

ARTÍCULOS

## El bien jurídico protegido como límite —aún posible— entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador: Reflexiones desde el derecho penal económico

*The legally protected interest as a limit —still possible— between criminal law and administrative sanctioning law: reflections from economic criminal law*

Diva Francesca Serra Cruz 

*Universidad de Concepción, Chile*

**RESUMEN** El objetivo de este trabajo es determinar si la teoría del bien jurídico puede, actualmente, aportar en la discusión sobre los límites entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, a la luz de las posiciones doctrinarias modernas que consideran que, en lugar de renunciar a dicho principio, este debe ser puesto nuevamente en el centro del debate. El trabajo se centra principalmente en abordar la materia dentro del derecho penal económico, al ser esta un área en la que se presentan constantes problemas al momento de delimitar el ámbito de aplicación de penas y sanciones administrativas. Para ello, se explora el concepto de accesoriadad asimétrica con el propósito de demostrar la relevancia de la delimitación entre derecho penal y derecho administrativo, a través de una exposición breve tanto de las teorías delimitadoras cualitativas como cuantitativas. Finalmente, la reflexión se inclina a favor de una diferencia sustancial que, dado su resurgimiento, pone en el centro del debate el principio de ofensividad como criterio y la antijuridicidad material como examen disponible en el derecho penal, pero vetado en el derecho administrativo debido a sus diversas funciones.

**PALBRAS CLAVES** Bien jurídico protegido, principio de ofensividad, derecho penal económico, derecho administrativo sancionador.

**ABSTRACT** The main objective of this paper is to determine whether the theory of the legally protected interest has, currently, something to contribute to the discussion on the limits between criminal law and administrative sanctioning law, in the light of modern doctrinal positions that consider that, instead of renouncing this principle, it should be put back at the center of the debate. The main aim of the paper is to resolve the problem in the field of economic criminal law, precisely because in this area there are constant

and varied problems in delimiting the scope of application of administrative penalties and sanctions. Thus, the concept of asymmetric accessoriness is explored to demonstrate the relevance of the delimitation between criminal law and administrative law, offering a brief exposition of both qualitative and quantitative delimiting theories. Finally, the reflection leans in favour of a substantial difference that, given its resurgence, places at the center of the debate the harm principle as a criterion and material unlawfulness as an examination available in criminal law, but vetoed in administrative law, given its different function.

**KEYWORDS** Legally protected interest, harm principle, economic criminal law, administrative sanctioning law.

## Introducción

En varios de sus trabajos, el profesor Miguel Soto destaca la importancia de la teoría del bien jurídico protegido, al cual entiende como un límite al *ius puniendi* (1988a: 73; 1988b: 56). Se trata, como se podrá advertir, de una reivindicación de la teoría crítica del bien jurídico, aquella que permitiría limitar el derecho penal únicamente a los casos en que la conducta prohibida lesiona un bien jurídico, excluyendo todas las otras figuras en que no lo hacen.<sup>1</sup> En este sentido, Soto menciona que el bien jurídico podría resultar útil para delimitar los márgenes del derecho penal económico, aun cuando ello reabriría la vieja discusión sobre:

Si existe o no una diferencia esencial entre el derecho penal común y el administrativo que autorizara a entender que en el segundo no nos encontramos en presencia de verdaderos bienes jurídicos, sino sólo y únicamente de la protección de normas de mero orden o reglamento, tales como aquellas que regulan el tránsito vial (Soto, 1988a: 77).

Este problema se vuelve especialmente relevante en el derecho penal económico, pues la discusión sobre su autonomía ha llevado a diferentes autores y escuelas a plantear la necesidad de formularlo como una rama autónoma del derecho penal, en la que no resultarían aplicables los principios básicos del derecho penal común, o al menos no en términos idénticos. A partir de allí, surgen posiciones que sugieren la creación de un derecho penal a medio camino entre el derecho penal y el

---

1. Al respecto, véase Ríos Corbacho (2019: 128); Roxin (1997: 52 y ss.; 2013: 1-27), quien señala la lesión de un bien jurídico como presupuesto de punibilidad; Ferrajoli (2000: 476 y ss.), autor que propone eliminar, entre otros, los delitos que no generen una lesividad concreta. Para el contexto chileno, se puede consultar: Bustos Ramírez (1989: 155 y ss.); Bustos Ramírez y Hormazábal (2004: 31-33); Hormazábal Malarée (2004: 1084); Rettig (2019: 64 y ss.); Matus (1996: 123-132).

administrativo sancionador. Así, por ejemplo, Silva Sánchez propone un derecho de dos velocidades (2006: 178 y ss.) y Hassemer, un derecho de intervención (1998: 40).

Ahora bien, en materia de derecho penal económico, es importante tener presentes los nuevos enfoques que intentan dotar de contenido a esta disciplina, no ya en relación a la definición del alcance del concepto de orden público económico,<sup>2</sup> sino, más bien, considerando que este «estabiliza normas en ámbitos en que los sujetos desempeñan un rol económico que determina su ámbito de libertad de actuación y sus deberes» (Feijoo, 2016: 35). Tal consideración implicaría que «el significado o la relevancia típica de las conductas depende de dicho contexto jurídico-institucional» (Feijoo, 2016: 35). Este enfoque deja en evidencia cómo, en un número considerable de ocasiones, el derecho penal refuerza un estatuto de protección ya existente en otras áreas del ordenamiento jurídico, lo que permite que se originen importantes problemas de delimitación entre estas y el derecho penal económico, especialmente si se lo enfrenta con el derecho administrativo sancionador.

Por esta razón, el objetivo de este trabajo es determinar si la teoría del bien jurídico puede aportar actualmente en la discusión sobre los límites entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Para ello, se tomó como punto de partida las posiciones doctrinarias modernas que consideran que dicho principio «puede ser actualizado y puesto nuevamente al centro del modelo constitucional del derecho penal» (Fornasari, 2018: 1514), precisamente porque «el completo sistema de los principios penales de la Constitución se rige y justifica únicamente con la plena defensa del principio de ofensividad, cual afirmación de la legitimidad de sancionar solo hechos que afecten bienes de relevancia constitucional» (Fornasari, 2018: 1514).

Para lograr este objetivo, se analizarán los motivos por los que el problema del bien jurídico protegido es particularmente relevante en materia de derecho penal económico, para posteriormente explicar por qué existen aún buenas razones para actualizar y reubicar en el centro del debate el principio de ofensividad como un articulador de otras garantías fundamentales en materia penal. Desde ahí, se intentará esbozar un criterio para sostener cómo estos nuevos enfoques podrían contribuir en la construcción de un límite sustancial entre el derecho penal y el administrativo sancionador, lo que resulta especialmente útil en áreas como el derecho penal económico, dada la relevancia que el concepto de accesoriedad tiene en este ámbito.

## **El problema del bien jurídico protegido en el derecho penal económico**

En términos clásicos, tal como afirma Tiedemann, desde el punto de vista dogmático penal se ha entendido que la gran peculiaridad del derecho penal económico recae en

---

2. Sobre la discusión, véase Tiedemann (2009: 70); Bajo y Bacigalupo (2010: 12-14).

que protege bienes jurídicos supraindividuales (2009: 73),<sup>3</sup> es decir, bienes que pertenecen a «una colectividad de individuos jurídicamente personificada, una persona jurídica, privada o pública, como el Estado, los entes públicos menores y también una colectividad de individuos jurídicamente no personificada como la familia, la sociedad o el público» (Rocco, 2017: 579).

En el derecho penal económico, estos bienes jurídicos supraindividuales pertenecen al orden público económico,<sup>4</sup> figura en torno a la cual, según algunos autores, se definiría esta área del derecho penal, si bien con diversos alcances. Así, se puede distinguir entre dos formas de comprender el orden público económico: un concepto restringido o estricto, que lo entiende «como la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía» (Bajo y Bacigalupo, 2010: 12), y un concepto amplio que, en oposición, lo identifica con el «conjunto de normas jurídicas promulgadas para la regulación de la producción, fabricación y reparto de bienes económicos» (Tiedemann, 1983: 67; 2021: 18) o, dicho de otro modo, como la «regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios» (Bajo y Bacigalupo, 2010: 14).

