Artículo 23). También, hay que evaluar los parámetros legales que indican cómo llevar a cabo dicho riesgo como lo son las reglas de tránsito, manejo

⁴⁷ Bacigalupo, *supra* n. 41, en la pág. 189.

⁴⁸ *Id.* en la pág. 190.

⁴⁹ *Nuevo Código Penal 2010, supra* n. 14, en la pág. 42.

⁵⁰ Código Penal de P.R., Art. 22 (2008); 33 L.P.R.A. § 4650 (2009).

de químicos, manejo de armas de fuego, etc. A continuación se somete una lista de factores a considerar para determinar si un riesgo es permitido o no lo es:

1. que no medie negligencia;⁵¹
2. probabilidad de que la conducta cause un daño;⁵²
3. razones que tenía el actor para realizar la conducta, y;⁵³
4. utilidad social del riesgo.⁵⁴

Además, el riesgo será permitido, o como se habla en la jurisprudencia española, no sobrepasará el límite del riesgo permitido, cuando ocurra alguna de las siguientes situaciones:

1. Ausencia de riesgo suficiente con relación al delito⁵⁵
2. El resultado no era previsible⁵⁶ (aunque se estipula la creación de un riesgo)
3. El riesgo creado es remoto⁵⁷ causalmente o no tiene que ver con resultado.

En fin, para determinar si un riesgo es o no permitido hay que analizar la ley o el sistema jurídico correspondiente para verificar cuáles son los límites legales de los riesgos o la conducta ordenada. Es importante que el riesgo permitido se defina según el sector donde opere.⁵⁸ Luego se verifica que el acto u omisión no haya sido negligente y entonces se consideran los demás factores antes expuestos.

Si por el contrario, hay una conducta no permitida, entiéndase prohibida, hay que determinar la relación entre la ilegalidad y el resultado. Es absurdo imputarle el delito de homicidio negligente a una persona porque se le expiró la licencia de conducir. Si la persona tomó las precauciones debidas, entonces condujo dentro del marco del riesgo permitido; dicho de otra manera, no rebasó los límites del riesgo permitido por razón de conducir con la licencia expirada.⁵⁹

Es oportuno señalar varias instancias recogidas por Paredes Castañón, en las cuales diferentes autores entienden que es de aplicación el riesgo permitido:⁶⁰ los casos en que el resultado es causa de una conducta desvalorada; acciones lesivas o peligrosas que son útiles para la sociedad (industriales, tráfico, deportes); acciones

⁵¹ *Nuevo Código Penal 2010*, *supra* n. 14, en la pág. 42; Chiesa, *supra* n. 18, en la pág. 132.

⁵² *Nuevo Código Penal 2010*, *supra* n. 14, en la pág. 42.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.*

⁵⁶ *Id.*

⁵⁷ Chiesa, *supra* n. 18, en la pág. 132.

⁵⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de España, 15 de marzo de 2010 [en adelante S.T.S.].

⁵⁹ Mir Puig, *supra* n. 26, en la pág. 230.

⁶⁰ Paredes Castañón, *supra* n. 41, en las págs. 36-39 [notas al calce omitidas].

peligrosas, pero socialmente adecuadas (deportes); acciones peligrosas cuyo resultado es imprevisible (atropellan a un peatón por un desperfecto no previsible del auto); acciones dirigidas a la salvación de bienes jurídicos, pero que ponen en peligro o hasta lesionan otros bienes sin asegurar la salvación del bien que se intenta proteger (situaciones donde se actúa a favor de un tercero, pero la actuación acaba en resultados lesivos para dicha parte); acciones peligrosas que cuentan con el consentimiento de parte del sujeto afectado (médicos, boxeadores, lucha libre); acciones peligrosas llevada a cabo dentro de los parámetros legales o con el grado de cuidado debido; acciones negligentes extraordinarias (rebasar el límite de velocidad para llevar a un herido al hospital); error objetivamente invencible, que significa el desconocimiento invencible de la peligrosidad del acto (no cualquier desconocimiento, *e.g.*, durante época de caza una persona hace un disparo creyendo que iba dirigido a un animal cuando se dirigía hacia una persona); cualquier acción peligrosa en la cual la relación costo/beneficio en cuanto a actuación o peligro, se favorezca la actuación. Esta mención de instancias en las cuales se ha tratado el tema del riesgo permitido, al menos monográficamente. No quiere decir que todas se han aceptado, sino que el propósito es expandir el conocimiento del lector para que entienda la posible extensión de la figura del riesgo permitido.

