



**UNIVERSIDAD  
DEL PACÍFICO**

**Derecho**  
Facultad de Derecho

**LOS DELITOS DE PELIGRO EN LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL.  
ENCUENTROS Y DESENCUENTROS ENTRE EL DERECHO PENAL Y  
EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR.**

**Tesis presentada para optar al  
Título Profesional de Abogado**

**Presentado por  
Hanna Sheyla Paulino Ramos**

**Asesor: José Antonio Caro John**  
**[0000-0002-3960-4528](tel:0000-0002-3960-4528)**

**Lima, junio del 2025**

# REPORTE DE EVALUACIÓN DEL SISTEMA ANTIPLAGIO

## FACULTAD DE DERECHO

A través del presente documento la Facultad de Derecho deja constancia de que el Trabajo de Tesis “LOS DELITOS DE PELIGRO EN LA ACTIVIDAD EMPRESARIAL. ENCUENTROS Y DESENCUENTROS ENTRE EL DERECHO PENAL Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR” presentada por la Srta. Hanna Sheyla Paulino Ramos, con DNI 71405533, para optar el Título Profesional de Abogado, fue sometido al análisis del sistema antiplagio Turnitin el 9 de junio del año 2025; obteniendo el siguiente resultado:




### 17% Similitud general

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para ca...

#### Filtrado desde el informe


- Bibliografía
- Texto citado

#### Fuentes principales

- 16%  Fuentes de Internet
- 8%  Publicaciones
- 4%  Trabajos entregados (trabajos del estudiante)

#### Marcas de integridad

N.º de alerta de integridad para revisión

-  **Texto oculto**  
31 caracteres sospechosos en N.º de páginas  
El texto es alterado para mezclarse con el fondo blanco del documento.

Los algoritmos de nuestro sistema analizan un documento en profundidad para buscar inconsistencias que permitirían distinguirlo de una entrega normal. Si advertimos algo extraño, lo marcamos como una alerta para que pueda revisarlo.

Una marca de alerta no es necesariamente un indicador de problemas. Sin embargo, recomendamos que preste atención y la revise.

#### Fuentes principales

Las fuentes con el mayor número de coincidencias dentro de la entrega. Las fuentes superpuestas no se mostrarán.

1	Internet	
	hdl.handle.net	8%
2	Internet	
	qdoc.tips	2%
3	Trabajos del estudiante	
	Pontificia Universidad Católica del Perú	1%
4	Internet	
	archive.org	<1%
5	Internet	
	www.cedpe.com	<1%
6	Internet	
	dokumen.pub	<1%
7	Internet	
	vsip.info	<1%
8	Internet	
	idoc.pub	<1%
9	Internet	
	derecho.unap.edu.pe	<1%
10	Trabajos del estudiante	
	Universidad de Alcalá	<1%
11	Internet	
	repositorio.unsa.edu.pe	<1%

## Detalles del documento

Identificador de la entrega

trn:oid:::1:3269351456

Fecha de entrega

5 jun 2025, 9:19 a.m. GMT-5

Fecha de descarga

9 jun 2025, 12:22 p.m. GMT-5

Nombre de archivo

Paulino\_Hanna\_Tesis\_Derecho\_04.06.25.pdf

Tamaño de archivo

1.0 MB

145 Páginas

52.247 Palabras

285.461 Caracteres

De acuerdo con la política vigente, el porcentaje obtenido de similitud con otras fuentes está dentro de los márgenes permitidos.

Se emite el presente documento para los fines estipulados en el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad al que pertenece el interesado.

Lima, 9 de junio de 2025



**José Antonio Caro John**

**Asesor**

**Código 0000-0002-3960-4528**

A Cristina, mi abuela,  
por ser refugio, madre y ternura.

A Rubí, mi hermana,  
por ser alegría, cómplice y esperanza.

Al profesor José Antonio, mi mentor,  
por ser sabiduría, ejemplo y generosidad.

Y a mis amigos,  
por ser abrazo, oído y risa.

## RESUMEN

La presente investigación analiza los delitos de peligro en el ámbito de la actividad empresarial, con el objetivo de establecer un criterio claro para distinguir el ilícito penal del ilícito administrativo. En el contexto de la *sociedad del riesgo* y del Estado garante, se sostiene que ambos sistemas sancionadores son manifestaciones del *ius punendi* estatal, por lo que la diferencia entre ellos no es ontológica, sino normativa de orden cuantitativa, basada en la envergadura o gravedad de la conducta sancionada.

Se emplea una metodología dogmática, centrada en el análisis crítico de las teorías cuantitativas y cualitativas, así como en la configuración normativa de los delitos de peligro (abstractos, concretos y abstracto-concretos). La tesis adopta la perspectiva de que el Derecho penal cumple una función de estabilización normativa, reforzando expectativas sociales mediante la pena como instrumento comunicativo, y a partir de esta función es que se enfoca y da respuesta el problema.

Los resultados respaldan la tesis cuantitativa, que permite una delimitación más coherente entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, especialmente en contextos donde ambos regulan riesgos similares. Esta visión, influenciada por la teoría de la vigencia normativa de Jakobs y enriquecida por la propuesta integradora de Feijoo, justifica la intervención penal no por la protección de bienes jurídicos, sino por la necesidad de preservar la juridicidad y la vigencia de las normas en una sociedad compleja, garantizando así un uso racional y limitado del poder punitivo del Estado.

## ABSTRACT

This research examines endangerment offenses within the scope of business activities, aiming to establish a clear criterion for distinguishing criminal offenses from administrative infractions. Within the framework of the risk society and the guarantor state, it is argued that both punitive systems are expressions of the State's *ius puniendi*. Therefore, the distinction between them is not ontological but rather normative and quantitative in nature, based on the magnitude or severity of the sanctioned conduct.

A dogmatic methodology is employed, focusing on a critical analysis of both quantitative and qualitative theories, as well as the normative configuration of endangerment offenses (abstract, concrete, and abstract concrete). The thesis adopts the perspective that criminal law serves a normative stabilization function, reinforcing social expectations through punishment as a communicative instrument. From this functional standpoint, the research addresses and responds to the core issue.

The findings support the quantitative theory, which enables a more coherent delineation between criminal law and administrative sanctioning law, particularly in contexts where both systems regulate similar risks. This approach, influenced by Jakobs' theory of normative validity and enriched by Feijoo's integrative proposal, justifies criminal intervention not on the basis of legal good protection, but rather on the necessity of preserving legality and the validity of norms in a complex society thus ensuring a rational and limited use of the State's punitive power.

## ÍNDICE

RESUMEN.....	4
ABSTRACT .....	5
INTRODUCCIÓN.....	8
<b>CAPÍTULO I. LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL EN LA SOCIEDAD DE RIESGOS Y LOS DELITOS DE PELIGRO .....</b>	<b>11</b>
1. La función del Derecho penal .....	11
1.1. La función de protección de bienes jurídicos .....	12
1.2. La función de la estabilización normativa .....	16
1.3. Planteamiento contemporáneo. Integración de la teoría de protección del bien jurídico y la teoría de la vigencia de la norma.....	21
2. La sociedad del riesgo y el Estado preventivo de Derecho .....	27
2.1. La <i>sociedad del riesgo</i> .....	27
2.2. La gestión de riesgos.....	30
3. Los delitos de peligro.....	35
3.1. La legitimación de los delitos de peligro .....	35
3.2. Clasificación doctrinal de los delitos de peligro .....	38
<b>CAPÍTULO II. DIFERENCIA ENTRE EL ILÍCITO ADMINISTRATIVO Y EL ILÍCITO PENAL .....</b>	<b>43</b>
1. El fenómeno de la expansión del Derecho penal .....	43
1.1. La anticipación de las barreras de protección.....	43
1.2. La gestión administrativa y penal de las conductas ilícitas.....	55
2. Teorías sobre la distinción entre el ilícito administrativo y el ilícito penal .....	65
2.1. Tesis cualitativa.....	65
2.2. Tesis cuantitativa .....	68
2.3. Acerca de las infracciones que sólo pueden pertenecer al campo Derecho penal.....	74
3. Situación legislativa sobre la distinción entre el ilícito administrativo y el ilícito penal .....	78
4. Situación jurisprudencial sobre la distinción entre el ilícito administrativo y el ilícito penal .....	90
<b>CAPÍTULO III. TOMA DE POSTURA SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE EL ILÍCITO ADMINISTRATIVO Y EL ILÍCITO PENAL EN EL CAMPO DE LOS DELITOS DE PELIGRO .....</b>	<b>99</b>
1. Balance de las propuestas doctrinales en la discusión de los delitos de peligro .....	99
1.1. La nueva configuración del Estado y la sociedad .....	100
1.2. El fenómeno de los delitos de peligro como manifestación de la expansión del Derecho penal .....	102

<b>2. La función del Derecho penal y la distinción entre el ilícito penal y el ilícito administrativo</b>	<b>104</b>
<b>2.1 La función del Derecho penal como protección de bienes jurídicos y la tesis cualitativa</b>	<b>106</b>
<b>2.2. La función del Derecho penal como estabilización de expectativas normativas y la tesis cuantitativa</b>	<b>112</b>
<b>3. Proyección en dos campos concretos</b>	<b>122</b>
<b>3.1. El delito de contaminación ambiental</b>	<b>122</b>
<b>3.2. El delito de atentado contras las condiciones de seguridad y salud en el trabajo</b>	<b>128</b>
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>133</b>
<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b>	<b>137</b>

## INTRODUCCIÓN

En el contexto de la sociedad del riesgo, marcada por la gestión de riesgos sin precedentes y la expansión de las actividades empresariales, el Derecho penal ha experimentado un desplazamiento significativo respecto de sus fronteras tradicionales en el fenómeno conocido como la *expansión del Derecho penal*. Particularmente, los delitos de peligro –aquellos que sancionan la mera creación de un riesgo sin requerir un resultado lesivo– han puesto en discusión la aplicación de los criterios clásicos de intervención penal. El presente trabajo se inscribe en esa discusión, abordando un problema específico de relevancia tanto teórica como práctica: la distinción entre el ilícito penal y el ilícito administrativo sancionador en el campo de los delitos de peligro, a partir de una perspectiva actualizada sobre la función del Derecho penal.