Sin embargo, estas concepciones clásicas del derecho penal económico suman cada día más detractores, no solo porque «la referencia al fin de protección resulta de poca ayuda para crear un concepto que englobe los delitos económicos» (Feijoo, 2016: 19), sino también porque admitir que el derecho penal económico se funda en un bien jurídico único supondría aceptar la falacia de que el orden público económico tiene siempre una misma sustancia y mantiene una permanencia en el tiempo (Ortiz, 2003: 197). En otras palabras, se trataría de un concepto que «no tiene autonomía substancial que permita sostener que configura, de por sí, una parcela del derecho que tiene las mismas características nobles del resto del derecho penal que se mantiene inmutable al menos en su parte esencial» (Ortiz, 2003: 197). Por ello, una parte de la doctrina especializada intenta aproximarse al concepto de delincuencia económica desde otros ángulos, cuestión sobre la que se volverá más adelante.

En cualquier caso, e independientemente del concepto que se adopte sobre delito económico, un aspecto en el que sí hay acuerdo es que la protección de bienes jurídicos supraindividuales plantea importantes problemas (Ortiz, 2003: 199). Esto, debido a que se opone a las construcciones del derecho penal clásico que protegen únicamente bienes jurídicos individuales y afirman que la intervención penal se justificaría solo ahí donde los ilícitos penales se estructuraran en torno a la lesión o puesta en

---

3. Para más información, véase Bajo y Bacigalupo (2010: 31), quienes hablan de intereses colectivos difusos. Para una distinción al interior de intereses supraindividuales entre intereses difusos, intereses colectivos e intereses individuales homogéneos, véase Aguirrezabal (2006: 75 y ss.).

4. Existen también autores que prefieren utilizar el concepto de «orden público socioeconómico». Véase Cousiño (1962).

peligro de un bien jurídico de esta naturaleza,<sup>5</sup> salvo que se tratase de un bien de la comunidad que también fuera un interés personal.<sup>6</sup>

Dicha situación ha ido cambiando paulatinamente, puesto que se ha vuelto necesario aceptar nuevas formas de punibilidad capaces de responder a los nuevos riesgos que surgen en la medida que la sociedad se torna más compleja (Caro y Reyna, 2016; Silva Sánchez, 2006: 11 y ss.). Incluso se ha llegado a afirmar que los bienes jurídicos supraindividuales constituirían «una técnica propia del Estado social y democrático de derecho y, como tal, no necesariamente lesionadora de derechos o garantías de los ciudadanos» (Prado y Durán, 2017: 265).

Cabe recalcar que una de las razones que explicarían el surgimiento de los bienes jurídicos supraindividuales es que la realidad social «ha transitado desde un estadio en el que predominaban las relaciones jurídicas singularizadas y aisladas entre sí, hacia otro estadio caracterizado por el predominio de relaciones jurídicas masivas, de situaciones jurídicas que afectan a conjuntos más o menos amplios de personas» (Ortells, 2011: 419-482).<sup>7</sup> En el caso de los delitos económicos, la regulación surge porque «el sistema económico precisa de unas reglas objetivas para garantizar su buen funcionamiento, cuya infracción también tiene una potencialidad lesiva de amplio espectro» (Ortells, 2011: 424). De este modo, dada la naturaleza supraindividual de estos nuevos intereses en juego, la forma que ha encontrado el derecho penal de sancionar las conductas que los afectan es mediante el uso de figuras de peligro abstracto, pues en muchos de estos casos «si se hiciera necesario demostrar el efectivo daño a los intereses socioeconómicos, sería poco menos que imposible el atribuir una determinada alza a la acción especulativa de un sujeto individualizado» (Cousiño, 1962: 104).<sup>8</sup>

Ahora bien, llegar a esta conclusión supone realizar una serie de aclaraciones sobre los límites al interior de los cuales resulta admisible proteger bienes jurídicos

---

5. Véase Gracia Martín (2019: 20 y ss.). Para una mirada crítica sobre el proceso de expansión a la protección de nuevos bienes jurídicos, véase Hassemer (1992: 241).

6. Al respecto, véase Hassemer y Muñoz Conde (1989: 109). Para una reconstrucción histórica del concepto, véase Szczaranski (2012: 378-453).

7. En sentido similar, véase Prado y Durán (2017: 267). En doctrina, ofreciendo interesantes argumentos a favor de la protección de bienes jurídicos colectivos, puede revisarse Kindhäuser (2021: 9 y ss.); Heffendehl (2016: 173-190); Méndez (1993: 32-35); Frisch (2016: 327 y ss.); Corcoy (1999: 183 y ss.); Bustos Ramírez (2019: 465-476). Parcialmente en contra, negando autonomía al bien jurídico colectivo, pero validando su protección por medio del uso de bienes jurídicos intermedios, véase Fiorella (1987: 789-803); Mata y Martín (1997: 83); Martínez-Buján (2016: 159 y ss.).

8. En la doctrina comparada, véase Kindhäuser (2021: 23-24), quien explica que, para su titular, el valor de un bien disminuye cuando se encuentra en una situación en la que solamente depende de la casualidad que tal bien sea menoscabo en su sustancia o no. En el contexto chileno, a favor de los delitos de peligro abstracto, véase Hernández (2016: 149-188).

supraindividuales por la vía de la creación de figuras de peligro abstracto; no hacerlo equivaldría a aceptar que «no se pone ningún límite a la legitimidad de los delitos de peligro abstracto» (Corcoy, 1999: 213), lo que confrontaría gravemente el principio de ofensividad, baluarte esencial del derecho penal liberal (Fiorella, 2018: 205 y ss.). Por ello, resulta relevante superar la concepción de aceptación general del peligro abstracto, según la cual su punibilidad se fundamentaría únicamente en que «determinadas modalidades de comportamientos consideradas por algunos ciudadanos (es decir, desde una perspectiva descentralizada) como inocuas, fuesen fijadas de modo centralizado como peligrosas» (Jakobs, 1996: 44) y sancionables. Asimismo, se vuelve necesario reemplazarla por alguna concepción del peligro abstracto que lo valide como herramienta del derecho penal moderno, pero sin renunciar a un necesario parámetro de ofensividad.

La discusión no es sencilla, los intentos son variados y reproducir aquí las diferentes posiciones que intentan explicar los límites al interior de los cuales se puede sostener la legitimidad de los delitos de peligro abstracto no solo escapa a nuestro objeto de estudio, sino que resulta imposible de lograr sin exceder ampliamente el espacio disponible.<sup>9</sup> Por esta razón, y con el fin de esbozar una conclusión sobre el punto, se destacarán algunas de las posturas dogmáticas que, sin negar absolutamente su valor, reinterpretan este tipo de figuras en la senda del principio de ofensividad de bienes jurídicos para ofrecer una solución intermedia, capaz de respetar este relevante principio del derecho penal y, al mismo tiempo, reconocer la necesidad de protección de determinados bienes jurídicos supraindividuales, de modo que se elimina la obligación de la lesión.

En este marco, una teoría clásica ha sido recientemente rescatada para volver a plantear la posibilidad de concebir los delitos de peligro abstracto simplemente como presunciones legales de la peligrosidad de la conducta prohibida, o bien, como presunciones refutables de dicha peligrosidad (Rusca, 2022: 101-126). Con esto, se lograría «equilibrar, en una medida aceptable, las razones consecuencialistas que subyacen la decisión de recurrir a esta técnica legislativa con las razones de merecimiento que se oponen al castigo de las personas inocentes» (Rusca, 2022: 118). Entonces, la razón para comprender los delitos de peligro abstracto como una presunción *iuris tantum* y no *iuris et de iure* se concentraría principalmente en que, de este modo, se lograría superar el gran inconveniente de considerar culpable del ilícito al autor de un delito de peligro abstracto que no crea un riesgo mayor al permitido (Rusca, 2022: 118).