D. Otros ejemplos de riesgo permitido

A continuación algunos ejemplos de la aplicación del riesgo permitido. La Dra. Nevares Muñiz nos ofrece el siguiente ejemplo: un motociclista vira hacia la izquierda imprudentemente y sin observar el tránsito. Es atropellado y lanzado. Vivo aún, el automóvil que venía detrás lo atropella y lo mata. Si se prueba que no hubo negligencia, que iba dentro de los límites de velocidad, sin distracciones y con el manejo adecuado, no tiene responsabilidad penal por la muerte del motociclista.⁶¹ Más aún, diferente a lo que piensa Nevares Muñiz, entiendo que aun si se excediera del límite de velocidad, hay que demostrar una relación entre el exceso de velocidad y la producción del daño; esto es, que de haber actuado como dice la ley se hubiese evitado el daño. De lo contrario, tendríamos resultados absurdos.⁶² Sería pues absurdo negarle protección, por ejemplo, a una persona que se excedió por una milla por hora de velocidad sobre el límite máximo, si se determina que aunque hubiese viajado dentro del límite máximo, no se hubiese evitado tal accidente. Si no se podía evitar el resultado, aún dentro de los parámetros del riesgo permitido, no se le debe imputar tal resultado.⁶³ También, el riesgo permitido puede ser útil para ocasiones

⁶¹ Dora Nevares Muñiz, *Derecho Penal Puertorriqueño* 206 (6ta ed., Instituto para el Desarrollo del Derecho 2010) [en adelante *Derecho Penal Puertorriqueño* 2010].

⁶² Véase en general S.T.S. 10 de marzo de 2010.

⁶³ *Derecho Penal Puertorriqueño*, supra n. 26, en la pág. 203. Se puede identificar la negligencia son los siguientes elementos: “1) una conducta voluntaria pero no intencional; 2) realizada imprudentemente o sin tomar las precauciones o ejercer el cuidado debido que hubiera tenido una persona en la situación del actor para evitar el resultado.” *Derecho Penal Puertorriqueño* 2010, supra n. 61, en la pág. 206.

donde se actúa bajo una defensa penal de justificación, la cual posteriormente resulta ser inaplicable por situaciones fácticas. Éste es el ejemplo de cuando un individuo es atacado por dos asaltantes y al verse sin posibilidad de huir y sin personas a su alrededor, desenfunda su arma de fuego, le causa daño corporal a otra persona que sin previo aviso aparece en el lugar de los hechos.⁶⁴ En este caso, cierto es que la persona se arriesgó, creó un riesgo al defenderse, pero tal acto era justificable y no era previsible que una persona apareciera en el lugar de los hechos. Actuó dentro del riesgo permitido, aunque no cualificaría para legítima defensa, tenía motivos fundados para creer que iba a recibir daños, y aunque generó un riesgo, el mismo es permitido pues el defenderse con armas de fuego se entiende que es una actividad útil y hasta justificable.

A un resultado parecido, aunque más contundente, llegó el Tribunal Supremo de España. En la Sentencia de 31 de diciembre de 1996, el acusado es un policía. Está acusado por delito de homicidio negligente. El suceso ocurrió cuando éste ve que están robando un establecimiento y desenfunda la pistola al tiempo en que se enfrentó a uno de los asaltantes. En el enfrentamiento el asaltante le hace frente con una cuchilla. Luego al policía se le disparó la pistola, lo hirió y murió posteriormente. El Tribunal buscó la ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para determinar cómo el legislador estableció el uso y manejo del arma de fuego y, ulteriormente, cuál es el riesgo permitido. El cuerpo legal establece que las armas sólo podrán ser usadas “en las situaciones de riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física o de terceras personas” o bien en “circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana”. En este caso el Tribunal entendió que se manejó el arma según los parámetros establecidos legalmente y:

[D]ado que el acusado tenía el deber de detener al que luego resultó muerto y que éste se encontraba armado con un arma blanca, poniendo con su actitud en peligro la propia vida de aquél. Por lo tanto, el policía actuó dentro del riesgo permitido, ya que utilizó el arma en circunstancias en las que podía hacerlo.⁶⁵