El problema que se plantea parte de la noción de que tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo sancionador constituyen expresiones del *ius puniendi* del Estado. Esto implica que, más allá de diferencias formales, ambos sistemas comparten las mismas garantías y muchas veces el mismo ámbito de protección, lo cual genera importantes zonas de solapamiento, particularmente visibles en los delitos de peligro. En efecto, la dificultad para trazar una frontera clara entre el ilícito penal y el administrativo ha suscitado un debate inagotable en la doctrina. A través de la presente investigación no se aspira a terminar dicha discusión, sino a plantear una respuesta a partir de la conexión del fenómeno expansivo con la función del Derecho penal. En concreto, se suscribe que el Derecho penal cumple una función de estabilización normativa, reforzando expectativas sociales mediante la pena como instrumento comunicativo, por lo que, bajo esta noción se sustenta que, en el fenómeno de la criminalidad empresarial, particularmente expresada a través de los delitos de peligro, existe una diferencia cuantitativa entre el ilícito penal y el ilícito administrativo.

La estrategia metodológica adoptada en esta investigación es de corte dogmático–jurídico, con una aproximación crítica y reconstructiva del sistema penal contemporáneo. El trabajo se enfocará exclusivamente en el análisis normativo, excluyendo deliberadamente consideraciones de índole moral, filosófica o ética. En esa línea, se busca examinar con rigor conceptual las distintas posturas doctrinales sobre la función del Derecho penal, la gestión administrativa y penal de las conductas ilícitas de la sociedad del riesgo, las teorías sobre la delimitación entre lo penal y lo administrativo; y proponer una respuesta desde una perspectiva

funcional del Derecho penal. El análisis se apoyará en la legislación vigente y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, para finalmente, proyectar nuestra respuesta en dos tipos penales particularmente relevantes para el ámbito empresarial: el delito de contaminación ambiental, regulado en el artículo 304° del Código Penal y el delito de atentado contra la seguridad y salud en el trabajo, regulado en el artículo 168-A° del Código Penal.

A partir de este marco, el objetivo general del presente trabajo es demostrar que la distinción entre el ilícito penal y el ilícito administrativo sancionador en los delitos de peligro del fenómeno de criminalidad empresarial, responde a un criterio cuantitativo, entendiendo que ambos pertenecen al mismo género del *ius puniendi* estatal. De manera más específica, se propone que no existe una diferencia ontológica entre el injusto penal y el administrativo, sino una diferencia basada en la gravedad de la conducta que se compone por el quantum de afectación. Además, que la defensa de esta postura solo es comprensible si se asume que la función del Derecho penal no es la protección de bienes jurídicos, sino la afirmación de la vigencia normativa atendiendo al significado comunicativo y simbólico de la pena.

La justificación de esta investigación, desde el plano teórico, es que busca aportar al debate dogmático sobre la función del Derecho penal en la sociedad del riesgo, proponiendo una relectura funcional de los delitos de peligro. Por otro lado, desde una perspectiva práctica, el trabajo resulta relevante para los operadores jurídicos y para los agentes económicos, ya que cada vez son más recurrentes los casos penales que se inician a partir de una conducta sancionada administrativamente. Así, una de las principales discusiones que se tiene en sede pre jurisdiccional y jurisdiccional es determinar si las implicancias que tiene la conducta infractora para el Derecho administrativo sancionador se mantienen de igual manera para el Derecho penal.

La investigación se organiza esquemáticamente en tres capítulos. El primero examina el contexto general en el que se produce el debate: la sociedad del riesgo, la expansión del Derecho penal, y la configuración y legitimidad de los delitos de peligro. El segundo presenta y evalúa críticamente el *ius puniendi* estatal, las teorías cualitativa y cuantitativa sobre la distinción entre el ilícito penal y el administrativo, así como su recepción en la legislación y la jurisprudencia. El tercer capítulo desarrolla la posición adoptada en este trabajo –a favor de un criterio cuantitativo de distinción– y la proyecta en el análisis concreto de los delitos de

contaminación ambiental y atentado contra la seguridad y salud en el trabajo, proponiendo criterios útiles para la delimitación de competencias sancionadoras.

Finalmente, se espera que los aportes de este trabajo contribuyan tanto a la discusión dogmática como a la orientación práctica de operadores jurídicos y agentes económicos. Al proponer una diferenciación más coherente y funcional entre lo penal y lo administrativo en los delitos de peligro, se busca fortalecer las garantías del ciudadano frente al poder punitivo del Estado y evitar la arbitrariedad en la imposición de sanciones.

# **CAPÍTULO I. LA FUNCIÓN DEL DERECHO PENAL EN LA SOCIEDAD DE RIESGOS Y LOS DELITOS DE PELIGRO**

## **1. La función del Derecho penal**

El Derecho penal es aquella parte del ordenamiento jurídico que establece los elementos para la configuración de un delito y la sanción aplicable a este (Welzel, 1997). En el marco de ello, se desprende una discusión central que aborda cómo se deben estructurar y entender los delitos, y que propósito debe cumplir el Derecho penal en la sociedad. Conforme señala Jakobs (2000) la solución de un problema social a través del Derecho penal tiene lugar por medio del sistema jurídico que se configura como un sistema social parcial, lo que implica que tiene lugar dentro de la sociedad. De esta manera, se configura una dependencia recíproca entre la sociedad y el Derecho penal, puesto que al Derecho penal se le pide asimilar los nuevos problemas sociales, dentro de su configuración normativa y a la sociedad le corresponde establecer cuáles son las partes imprescindibles de su identidad (Jakobs, 2000).

El punto de unión entre la teoría del delito y el de la pena viene determinada por establecer cuál es la función esencial del Derecho penal en la sociedad. En efecto, para un sistema de Derecho penal funcional el concepto de injusto, la norma y el fin de la pena deben tener un común denominador (Lesch, 2016).

Respecto a dicha cuestión han existido múltiples propuestas que buscan dar una respuesta integral acerca de cuál es la función del Derecho penal. La postura mayoritaria viene siendo aquella que sostiene que la función esencial del Derecho penal es la tutela de bienes jurídicos, el Tratado más representativo de esta corriente es el de Claus Roxin. Asimismo, también encontramos la postura minoritaria según la cual la función primordial es la estabilización normativa, cuyo Tratado principal le pertenece a Günther Jakobs. Aunque ambas posturas podrían aparentemente parecer irreconciliables, con el transcurrir de los años se han desarrollado propuestas que buscan compatibilizar ambas teorías, entre las que se encuentran el Tratado de Bernardo Feijoo y el Tratado de Miguel Polaino Navarrete. A continuación, se expondrán los principales postulados desarrollados por la doctrina acerca de la función del Derecho penal.

## 1.1. La función de protección de bienes jurídicos

La postura tradicional pero dominante respecto a la discusión de la función del Derecho penal, sin duda es aquella que promulga la protección de los bienes jurídicos, siendo uno de sus principales exponentes contemporáneos el jurista alemán Claus Roxin. Para adentrarnos en su planteamiento primero se debe partir por comprender qué se entiende por *bien jurídico* según esta teoría.

Para Roxin (2007) los bienes jurídicos se pueden entender como fines que son ineludibles para una vida social libre y segura en la cual se encuentren garantizados los derechos humanos y fundamentales del individuo. Por lo cual, ello implica que los bienes jurídicos son necesarios para el funcionamiento del sistema estatal organizado para alcanzar tal fin. Estos pueden ser creados por la legislación o pueden existir antes que el legislador, dicho de otra manera, abarca los deberes generados por las normas al igual que los estados iusnaturalistas (Roxin, 1997).

Ahora bien, Roxin construye esta teoría en base a su concepción político–criminal de que los bienes jurídicos son fines necesarios para la vida social libre como adecuada forma de expresión del Estado liberal de Derecho (Roxin, 2007). Por ejemplo, en el caso de los bienes jurídicos de la comunidad, se tiene a la administración de justicia ordenada y la estabilidad de economía como presupuestos para el desarrollo del sujeto en la sociedad. En contraste, preceptos penales como aquellos que fomentan la desigualdad o que persiguen la libertad de pensamiento o credo no protegen ningún bien jurídico, dado que no buscan proteger fines necesarios para el desarrollo del ser humano. De ese modo, del concepto de bien jurídico no se extrae ninguna valoración adicional que no pudiera desprenderse de los propios fundamentos del Estado liberal de Derecho o de los derechos universales; sin embargo, esta concepción permite simplificar la discusión y garantiza que se evalúe de antemano cualquier precepto penal según las garantías constitucionales (Roxin, 1997).

De esta manera, el bien jurídico emerge como un concepto crítico que fuerza al legislador a evaluar los preceptos penales según los cánones constitucionales de un Estado de Derecho, limitando de esta manera su poder sin incurrir en excesos insostenibles (Roxin, 2007). Así, a través de la teoría de protección del bien jurídico, el profesor alemán intenta comprender la dogmática penal y la política criminal.

Para lo cual, Roxin (2007) expone las siguientes ideas directrices:

- El bien jurídico no tiene como contenido la *ratio legis* de la norma. Esto implicaría únicamente sujetar el concepto de bien jurídico al principio de interpretación teleológica. De este modo, el autor toma postura rechazando el *concepto metodológico* de bien jurídico, según el cual por bien jurídico no se puede entender otra cosa distinta a la *ratio legis* de la norma.
- Serán ilegítimas las normas penales que únicamente se sustentan en ideologías. De igual manera, lo serán aquellas que atentan contra derechos fundamentales o se sustenten solo en una ilicitud moral o en alguna idea tabú. Por ejemplo, normas que sancionen penalmente manifestaciones en oposición al régimen político o el incesto.
- La protección de los sentimientos por parte del Derecho penal solo puede ser legítima cuando se enmarcan en concepciones de inseguridad. Sin embargo, no se puede pretender una protección más amplia de esto, en tanto que la sociedad multicultural exige como presupuesto el respeto a sistemas de valores distintos.
- Partiendo de la concepción político–social de un Estado liberal, la protección de bienes jurídicos implica la protección frente a transgresiones de terceros, pero no frente a las del mismo individuo. Por ello, la autolesión ni su favorecimiento legitiman la intervención del Derecho penal.
- No se deben reconocer como bienes jurídicos conceptos abstractamente incompresibles, dado que podrían comprender la protección de tabúes o sentimientos que no estén encaminados a la protección del libre desarrollo del ser humano. Por ejemplo, no será válida la punición de ciertas formas de conducta que *perturben la paz pública*.

Por otro lado, vale decir que en este planteamiento doctrinal se reconoce que la protección de bienes jurídicos –en tanto busca proteger el libre desarrollo del ser humano– no se debe realizar únicamente mediante el Derecho penal. El Derecho penal es –y debe ser– la última de entre todas las medidas de tutela que se deben considerar para procurar la salvaguarda de derechos

fundamentales. Dicho de otra manera, el Derecho penal solo debe activarse cuando no resultan exitosos otros mecanismos de solución, o son necesarias para una protección integral, como las regulaciones de policía, las sanciones no penales, entre otros (Roxin, 1997). Debido a esto, la pena es definida como la última ratio de la política social y se define, para este segmento de la doctrina, por su misión de otorgar protección subsidiaria a los bienes jurídicos.