Este planteamiento resulta destacable porque nos permite llegar al mismo resultado que derivaría de acoger la propuesta planteada en la doctrina chilena por Jorge Mera y que ha sido ampliamente reconocida por la justicia constitucional comparada

---

9. Para más información, se recomienda Maldonado (2006: 23-63); Vargas (2007: 331 y ss.); Cabezas (2013: 85-120); Mañalich (2021: 79-100).

y nacional.<sup>10</sup> En este sentido, es interesante destacar la experiencia de la Corte Constitucional italiana, institución que ha indicado que debe ser el juez ordinario quien establezca cuál es el contenido ofensivo de un determinado delito, recurriendo, así, a la distinción entre ofensividad en abstracto y ofensividad en concreto.<sup>11</sup> Por su parte, el Tribunal Constitucional chileno, aunque no ha realizado la distinción anterior en esos términos, se ha pronunciado a favor de la exclusión de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, especialmente porque ninguna interpretación puede prescindir de la verificación de la presencia del peligro, mucho menos una presunción de derecho. Por lo tanto, los delitos de peligro abstracto no serían más que un rodeo para conducir a la incriminación de la mera desobediencia.<sup>12</sup>

En palabras de la doctrina nacional, se trataría de pasar de un juicio de probabilidad general a una valoración individualizadora del caso particular —única forma compatible con el derecho penal en tanto penal—, cuestión que debería llevarse a cabo por medio de un examen de conexión entre el desvalor real de acción y el desvalor potencial de resultado (Londoño, 2021: 18). En cualquier caso, lo relevante sería asegurarse de que en la vía judicial e interpretativa el peligro tipificado como abstracto no fuera confundido con un peligro imaginario, sino que se mantuviera siempre como peligro real (Londoño, 2021: 18). De este modo, se lograría compatibilizar la necesidad de incluir delitos en el catálogo de lo penalmente relevante, en ámbitos tan importantes como pueden ser el funcionamiento de determinados sectores o la regulación de las actividades socioeconómicas (Corcoy, 1999: 235 y ss.). Junto con ello, se cuidaría, a la vez, que quien no exceda los márgenes del área del riesgo permitido no sea sancionado. Esto último se lograría, precisamente, gracias a la actividad jurisdiccional, única capaz de traducir una presunción legislativa de peligro en una exigencia de peligro real.

---

10. Véase Mera (1996: 410). El autor propone reinterpretar los delitos de peligro abstracto para atribuirles el carácter de delitos de peligro concreto, lo que permite que la persona pueda probar que no existió el peligro que se quiere evitar. En sentido similar, puede consultarse Maldonado (2006: 60); Bustos Ramírez y Politoff (1968: 40), quienes, por su parte, consideran que ninguna interpretación puede prescindir de verificar la presencia del peligro.

11. La primera de estas categorías estaría dirigida al legislador, en el sentido de que le permite expresar en términos abstractos la lesión o el peligro a un determinado bien jurídico. En cambio, la segunda categoría se dirigiría al juez, quien deberá excluir la punibilidad en aquellos casos en que, aun cuando la conducta coincida aparentemente con la descripción, aparezca como en concreto inofensiva. Al respecto, véase Fiorella (2018: 216 y ss.). Se puede consultar también las siguientes sentencias del Tribunal Constitucional: sentencia rol 360 del 24 de julio de 1995; sentencia rol 519 del 21 de noviembre del 2000; sentencia rol 263 del 11 de julio del 2000; sentencia rol 225 del 20 de junio del 2000; sentencia 109 del 20 de mayo del 2016. Para una posición en contra, véase Cerezo Mir (2002: 67).

12. En este sentido, véase especialmente Tribunal Constitucional, sentencia rol 8950-2020. Véase también las sentencias rol 739-2007, 2995-2016, 3053-2016, 3095-2016 y 3292-2016.

## Nuevos enfoques en el derecho penal económico: La importancia del contexto jurídico institucional

Tal como se había adelantado, una parte importante de la doctrina considera que agrupar los delitos económicos en torno a un bien jurídico específico resulta limitativo y de poca ayuda para crear un concepto que efectivamente englobe los diversos tipos de figuras que forman parte del fenómeno de la delincuencia económica (Gracia Martín, 2019: 25-26). Por esta razón, surgirán nuevos enfoques que intentan aproximarse al concepto desde otros ángulos.

Uno de estos enfoques se vincula con la afirmación de que lo que definiría a los delitos económicos no es el bien jurídico protegido ni sus efectos, sino «el contexto estructural o de sentido en el que se desenvuelven» (Feijoo, 2016: 34-35), frecuentemente coincidente con una empresa. En ese sentido, el derecho penal económico se definiría a partir de que «estabiliza normas en ámbitos en que los sujetos desempeñan un rol económico que determina su ámbito de libertad de actuación y sus deberes» (Feijoo, 2016: 34-35). Dicho en otras palabras, los delitos económicos consistirían «en la infracción de deberes básicos de los ciudadanos cuando actúan en el subsistema económico o en un rol que podemos definir como económico» (Feijoo, 2009: 4).

Esto, sin embargo, más que ser una característica exclusiva del derecho penal económico, consiste en «un principio básico que atañe al derecho penal en su conjunto, en tanto lo sujeta a una determinada relación con el resto del ordenamiento jurídico» (Rojas, 2013: 93). Por ello, que el derecho penal posea esta característica supone que «las valoraciones subyacentes a las normas penales de conducta deben ser consistentes con las valoraciones contenidas en las normas prepenales» (Rojas, 2013: 99).<sup>13</sup> Ahora bien, aun cuando la accesoriadad atraviesa todo el derecho penal, resulta particularmente relevante en áreas como el derecho penal económico, sobre todo si se considera el rol que cumplen aquí determinados conceptos propios de otras regulaciones sectoriales. Pensemos, por ejemplo, en los problemas que genera el derecho de la competencia a propósito del delito de corrupción entre particulares o del delito de colusión.<sup>14</sup>

---

13. En palabras del autor, esto se debe a que se trata de una accesoriadad valorativa y no necesariamente conceptual. Por su parte, Feijoo (2016: 38) habla de accesoriadad asimétrica, concepto bajo el cual explica que el derecho penal está obligado a importar las valoraciones básicas del orden primario, independientemente de que sean constatadas o revaloradas de acuerdo con las funciones propias del derecho penal. En sentido similar, Silva Sánchez (2022: 59) explica que la relación negativa de accesoriadad deriva de los principios de unidad del ordenamiento jurídico y de subsidiariedad del derecho penal.

14. Existen propuestas de interpretación de ambos delitos a partir del concepto de accesoriadad. Véase, por ejemplo, Artaza y Rojas (2020: 788). En relación con la segunda figura, puede consultarse García Palominos (2022: 23-44).

Con esto no se quiere afirmar que el derecho penal tiene un carácter meramente accesorio, sino «que el sentido de las conductas depende del contexto normativo que otorga el orden primario» (Feijoo, 2016: 37). A partir de allí, se puede decir que existe lo que la doctrina ha catalogado de accesoriedad limitada o asimétrica (Artaza y Rojas, 2020: 788; Feijoo, 2016: 38), en el sentido de que «lo que en el orden primario está permitido no puede ser un hecho típico, si bien la infracción del orden primario no supone automáticamente una conducta típica» (Feijoo, 2016: 38). De este modo, la delimitación entre delitos patrimoniales y delitos económicos dependerá del rol económico que determine el ámbito de actuación del sujeto obligado e infractor, de forma que un mismo delito puede verificarse como económico en un contexto y como patrimonial en otro.<sup>15</sup> Resulta aun más relevante constatar que otra de las grandes ventajas de la lectura con base en la accesoriedad es que de ella «se deriva la exigencia lógica de constatar un *plus* en el injusto penal con respecto al orden primario de referencia (leyes tributarias, mercantiles o administrativas)» (Feijoo, 2016: 43)<sup>16</sup>. Este punto resultará particularmente útil en la interpretación de aquellos delitos que, en general, estabilizan ámbitos de libertad en sede tributaria, bancaria, mercantil o societaria.

