

EL RIESGO PERMITIDO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO DISCIPLINARIO

José María Pacori Cari*

Maestro en Ciencias Políticas y Derecho Administrativo por la Universidad Nacional de San Agustín del Perú. Miembro Honorario del Ilustre Colegio de Abogados del Cusco. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo. Socio de la Asociación Uruguaya de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Socio de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Columnista en el Suplemento “La Gaceta Jurídica” del Diario La Razón en Bolivia. Fue catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad La Salle del Perú. Catedrático de Derecho del Trabajo, Derecho de la Seguridad Social y Derecho Comercial en la Universidad José Carlos Mariátegui del Perú. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Arequipa en el Perú. Docente de LP el portal jurídico del Perú. Member of Law Council of Australia. Miembro de pleno derecho del Instituto Vasco de Derecho Procesal. Asociado a la Asociación Colombiana de Derecho Disciplinario.

Sumario: 1. ¿Qué es el riesgo permitido? - 2. Fundamento del riesgo permitido - 3. Responsabilidad subjetiva - 4. Riesgo permitido en las actuaciones administrativas - 5. Límites al riesgo permitido en el Derecho Administrativo Disciplinario

*Ubi periculum permissum est, ibi imputatio deficit*¹. La función administrativa que efectúan las entidades públicas no está exenta de riesgos, los cuales, al ser tolerados por la sociedad, se denominan riesgos permitidos. Mientras los funcionarios o servidores públicos realicen su actuación dentro del ordenamiento jurídico cumpliendo las expectativas normativas de la sociedad, estaremos ante un riesgo permitido; sin embargo, si exceden este riesgo permitido, son pasibles de responsabilidad administrativa disciplinaria. *Ergo*, la imputación causal de un hecho faltoso a un funcionario o servidor público no lo hace responsable, sino la verificación de haber realizado un riesgo no permitido.

1. ¿Qué es el riesgo permitido?

El riesgo permitido es una consecuencia necesaria de la sociedad organizada. El riesgo permitido permite determinar cuándo un resultado, aun siendo causalmente producido por una conducta, no debe ser imputado jurídicamente al funcionario o servidor público. “En el riesgo permitido importa que determinadas acciones, ya por su forma, no suponen defraudación de expectativas, porque su aceptación es necesaria, o al menos usual, para mantener la posibilidad del contacto social” (Jakobs, 1997, p. 250).

Vivir en sociedad hace imposible eliminar todos los riesgos. *Ergo*, el ordenamiento jurídico tolera determinados riesgos, siempre que permanezcan dentro de los límites socialmente admitidos. La imputación objetiva distingue entre riesgos permitidos y riesgos jurídicamente desaprobados; estos últimos, en el ámbito de la función pública, fundamentan la responsabilidad administrativa disciplinaria. “Un riesgo no permitido se

* Cita: Pacori Cari, José María (2026). El riesgo permitido en el Derecho Administrativo Disciplinario. Revista Iuris Dictio Perú, Volumen VIII, agosto 2026, pp. 23-30. Lima, Perú: Editorial Legal Affairs.

El autor es abogado y jurista especialista en Derecho del Empleo Público en el Perú. Contacto para consultas y asesorías: corporacionhiramsl@gmail.com o móvil y WhatsApp (+51) 959666272.

¹ Donde el riesgo es permitido, la imputación desaparece.

realiza cuando para aclarar el daño se necesitan todos aquellos datos del suceso de los que se deriva lo no permitido del riesgo” (Jakobs, 1997, p. 273).