Por último, vale señalar que este autor desde sus primeros postulados advertía que una concepción de bien jurídico como el descrito, aún con todas las precisiones realizadas, no proporciona una definición completa y suficiente. Este objetivo es imposible y, en definitiva, sería erróneo, debido a que reduciría la difícil búsqueda de una propuesta mucho más correcta y completa a una engañosa deducción conceptual (Roxin, 1997).

En efecto, respecto a la compatibilidad de esta teoría con la creciente tendencia del adelantamiento de las barreras de punibilidad en los delitos de peligro, Roxin sostiene que en estos casos el principio de protección de bienes jurídicos solo es útil en forma modificada. Ciertamente, ante estas nuevas tendencias de anticipar la actuación punitiva a estadios previos a la efectiva lesión del bien jurídico, el autor señala que el principio de protección del bien jurídico no puede ser considerado el único criterio para la legitimación de la intervención del Derecho penal. En tales casos, el principio de protección de bienes jurídicos resulta útil únicamente si se aplica de manera modificada, dado que los preceptos iniciales de la teoría sirven a la protección de bienes jurídicos; no obstante, la conducta incriminada en estos casos se sitúa muy lejos de la auténtica lesión de bienes jurídicos. Por lo tanto, en los supuestos de antelación de las barreras de punibilidad, siguiendo los preceptos de la teoría de protección del bien jurídico, será necesaria una justificación especial de como la protección del peligro es conducente a procurar la efectiva protección de un bien jurídico (Roxin, 2007).

Sobre esto último, otros autores como Bernardo Feijoo han profundizado en los vacíos que se presentan en la teoría de la protección de bienes jurídicos de cara a los nuevos desafíos contemporáneos. Para este autor, el Derecho penal no puede inobservar los nuevos matices y rasgos de las sociedades contemporáneas si pretende cumplir sus funciones sociales (Feijoo, 2007). Sin embargo, las nuevas categorías de bienes jurídicos no hacen más que robustecer el carácter vago y maleable que se le viene reprochando a la teoría del bien jurídico (Feijoo, 2012). Debido a que con esa nueva atribución se demuestra que el concepto de bien jurídico es uno bastante maleable. Verbigracia, se encuentra el concepto de *bienes jurídicos globales*, que

son entendidos como bienes que deben ser identificados mediante la creación de normativa internacional, usualmente a través de la aplicación de Derecho comparado y de Derecho global.

Así, Feijoo (2011) señala que la teoría del bien jurídico no sirve únicamente para identificar las fallas estructurales del Derecho penal moderno, sino que las hace más profundas, dado que en ella emerge la fórmula de legitimar la criminalización de las conductas si se protegen bienes jurídicos. La necesaria referencia a los cánones constitucionales en la teoría del bien jurídico demuestra que esta teoría no aporta un juicio de valor para disgregar una política criminal legítima de una que no lo es, sino que demuestra que la evaluación de la legitimidad proviene del sistema constitucional.

En este mismo sentido, Silva (2025) apunta que, desde la perspectiva actual, el concepto de bien jurídico no tiene la capacidad crítica necesaria para limitar los procesos de criminalización que se han ido generando. Tanto más, específicamente, no aporta de manera sustancial a la discusión respecto a si los objetos protegidos por el Derecho administrativo también tienen que ser cautelados por el Derecho penal. Esto, debido a que las doctrinas del bien jurídico, más que tener una postura crítica o reflexiva respecto al fenómeno de la expansión del Derecho penal, han legitimado las normas penales expansivas y el uso del Derecho penal desde su *función promocional* (Silva, 2025).

Sin perjuicio de todo lo expuesto, lo cierto es que en la actualidad no se puede negar la utilidad práctica del concepto de *bien jurídico*, llegando a tener indiscutiblemente ciertos aspectos irrenunciables dentro de la dogmática penal. Conforme señala Silva (2025) tiene una función sistemática clasificatoria que permite clasificar el análisis de los tipos de la Parte Especial. Además, es un criterio rector en el ámbito de la categoría sistemática de la tipicidad; y llega a ser un elemento muy relevante para la interpretación teleológica. Asimismo, el concepto de *bien jurídico* emerge como un punto de referencia para valorar un peligro *ex ante* y la lesividad *ex post*, al igual que para cuantificar la lesión concreta y la determinación de la pena (Silva, 2025).

En síntesis, la teoría de la protección del bien jurídico, en los términos planteados por Roxin, proporciona un criterio de enjuiciamiento cuya aplicación es dirigida al campo del Derecho, y que, además, el poder legislativo y los operadores jurídicos deberán consultar cuando se enfrenten a la creación e interpretación de cada precepto jurídico-penal. En este sentido, para

el autor, hacer referencia a las dificultades de delimitación del concepto de *bien jurídico*, de ninguna manera representa una amenaza a la capacidad práctica que tiene dicho concepto. Al contrario, de esta manera precisamente se pone énfasis en los problemas del límite del *ius puniendi* estatal y genera una alerta a los operadores jurídicos. Sin embargo, autores como Feijoo reparan en el carácter vago y maleable que implica *bien jurídico*.

## **1.2. La función de la estabilización normativa**

La teoría de la estabilización normativa se construye estableciendo que el Derecho penal tiene como objetivo principal garantizar la estabilidad y el respeto de las normas jurídicas de una sociedad. El infractor es aquel que quebranta expectativas normativas y la pena tiene como función comunicar que la sociedad puede continuar confiando en la vigencia de estas, negando la negación hecha por el infractor. El principal exponente de esta teoría es el jurista alemán Günther Jakobs, quien parte por esbozar varias críticas a la teoría que propone que la finalidad del Derecho penal es la protección del bien jurídico. En oposición a esta construcción, emerge su visión funcionalista del Derecho penal y su tesis de que la tarea inmediata del Derecho penal es la protección de la vigencia de la norma.

Para Jakobs (2020) el concepto de *bien jurídico es per se* vacío de contenido por lo que es complementada en el campo académico con la idea de que debe ser necesariamente útil para la existencia de una persona, sin embargo, una persona no puede sobrevivir sin una sociedad organizada y sin el reconocimiento como persona que le otorga el Derecho. Asimismo, conforme se advirtió en la sección precedente, el concepto de bien jurídico se construye partiendo de una visión política liberal, lo cual implica que, en una sociedad liberal, *bien jurídico* (Jakobs, 2020).

De este modo, el autor señala que el Derecho no puede proteger a los bienes jurídicos de toda clase de lesiones de manera incondicionada, dado que muchas veces los bienes son alterados de una manera que no es relevante para el Derecho penal, por ejemplo, por causas naturales como el paso del tiempo (Jakobs, 2003). Así, se constata que el Derecho penal no es adecuado para la tutela genérica de bienes, sino que la protección deberá acotarse y definirse a cierta clase de ataques, sólo respecto a este ámbito los bienes aparecerán en la lente del Derecho, y serán, en consecuencia, bienes jurídicos (Jakobs, 2003). En efecto, pueden darse escenarios de pérdidas o lesiones de bienes que, sin embargo, no ocurren dentro del Derecho, sino fuera de

él. Por ejemplo, la muerte natural de una persona debido a un fallo cardíaco es una pérdida para el mundo extrajurídico, pero no representa una lesión de un bien alcanzado jurídicamente.

De esta manera, para Jakobs es inadecuado tomar como punto de referencia inicial la lesión genérica del bien, al contrario, el contenido del *ataque* debe estar relacionado a la infracción de un rol. Desde una perspectiva simplificada de la teoría de la imputación objetiva, debe quedar claro que no existen prohibiciones generales de lesión, al igual que tampoco existen mandatos genéricos de salvación; en su lugar, debe entenderse que la norma está dirigida y recae sobre personas *competentes*, entendiendo que es competente aquel que tiene la prohibición de no lesionar o el mandato de salvamento (Jakobs, 2003).

En este sentido, según Polaino (2007) para Jakobs la pena es una expresión comunicativo–simbólica a través de la cual, recogiendo el planteamiento de Hegel, se niega la negación del Derecho. De igual manera, para Montealegre (2003), el planteamiento inicial de Jakobs realiza una nueva lectura de Hegel a través de la concepción del Derecho de Niklas Luhmann. El Derecho se estructura, entonces, como un sistema de comunicaciones que se encarga de proteger expectativas normativas, un elemento esencial de este sistema es la internalización de que las expectativas están siendo protegidas a través de sanciones.

Esto, en tanto que, la teoría de la estabilización normativa se ciñe en reconocer que la función de la pena es sostener la vigencia de la norma como modelo del contacto social. Con su conducta, el infractor rompe las expectativas establecidas por las normas, en contraposición, la pena debe demostrar que, a pesar de la transgresión, la sociedad puede continuar confiando en la vigencia de dichas normas. Siento esto así, dentro de la teoría de Jakobs, la protección de la norma se convierte en el elemento central de la dinámica de protección del Derecho penal. De esta manera, en el planteamiento funcional de Jakobs, la pena actúa en un plano simbólico. Su razón de ser se vincula a las necesidades de estabilización normativa, más no a un sentido meramente instrumental que se corresponda con la protección de bienes jurídicos.

Frente a la teoría finalista, Jakobs sostiene que no es posible construir categorías dogmáticas en base a una fundamentación ontológica del Derecho (Montealegre, 2003). Así, el autor construye un sistema funcional–normativista en el que todos los conceptos jurídicos-penales se ven despojados de su contenido ontológico, debiendo fundamentarse en nociones netamente normativas (Polaino, 2007). En contraste, para la teoría de la protección de bienes jurídicos,

los bienes jurídicos pueden abarcar los estados previamente hallados por el Derecho, retornando a una comprensión iusnaturalista del Derecho.

El concepto de bien jurídico se había construido aludiendo a valores indispensables para el desarrollo de la vida comunitaria, reuniendo un sentido principalmente ontológico y naturalista (Polaino, 2007). En cambio, para la teoría de la estabilización normativa, los elementos de la teoría del delito están determinados por los fines y funciones que cumpla el Derecho, que están orientados en preservar el sistema social. Esto implica que, bajo la teoría de la vigencia de la norma, los conceptos normativos son edificados de manera totalmente independiente de la naturaleza de las cosas (Montealegre, 2003).