En último término, la accesoriedad así concebida podría contribuir a disminuir los problemas de *non bis in idem* que se ocasionan frente a la existencia de una doble sanción, especialmente si se considera el contenido del nuevo artículo 78 bis del Código Penal, recientemente reformado por la Ley 21.595. En este, se indica que la circunstancia de que un hecho constitutivo de delito pueda asimismo dar lugar a una o más sanciones de las establecidas en el artículo 20 no obsta a la imposición de las penas que procedan, situación que no debería verificarse, salvo que el fundamento de ambas sanciones sea diverso.<sup>17</sup> Por esta razón, resulta esencial indagar si existen (y en qué términos) diferencias entre la pena y la sanción administrativa.

---

15. Así lo reconoce la nueva Ley 21.595 de delitos económicos a propósito de los delitos de segunda y tercera categoría, los cuales pueden ser económicos si se vinculan con el contexto empresa o son cometidos en beneficio económico o de otra naturaleza de una empresa. En doctrina, véase Mayer (2013: 197).

16. En el mismo sentido, véase Bascuñán y Wilenmann (2023: 6).

17. En relación con este principio, el Tribunal Constitucional ha precisado que, para su concurrencia, será necesaria una coincidencia de sujetos, hechos y fundamento. Así se indica en las sentencias roles 2045, 2236, 2045, 2402 y 2403. Es interesante aclarar que se entiende que la norma penal tiene distintos fundamentos que la administrativa cuando esta protege un bien jurídico diferente que aquella. En este sentido, se pueden consultar las sentencias roles 250-2019, 6528-2019, 8484-2020 y 12539-2021. En doctrina, véase Gómez (2017: 101-138) y Mañalich (2014: 543-563).

## Distinciones sustanciales y formales entre derecho penal y administrativo sancionador

Todo lo que ha sido afirmado en el apartado anterior permite visualizar por qué resulta fundamental aclarar la relación que existe entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, sobre todo si se considera que ambos sectores poseen un alto intervencionismo estatal y actúan por medio del establecimiento de sanciones que muchas veces presentan límites difusos entre ellas.

Tal como hemos explicado, la dificultad para trazar una frontera clara aparece con especial énfasis en el derecho penal económico, debido a que, con frecuencia, la incorporación de un ilícito penal es solo una de las vías existentes para controlar el funcionamiento de un determinado sector. Por esta razón, además, existen sanciones administrativas relacionadas,<sup>18</sup> cuya existencia exige establecer un límite claro entre estas dos áreas que nos permita comprender qué sentido y función cumple la duplicidad de la potestad sancionadora, más allá de las puras explicaciones históricas (Cordero, 2012: 133). Así, una parte importante de la doctrina entiende que la mantención de la potestad punitiva en manos de la Administración responde a una «necesidad creciente, frente a un aparato judicial cuya capacidad se encuentra superada para asegurar una actuación oportuna de los poderes públicos frente a las conductas que se desencadenan al interior de la sociedad» (Cordero, 2012: 133). Sin embargo, dicha necesidad, que exige la proliferación de infracciones administrativas, no impide que estas sean reforzadas posteriormente por medio de la creación del respectivo delito, lo que genera nuevas complicaciones. Un problema habitual, por ejemplo, ocurre desde el punto de vista del respeto del principio *non bis in idem*, el cual permite evitar la reiteración de la sanción a una única conducta.<sup>19</sup>

Ahora bien, antes de intentar responder la pregunta planteada al inicio de este trabajo sobre los límites entre el derecho penal económico y el administrativo sancionador, a partir de las nuevas concepciones que intentan reubicar al bien jurídico y

---

18. Un buen ejemplo de esta delimitación poco clara de fronteras se puede apreciar en la Ordenanza de Aduanas, pues, de acuerdo con lo establecido en su artículo 168, las infracciones cuyo cumplimiento y fiscalización corresponden al Servicio de Aduanas pueden ser de carácter reglamentario o constitutivas de delito. Encontramos otro buen ejemplo en la Ley 18.045 del Mercado de Valores, la cual establece en su artículo 58 que «la Comisión [para el Mercado Financiero] aplicará a los infractores de esta ley, de sus normas complementarias, de los estatutos y reglamentos internos que los rigen y de las resoluciones que dicte conforme a sus facultades, las sanciones y apremios establecidos en su ley orgánica y las administrativas que se establecen en la presente ley». Sin embargo, esto es sin perjuicio de los delitos establecidos en los artículos 59 y 60 de la misma ley.

19. Pensemos, por ejemplo, en el artículo 3 del Decreto Ley 211, en relación con el artículo 62 de la misma ley que sanciona la colusión. Ambos preceptos castigan respectivamente en sede administrativa y en sede penal conductas prácticamente idénticas.

la ofensividad en el centro del debate, es importante repasar brevemente las distintas posiciones que en la historia han confrontado a los defensores de una diferencia sustancial entre disciplinas y a quienes propugnan una diferencia meramente formal.

El principal defensor de una diferencia sustancial entre el derecho penal y el administrativo sancionador fue Goldschmidt, quien consideraba que el ilícito penal siempre castigaba agresiones o atentados contra bienes jurídicos, mientras que el ilícito administrativo castigaba simplemente normas vinculadas con la Administración, sin proteger bienes jurídicos (Ortiz, 2003: 206).<sup>20</sup> Otro importante intento de delimitación sustancial entre disciplinas puede encontrarse en la obra de Feuerbach, quien recurría a la idea de delito natural para referirse a aquellas figuras «malas en sí» (es decir, en todos los lugares y en todos los tiempos) características del derecho penal, en oposición a las infracciones de policía, creadas por el Estado solo para organizar el orden en un determinado tiempo y lugar, pero que resultan moral y jurídicamente indiferentes (Cordero, 2012: 134-135).

En nuestro medio, apoyó las tesis sustancialistas el profesor Cousiño, quien afirmaba que el derecho administrativo se distingue del derecho penal común, «entre otras peculiaridades, porque no castiga el ataque directo a bienes jurídicos concretos y específicos, sino, más bien, pone en peligro el orden público administrativo» (1975: 23). De este modo, el propio autor ofrece una síntesis de la teoría, mediante la afirmación de que el derecho penal se caracterizaría, en oposición al derecho administrativo, por «la protección de bienes jurídicos valiosos frente al ataque injusto y la pena, como sanción retributiva, todo ello dentro del orden normativo y la finalidad ético-social que le sirve de sustento» (Cousiño, 1975, 24).

Todavía, contra la opinión que basa la diferencia en la protección de bienes jurídicos frente a la mera infracción de autoridad, se ha indicado —con bastante plausibilidad— que la idea de que las infracciones administrativas no lesionan bienes jurídicos, sino meras obligaciones impuestas por razones de orden, es inaceptable, porque «aunque mediatizada, la salvaguarda de los bienes jurídicos también se encuentra presente en la infracción administrativa» (Cury, 2020: 115-116)<sup>21</sup>. Para aclarar este objetivo tutelar indirecto, el profesor Cury utiliza como ejemplo la decisión de ordenar el tránsito vial a través de la regla de manejar por la derecha versus la izquierda. Al respecto, indica que, si bien indirectamente, esta regla de orden sí busca proteger la vida y la integridad de quienes se movilizan en un determinado espacio (Cury, 2020: 115-116).