Considérese que el caso es de un policía con entrenamiento en uso de armas de fuego y a quienes regularmente se les exige más control en tales situaciones. El siguiente ejemplo es uno de un conductor borracho quien atropelló a un transeúnte e impactó el auto con otro objeto tan contundente que lo inutilizó. Explica el tribunal que:

La imprudencia es de carácter temerario cuando el comportamiento del autor ha infringido deberes de cuidado destinados a la protección de bienes jurídicos especialmente relevantes y cuando esta infracción aumenta

⁶⁴ *Derecho Penal Puertorriqueño*, *supra* n. 26, en la pág. 206.

⁶⁵ S.T.S. de 31 de diciembre de 1996.

seriamente el riesgo por encima del límite permitido. Ello es lo que ocurre con el deber de no circular en condiciones que *aumentan indebidamente el riesgo permitido en la circulación automovilística, pues tal deber tiene la especial finalidad de proteger la vida, la integridad corporal y la salud de las personas que toman parte en el tráfico*. En consecuencia, dado que el procesado produjo la muerte de la víctima como consecuencia de la infracción de dicho deber, la imprudencia en la que ha incurrido se debe calificar de temeraria en los términos del art. 565.1.º CP.⁶⁶ [Énfasis suplido].

En este ejemplo se aprecia la valoración del riesgo y los intereses que se protegen al evitar el riesgo.

Otro caso parecido es el de la Sentencia del Tribunal Supremo de España de 9 de diciembre de 2009. Un policía detuvo a una persona. Esta persona lo empujó, y comenzó un forcejeo. Mientras esto sucede, el policía logra sacar el arma para tratar de controlar al detenido. Aun con el seguro puesto, el detenido intentó arrebatarle el arma cuando de repente el arma se disparó y alcanzó al propio detenido. Se alegó que el policía no guardó la distancia correspondiente para desenfundar su arma. Pero aun así el tribunal determinó que actuó bajo el riesgo permitido, esto aunque no siguió correctamente tal regla. El tribunal entendió que fue precisamente la actuación del fallecido, al agarrar el arma, que produjo un incremento en el riesgo. Por tal razón, el resultado es consecuencia del fallecido y no del acusado. El policía desenfundó su arma para de atemorizar al fallecido, pero la mantuvo con el seguro y por tal razón “el riesgo creado con la extracción del arma, no supera los límites del riesgo permitido”.⁶⁷

Un ejemplo de una ocasión en la cual se supera el riesgo permitido es cuando el resultado de la acción u omisión era previsible. El siguiente ejemplo jurisprudencial ilustra tal situación.⁶⁸ El acusado es un hombre muy celoso quien creía que su esposa le era infiel con su tío y primo. Un buen día siguió a su tío utilizando el automóvil. Mientras lo perseguía siguiendo los límites de velocidad, pero notó que su carro tenía algún desperfecto que causaba que se desviara hacia la derecha. De pronto su vista se interrumpió por unos arbustos, una curva y la luz solar; sus ojos se iluminaron con el sol de forma tal que se le obstruyó su visión, no pudo bajar la visera y chocó al carro de enfrente, el carro de su tío. El acusado alega que era imprevisible que mientras conducía (riesgo permitido) a baja velocidad, se topara con una situación en la cual los rayos de sol le deslumbraran a tal punto que no pudiera ver y por esta razón impactar al vehículo de enfrente. El tribunal niega que el resultado fuera imprevisible y afirma que se rebasó el límite del riesgo permitido. El tribunal explicó que la previsibilidad

⁶⁶ S.T.S. 9 de marzo de 2010.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ S.T.S. 1 de diciembre de 1989.

es “la posibilidad abstracta de no poder controlar el peligro que se introduce en el tráfico.” En este caso era previsible el resultado pues comprobó que el auto tenía un desperfecto lo cual le convertía en fuente de peligro y superaba el riesgo permitido. El deber del conductor acusado era el de detenerse pues una vez comprobó que el carro se desplazaba hacia la derecha por desperfecto, creó un riesgo no permitido. Igual debió haber hecho cuando su visibilidad se interrumpió por unos arbustos, una curva y la luz solar. Definitivamente estas condiciones crearon un riesgo no permitido para la conducción de un vehículo. En otras palabras, el riesgo permitido de conducir fue traspasado, aumentado o engrandecido al notar el desperfecto en su vehículo y perder visibilidad; esto lo hubiese prevenido deteniéndose. Si por el contrario, no estuviesen estas circunstancias presentes, el acusado hubiese actuado dentro del riesgo permitido que era la conducción de un vehículo de tránsito dentro de los parámetros legales; por tanto, hallado sin responsabilidad penal alguna.