En el Derecho Administrativo Disciplinario, el **riesgo permitido** es el criterio de imputación objetiva por el cual los riesgos inherentes a las actividades administrativas socialmente adecuadas y desarrolladas dentro de los límites jurídicamente permitidos no generan imputación del resultado a los funcionarios o servidores públicos, aun cuando exista una relación causal entre la conducta y la falta disciplinaria producida. Por analogía: *“A efectos de la resolución del presente caso es menester centrarse en la institución dogmática del riesgo permitido. Se trata de un instituto dogmático liberador de responsabilidad penal, que nos permite distinguir entre las conductas inmersas en el tipo penal y las que han de quedar fuera de su alcance, aun cuando hayan producido causalmente el resultado lesivo. Así, es necesario reconocer que la sociedad en la que vivimos es una sociedad de riesgos pues en determinados ámbitos, hay la necesidad de un riesgo - un riesgo permitido - contra los bienes jurídicos. En tanto se actué dentro del riesgo jurídicamente permitido, no se puede - normativamente hablando- quebrantar una norma”* (décimo considerando, Sentencia de Casación n.º 912-2016 San Martín (11 de julio de 2017). Perú: Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República).

El riesgo permitido no es una causa de justificación ni una excusa, sino un criterio de exclusión de la imputación objetiva. Su fundamento radica en que la convivencia social exige tolerar determinados riesgos inherentes a las actividades administrativas lícitas y socialmente adecuadas. Solo cuando el funcionario o servidor crea un riesgo jurídicamente desaprobado y ese riesgo se realiza en el resultado, el Derecho Administrativo Disciplinario puede atribuirle objetivamente dicho resultado. *“Los criterios del riesgo permitido, del principio de confianza, de la comisión referida al garante y de la prohibición de regreso no son sino desarrollos de la adecuación social”* (Jakobs, 1997, p. 225).

Caso 1. Integración de una comisión evaluadora. Los integrantes de una comisión de evaluación califican a los postulantes aplicando los criterios objetivos previstos en las bases del concurso. Posteriormente, una autoridad revisora modifica la valoración efectuada respecto de determinados méritos. Mientras la comisión actúe conforme a las reglas del procedimiento, el riesgo de que una instancia superior mantenga una valoración distinta forma parte del riesgo permitido inherente a la función evaluadora.

El riesgo permitido excluye la imputación objetiva cuando el funcionario o servidor desarrolla su actividad dentro de las competencias, procedimientos y deberes funcionales establecidos por el ordenamiento, aunque posteriormente se produzca un resultado desfavorable para la entidad pública. *“El riesgo permitido como obstáculo en la imputación objetiva, es decir, como obstáculo del tipo”* (Jakobs, 1997, p. 245). De esta manera, el riesgo permitido no es una causa de justificación, sino un criterio de exclusión del tipo objetivo.

La potestad disciplinaria no puede fundarse exclusivamente en la existencia del resultado lesivo, sino que debe demostrar que el funcionario o servidor creó un riesgo funcional jurídicamente desaprobado, es decir, que sobrepasó el ámbito de actuación permitido por el régimen jurídico de la función pública. Solo en ese supuesto el resultado puede ser objetivamente imputado y servir de base para un eventual procedimiento administrativo disciplinario.

De esta manera, el principio de confianza constituye un desarrollo del riesgo permitido. La sociedad permite que cada persona organice su conducta confiando en que los demás cumplirán correctamente el rol que les corresponde. El riesgo permitido protege actividades normales; el principio de confianza protege expectativas normales. Ambos criterios persiguen la misma finalidad: mantener posible la división social del trabajo. *“En consecuencia, cuando un sujeto obra confiado en que los demás actuarán dentro de los límites del riesgo permitido no cabe imputarle penalmente la conducta el riesgo prohibido se ha presentado como consecuencia de haberse cumplido cabalmente el ordenamiento frente al incumplimiento de otra persona, a quien también se le exigía normativamente la conducción adecuada de su comportamiento”* (sumilla, Recurso de Casación n.º 86-2021/Lima (22 de noviembre de 2021). Perú: Sala Penal Permanente).

Caso 2. Emisión de un informe jurídico posteriormente declarado incorrecto. Un abogado de una entidad pública emite un informe jurídico interpretando una norma administrativa conforme a una de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales existentes en ese momento. Meses después, un juez adopta una interpretación distinta y declara ilegal el acto administrativo emitido sobre la base de dicho informe. La emisión de informes jurídicos constituye una actividad propia de la función pública que necesariamente implica un margen de interpretación jurídica; el riesgo derivado de optar por una interpretación posteriormente descartada constituye un riesgo funcional permitido.