Para Jakobs (2003) el reconocimiento de la atribución de responsabilidades basado en la teoría de la imputación objetiva implica aceptar la existencia de un orden estructurado en función de roles, que se traduce a su vez en relaciones entre personas, y a la predeterminación de ciertas normas. Así, una persona no puede ser vista únicamente como titular de un determinado bien, sino que, dependiendo de su posición en el sistema social, será una persona a la que le compete o no le compete evitar la lesión de un bien. Es evidente, entonces, que el orden social no puede definirse únicamente a través de bienes, pues juntamente con ello es mandatorio considerar los roles de las personas. Por ejemplo, si tratamos de analizar ello utilizando el concepto de bien jurídico, los individuos que tienen la obligación normativa de prestar un apoyo positivo y que no cumplen con este rol, no están *lesionando un bien*, sino que, en todo caso, con su incumplimiento han obviado la creación de un bien.

Ahora bien, conforme se ha evidenciado, Jakobs propone dos acepciones del concepto de *bien jurídico*. En sentido estricto, se puede entender como una relación funcional entre el sujeto y una situación valiosa. Por otro lado, bajo una concepción enmarcada en el Derecho penal, el bien jurídico se debe entender como un concepto normativo y no como una concepción naturalista (Montealegre, 2003). En cualquier caso, para Jakobs, el concepto de *bien jurídico* es deficiente dado que, en el plano material, la lesión consumada a veces es irreparable, siendo, por lo tanto, ineficaz centrar la función del Derecho penal en la protección de bienes jurídicos (Polaino, 2007).

De esta manera, bajo la teoría de la vigencia de la norma, la estructuración de la sociedad se realiza a través de "esquemas simbólicos de orientación" –*normas*–, a través de los cuales una

sociedad establece cuales son los aspectos fundamentales para su funcionamiento. Siento esto así, lo relevante para del Derecho penal no es la lesión externa de una situación valiosa, sino el significado que encierra la conducta, puesto que el infractor con su comportamiento *comunica* su negación de las expectativas fundamentales, rigiendo para él su propia concepción del mundo (Montealegre, 2003). Para Polaino (2007) la doctrina funcionalista, al sostener que la función del derecho es la estabilización del propio sistema, lleva a la máxima expresión la idea de que la sociedad se dota a sí misma de una estructura social en la que se crean y recrean todos sus elementos constitutivos. Así pues, dentro de la teoría funcionalista, todo queda dentro del sistema, por eso no puede perseguirse un fin trascendente a la propia estructura social, la función de la norma es la confirmación de la vigencia de la propia norma (Polaino, 2007).

En efecto, para Feijoo (2014), según la propuesta de Jakobs, las normas encierran expectativas normativas, de tal manera que configuran la estructura del orden social. Ahora bien, la caracterización de dichas expectativas le corresponde al campo de la política, mientras que a lo mucho la labor del Derecho penal será describir y sistematizar dichas estructuras normativas. Así, el delito será visto en esencia como la frustración de expectativas establecidas por el sistema social, mientras que la pena será visto como el mecanismo para mantener dichas expectativas.

Ahora bien, una de las principales objeciones contra la teoría de la protección de la vigencia de la norma es que a través de ésta se puede proteger cualquier orden normativo, sin consideración de su contenido, y con ello se pierde el potencial crítico de esta postura como un límite a las decisiones del poder legislativo. Al respecto, Jakobs (2003) fundamenta que esta crítica es errónea, tanto más porque la misma observación se puede realizar a la teoría de la protección de bienes jurídicos. Dado que, con la teoría de la protección de bienes jurídicos como con la de la vigencia de la norma se puede optar políticamente por regular como se estime conveniente la vida libre de las personas. Por lo tanto, esta crítica emerge desde el terreno de lo político más no tiene un punto de partida jurídico-científico.

Así, dentro del planteamiento funcionalista–sistémico se deja de lado cualquier vinculación a un pensamiento político criminal que se corresponda con los principios de un Estado social de Derecho. Así, la pena cumple elementalmente el mismo rol en cualquier sociedad, independientemente la valoración que se haga de esta: la perspectiva funcional de Jakobs no está vinculada a ningún modelo político o ideológico (Feijoo, 2011). De esta manera, tenemos

un concepto universal de Derecho penal que es plenamente válido para cualquier modelo político-social.

La propuesta de Jakobs se presenta sin duda como una alternativa innovadora a la teoría de la protección del bien jurídico. No obstante, con el avance de las discusiones se han planteado observaciones a la propuesta inicial de Jakobs, generándose un debate enriquecedor que resulta en actualizadas propuestas doctrinales. Así, por ejemplo, Polaino Navarrete tiene una postura crítica frente a la función auto tuteladora y auto protectora del Derecho penal. Esto debido que bajo la formulación de que la norma tenga como objeto de protección la propia norma, se sitúa en segundo plano el contenido de la misma norma (Polaino, 2007). El autor español afirma que coincide con Jakobs en que el bien jurídico debe ser una categoría normativa. Sin embargo, las categorías normativas tienen también un contenido, que para Polaino se compone del sentido de protección de un bien jurídico. Es así como, en el fondo, para el autor español, la norma no tiene el propósito de auto cuidarse a sí misma, sino de proteger inmediatamente los bienes y valores que emergen en ella. Sobre esta propuesta se comentará con detalle más adelante.

En este mismo sentido, apunta Feijoo (2011) que una teoría del Derecho penal funcional para todo tipo de orden social únicamente puede realizar aportes de carácter limitado para responder a las demandas de una sociedad democrática occidental del siglo XXI, por lo que resulta insuficiente. Para el autor español el planteamiento funcional de Jakobs reduce la Ciencia del Derecho penal solo a su parte dogmática, y destierra la perspectiva político-criminal y crítica (Feijoo, 2011). De tal manera que, bajo la propuesta de Jakobs, solo importa el sistema jurídico-penal como instrumento de los órganos de justicia, pero no se explora la orientación a las decisiones legislativas, es decir, el plano del *deber ser*.

En síntesis, la teoría de la estabilización normativa desarrollada por Günther Jakobs plantea que el objetivo del Derecho penal es asegurar la vigencia de las normas fundamentales de una sociedad más que la protección del bien jurídico. El Derecho penal no se ocupa de proteger bienes de manera genérica, sino de aquellos cuya lesión resulta relevante dentro de un marco normativo específico. Dicha lesión no debe entenderse en términos externos, sino enmarcada dentro de la teoría de la imputación objetiva, según la cual los miembros de la sociedad tienen roles asignados. Así, cuando un infractor transgrede una norma, la niega con su conducta, por lo cual lo relevante será analizar que rol asignado se ha desobedecido –un rol genérico o uno

específico—. En este escenario, la pena tiene la función comunicativa de reforzar la confianza en las normas, negando la conducta del infractor que las transgrede.

En lo que sigue, se expondrán las propuestas contemporáneas sobre la función del Derecho penal en las cuales se pretende conciliar la teoría de la vigencia de las normas y la teoría de la protección de bienes jurídicos.

### **1.3. Planteamiento contemporáneo. Integración de la teoría de protección del bien jurídico y la teoría de la vigencia de la norma**

Además de las posturas antes descritas, en la doctrina se han desarrollado nuevas propuestas dogmáticas que buscan compatibilizar ambas teorías. Así, encontramos la sugerente aportación de Bernardo Feijoo, quien promulga la tesis de la estabilización normativa como la función primordial del Derecho penal, y que ello implica la protección de bienes jurídicos, en tanto que, no se olvide que estos últimos son creaciones de las propias normas penales. De esta manera, siendo la estabilización normativa la función esencial del Derecho penal, la protección de bienes jurídicos viene a ser una función indirecta o derivada de la estabilización de normas esenciales.

Para Feijoo (2021) la teoría del delito pretende sistematizar los criterios que permiten imputar a una persona la desestabilización de la norma y la pena es el mecanismo de defensa que tiene la sociedad para estabilizarla a pesar de la infracción. En este orden de ideas, la culpabilidad es entendida como responsabilidad por la puesta en entredicho de la norma mediante su infracción y, por consiguiente, la capacidad de culpabilidad se refiere a la capacidad de poner en entredicho la norma. En este sentido, para el autor la culpabilidad no emerge como simplemente un límite de la prevención, sino que es un acto comunicativo que justifica la pena.

De tal manera que, es importante hacer la distinción de que, bajo la teoría de la estabilización normativa, la culpabilidad por el hecho no queda adecuadamente descrita como culpabilidad por la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, sino por la infracción de normas o deberes derivados de la norma de conducta. En efecto, la función que cumple el sistema penal dentro del marco jurídico es, en esencia, la de estabilizar de manera subsidiaria las normas fundamentales de convivencia. Por lo tanto, dado que la pena estabiliza la norma, también

protege los valores subyacentes, pero estos estarán protegidos únicamente en la manera establecida por la norma (Feijoo, 2021).

Bajo estos postulados, se defiende una teoría preventiva entendiendo que lo que se pretende prevenir es la anomia o una vigencia meramente formal de la norma, más no conductas delictivas concretas como han defendido las teorías preventivas clásicas. De ahí que la norma concreta debe ser entendida como elemento que estructura la realidad social y bajo un contexto simbólico-comunicativo (Feijoo, 2021).

En efecto, el Estado tiene que atrapar al culpable e imponerle un mal, si no se castiga a quien pone en entredicho la norma, se está diciendo que dicho acto es conforme y el mensaje distorsionador se mantiene. Así pues, un individuo es culpable por poner en entredicho la norma, sin embargo, por ejemplo, no se castiga a la persona demente porque no tiene competencia comunicativa. En contraste, los partidarios de la teoría de la protección de bienes jurídicos piensan en la pena como algo más material que comunicativo. De este modo, en el ejemplo expuesto, aunque fácticamente existe una lesión del bien jurídico, dado que su incumplimiento no comunica un riesgo al sistema, no se lo castiga penalmente.

Para el autor la anomia es el problema esencial del delito, más que la generación de proyectos alternativos, que surge como resultado de un proceso continuado de infracciones sin respuesta (Feijoo, 2021). Así, estos efectos desestabilizadores del delito se mantendrían en el tiempo pudiendo llegar a tener efectos cumulativos en caso no se reaccione ante estos, de tal manera que la pena es necesaria para frenar dichos efectos desestabilizadores. El término *prevención estabilizadora* se usa precisamente para expresar la recuperación de la marcha habitual de algo luego de alteraciones: se intenta restaurar la funcionalidad de la norma luego de las infracciones (Feijoo, 2014).