En consecuencia, siguiendo la línea que surge de la crítica a las tesis cualitativas, surgen las tesis formales y las tesis cuantitativas, las cuales parten de la constatación de una «imposibilidad de distinguir entre delitos y penas, por una parte, e infracciones y sanciones administrativas por otra» (Cordero, 2012: 138). Según lo que sos-

---

20. Una buena explicación de la teoría de Goldschmidt se puede consultar en Cordero (2012: 136-138).

21. En el mismo sentido, véase Ortiz (2003: 206).

tienen los defensores del primer grupo, la diferencia estaría dada únicamente por cuestiones formales externas como: i) el órgano que aplica la sanción; ii) el tipo de procedimiento que se utiliza para aplicarla; y iii) el régimen jurídico que le resulta aplicable.<sup>22</sup> A ello, se puede agregar un criterio diferenciador adicional, ya manifestado por Cousiño, que consiste en la posible convertibilidad de la multa penal por una pena privativa de libertad,<sup>23</sup> a diferencia de la multa administrativa que solo sería susceptible de medidas ejecutivas ante el incumplimiento (Cousiño, 1975: 26).

Como se puede apreciar, la propuesta de las tesis formalistas resulta tremendamente insatisfactoria, pues, como sus propios defensores afirman, si no existieran otras diferencias, se recurriría a una completa arbitrariedad para decidir en cada caso concreto qué sanción se debe imponer (Cárcamo, 2023: 66-85). De este modo, permanece sin respuesta la pregunta de «cómo se explica la existencia de dos manifestaciones del poder punitivo» (Cordero, 2012: 141), salvo que se recurra a las teorías que ven en la diferencia entre ambas disciplinas una distinción gradual. Sin embargo, en la distinción gradual subyace cierta idea sustancialista, vinculada con la convicción de que la sanción administrativa solo sería admisible para reaccionar contra infracciones leves y de significación ético-social reducida, ya sea por la naturaleza de los bienes jurídicos afectados, por el modo o circunstancias del ataque o por la escasa o ninguna reprochabilidad que este involucra,<sup>24</sup> razones que justificarían que la aplicación de garantías opere con matices.

Afortunadamente, el desarrollo actual de una doctrina especializada en derecho administrativo sancionador ha puesto en evidencia que no existen buenas razones para defender una aplicación gradual o matizada de garantías penales, precisamente porque la sanción administrativa es también ejercicio del *ius puniendi* estatal. En este sentido, si se analiza la doctrina española, se puede constatar que el argumento según el cual las sanciones administrativas son menos graves que las penales no es del todo cierto. Así lo demuestra, por ejemplo, la comparación entre las sanciones de separación del cargo, inhabilidad o suspensión para el ejercicio de una profesión, oficio o empleo (especialmente si tienen carácter de permanente) y una pena de prisión de tiempo reducido, sobre todo a la vista de la relevancia que tiene para algunos

---

22. Al respecto, indicando una diferencia formal solo en relación con la pena de multa, véase Hernández (2011: 446). También puede consultarse Rodríguez (1987: 150 y ss.), quien defiende que la diferencia estaría determinada por un factor procesal ahí donde se delimita con claridad que la potestad punitiva criminal debe ser ejercida por un tribunal y la potestad sancionatoria de la Administración por esta última o los tribunales (cuando ejercen facultades disciplinarias), lo que se asemeja bastante a una distinción formal, pese a que el autor la catalogue como cuantitativa.

23. Artículos 49 al 49 sexies del Código Penal.

24. Al respecto, Cury agrega dos criterios: i) No es admisible que un mismo hecho se castigue con una sanción gubernativa y una pena criminal, por infracción al principio *non bis in idem*; y ii) no existe un motivo atendible para independizar las sanciones gubernativas de la exigencia de culpabilidad.

ciudadanos el acceso al trabajo. Es decir, no siempre la prisión tendrá carácter más grave que otras sanciones (Gómez Tomillo, 2020: 6-7). Del mismo modo, si se hace el ejercicio de comparación con sanciones de la misma naturaleza, tampoco la conclusión alcanzada indica que la sanción penal sea necesariamente más alta (Gómez Tomillo, 2020: 6-7).

Si se traslada el mismo ejercicio al ordenamiento jurídico nacional, en relación con la pena de multa, podemos afirmar, por ejemplo, que la Administración puede aplicar multas mucho más altas que varias de las multas del Código Penal.<sup>25</sup> Solo a modo ilustrativo, el 12 de enero de 2023 la Comisión para el Mercado Financiero aplicó una multa de 400 UF a MAPFRE Compañía de Seguros Generales por no enviar al Registro Civil la información del Seguro Obligatorio de Accidentes Personales causados por vehículos motorizados, y posteriormente, el 31 de enero, el mismo organismo aplicó una multa de 4.000 UF a Banco Estado por incumplir obligaciones contenidas en la Ley 20.009.

Ahora, en lo que respecta al argumento de la agilidad y eficiencia como fundamento de la disminución de garantías, basta afirmar que, en cualquier estado de derecho, la salvaguarda de los derechos fundamentales de los ciudadanos no puede dejarse de lado solo con el propósito de acelerar el procedimiento para aplicar una sanción (Gómez Tomillo, 2020: 8). De este modo, con el objetivo de resguardar la mayor cantidad de garantías aplicables en sede de sanción administrativa, se distingue entre: i) garantías que deben incrementarse en el derecho administrativo sancionador frente al derecho penal;<sup>26</sup> ii) principios y derechos penales materiales que no admiten matices;<sup>27</sup> iii) principios procesales no matizables;<sup>28</sup> y iv) derechos procesales matizables (Gómez Tomillo, 2020, 11-29).<sup>29</sup> La posición expuesta resulta del todo plausible, no solo porque ofrece una respuesta a una pregunta que en general queda en suspenso, vinculada con los principios que admitirían matices frente a aquellos que no lo hacen, sino también, y por sobre todo, porque pone en primer lugar el respeto de

---

25. Véase Hernández (2011: 446), quien reconoce que la norma, aun siendo bienintencionada, no constituye un límite para el legislador.

26. Gómez Tomillo señala como garantías que deben incrementarse el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones telemáticas, el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad (2020: 11 y ss.).

27. En este grupo se mencionan los principios de legalidad, el *non bis in idem*, la culpabilidad (del hecho, personalidad de las penas o imputación subjetiva) y la proporcionalidad (razonabilidad y prohibición de exceso).

28. Aquí se encontraría el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a guardar silencio y no declarar contra sí mismo y el *non bis in idem* procedimental.

29. En este último grupo se encontraría, entre otras, la garantía de imparcialidad, el derecho a un juez ordinario predeterminado por ley, algunas manifestaciones del derecho a la defensa y el derecho a un juicio público.

las garantías fundamentales, contrario a la irracional corriente que espera que la Administración tenga cada día más facultades para sancionar, saltándose los principios creados para proteger al ciudadano ante el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Empero, dicha teoría omite referirse al principio de ofensividad o lesividad de bienes jurídicos y, por ello, no lo ubica en el esquema mencionado. Por esta razón, a continuación, ofreceremos argumentos que podrían permitir establecer una aplicación diferenciada de dicho principio como uno penal que, aunque material, aparezca como matizable. Aun cuando, sin duda, esto podría conducirnos a revivir una diferenciación al menos parcialmente sustantiva entre disciplinas, la reflexión se llevará a cabo con el objetivo de no resignarse a aceptar que el límite entre ambas materias obedece a la mera voluntad legislativa. Sin embargo, antes de desarrollar tales argumentos, es necesario volver sobre la relevancia que en los últimos años han adoptado el principio de ofensividad y la finalidad de protección de bienes jurídicos en la discusión penal.