2. Fundamento del riesgo permitido

El riesgo permitido es el desarrollo de la adecuación social. El riesgo permitido no surge porque el Derecho Administrativo Disciplinario “perdone” ciertas conductas, sino porque la propia organización social exige admitir determinados riesgos para que la convivencia sea posible. *Ergo*, el ejercicio de la función pública es una actividad que genera riesgos, pero el ordenamiento lo permite mientras se desarrolle conforme a las reglas que la regulen. Por analogía: *“[L]a imputación objetiva requiere, desde la imputación del comportamiento (valoración de la conducta desde una perspectiva ex ante), que el agente cree un riesgo penalmente prohibido no se ha de estar ante un riesgo permitido, cuya determinación está en función, como referente objetivo, a las regulaciones sobre la materia en cuestión”* (Considerando 5.2.5, Apelación n.º 15-2021 Lima Norte (6 de octubre de 2022). Perú: Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República).

El riesgo permitido se fundamenta en la función del Derecho Administrativo Disciplinario de garantizar las expectativas normativas, no de impedir toda conducta faltosa. *“Lo que, sin tener en cuenta el contexto, no defrauda expectativas, ya no realiza un tipo”* (Jakobs, 1997, p. 246). El riesgo permitido excluye la tipicidad cuando la conducta, considerada objetivamente, no rompe las expectativas normativas.

El Derecho Administrativo Disciplinario no promete a los ciudadanos una administración pública libre de riesgos, sino una administración pública en la que los funcionarios y servidores públicos actúan dentro de los límites que el propio ordenamiento considera aceptables. De esta manera, la pregunta correcta no es: ¿hubo riesgo?, sino: ¿el riesgo creado estaba permitido por el ordenamiento jurídico?

El riesgo permitido no excluye la causalidad; la causalidad existe; sin embargo, la imputación objetiva desaparece porque el riesgo pertenece al ámbito permitido de

actuación administrativa. Es decir, la conducta produce un resultado, existiendo causalidad; luego surge la pregunta: ¿el riesgo era permitido? Si la respuesta es sí: no existe imputación objetiva; si la respuesta es no: existe imputación objetiva. *“Si se realiza el riesgo permitido ello ocurre con ocasión del comportamiento no permitido, pero no a causa de éste”* (Jakobs, 1997, p. 272).

3. Responsabilidad subjetiva

El fundamento del riesgo permitido en el ámbito disciplinario radica en que el ordenamiento organiza las entidades públicas mediante la distribución de competencias, procedimientos y deberes funcionales, aceptando que toda actividad administrativa implica un margen inevitable de riesgo. En consecuencia, la potestad disciplinaria no puede construirse sobre una responsabilidad objetiva derivada únicamente del resultado producido, sino que debe verificar previamente si el funcionario o servidor creó un riesgo funcional que excedía los límites autorizados por las normas que regulan el ejercicio de su cargo (responsabilidad subjetiva). Cuando el funcionario o servidor actúa conforme a la ley, dentro de su competencia, observando los procedimientos establecidos y respetando los deberes funcionales que le corresponden, el riesgo generado por su actuación permanece jurídicamente permitido y, por ello, el resultado faltoso no puede serle objetivamente imputado. *“[E]l autor debe conocer un riesgo de tal intensidad que sobrepase el marco del riesgo permitido”* (Jakobs, 1997, p. 318).

Caso 3. Fiscalización administrativa. Un inspector realiza una fiscalización siguiendo el protocolo establecido y utilizando los instrumentos autorizados por la normativa vigente. Semanas después se descubre una irregularidad que no podía ser detectada mediante los mecanismos ordinarios de inspección. La función inspectiva no garantiza la detección absoluta de todas las irregularidades posibles. Si el inspector desarrolló íntegramente el procedimiento previsto y agotó los medios de control exigibles, la omisión de una irregularidad objetivamente indetectable pertenece al ámbito del riesgo permitido propio de la actividad de fiscalización.