Siguiendo con su propuesta, para Feijoo la pena no puede escindirse de su carácter retrospectivo en tanto que la pena no es un mal que sea necesario para prevenir en el futuro injustos merecedores de pena, sino que existe una vinculación con un hecho merecedor de pena en el pasado y el mal es proporcional a dicho hecho (Feijoo, 2021). Sin embargo, se distancia de las teorías retributivas que solo miran el pasado y de las preventivo-instrumentales clásicas que solo consideran los efectos futuros. La teoría de prevención estabilizadora de Feijoo se fija en el presente, dado que no intenta lograr algo en el futuro, sino que quiere reparar la situación

creada con el delito. El carácter comunicativo de su propuesta se plasma en que el efecto preventivo de la pena no depende de la cantidad de la pena, sino que, lo realmente importante es la respuesta del Estado, negando cualquier característica instrumental. De esta manera, la pena no persigue fines instrumentales sino a la gravedad del hecho en la medida que el individuo ha sido responsable.

Acerca de las ventajas de la teoría de la estabilización normativa, Feijoo señala que esta permite que el injusto penal se identifique de manera más adecuada como la lesión o puesta en peligro de la libertad general y no como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos (Feijoo, 2021). De esta manera, mediante la estabilización de normas se busca garantizar una *libertad general* que luego actúa como fundamento de la libertad individual y del libre desarrollo individual de la personalidad. Vale decir, en este extremo, que, desde la perspectiva de las ciencias del comportamiento, el castigo en la propuesta del autor español no tiene sustento en el reproche a la falta de cooperación, sino exclusivamente en la lesividad de lo común construido mediante la cooperación institucional y a la perturbación social que ha ocasionado el delito.

En consecuencia, bajo el enfoque de Feijoo el injusto no se caracteriza por una afectación o lesión particular de personas o bienes sino por una perturbación de la libertad general garantizada por las normas, poniendo énfasis en la lesión de la juridicidad. Así, en la teoría de la protección del bien jurídico la juridicidad ocupa una función secundaria, puesto que lo primordial es la protección de bienes jurídicos. Centrar la función del Derecho penal alrededor de la lesión de la juridicidad retroalimenta la visión más comunicativa de su propuesta, en la que el delito es el presupuesto de la pena y la pena es la consecuencia del delito.

Entonces, en este entendido los ciudadanos no tienen que ser solidarios con el sistema jurídico y mantener la juridicidad, sino que tienen un deber negativo, el cual consiste en no poner en entredicho la norma garantizada penalmente (Feijoo, 2021). Así, por ejemplo, se aleja del planteamiento de Pawlik, dado que este autor parte de un deber positivo consistente en mantener la juridicidad. Para Feijoo (2021) esta diferencia tiene importantes consecuencias, dado que la existencia de un deber negativo, como propone, permite entender la estabilización como una necesidad preventiva, y no como una retribución. Así, pues, el infractor no *paga un precio* por disfrutar del Estado de Derecho, sino que recibe un castigo por poner en entredicho la norma concreta.

En este extremo, señala Feijoo (2021) que su propuesta se diferencia del planteamiento de Jakobs, en que para el autor alemán la norma que se busca mantener es un mandato general de *fidelidad a la norma*. Sin embargo, para Feijoo la estabilización de normas no es un mandato genérico sino se refiere a *las normas de conducta*, siendo estas últimas las que crean los bienes jurídicos. En efecto, bajo la teoría de Jakobs, la pena tiene un fin preventivo-general de carácter instrumental en tanto que se busca asegurar la posibilidad de seguimiento de la norma en un sentido general.

En síntesis, la teoría de la estabilización normativa de Feijoo busca conciliar las doctrinas tradicionales sobre la función del Derecho penal, señalando que el propósito esencial no es la protección de bienes jurídicos sino la estabilización de normas de conducta necesarias para la convivencia social. Así, la pena no puede ser entendida como un mecanismo instrumental para prevenir futuros delitos ni como un castigo retributivo por el pasado, es una respuesta necesaria para restaurar el equilibrio normativo luego de las alternaciones.

Por otro lado, también se puede encontrar la propuesta del profesor de Sevilla, Miguel Polaino Navarrete que plantea una perspectiva que reconoce la compatibilidad de la teoría de protección de bienes jurídicos y la de confirmación de la vigencia de la norma. Sin embargo, a diferencia de Feijoo, sostiene que la función principal del Derecho penal es salvaguardar bienes jurídicos y prevenir agresiones que los afecten, mientras que la protección de la vigencia normativa es una consecuencia de dicha función.

Para Polaino (2007) el concepto de bien jurídico continúa siendo un concepto fundamental para definir el contenido del ilícito típico y para establecer el rol que le corresponde desempeñar al Derecho penal. Así, la confirmación de la vigencia de la norma no es tanto una función en sí misma, sino una consecuencia directa y principal de la protección de los bienes jurídicos establecidos en la norma. De esta manera, para el autor, ambas teorías se reclaman mutuamente, pero juegan en un plano diferente. La teoría de la protección de bienes jurídicos legitima el sistema punitivo, mientras la teoría de la estabilización normativa configura la estructura del sistema jurídico.

Ahora bien, respecto al concepto de bien jurídico que suscribe este autor vale hacer la precisión que conforme estipula Jakobs, no cualquier lesión ni cualquier bien devienen penalmente relevantes, solamente lo serán aquellos expresamente reconocidos como tal por la norma penal.

En ese sentido, para este autor la norma penal es la que establece que situación deviene en un merecimiento de tutela penal: determinados bienes frente a determinados ataques (Polaino, 2007).

En esta construcción de ideas, para Polaino (2007) el concepto de bien jurídico también desempeña un papel fundamental en la secuencia delito-pena. La función de protección de bienes jurídicos es una función de prevención y de alarma frente a hipotéticas lesiones, por lo que emerge como una función de garantía del ser humano. En este extremo, el autor ajusta la teoría de la estabilización normativa al establecer que el contenido del sentido positivo que se obtiene de la secuencia delito-pena no se termina en la auto vigencia de la norma, sino que alcanza una dimensión tutelar-preventiva al amenazar el incumplimiento del mandato normativo a través de la sanción más contundente que dispone el ordenamiento jurídico.

Respecto a la argumentación de que el Derecho penal llega demasiado tarde para la protección de bienes jurídicos, el autor señala que dicha premisa es cierta únicamente si se evalúa desde un punto de vista exclusivamente naturalista (Polaino, 2007). No obstante, fundamenta que no es tarea del Derecho penal impedir todo resultado lesivo de cualesquiera de los bienes personales o colectivos de cada uno de los ciudadanos. De esta manera, desde una perspectiva normativa, el Derecho penal solo ha de proveer la garantía más cabal, completa e inmediata de todas las posibles a bienes jurídicos esenciales para el desarrollo de la vida en sociedad.

En consecuencia, la tarea del Derecho penal no es impedir toda lesión, sino seleccionar los bienes y valores jurídicos merecedores de protección y luego elevarlos a la máxima categoría normativa de bienes jurídicos (Polaino, 2007). Así, se forma un binomio inseparable donde la protección y la prevención tienen una relación de medio a fin. El Derecho penal resguarda bienes jurídicos al otorgarles una garantía normativa al incluirlos en esa categoría con el objetivo de prevenir su afectación. Como resultado, se refuerza la autoridad de la norma como parte fundamental de la estructura social.

Por lo tanto, según la propuesta de Polaino Navarrete, la función del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos, mientras que la confirmación de la vigencia de la norma surge como resultado directo de esta función. Desde esta postura, el bien jurídico entendido como objeto de protección típica, se vuelve un concepto determinante e imprescindible del Derecho penal.

Por último, de forma posterior a sus primeros postulados, Jakobs expone con más claridad una propuesta según la cual se deben diferenciar el concepto de *bien jurídico* del de *bien jurídico penal*, siendo el último de estos, la *vigencia de la norma*. De esta manera, señala que la *vigencia de la norma* es en verdad el *bien jurídico penal*. Así, según sus últimos trabajos, el mantenimiento del *bien jurídico penal* pasa directamente a ser el fundamento de la pena. Mientras que el *bien jurídico* es apenas un *motivo* para la norma, por lo que no tiene suficiente fuerza al momento de sopesarlo contra la libertad del autor –libertad como bien jurídico–, y el interés de la sociedad en no detener el desarrollo (Jakobs, 2020). Así, para Jakobs, se debe diferenciar *bien jurídico* de *bien jurídico penal*, siendo este último la vigencia de la norma.

El sistema no rechaza todos los efectos lesivos sobre los bienes jurídicos, en tanto existen efectos *socialmente adecuados*, de lo que se trata es de escoger y prohibir las lesiones incompatibles con la existencia de una comunidad éticamente organizada (Jakobs, 2020). En este sentido, emerge el *bien jurídico penal* como una institución que produce una orientación real y estable. Así, la pena no resuelve una agresión contra *alguien*, sino contra la estructura normativa de la sociedad. La erosión de la vigencia de la norma por un hecho punible puede ser preservada por medio de la pena, pero un bien afectado jamás podrá ser reparado por medio de la pena.

De esta manera, el bien jurídico penal es la validez de las normas y este se menoscaba cuando un determinado ciudadano a través de su comportamiento pone en evidencia su falta de consideración por el respeto de los bienes, los roles y la paz jurídica (Jakobs, 1997). Por ejemplo, la persona que dispara un arma de fuego y no acierta, no se sustrae a la pena con el argumento de que no hay infracción de la norma por falta de lesión completa o incluso la muerte la víctima, ya que se ve menoscaba la validez fáctica de las normas para la protección de estos bienes jurídicos.

Esto es así porque en el Derecho penal, toda norma penal se conecta con los intereses individuales de los sujetos. En una sociedad liberal un individuo no puede ser *sacrificado* en pro del beneficio general. El Derecho penal se presenta como una institución que debe prevenir la existencia social de peligros necesarios para procurar la existencia de la sociedad, esto es, la existencia de personas que actúen sin miedos, y puedan realizar sus derechos procurando su bienestar (Jakobs, 2020). Así, para el autor, en el fondo es la *vigencia de la norma* lo que siempre está bajo ataque, incluso cuando se lesionan otros bienes jurídicos.