### **Resurgimiento y actualidad del principio de ofensividad**

A lo largo de su obra, Soto ha destacado la importancia del bien jurídico protegido en su aspecto más clásico, es decir, como un límite al *ius puniendi* estatal (1988a: 73; 1988b: 56). Esta posición ha sido —y sigue siendo— defendida por una parte importante de la doctrina nacional y comparada,<sup>30</sup> pero es importante reconocer que este principio «tiene serias dificultades para adecuarse a las nuevas formas delictivas que aparecieron durante los últimos treinta años, en especial en lo que se refiere a la criminalidad económica» (Beade, 2022: 191-192).

De hecho, las posturas defensoras de la necesaria ofensividad de los ilícitos penales en su variante más clásica se oponen del todo a la existencia de delitos de peligro abstracto. En materia económica, por ejemplo, esto impediría que se sancionen conductas del todo relevantes para la organización de la economía y los mercados, tal como se ha explicado al inicio de este trabajo. Ahora bien, por el contrario, renunciar por completo a la exigencia de ofensividad y validar como suficientemente lesiva cualquier presunción de peligro contenida en una norma nos conduciría en una dirección peligrosa, en la que se desvincularía al derecho penal del criterio de antijuridicidad material para reemplazarlo por la mera desobediencia como fundamento suficiente, prescindiendo por completo de una relación —incluso remota— entre conducta prohibida y afectación de bienes jurídicos.

---

30. Véase la nota 1. En contra del paradigma de protección de bienes jurídicos, atribuyendo al derecho penal la función de mantención de la vigencia de las normas, véase Jakobs (2001: 26; 2003: 47-73). En este sentido, resulta interesante la apreciación de la doctrina en orden a afirmar que la teoría de Jakobs sería la única verdadera teoría general alternativa a aquella que afirma la protección de bienes jurídicos. Al respecto, véase Manes (2005: 12).

Por ello, parte importante de la doctrina, especialmente la italiana, se pregunta si es hora de abandonar el paradigma de la ofensividad y su relevancia para el derecho penal (dada la actual crisis del modelo basado en esta concepción) o si, más bien, lo que se debería buscar es actualizar dicho principio y ubicarlo nuevamente en el centro del modelo constitucional de derecho penal (Fornasari, 2018: 1529 y ss.; Demuro, 2013: 1682-1686). Para inclinarse a favor de la segunda opción, es decir, retener la actualidad del principio, la doctrina italiana se basa primordialmente en la actividad tanto de la Corte Constitucional como de la Corte de Casación, instituciones que han utilizado el criterio de la falta de ofensividad del hecho, aun en presencia de satisfacción de exigencias de tipicidad, para decidir la absolución en un caso concreto (Fornasari, 2018, 1529 y ss.; Demuro, 2013: 1682-1686). Al respecto, resulta particularmente interesante el razonamiento utilizado por la Casación para absolver un caso de cultivo de sustancias estupefacientes, en el que se apeló al argumento de la necesaria ofensividad de la conducta entendida como efectiva y a la actual capacidad de la sustancia para producir un efecto en las personas o un peligro de aumento de disponibilidad de estupefacientes y difusión de estos.<sup>31</sup>

Aunque hay quienes critican este ejercicio jurisprudencial por considerar que el juez estaría reemplazando al legislador y, por ello, al principio de legalidad (Stella, 1973: 3-37), la doctrina lo legitima al responder que dicha crítica no tiene en cuenta un dato fundamental sobre la realidad de las cosas: que cuando se formula un tipo penal también se delinea un concepto descriptivo que representa un género capaz de comprender numerosas especies, por lo que no se puede considerar correcto que todas las conductas reconducibles en principio a aquel concepto sean realmente lesivas del interés jurídico que con dicha disposición se entiende tutelar (Fornasari, 2018: 1530).

Adicional ratificación de la admisibilidad del ejercicio proviene de la doctrina anglosajona. En esta, por su parte, se entiende también que existe una defensa llamada *offence modification*, disponible en todos los tipos de delitos, gracias a la cual se puede absolver a un imputado, no por la presencia de una justificante o exculpante, sino por un ejercicio destinado a refinar la definición del tipo penal. Este ejercicio consistiría en determinar que, aunque aparentemente el actor haya satisfecho todos los elementos del delito imputado, lo ha hecho en una medida tan trivial que queda fuera del daño o mal que se pretende prevenir y castigar con el delito (Robinson, 1982: 211).

En el último tiempo, en un sentido similar, nuestros tribunales superiores de justicia, en especial la Corte Suprema, han utilizado el criterio de antijuridicidad material, precisamente, con el objetivo de excluir la sanción penal de determinadas conductas, en particular «cuando el daño o peligro que la ley pretende evitar se señala explícitamente en el tipo penal» (Matus y Ramírez, 2021: 343). De este modo, el examen referido, que parece además coincidir con varias de las propuestas doctrinarias aquí

---

31. Corte de Casación italiana, 17 de febrero de 2016, N.º 8058.

defendidas como correctas,<sup>32</sup> ha resultado útil para llegar a interesantes pronunciamientos absolutorios tanto en casos de cultivo y porte de drogas como a propósito de la aplicación del artículo 318 del Código Penal durante la reciente pandemia.<sup>33</sup>

Ahora bien, si aún quedaran dudas sobre la posibilidad de aplicar este examen frente a delitos de peligro abstracto o que no hagan referencia alguna a la lesión o el peligro, una última confirmación de su plausibilidad proviene de la facultad de incorporar también la discusión de antijuridicidad material por medio de la concepción de la lesividad como un criterio negativo de imputación objetiva, directamente relacionado con la ampliación del concepto de riesgo permitido (Peláez Mejía, 2019: 338 y ss.), fundamental en materia de delitos económicos.<sup>34</sup> Se trataría de una posibilidad de excluir la sanción penal en sede de tipicidad, con la justificación de que la conducta, aun cuando aparentemente satisficiera la descripción típica, lo haría en un modo tan trivial o inocuo que permitiría considerar que se encuentra fuera del área del riesgo tolerado por el mismo precepto. En cualquier caso, este ejercicio estaría destinado a ser ejecutado por el juez, por lo que aún existiría la opción de atender dichas conductas a la hora de legislar.

### **Esbozo del establecimiento de un límite entre el derecho penal económico y el administrativo sancionador desde la teoría del bien jurídico**

A estas alturas, podría preguntarse el lector qué tiene que ver toda esta reflexión con la pregunta original de este trabajo. A modo de conclusión general, podemos esbozar la respuesta de que, precisamente, en el examen de antijuridicidad material se puede identificar una importante diferencia que puede operar, además, como límite entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador. Ahora bien, se trataría de un examen disponible solo para la aplicación de penas en caso de delitos, pero vetado para la aplicación de sanciones administrativas en infracciones de esta segunda naturaleza.

La razón de la anterior distinción puede encontrarse en la función de cada una de estas áreas del derecho: el derecho penal conserva su finalidad de protección de bienes jurídicos, en tanto el derecho administrativo sancionador se justifica en la gestión de riesgos de manera oportuna y eficaz por medio del control de determinados comportamientos (Cordero, 2013: 79-103). Por ello, mientras el primero con-

---

32. Véase la nota 1.

33. Para ejemplos en materia de microtráfico, véase Corte Suprema, roles 13860-2019 y 8340-2019. En materia del 318 del Código Penal, véase Corte Suprema, rol 125436-2020, Corte de Apelaciones de Temuco, rol 1047-2020, y Corte de Apelaciones de Concepción, rol 1220-2020.