El riesgo permitido en el Derecho Administrativo Disciplinario reafirma el principio de responsabilidad subjetiva y evita que la potestad disciplinaria derive hacia formas de responsabilidad objetiva. La existencia de un error administrativo, de una nulidad procedimental o de un perjuicio para la entidad pública no constituye, por sí misma, fundamento suficiente para imponer una sanción disciplinaria. Es indispensable demostrar que el funcionario o servidor creó un riesgo funcional no permitido, es decir, que su actuación excedió el ámbito de organización y actuación que el propio ordenamiento autoriza para el ejercicio de la función pública. Solo cuando el resultado lesivo constituye la realización de ese riesgo funcional jurídicamente desaprobado puede afirmarse la existencia de imputación objetiva y, sobre esa base, continuar con el análisis de la responsabilidad administrativa disciplinaria. No todo riesgo creado en el ejercicio de una actividad lícita y funcionalmente correcta genera imputación objetiva. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que *“aparece la autorización de riesgos concretos incrementados, siempre que la actividad, bajo condiciones no ideales, se considere más provechosa que la prohibición completa”* (Jakobs, 1997, p. 248).

Caso 4. Ejercicio de potestad discrecional. Una autoridad administrativa adopta una decisión discrecional dentro del margen conferido por la ley, motivando adecuadamente las razones de oportunidad y conveniencia administrativa. Tiempo después, la nueva administración considera que otra alternativa habría sido más beneficiosa para la entidad. La discrecionalidad administrativa supone precisamente la existencia de varias soluciones jurídicamente posibles. El riesgo inherente

a escoger una opción que posteriormente se considere menos conveniente constituye un riesgo permitido y no puede fundamentar la responsabilidad administrativa disciplinaria.

4. Riesgo permitido en las actuaciones administrativas

La función del Derecho Administrativo Disciplinario es garantizar el correcto funcionamiento de las entidades públicas y no sancionar cualquier consecuencia desfavorable derivada del ejercicio de la función administrativa. El Derecho Administrativo Disciplinario debe preservar la regularidad del servicio público sin convertir a los servidores en responsables de cualquier resultado adverso que pueda producirse durante el ejercicio legítimo de sus funciones. La responsabilidad administrativa disciplinaria solo surge cuando el funcionario o servidor rompe las expectativas funcionales establecidas por el ordenamiento mediante la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado para la entidad pública.

Caso 5. Elaboración de un informe técnico. Un ingeniero de una entidad pública elabora un informe técnico utilizando la información disponible y los procedimientos establecidos. Posteriormente, aparecen nuevos datos que modifican completamente las conclusiones técnicas inicialmente adoptadas. La elaboración de informes técnicos implica necesariamente un riesgo derivado del conocimiento disponible al momento de su emisión. La responsabilidad administrativa disciplinaria no puede fundamentarse únicamente en que la conclusión técnica resultó posteriormente equivocada.

En el riesgo permitido no es suficiente crear un riesgo cualquiera; es necesario haberse realizado un riesgo causado por el funcionario o servidor de un modo no permitido. El funcionario o servidor (autor) crea un riesgo; ese riesgo debe ser no permitido. Si el riesgo pertenece al ámbito permitido, el resultado no se imputa. *“Cuando una persona se comporta defectuosamente lo hace siempre sólo desde determinado punto de vista”*. *“Pero en la medida en que grava esos mismos bienes, u otros, con un riesgo permitido, su conducta está permitida”* (Jakobs, 1997, p. 272). Ergo, es posible que una misma conducta pueda contener simultáneamente aspectos permitidos y no permitidos.