En síntesis, en esta sección se ha explorado las propuestas de Feijoo, Polaino Navarrete, y Jakobs –en su reciente monografía– respecto a la función del Derecho penal. En cada uno de los planteamientos, se parte por reconocer la compatibilidad entre la función del Derecho penal como protección de bienes jurídicos y la función de la vigencia de la norma. No obstante, en la construcción de cada propuesta se va matizando y privilegiando una función por encima de la otra, dándole un sentido integrador distinto. Así, para Feijoo, lo esencial es la función de la estabilización normativa, de la cual se desprende la protección de bienes jurídicos. En contraste, para Polaino Navarrete, la protección de bienes jurídicos es la función esencial del Derecho penal, por lo cual, el bien jurídico es el concepto esencial del Derecho penal; en tanto que la reafirmación de la vigencia de la norma es el resultado directo de dicha función. Por último, para Jakobs, se debe diferenciar *bien jurídico* de *bien jurídico penal*, siendo este último la vigencia de la norma. Finalmente, estas propuestas integradoras permiten visualizar un Derecho penal más complejo, en el que la función normativa y la protección de bienes no se excluyen, sino que se articulan en distintos niveles.

## **2. La sociedad del riesgo y el Estado preventivo de Derecho**

La presente sección aborda dos ideas fundamentales que permiten comprender la evolución de la sociedad moderna y las nuevas tareas del Estado: la *sociedad del riesgo* y el Estado preventivo de Derecho. Así, se exponen los fundamentos del modelo sociológico de Ulrich Beck para describir las tendencias de la sociedad post moderna, en particular, los peligros sistémicos que surgen, que van más allá de los límites espaciales y temporales. En este nuevo contexto, el Estado se ve forzado a asumir un rol preventivo, evolucionando a tener que anticiparse a los riesgos para proteger la seguridad y el bienestar colectivo.

### **2.1. La *sociedad del riesgo***

La era postindustrial es un concepto acuñado para describir las transformaciones sociales y políticas que se han generado en las sociedades occidentales desde la segunda mitad del siglo XX (Patiño & Martínez, 2011). En esta etapa, surge la *sociedad del riesgo*, término empleado por el sociólogo Ulrich Beck para describir la modernidad avanzada como una etapa en la que existe una percepción aguda de los riesgos e incertidumbre que son generados a consecuencia del desarrollo técnico-económico. Así, en su libro titulado *La sociedad del riesgo. Hacia una*

*nueva modernidad* sostiene que las transformaciones se caracterizan principalmente por enfrentar la crisis de sus propias estructuras y relaciones sociales.

Para Beck (1998) la producción social de riqueza implica necesariamente la creación social y sistemática de riesgos. Así, los problemas de reparto de la *sociedad de la carencia* son reemplazados por aquellos que derivan de los riesgos técnicos-científicos asociados a la producción. Las amenazas que enfrentan los ciudadanos surgen de las decisiones que toman otros individuos respecto al manejo de estos avances técnicos-científicos. Por este motivo, el riesgo de origen humano emerge como un fenómeno social estructural (Silva, 2006). Para ello, es importante comprender que la sociedad no cambia *solo* debido a la introducción de una nueva tecnología, dado que lo que realmente ocurre es que esta se introduce en el interior de las redes sociales, de tal manera que los usos asociados a su implementación son una mezcla de fuerzas técnicos-científicos y sociales (García, 2015). Es así como cualquier avance técnico tiene un eco dinámico en el orden social contemporáneo.

Ahora bien, es importante detenernos a comprender los tipos de riesgos y peligros a los cuales el Estado y los ciudadanos nos enfrentamos en la era postindustrial. Para Beck (1998) los riesgos de la edad moderna se caracterizan por sistemáticos y a menudo irreversibles. Además, indica que con el incremento de riesgos surgen situaciones sociales en las que los riesgos de la modernización terminan afectando también a quienes los producen o se benefician de ella. Sin embargo, y a pesar de este efecto bumerang, la expansión de los riesgos no amenaza la lógica del sistema capitalista, sino que la refuerza y eleva a un nuevo nivel *–big business–*, de tal manera que nos encontramos en un contexto en el que existe un *barril de necesidades sin fondo*, siendo estos auto referenciales, y, por lo tanto, imposibles de satisfacer. Por último, señala el autor que la defensa y administración de los riesgos tiene un potencial político amplio, de tal manera que la gestión de los riesgos siempre puede implicar una reorganización del poder y la competencia.

En efecto, nos enfrentamos a lo desconocido, los riesgos se entrelazan –y a veces se reorganizan– con los cimientos del sistema político–económico. Por ejemplo, hace apenas unos años, un fenómeno sin precedentes paralizó al mundo entero, obligando a la sociedad a confinarse en sus hogares y adoptar el uso generalizado de mascarillas. Este evento transformó la dinámica laboral, impulsando la reestructuración del trabajo presencial, y puso de manifiesto deficiencias en ciertas responsabilidades estatales, al menos en el caso peruano. Hoy, en la

etapa postpandemia, tanto el mercado como el Estado se han adaptado a las nuevas demandas sociales, pero persiste, a nivel colectivo, una sensación de incertidumbre sobre el futuro. Como señala, Beck (1998) los riesgos han existido desde el principio de los tiempos, no obstante, la connotación que tenía en las épocas pasadas era de coraje y aventura, mientras que en nuestros tiempos puede ser asociada a la posible autodestrucción de la vida en la Tierra.

En este escenario, el Estado se enfrenta a la diatriba de minimizar y canalizar los riesgos y peligros que se han producido sistemáticamente en el proceso de modernización sin obstaculizarlo. Recordemos que, en principio, el extraordinario desarrollo de la técnica sigue incrementando el bienestar individual. De esta manera, la *sociedad del riesgo*, como un modelo macro sociológico, se caracteriza por la presencia de riesgos colectivos y difusos de origen humano, los cuales presentan un carácter estructural (Feijoo, 2007).

De esta forma, se concluye que la *sociedad del riesgo* se caracteriza por tres aspectos principales: 1) los riesgos afectan a las personas de manera que no pueden quedar definidos por criterios espaciales, temporales o personales; 2) no es posible asignar responsabilidad de acuerdo con las normas más clásicas siguiendo los principios de causalidad, culpabilidad y responsabilidad; y, 3) estos riesgos no pueden ser asegurados (Feijoo, 2007). Así, el modelo social planteado por Beck busca responder a determinados conflictos, enfatizando la existencia de peligros de origen humano que trascienden fronteras geográficas, temporales y sociales, lo que supera las condiciones e instituciones fundamentales de la primera modernidad industrial (Feijoo, 2012). En este contexto, el sociólogo alemán identifica como principales desafíos de la sociedad postindustrial las crisis ecológicas, los riesgos financieros a nivel global y las amenazas terroristas.

La sociedad postindustrial descrita por Ulrich Beck como una *sociedad del riesgo* se enfrenta a desafíos sin precedentes que traspasan las fronteras espaciales, temporales y sociales. De esta manera, es importante reconocer que, aunque la modernización ha traído consigo desarrollo económico y mayor bienestar en términos utilitaristas, también ha generado riesgos sistemáticos que son difícilmente controlables, cuya responsabilidad es compleja de distribuir, afectando de esta manera el progreso social. Así, el Estado se encuentra en la encrucijada de gestionar estos peligros sin frenar el desarrollo económico, para lo cual se debe interiorizar que, a diferencia de los del pasado, los riesgos actuales tienen el potencial de amenazar la propia supervivencia de la humanidad.

## 2.2. La gestión de riesgos

Estas transformaciones sociales exigen una respuesta institucional, lo que ha dado lugar al surgimiento del Estado preventivo como nuevo paradigma de intervención estatal. Actualmente, nos encontramos en medio de la transición –cada vez más asentada– del Estado prestador al Estado garante de la prestación, que trae consigo la configuración de un nuevo equilibrio en el que el Estado pierde la prestación directa de bienes y servicios, pero a cambio gana un enorme poder de regulación y vigilancia de los mercados. En efecto, en la actualidad las funciones del Estado no solo implican tareas de dirección, ordenación, prestación y garantía, sino que también abarcan la prevención general de riesgos, así como la estructuración, promoción e intermediación en las actividades sociales y del ámbito privado (Parejo, 2015). Esta tendencia se refleja en la expansión del Estado preventivo, que precisamente busca anticiparse a riesgos y peligros.

En efecto, conforme señala Silva (2006) la *sociedad del riesgo* conduce –como no podría ser de otra manera– al *Estado vigilante* o *Estado de la prevención*, lo cual genera que el límite de la intervención del Estado en las esferas jurídicas de los ciudadanos se adelante de modo sustancial. Así, actualmente, para iniciar un procedimiento de inspección no es necesario que se justifique la detección de indicios de peligro, estos son iniciados de manera rutinaria.

Ahora bien, en un esfuerzo por definir lo que implica el término *Estado preventivo* se puede afirmar que es un concepto que describe la evolución del Estado de Derecho hacia un modelo más enfocado en la prevención y anticipación de riesgos y peligros, en lugar de reaccionar únicamente ante hechos consumados. En ese sentido, conviene apuntar que la idea de la *anticipación y prevención* no es nueva, al contrario, las estrategias preventivas propiamente han formado parte del arsenal de los Estados liberales desde hace bastante tiempo (Tulich, 2017). De hecho, dentro de la teoría de política clásica se ha reconocido como función central del Estado el ser garante de la seguridad de sus ciudadanos (Zedner & Ashworth, 2019).

Sin embargo, el término Estado preventivo o Estado de la prevención es más reciente y tiene una mayor relevancia en la actualidad. Carol Steiker es una de las pioneras en acuñar dicho término en el artículo titulado *Foreword: the limits of the Preventive State*. Así, Steiker (1998) identifica que las políticas del Estado preventivo para la gestión de riesgos pueden dividirse de forma general, en aquellas medidas que califican como punitivas –criminal punishment– y

aquellas que no son punitivas, es decir, que no implican las restricciones sustantivas y procesales especiales que acarrearán las sanciones penales. En este orden de ideas, para autores más contemporáneos como Zedner & Ashworth (2019) el Estado preventivo es un constructo criminológico que sirve como herramienta conceptual para identificar y reconocer fenómenos como la proliferación de leyes de seguridad del Estado, las medidas preventivas, y, en general, toda normativa con el ímpetu de minimizar los riesgos y prevenir los daños.

En síntesis, el Estado preventivo denota y amplifica la función del Estado de proporcionar seguridad a sus ciudadanos. De tal manera que este fenómeno aborda la producción legislativa y las políticas públicas diseñadas a prevenir riesgos y a reducir o evitar daños, consolidándose así una nueva característica del Estado moderno. Así pues, existe una obligación del Estado de proteger y un derecho de los ciudadanos por la seguridad (Lazarus, 2014).