E. Caso fortuito

Por último, los casos fortuitos están subsumidos bajo la defensa de riesgo permitido.⁶⁹ El Artículo 18 del Código Penal de 1974 incluía la defensa de caso fortuito, pero ésta fue descartada a recomendación del Secretario de Justicia y del Comité de la Academia de Jurisprudencia. El mismo fue rechazado porque era un principio derivado del derecho canónico. El propósito de eliminarlo del Código fue eliminar el principio *versari in re illicita* o responsabilidad por el resultado, que era admitido por el antiguo código; esto es, admitía el principio de responsabilidad objetiva (sin consideración de la subjetiva). Definitivamente el principio de responsabilidad objetiva fue descartado hace mucho tiempo como principio de la responsabilidad penal. En este sentido, el nuevo artículo de riesgo permitido reemplaza al de caso fortuito y tiene una función limitadora de causalidad pues no es suficiente con que la persona actúe y produzca un resultado típico, “sino que es preciso la creación de un riesgo suficiente y no permitido que se realice en el resultado.”⁷⁰ El antiguo Artículo 18 establecía:

No incurre en responsabilidad la persona que, en ocasión de ejecutar un acto lícito, con la debida diligencia, o al incurrir en una omisión, causa daño por mero accidente, desgracia o casualidad, sin mediar intención ni negligencia.

⁶⁹ Julio E. Fontanet Maldonado, *El nuevo Código Penal y la protección del ambiente*, 40 Rev. Jurídica U.I.P.R. 79, 83-85 (2005).

⁷⁰ Informe de la Medi da, P. del S. 2302, Comisión de lo Jurídico del Senado, págs. 26-27. Véase también *Nuevo Código Penal 2008*, supra n. 8, en la pág. 39; *Derecho Penal Puertorriqueño*, supra n. 25, en la pág. 222. Sobre causa próxima, imputación objetiva (teorías de causalidad) y responsabilidad objetiva véase *Derecho Penal Puertorriqueño*, supra n. 25, en las págs. 158-210.

Es fácil notar que la persona que cumple con los requisitos del Artículo 18 puede ser protegida también por la defensa del riesgo permitido. Es que el propósito no fue el de dejar sin defensas aquellos que cumplían con el Artículo 18, sino el de darle una mejor explicación jurídica y más abarcadora. Una persona que causa un daño al realizar una actividad lícita y con la debida diligencia, no incurre en responsabilidad a menos que medie intención o negligencia. Igual pasa con el riesgo permitido, la persona que actúe y genere un riesgo permitido no va a ser imputado siempre que no medie negligencia ni intención, que el riesgo sea permitido, entre otros factores a analizar, explicados *ante*. Se ha dicho que el caso fortuito “deslinda el área que exime de responsabilidad penal de forma absoluta la que conserva a esta responsabilidad a título de imprudencia . . .”⁷¹ Actos que ocurren por mero accidente, casualidad o desgracia que no son provocados por el autor (acto u omisión) ni por su negligencia, eran excluidos de responsabilidad. Antes del Código Penal del 2004, se explicaba este razonamiento como uno de caso fortuito o accidente inevitable donde el acusado no incurrió en negligencia o descuido.

En resumen, el daño causado debe haber ocurrido por mero accidente, desgracia o casualidad, sin mediar intención o negligencia por parte del que invoca la defensa. Nótese que, aunque existe un resultado dañoso, no hay responsabilidad penal[,] ya que el mismo no se realizó con la culpabilidad o estado mental requerido en la tipificación del delito. En la medida que el acto original fue lícito, no hay negligencia ni intención criminal, de lo que se trata es de un mero accidente.⁷²

Así por ejemplo, un caso de un accidente inevitable como *Pueblo v. Avilés Rodríguez*,⁷³ es excluido de responsabilidad por el riesgo permitido. Mientras una persona conduce su vehículo dentro de los parámetros legales, realiza un riesgo permitido; de lo contrario podría entrar al área de riesgo suficiente el cual es no permito y entra en el área de la negligencia, o puede llegar a ser un riesgo considerable que es intencional según el Artículo 23, inciso (c). Si causa un daño mientras realiza este riesgo, no debe imponérsele responsabilidad a menos que realice un riesgo suficiente que pueda dar base a un delito de negligencia, si es que éste está tipificado.