El riesgo permitido implica que la entidad pública no puede exigir un desempeño funcional absolutamente exento de riesgos, pues el ejercicio de la función pública supone necesariamente la adopción de decisiones, la emisión de informes, la valoración de pruebas, la interpretación de normas y la ejecución de actuaciones administrativas que, aun desarrollándose correctamente, pueden generar consecuencias desfavorables o resultados no deseados. La mera producción de un resultado perjudicial no convierte automáticamente la actuación del funcionario o servidor en una falta disciplinaria, si dicha actuación permaneció dentro del ámbito de riesgo que el ordenamiento permite para el ejercicio regular de sus funciones. *“[E]l riesgo de la actividad, bajo condiciones ideales, ha de tolerarse (riesgo básico permitido de un ámbito peligroso)”* (Jakobs, 1997, p. 248). Las actividades administrativas de las entidades públicas generan un riesgo inherente que el ordenamiento jurídico acepta porque son socialmente necesarias.

En las entidades públicas existen numerosas actuaciones que generan riesgos administrativos: emitir informes; tramitar expedientes; aprobar resoluciones; ejercer potestades discrecionales. Mientras el funcionario o servidor actúe conforme a la ley, conforme a los procedimientos, dentro de su competencia, el riesgo derivado de esas actuaciones constituye un riesgo permitido. Si posteriormente otro funcionario o servidor

produce una irregularidad, la mera intervención anterior no genera responsabilidad administrativa disciplinaria; *verbi gratia*, un especialista jurídico emite un informe correctamente motivado; posteriormente, el director modifica arbitrariamente el contenido del expediente y dicta una resolución ilegal. El especialista creó únicamente un riesgo permitido, porque desarrolló correctamente su función, siendo que la responsabilidad administrativa disciplinaria pertenece exclusivamente al director.

Caso 6. Tramitación de un procedimiento administrativo. Un servidor tramita un expediente respetando íntegramente los plazos, requisitos y actuaciones previstos por la Ley del Procedimiento Administrativo General. Posteriormente, el juez declara nulo el acto administrativo por adoptar un criterio interpretativo distinto respecto de una norma sustantiva. La actividad procedimental desarrollada correctamente constituye un riesgo permitido propio del funcionamiento normal de las entidades públicas. La posterior declaración de nulidad del acto administrativo no convierte automáticamente la actuación del servidor en una falta disciplinaria.

El análisis disciplinario no debe centrarse exclusivamente en la existencia de un perjuicio administrativo, sino en determinar si el funcionario o servidor actuó dentro del ámbito de riesgo funcional permitido por el ordenamiento. Ello exige verificar si respetó las competencias asignadas, observó los procedimientos administrativos aplicables, cumplió los deberes inherentes a su cargo y actuó conforme a los estándares funcionales exigibles. Mientras la actuación permanezca dentro de esos parámetros, el riesgo asumido constituye un riesgo permitido y el eventual resultado perjudicial no puede fundamentar, por sí solo, una imputación disciplinaria. La potestad disciplinaria únicamente puede ejercerse cuando el funcionario o servidor sobrepasa esos límites y crea un riesgo funcional jurídicamente desaprobado que posteriormente se materializa en la lesión del interés protegido por el régimen disciplinario. Por analogía: *“Conforme dicha institución, es que aparece el principio del riesgo permitido, en el sentido de delimitar una zona, entre aquellas conductas que se ubican en un ámbito de legalidad, al no contravenir normativa alguna, con aquellas que desbordan el umbral de legitimidad, importan la generación de un riesgo no permitido, por tanto, susceptibles de ser encajadas en la redacción normativa del tipo penal en particular”* (décimo séptimo considerando, Recurso de Nulidad n.º 1317-2012 Lima (14 de setiembre de 2012). Perú: Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República)

Caso 7. Custodia de documentos administrativos. El responsable del archivo institucional implementa todas las medidas de seguridad previstas por la normativa interna. A pesar de ello, un desastre natural destruye parte de la documentación archivada. La obligación funcional consiste en adoptar las medidas de conservación exigibles, no en garantizar absolutamente la inexistencia de cualquier pérdida documental. Si el servidor cumplió los protocolos de seguridad establecidos, el riesgo residual corresponde al ámbito del riesgo permitido.