34. En este sentido, véase Artaza y Rojas (2020: 792), quienes indican que el delito de corrupción entre particulares debe ser integrado debidamente con valoraciones extrapenales que reflejen comportamientos permitidos para la obtención o mantención de negocios.

serva la indispensable necesidad de probar en todos los casos la relevancia lesiva de la conducta a sancionar, sea en forma de daño o de peligro, manteniendo el examen de antijuridicidad material como un modo de comprobar esta circunstancia, en el segundo caso este examen pierde sentido,<sup>35</sup> puesto que la sanción administrativa se sostiene únicamente para hacer «coercible, aplicable, ejecutable un estándar de comportamiento administrativo, aportando razones para la acción futura de aquellos a quienes afectan los deberes de ese estándar» (Letelier, 2017: 636).<sup>36</sup> De este modo, el hecho de que con la sanción administrativa se busque controlar eficientemente riesgos ahí donde la actividad judicial no es capaz de hacerlo es indiciario de que en este caso, a diferencia del derecho penal, «no se requiere que la conducta específica, en sí misma concebida, sea relevantemente perturbadora de un bien jurídico, y por ello tampoco es necesario un análisis de lesividad en el caso concreto» (Martínez-Buján, 2002: 400). Como consecuencia de ello, queda excluido el examen de antijuridicidad material, ofensividad concreta u *offence modification*.

Aunque, por una parte, la conclusión resulta satisfactoria, no es lo suficientemente alentadora, por otra, pues implica aceptar que este relevante examen no se encuentra disponible para una importante área del ejercicio del *ius puniendi* estatal. Pese a ello, es interesante observar cómo aún en el presente la ofensividad puede jugar un rol importante en el establecimiento de límites al castigo y límites entre áreas del derecho, especialmente para quienes han defendido y siguen defendiendo el paradigma de protección de bienes jurídicos. Tal situación demuestra que, a pesar de que la ofensividad como criterio nunca ha llegado a brillar con la plenitud a la que aspiraba, su sentido primigenio de límite al *ius puniendi* sigue vigente en el derecho penal, disciplina que continúa siendo la más gravosa desde el punto de vista de sus consecuencias, al menos en lo que tiene relación con la posibilidad real o remota de limitar la libertad.

## Referencias

- AGUIRREZABAL, Maite (2006). «Algunas precisiones en torno a los intereses supraindividuales (colectivos y difusos)». *Revista Chilena de Derecho*, 33, (1): 69-91.
- ARTAZA, Osvaldo y Luciano Rojas (2020). «La protección penal accesoria de la competencia a propósito de los delitos de colusión y corrupción entre particulares». En Nicolás Acevedo, Rafael Collado y Juan Pablo Mañalich (editores), *La justicia*

---

35. En sentido concordante, véase Carnevali (2000: 140). El autor indica que, cuando no pueda verificarse la afectación socialmente dañosa en relación a un objeto de protección, aplicando el principio de ofensividad, debería vedarse recurrir al derecho penal, de modo que se tendría que emplear otras vías de acción, como el derecho administrativo.

36. El autor añade que dicha finalidad se contraponen con la de la pena que opera como forma de retribución en contra de quien ha pecado.

- como legalidad. *Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga* (pp. 775-799). Santiago: Thomson Reuters.
- BAJO, Miguel y Silvina Bacigalupo (2010). *Derecho penal económico*. 2.<sup>a</sup> ed. Madrid: Universitaria Ramón Areces.
- BASCUÑAN, Antonio y Javier Wilenmann (2023). *Derecho penal económico chileno*. Tomo 1. Santiago: DER.
- BEADE, Gustavo (2022). «Los delitos de peligro y la proporcionalidad constitucional: Una reestructuración de la responsabilidad penal bajo los lineamientos básicos del principio de proporcionalidad». *Ius et Praxis*, 28 (3): 191-201.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (1989). *Manual de derecho penal. Parte general*. 3.<sup>a</sup> ed. Barcelona: Ariel.
- . (2019). «Los bienes jurídicos colectivos». *Revista de derecho penal*, 27: 465-476.
- BUSTOS, Juan y Hernán Hormazábal (2004). *Nuevo sistema de derecho penal*. Madrid: Trotta.
- BUSTOS, Juan y Sergio Politoff (1968). «Los delitos de peligro». *Revista de Ciencias Penales Tercera Época*, 27 (1): 35-48.
- CABEZAS, Carlos (2013). «El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. Un breve estudio comparado». *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 20 (2): 85-120.
- CÁRCAMO, Alejandro (2023). «La frontera entre el delito penal y la infracción administrativa: Una delimitación discrecional entregada a la política legislativa». *Ius et Praxis*: 66-85.
- CARNEVALI, Raúl (2000). «Algunas reflexiones en relación a la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales». *Revista Chilena de Derecho*, 27 (1): 135-153.
- CARO, Dino y Luis Reyna (2016). *Derecho penal económico y de la empresa*. Lima: Jurista.
- CEREZO MIR, José (2002). «Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal del riesgo». *Revista de derecho penal y criminología*, 10: 47-72.
- CORCOY, Mirentxu (1999). *Delitos de peligro y protección de bienes jurídicos-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CORDERO, Eduardo (2012). «El derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal». *Revista de Derecho* (Universidad Austral), 25 (2): 131-157.
- . (2013). «Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena». *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 20 (1): 79-103.
- COUSIÑO, Luis (1962). «El delito socioeconómico». *Revista de derecho económico*, 1: 99-116.
- . (1975). *Derecho penal chileno*. Tomo I. Santiago: Jurídica de Chile.
- CURY, Enrique (2020). *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Santiago: UC.

- DEMURO, Gian Paolo (2013). «Ultima ratio: alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale». *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 56 (4): 1654-1694.
- FEIJOO, Bernardo (2009). «Imputación objetiva en el derecho penal económico y empresarial». *InDret*, 2: 1-74.
- . (2016). *Orden socioeconómico y delito. Cuestiones actuales de los delitos económicos*. Montevideo: B de F.
- FERRAJOLI, Luigi (2000). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Valladolid: Trotta.
- FIGIELLA, Antonio (1987). «Reato in generale». En *Enciclopedia del diritto* (pp. 789-803). Roma: Giuffrè Editore.
- . (2018). *Le strutture del diritto penale. Questioni fondamentali di parte generale*. Torino: Giappichelli.
- FORNASARI, Gabriele (2018). «Offensività e postmodernità. Un binomio inconciliabile?». *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 61 (3): 1514-1539.
- FRISCH, Wolfgang (2016). «Bien jurídico, derecho, estructura del delito e imputación en el contexto de la legitimación de la pena estatal». En Roland Heffendehl, Andrew Von Hirsch y Wolfgang Wohlers (editores), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* (pp. 309-340). Madrid: Marcial Pons.
- GARCÍA PALOMINOS, Gonzalo (2022). «El injusto del delito de colusión del art. 62 DL 211: Una reconstrucción desde la accesoriadad administrativa». *Revista Jurídica Digital UANDES*, 6 (2): 23-44.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel (2020). «Principios constitucionales nucleares del derecho penal y matices característicos del derecho administrativo sancionador». *Revista de derecho aplicado LLM UC*, 6: 1-38.
- GÓMEZ, Rosa (2017). «El *non bis in idem* en el derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 49: 101-138.
- GRACIA MARTÍN, Luis (2019). *El moderno derecho penal económico empresarial y de la globalización económica*. Santiago: Olejnik.
- HASSEMER, Winfried (1992). «Rasgo y crisis del derecho penal moderno». *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 45: 235-249.
- . (1998). «Perspectivas del derecho penal futuro». *Revista Penal*, 1: 37-42.
- HASSEMER, Winfried y Francisco Muñoz Conde (1989). *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- HEFFENDEHL, Roland (2016). «El bien jurídico como eje material de la normal penal». En Roland Heffendehl, Andrew Von Hirsch y Wolfgang Wohlers (editores), *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmáticos?* (pp. 173-190). Madrid: Marcial Pons.