Luego de esta discusión sobre el riesgo permitido, es necesario concluir que el fiscal debe probar que el acusado se excedió o que aumentó el riesgo permitido para convertirlo en uno al menos suficiente. Esto es necesario pues forma parte de la teoría del delito, y como tal, es requisito para probar el delito y la causalidad. Antes debía probar que fuera de toda duda razonable la causalidad según varias teorías causales que se han diseñado durante los tiempos. El Código Penal de 1974

⁷¹ *Pueblo v. Torres Rodríguez*, 119 D.P.R. 730, 757 (1987).

⁷² *Id.* en la págs. 757-758. Véase *Pueblo v. Pérez*, 79 D.P.R. 487, 494 (1956) (caso de un accidente automovilístico inevitable).

⁷³ 95 D.P.R. 318 (1967).

no tenía ninguna teoría de causalidad, sino que fue la jurisprudencia que desarrollo estas teorías. Ejemplo de estas teorías son la causa próxima, causa adecuada y la que recoge el Código Penal de 2004, la imputación objetiva.⁷⁴ Anteriormente el fiscal, para probar el delito y su causalidad, tenía que probar que “si no hubiera sido por los actos del acusado, el resultado delictivo no hubiera ocurrido.” De igual forma el fiscal hoy día, luego del Código Penal de 2004 tiene que probar la causalidad. ¿Cómo? En los delitos resultativos de intención del Artículo 23, inciso (c) tiene que probar que excedió el riesgo permitido; en otras palabras, tiene que probar que el riesgo era no permitido y considerable, para que exista la intención según este inciso. Igual ocurre con los de negligencia. Para esto es necesario, como se explicó anteriormente, la persona genere un riesgo no permitido, y al menos suficiente (contrario a la intención de inciso “c” que requiere que el riesgo sea considerable) de producir el resultado típico. Como la persona está protegida por el derecho de la presunción de inocencia, la defensa debe operar como otro elemento del delito que el fiscal debe probar más allá de toda duda razonable. Igual se hacía antes con otras teorías de causalidad. Ahora en el Código Penal de 2004 se implementó una nueva teoría de causalidad⁷⁵ la cual el fiscal debe hacer uso de ella, como lo hacía antes con otras teorías para probar su caso más allá de toda duda razonable.

III. Conclusión

Aunque la defensa de riesgo permitido no es de conocimiento general para los juristas puertorriqueños, ha estado desarrollándose en países como Alemania, España y otros países latinoamericanos. Se hace necesario entonces que los abogados y abogadas de Puerto Rico la utilicen con mayor frecuencia y que nuestro Tribunal Supremo la interprete.

En conclusión, para comprender el riesgo permitido primero hay que comprender la teoría causal de imputación objetiva impuesta en el Código Penal de 2004, pues la defensa es parte limitadora de esta teoría causal. Dicha defensa protege a aquellas personas que causan un resultado típico al realizar una actividad generadora de un riesgo. Esta protección se debe a que el sistema jurídico-penal promueve que se realice dicha actividad generadora de riesgo por razón de su utilidad social. Para saber qué es un riesgo permitido hay que evaluar factores como: la probabilidad de causar daño; utilidad del riesgo; razones para realizar la conducta riesgosa; la previsibilidad; si el riesgo es remoto al resultado; y que no medie negligencia. Además, el riesgo permitido cubre los casos causado por accidentes que anteriormente eran tratados mediante la defensa de caso fortuito.

⁷⁴ Para un recuento histórico resumido, abarcador y un análisis sobre este tema véase *Derecho Penal Puertorriqueño*, *supra* n. 26, en las págs. 158-178.

⁷⁵ *Derecho Penal Puertorriqueño*, *supra* n. 26, en la pág. 175.