5. Límites al riesgo permitido en el Derecho Administrativo Disciplinario

El riesgo permitido como criterio de la imputación objetiva tiene límites en el Derecho Administrativo Disciplinario debido a su relatividad sustentada en las circunstancias en las que se da el hecho faltoso imputable al funcionario o servidor. *“No hay, pues, una fracción de autorización del riesgo determinada expresable en términos de valor numérico, sino una medida oscilante en función del ámbito y de las circunstancias concomitantes”* (Jakobs, 1997, p. 249). El riesgo permitido no se determina mediante reglas matemáticas.

a. Exceso del ámbito funcional autorizado. El riesgo deja de estar permitido cuando el funcionario o servidor desarrolla una actuación que excede las competencias, atribuciones o facultades conferidas por el ordenamiento jurídico. La entidad pública no tolera el riesgo creado porque el servidor ha abandonado el ámbito funcional dentro del cual la actuación era jurídicamente aceptable. El riesgo permitido desaparece cuando la conducta deja de responder a las expectativas normativas propias del rol desempeñado.

b. Inobservancia de los deberes funcionales. El riesgo permitido presupone que el funcionario o servidor actúe respetando los deberes impuestos por la Constitución, la ley, los reglamentos y los instrumentos de gestión institucional. Cuando la actuación se aparta de dichos deberes, el riesgo deja de ser aceptable, convirtiéndose en un riesgo funcionalmente desaprobado susceptible de fundamentar la responsabilidad administrativa disciplinaria.

c. Creación de un riesgo funcional jurídicamente desaprobado. La responsabilidad administrativa disciplinaria surge cuando el funcionario o servidor introduce un riesgo que el régimen jurídico de la función pública no autoriza, por exceder los estándares de actuación exigibles para el cargo desempeñado.

d. Defraudación de las expectativas normativas del cargo. En el ámbito disciplinario, el riesgo deja de estar permitido cuando la conducta del funcionario o servidor rompe las expectativas funcionales que el ordenamiento deposita en el ejercicio regular del cargo público, afectando la confianza institucional que justifica la atribución de determinadas competencias.

e. Realización del riesgo funcional no permitido. No basta con que exista una actuación irregular; es necesario que el resultado disciplinariamente relevante constituya precisamente la concreción del riesgo funcional creado por el funcionario o servidor. Si el perjuicio administrativo deriva de un riesgo distinto, la imputación objetiva desaparece. En consecuencia, el riesgo permitido encuentra su límite cuando el resultado constituye la realización del riesgo funcional jurídicamente desaprobado introducido por el propio servidor.

f. Incumplimiento de estándares. El riesgo deja de estar permitido cuando el funcionario o servidor actúa por debajo de los estándares técnicos o profesionales que objetivamente corresponden a su cargo y especialidad.

g. Desaparición de la adecuación social. Cuando la actuación administrativa pierde la adecuación social y deja de responder al modelo de comportamiento esperado para un funcionario o servidor público, desaparece igualmente el riesgo permitido y la actuación pasa a integrar el ámbito de la imputación disciplinaria.

Conclusión

En el Derecho Administrativo Disciplinario, el criterio de riesgo permitido delimita el espacio dentro del cual el funcionario o servidor público puede ejercer sus funciones sin que los riesgos inherentes a la actividad administrativa generen, por sí solos, responsabilidad administrativa disciplinaria. En consecuencia, el límite del riesgo permitido se alcanza cuando la actuación funcional deja de responder a las expectativas normativas del cargo y crea un riesgo jurídicamente desaprobado que se materializa en la

lesión del deber funcional protegido por el régimen disciplinario, momento a partir del cual resulta posible la imputación objetiva de la falta disciplinaria.

Referencias

- Apelación n.º 15-2021 Lima Norte (6 de octubre de 2022). Perú: Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
- Jakobs, G. (1997). Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación (2.ª ed.). Madrid: Marcial Pons.
- Recurso de Casación n.º 86-2021/Lima (22 de noviembre de 2021). Perú: Sala Penal Permanente
- Recurso de Nulidad n.º 1317-2012 Lima (14 de setiembre de 2012). Perú: Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República
- Sentencia de Casación n.º 912-2016 San Martín (11 de julio de 2017). Perú: Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República