- HERNÁNDEZ, Héctor (2011). «Comentario al artículo 20 del Código Penal». En Jaime Couso y Héctor Hernández (directores), *Código Penal Comentado. Libro primero (arts. 1 a 105)* (pp. 444-450). Santiago: Abeledo Perrot.
- . (2016). «Sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto, a propósito de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno». En Claudia Cárdenas y Jorge Ferdman (editores), *El derecho como teoría y como práctica. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy* (pp. 149-188). Santiago: Legal Publishing.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (2004). «Consecuencias político-criminales y dogmáticas del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos». En Fernando Pérez Álvarez (editor), *SERTA In memoriam Alexandri Baratta* (pp. 1083-1093). Salamanca: Universidad de Salamanca.
- JAKOBS, Gunther (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Madrid: Civitas.
- . (2001). «¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?». *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 11 (7): 23-42.
- . (2003). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*. Madrid: Civitas.
- KINDHÄUSER, Urs (2021). *Cuestiones fundamentales de derecho penal*. Santiago: Olejnik.
- LETÉLIER, Raúl (2017). «Garantías penales y sanciones administrativas». *Política criminal*, 24 (12): 622-689.
- LONDOÑO, Fernando (2021). «Peligro hipotético y delito contra la salud pública bajo pandemia de covid-19: La jurisprudencia de la Corte Suprema chilena a la luz del trabajo seminal de Ángel Torío». *Criminal Justice Network*, 1-23.
- MALDONADO, Francisco (2006). «Reflexiones sobre las técnicas de tipificación de los llamados “delitos de peligro” en el moderno derecho penal». *Revista de Estudios de la Justicia*, 7: 23-63.
- MANES, Vittorio (2005). *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*. Torino: Giappichelli.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2014). «El principio *ne bis in idem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio». *Política criminal*, 9 (18): 543-563.
- . (2021). «Peligro concreto y peligro abstracto. Una contribución a la teoría general de la parte especial del derecho penal». *Revista Chilena de Derecho*, 48 (2): 79-100.
- MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos (2002). «Algunas reflexiones sobre la moderna teoría del Big Crunch en la selección de bienes jurídico-penales (especial referencia al ámbito económico)». En José Luis Díez Ripollés (coordinador), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: Libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir* (pp. 395-432). Madrid: Tecnos.
- MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos (2016). *Derecho penal económico de la empresa, parte general*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- MATA Y MARTÍN, Ricardo (1997). *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*. Granada: Comares.
- MATUS, Jean Pierre (1996). «Sobre la necesidad constitucional de la existencia de un bien jurídico a proteger por los tipos penales». *Revista UNIVERSUM*, 11: 123-132.
- MATUS, Jean Pierre y María Cecilia Ramírez (2021). *Manual de Derecho Penal chileno. Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MAYER, Laura (2013). «La estafa como delito económico». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Chile), 49: 183-209.
- MÉNDEZ, Cristina (1993). *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Facultad Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.
- MERA, Jorge (1996). «Adecuación del derecho penal chileno a las exigencias de los derechos humanos». En Cecilia Medina y Jorge Mera (editores), *Sistema jurídico y derechos humanos* (pp. 343-475). Santiago: Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales.
- ORTELLS RAMOS, Manuel (2011). «Protección de intereses jurídicos supraindividuales: Actuación de las administraciones públicas, justicia civil y combinación de sistemas de protección». *Ius et Praxis*, 2: 419-482.
- ORTIZ, Luis (2003). «Delincuencia económica». En Enrique Cury Urzúa, Rodrigo Coloma C., Enrique García V., Carlos Künsemüller Loebenfelder, Héctor Hernández B., Luis Ortiz Q., Francisco Maldonado Fuentes y Jean Pierre Matus Acuña, *Problemas actuales de derecho penal* (pp. 191-226). Temuco: Universidad Católica de Temuco.
- PELÁEZ MEJÍA, José María (2019). *Causales de justificación y ausencia de lesividad como criterios negativos de imputación objetiva*. Bogotá: Colección doctorado de la Universidad Libre de Colombia.
- PRADO, Gabriela y Mario Durán (2017). «Sobre la evolución de la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales. Precisiones y limitaciones previas para una propuesta de protección penal del Orden Público Económico en Chile». *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 24 (1): 263-295.
- RETTIG, Mauricio (2019). *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Santiago: DER.
- RÍOS CORBACHO, José Manuel (2019). «El objeto jurídico de protección: algunas reflexiones sobre el debate contemporáneo». *Cuadernos de Política Criminal*, 128: 87-128.
- ROBINSON, Paul (1982). «Criminal law defenses: A systematic analysis». *Columbia Law Review*, 82 (2): 199-291.
- ROCCO, Arturo (2017). *El objeto jurídico del delito y de la tutela jurídica penal*. Buenos Aires: B de F ediciones.
- RODRÍGUEZ, Luis (1987). «Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas». *Revista de derecho* (Universidad Católica de Valparaíso), 11: 117-171.

- ROJAS, Luis Emilio (2013). «Accesoriedad del derecho penal». En Alex Van Weezel (editor), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury* (pp. 93-107). Santiago: Thomson Reuters.
- ROXIN, Claus (1997). *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Madrid: Thomson Reuters Civitas.
- . (2013). «El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen». *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15-01: 1-27
- RUSCA, Bruno (2022). «Los delitos de peligro abstracto como presunciones refutables. Nuevos argumentos en defensa de una teoría clásica». *Revista Chilena de Derecho*, 49 (1): 101-126.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (2006). *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: B de F ediciones.
- . (2022). *El riesgo permitido en derecho penal económico*. Barcelona: Atelier.
- SOTO, Miguel (1988a). «El bien jurídico protegido en los llamados delitos económicos, ¿una falsificación conceptual?». *Revista de Derecho Económico*, 70-71: 73-89.
- . (1988b). «Presupuesto para la determinación de la objetividad jurídica de los llamados delitos económicos». *Derecho y Sociedad*, 1: 56-71.
- STELLA, Federico (1973). «La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo». *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 16: 3-37.
- SZCZARANSKI, Federico (2012). «Sobre la evolución del bien jurídico penal: Un intento de saltar más allá de la propia sombra». *Política Criminal*, 7 (14): 378-453.
- TIEDEMANN, Klaus (1983). «El concepto de derecho económico, de derecho penal económico y de delito económico». *Revista Chilena de Derecho*, 10 (1): 59-68.
- . (2009). *Derecho penal económico. Introducción y parte general*. Lima: Grijley.
- . (2021). *Lecciones de derecho penal económico*. Santiago: Ediciones Olejnik.
- VARGAS, Tatiana (2007). *Delitos de peligro abstracto y resultado. Determinación de la incertidumbre penalmente relevante*. Navarra: Aranzadi.

## Nota

Una versión preliminar de este trabajo fue discutida en las Jornadas en memoria de Miguel Soto Piñeiro, de mayo de 2023, organizadas por el Departamento de Ciencias Penales de la Universidad de Chile.

## Sobre la autora

DIVA FRANCESCA SERRA CRUZ es académica de la Universidad de Concepción. Es abogada por la Universidad de Chile y doctora en Derecho Público, con mención en Derecho Penal, por la Università degli studi di Roma La Sapienza, Italia. Su correo electrónico es [divaserra@udec.cl](mailto:divaserra@udec.cl).  <https://orcid.org/0000000260880236>.

## REVISTA DE ESTUDIOS DE LA JUSTICIA

---

La *Revista de Estudios de la Justicia* es publicada, desde 2002, dos veces al año por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su propósito es contribuir a enriquecer el debate jurídico en el plano teórico y empírico, poniendo a disposición de la comunidad científica el trabajo desarrollado tanto por los académicos de nuestra Facultad como de otras casas de estudio nacionales y extranjeras.

DIRECTOR

Álvaro Castro

([acastro@derecho.uchile.cl](mailto:acastro@derecho.uchile.cl))

SITIO WEB

[rej.uchile.cl](http://rej.uchile.cl)

CORREO ELECTRÓNICO

[cej@derecho.uchile.cl](mailto:cej@derecho.uchile.cl)

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial  
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo  
estuvieron a cargo de Tipografía

([www.tipografica.io](http://www.tipografica.io))