Acerca de las manifestaciones concretas en las que se puede apreciar las notas características del Estado preventivo, encontramos que, a partir del siglo XX, existe una tendencia ampliatoria de que el Estado otorgue la permisión de conductas en el ámbito económico–empresarial a partir del otorgamiento de permisos específicos para operar (Silva, 2022). Esto, en contraste a la ausencia de regulación expresa que fue lo característico del periodo inicial de la industrialización, en el cual los agentes económicos actuaban bajo los estándares jurídicos básicos de *buen comerciante*, *buen padre de familia* o *administrador leal*. Así, la responsabilidad de los agentes económicos quedaba vinculada a la constatación *ex post* de la generación de un resultado lesivo.

Conviene señalar que, en la actualidad, aunque en una limitada medida, se ha retornado al modelo clásico que se guía por los estándares jurídicos básicos frente a las nuevas tecnologías, no siendo posible todavía desarrollar ámbitos de regulación específicos (Silva, 2022). Así, se encuentran permitidos salvo que se produzca un resultado lesivo, lo cual activará la responsabilidad civil y/o penal.

Por otro lado, también podemos encontrar el procedimiento de inspección que viene siendo iniciado de manera rutinaria siguiendo criterios aleatorios o estadísticos de gestión de riesgo, alejándose cada vez más de constatar una situación en la que un bien jurídico requiera protección. Para Silva (2006) esta distancia se puede constatar en al menos cuatro etapas:

- En la primera etapa, se definen conductas que resulten lesivas advirtiendo su peligrosidad de manera concreta o abstracta.
- En la segunda etapa, se identifican los contextos en los que pueden producirse dichas conductas peligrosas, advertidas en la primera etapa. Es así como, por ejemplo, se empiezan a caracterizar distintos bienes colectivos. La protección de estos *contextos* se ha ido convirtiendo en un objeto de protección tanto del Derecho administrativo sancionador como del Derecho penal.
- La tercera etapa consiste en identificar dentro de estos contextos típicos de la segunda etapa indicadores que impliquen la existencia de riesgos. El Derecho sancionador administrativo emplea estos indicadores como base para imponer sanciones –la llamada infracción del *orden de policía*–, muchas veces inclusive sin que se necesite la presencia de peligros reales, sean abstractos o concretos.
- Por último, en la cuarta etapa, desde el Derecho sancionador administrativo se inician procedimientos administrativos de inspección sin que exista una sospecha concreta de la presencia de estos indicadores advertidos en la tercera etapa.

Por otra parte, como manifestación concreta del Estado preventivo, conviene referirse al principio precautorio. Este principio estipula que, en caso de amenaza de daños muy graves, la falta de plena certeza científica no debe tratarse como una razón para la inacción de los funcionarios del Estado. Uno de los primeros reconocimientos internacionales de dicho principio se realizó en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de las Naciones Unidas, según la cual “cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente” (ONU 1992, Principio 15).

El principio de precaución se enfoca en cómo se debe responder ante una incertidumbre inevitable (Stacey, 2017). Por ello, puede ser considerado como una extensión del principio de prevención, con la particularidad de que se aplica cuando no existe certeza científica (Vega, 2021). El propósito del principio de precaución es fundamentalmente gestionar la incertidumbre inherente a las relaciones que escapan del control humano, especialmente las

relacionadas a las ciencias naturales, incluyendo las que se refieren a la protección de la vida y la salud humana (Artigas, 2001). En tal sentido, la ausencia de información o la falta de certeza científica no debe ser una excusa para retrasar la adopción de medidas eficaces y costo-efectivas que impidan la degradación del medio ambiente (Vega, 2021).

Ahora bien, conforme se señaló, el principio precautorio tiene una principal aplicación en el Derecho ambiental. No obstante, conforme señalan algunos autores, existe una obsesión contemporánea con la incertidumbre, por lo que la lógica detrás del principio de precaución ha impulsado la criminalización de todas las fuentes de peligro percibidas (Ericson, 2007). En el Derecho penal la protección anticipada de bienes jurídicos individuales o colectivos constituye la concreción legislativa del principio de precaución (Alonso, 2015). Al respecto, Feijoo (2011) opina que en estos supuestos en los que de forma tácita o explícita se recurre al principio precautorio como criterio de fundamentación –en escenarios dominados por la existencia de incertidumbre científica y posibilidad de graves daños–, se aprecia la dinámica ilegítima de administrativización del Derecho penal.

En esta línea, Zedner & Ashworth (2019), señalan que, con respecto al medio ambiente, la delincuencia o el terrorismo, la intensa presión política ejercida sobre los Estados para que se protejan contra las amenazas más graves condujo a una situación paradójica en la que cuanto mayor era la incertidumbre sobre los riesgos graves para la seguridad pública o nacional, más apremiante era la obligación de los Estados de adoptar medidas preventivas.

Entonces, es importante comprender que los riesgos técnicos-científicos están imbricados en la dimensión social de las relaciones de nuestra era. Las consideraciones económicas, políticas y éticas son trascendentales, ya que han llevado al desplazamiento del enfoque central del Estado hacia la prevención, lo que ha resultado en la creación de un *Estado preventivo* orientado a garantizar la seguridad (Parejo, 2015). En este escenario, el rol del Derecho parece ser el de seguir construyendo confianza mediante predictibilidad, afrontando la inseguridad y realizando el manejo de la incertidumbre.

Por último, es útil distinguir la connotación que implica las palabras *peligro* y *riesgo*. A menudo usadas como sinónimos, pero sobre las cuales es necesario reelaborar su uso tradicional para gestionar los retos de nuestra era. Conforme explica García (2015) esta distinción cobra una

relevancia particular en el contexto de las tecnologías emergentes, ya que el uso que se haga de estos conceptos influirá en las estrategias de acción que se adopten respecto a ellas.

En concreto, el *peligro* puede ser entendido como la capacidad de daño que está implícita y en condiciones de provocar efectos dañinos (García, 2015). Es decir, al peligro se lo puede advertir de manera medible, dado que es una anticipación mental de algo que es capaz de producir daño. Por ejemplo, se pueden advertir mentalmente los *peligros* de manipular un cable eléctrico con las manos mojadas, o de salir sin abrigo una fría noche de invierno. Por este motivo, la intervención del Estado sobre los peligros se lleva a cabo a través de la implementación de estrategias preventivas que tienen la misión de anticipar o actuar de manera calculada sobre la causa del peligro antes de que éste se concrete (García, 2015).

Por otro lado, y en contraste, los *riesgos* describen los efectos potenciales de lo desconocido, principalmente usando probabilidades. Por ejemplo, en el fenómeno del cultivo genéticamente modificado se puede decir que se conocen muchos peligros del uso de este, sin embargo, aún existen riesgos latentes sobre los cuales no se tiene certeza o, por lo menos, una mediana seguridad. Por este motivo, la gestión de los *riesgos* y los *peligros*, en principio, se debe realizar de manera distinta.

No obstante, y a menudo, los *riesgos* pueden ser entendidos también como *peligros*. En el uso cotidiano, muchas veces el uso del término *riesgo* puede abarcar también el peligro, es así como al hablar del primero se piensa en las posibilidades de daño reales o conocidos, y en aquellos que son potenciales. De tal manera que se puede definir el *riesgo* como la posibilidad de daño, esto es, como la posibilidad de que un evento sea valorado por el sujeto de modo negativo con independencia de la acreditación o existencia de peligro objetivo (García, 2015).

Por lo expuesto, puede afirmarse que la gestión de riesgos en la sociedad contemporánea ha transformado profundamente las funciones tradicionales del Estado, dando lugar a un modelo preventivo que prioriza la anticipación frente a la reacción. Esta evolución responde a la complejidad de los riesgos técnicos, científicos y sociales que caracterizan a la modernidad avanzada, los cuales trascienden fronteras espaciales, temporales y normativas. En este nuevo escenario, el Estado ya no se limita a intervenir *ex post*, sino que despliega mecanismos de control, regulación e inspección orientados a evitar la concreción del daño, incluso en contextos de incertidumbre científica.

En consecuencia, el Estado preventivo no solo redefine su rol frente a los ciudadanos, sino que también exige una revisión crítica de las funciones del Derecho penal en la sociedad del riesgo. La expansión de medidas preventivas, la difuminación de los límites entre peligro y riesgo, y la creciente presión política por garantizar seguridad, configuran un nuevo paradigma jurídico que debe ser analizado con cautela. En este contexto, comprender esta evolución resulta clave para evaluar la legitimidad y los límites del poder punitivo en el siglo XXI.

### **3. Los delitos de peligro**

#### **3.1. La legitimación de los delitos de peligro**

Frente al escenario descrito en la sección anterior, en el cual los peligros se caracterizan por tener potencialidad de alcance global, son difícilmente cuantificables y generan incertidumbre acerca de su impacto, se plantea la conveniencia de reaccionar penalmente a través de la técnica legislativa de los delitos de peligro. De este modo, se discute también la legitimidad de estos, en concreto, se evalúa si la técnica de los delitos de peligro es legítima; y, además, si lo es concretamente en el terreno del Derecho penal económico.

En el campo del Derecho penal económico el empleo de los delitos de peligro como medio de protección de intereses económicos individuales y sociales es un recurso habitual que va en crecimiento, conforme se abordará en el siguiente capítulo cuando se discuta el fenómeno de la *expansión del Derecho penal*. Así, la tendencia de nuestros tiempos es la de anticipar la intervención penal, prescindiendo en principio del requisito de una lesión efectiva de dichos bienes jurídicos y fundamentando la imposición de una pena con la mera puesta en peligro de estos (Paredes, 2003).

Para ello es relevante ahondar en la articulación de la técnica legislativa de los delitos de peligro con las teorías del fin de protección del Derecho penal. Desde la perspectiva que reconoce la predominancia del concepto de *bien jurídico* para ordenar el sistema penal, se puede entender que, en los delitos de riesgo, la lesión que se intenta evitar puede recaer sobre bienes jurídicos individuales fundamentales como lo son la vida o la salud, o también sobre bienes jurídicos colectivos. Es así como, a través de los delitos de peligro se trata de incriminar la posibilidad de un peligro que se pudiera producir y afectar –o amenazar– dichos bienes jurídicos fundamentales (Alonso, 2015). De este modo, una las razones invocadas en favor de los delitos

de riesgo es que, de llegar a ser efectivamente peligrosa o lesiva la conducta incriminada, ésta podría atentar gravemente contra bienes jurídicos fundamentales, por lo que con la incriminación de conductas de peligro se intenta prevenir *males mayores* (Alonso, 2015).

Por su lado, Kindhäuser (2017) fundamenta la legitimidad de los delitos de peligro en base a la necesidad de seguridad que tiene la población, por lo que, considera la *seguridad colectiva* como un bien común. Siendo esto así, propone que el Estado de Derecho debe utilizar sus medios para cubrir esta demanda. De este modo, sostiene que la tutela de los bienes jurídicos a través de los delitos de peligro resulta legítima, principalmente, cuando tiene como finalidad asegurar ámbitos de libertad para la acción individual y cuando la garantía de condiciones que permitan el libre desarrollo de la personalidad se encuentra dentro de las atribuciones del Estado (Kindhäuser, 1995).

Para Paredes (2003) este fenómeno tiene lugar inicialmente en el Derecho penal patrimonial más clásico donde advirtiendo que bajo las formas tradicionales de tipificación de los delitos de lesión no se regula adecuadamente las nuevas formas de criminalidad, se recurre a la técnica legislativa de los delitos de peligro. Asimismo, también es común advertir su uso en los casos en los que existe dificultad para definir concretamente el bien jurídico protegido y también en los que no se puede establecer con claridad el momento en que éste se puede considerar lesionado. Por ejemplo, respecto de los bienes jurídicos supraindividuales en los cuales no suele advertirse con tanta facilidad cuando se ha puesto en peligro el bien jurídico o cuando efectivamente se ha lesionado.

Ahora bien, para algunos autores, la protección anticipada de bienes jurídicos constituiría una concreción legislativa del principio precautorio en el ámbito del Derecho penal. Por lo que es usual, que se reclame que vaya acompañado del mecanismo de la accesoriedad administrativa, como ocurre usualmente en los delitos ambientales. De esta manera, se busca impedir que el exceso de precaución paralice la actividad científica y económica, puesto que, si existe autorización administrativa, no se puede plantear el ingreso de la conducta al campo del Derecho penal (Alonso, 2015).

Por el lado de la teoría de la vigencia de la norma, Jakobs (2003) señala que, debido a los contactos anónimos de la sociedad contemporánea, es imposible prever la visión del riesgo de la persona con la que uno se encuentra en cada interacción. Por este motivo, el legislador debe

definir que modalidades de conducta significan una actuación que traspasa los límites del riesgo permitido. Por ejemplo, la legislación debe definir que modalidades de conducta significan que alguien tiene el papel de homicida, aunque individualmente exista otra valoración. Es así como, la legislación finalmente debe establecer que riesgos abstractos serán penalizados.

Cabe señalar también que no todos los delitos de peligro abstracto deben ser considerados legítimos en sí mismos. La regla general es que no es legítimo hacer responder penalmente a un sujeto por sus meros pensamientos. Dicho de otra manera, no se puede hacer responder a un sujeto lo que les interno, es necesario un comportamiento externo perturbador (Jakobs, 1997). Esto debe ser así, porque si se permite la intromisión del Estado en el ámbito interno, se hacen difusos los límites para la anticipación de punibilidad y se puede incriminar sin más cualquier conducta preparatoria. En este orden de ideas, la legislación establece cuáles son los comportamientos del ámbito privado de un ciudadano que deben ser considerados abstractamente peligrosos; no obstante, esto deberá definirlo sin tomar en cuenta el contexto de planificación del sujeto. Por ejemplo, la producción de documentos ilegítimos solo será legítimamente punible si se castiga abstractamente al autor sin considerar el dolo particular con el que actúa, esto último pertenece a su ámbito interno.

Además, señala el autor que la vigencia de las normas puede ser menoscaba por el anuncio de su quebrantamiento, de esta manera, se infringe una norma de flaqueo, aunque la norma principal aún no ha sido quebrantada (Jakobs, 1997). Esto debe ser entendido bajo la consideración de que la vigencia de la norma tiene múltiples facetas. Así, posee un contenido negativo, en tanto que se prohíbe la conducta de los autores potenciales, y también tiene un contenido positivo, materializada en la confianza de los afectados.

Entonces, a modo de resumen, se puede identificar que desde el sector que suscribe la teoría de la protección del bien jurídico, la intervención penal anticipada será legítima cuando busque proteger bienes jurídicos fundamentales o intereses colectivos. Así, se señala que esta anticipación es justificada porque de producirse los riesgos criminalizados, estos serían extremadamente lesivos. Por otro lado, autores como Kindhäuser defienden la legitimación de los delitos de peligro a partir de la demanda social de seguridad y la correspondiente existencia de la seguridad social como bien jurídico. Finalmente, Jakobs señala que el legislador debe definir que modalidades de conducta representan riesgos abstractos inadmisibles, sin embargo, esto lo deberá realizar de manera abstracta sin considerar el contexto particular del autor.

Además, para este último, no toda conducta riesgosa debe ser penalizada, sino únicamente aquellos en los que exista un comportamiento externo perturbador.

### **3.2. Clasificación doctrinal de los delitos de peligro**

En el presente trabajo, se ha tomado la posición de la doctrina que clasifica principalmente los delitos de peligro en delitos de peligro abstracto, delitos de peligro concreto, y delitos de peligro abstracto–concreto o hipotético. A continuación, se describirán las principales características de esta clasificación.

El tipo penal de peligro abstracto se restringe a describir una conducta peligrosa bajo la presunción de que el riesgo surge como consecuencia de llevar a cabo una acción con esas características (Márquez, 2016). Para Kindhäuser (1995) los peligros abstractos suponen el menoscabo de patrones de seguridad tipificados, no obstante, no implican que se esté ante la desprotección actual del bien. De esta manera, esta clase de delitos se caracterizan porque el peligro para los bienes jurídicos protegidos no se expresa en el tipo penal, sino que éste en sí mismo es la razón que motiva la generación de dicha norma legal.

A través de los delitos de tipo abstracto se busca mantener el nivel de riesgo permitido prohibiendo aquellas modalidades de conducta especialmente graves en abstracto, esto debido al alto nivel de probabilidad que encierran respecto a la posible lesión del bien jurídico protegido (Corcoy, 2024).

Respecto a esta clase de delitos, la Corte Suprema en la Casación No. 2073-2019-Lambayeque de fecha 7 de diciembre de 2021 señala lo siguiente:

**Casación No. 2073-2019-Lambayeque. Corte Suprema (Guerrero López, Iván). 7 de diciembre de 2021**

**“5.1 [...] Los delitos de peligro abstracto reprimen conductas caracterizadas por su peligrosidad en general, sin que sea necesario haberse puesto en peligro efectivo o lesionado algún objeto que represente al bien jurídico.** Surgen como consecuencia lógica de una sociedad con conciencia de los riesgos derivados de su complejidad organizativa, teniendo como fundamento material la necesidad de adaptar las finalidades político criminales a las particularidades de la realidad social. [...]

Siendo así, la valoración político – criminal que se realiza del peligro, como sustento de su incriminación, no se realiza en referencia a la afectación del objeto que representa el bien jurídico protegido ni a su capacidad futura de vulnerarlo, sino, sobre la afectación de las condiciones de disposición segura del mismo. En esa línea, **el Estado al momento de determinar los delitos de peligro abstracto asume la administración de los riesgos y precisa cuando alguien está infringiendo la expectativa social de actuar sin perjuicio para otros, aunque individualmente el sujeto no lo crea así. Se trata entonces, de un peligro ex ante establecido por el legislador.**”

Así, por ejemplo, encontramos al delito de conducción en estado de ebriedad regulado en el artículo 274° del Código Penal:

### **Código Penal**

#### **“Artículo 274.- Conducción en estado de ebriedad o drogadicción**

El que encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, conduce, opera o maniobra vehículo motorizado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis meses ni mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas e inhabilitación, conforme al artículo 36 inciso 7).

Cuando el agente presta servicios de transporte público de pasajeros, mercancías o carga en general, encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción superior de 0.25 gramos-litro, o bajo el efecto de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o sintéticas, la pena privativa de libertad será no menor de uno ni mayor de tres años o con prestación de servicios comunitarios de setenta a ciento cuarenta jornadas e inhabilitación conforme al artículo 36, inciso 7).”

Entonces, conforme se puede ver, en este tipo penal el legislador ha tomado la decisión de sancionar una modalidad de conducta peligrosa en sí misma.

Por otro lado, los delitos de peligro concreto son aquellos en los que la exigencia del peligro para un bien jurídico se encuentra en el texto del tipo penal, las implicancias de ello son que se

deberá verificar que, en el caso en particular, ha concurrido un peligro concreto y real que amenace el bien jurídico protegido por la norma (Márquez, 2016). Para Kindhäuser (1995) los peligros concretos son situaciones en las cuales es probable una lesión que no puede ser evitada de forma planificada. Es decir, en esta clase de delitos el peligro es real para el bien.

En este orden de ideas, para Corcoy (2024) en los delitos de peligro concreto se puede encontrar a los tipos penales contra bienes jurídicos individuales que cuentan con un elemento típico de peligro explícito que los cualifica como tales.

Al respecto, la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario No. 2.B-2023/CIJ-112 de fecha 28 de noviembre de 2023 señala lo siguiente:

**Acuerdo Plenario 2.B-2023/CIJ-112. Corte Suprema. 28 de noviembre de 2023**

**“22. (...) En los delitos de peligro concreto, el peligro del bien jurídico es un elemento del tipo, de modo que el delito sólo queda consumado cuando se ha producido realmente el peligro del bien jurídico. (...) se distingue aún un tercer grupo de delitos de peligro, los llamados de aptitud para la producción de un daño (ESCRIVÁ GREGORI) o de peligro abstracto-concreto (SCHRÖDER). [...]”**

En este grupo podemos encontrar al delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo regulado en el artículo 168°- A del Código Penal. Véase, así:

**Código Penal**

**“Artículo 168-A.- Atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo**

El que, deliberadamente, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado, ponga en peligro inminente la vida, salud o integridad física de sus trabajadores de forma grave, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si, como consecuencia de la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, se causa la muerte del trabajador o terceros o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será no menor

de cuatro ni mayor de ocho años en caso de muerte y, no menor de tres ni mayor de seis años en caso de lesión grave.”

Conforme se puede extraer del texto, el tipo penal requiere necesariamente que se *ponga en peligro* la seguridad o salud de un trabajador. Es decir, el peligro emerge como un elemento típico.

Por último, encontramos a los delitos de peligro abstracto–concreto, Feijoo (2005) indica que en esta clase de delitos se consigue fortalecer sustancialmente los delitos de peligro abstracto, estableciéndose filtros valorativos para exigir la idoneidad o aptitud del riesgo para lesionar. En esta clase de delitos, el tipo penal no requiere comprobar *ex post* una situación de peligro concreto real que amenace el bien, a diferencia de los delitos de peligro concreto, sino únicamente que el comportamiento tipificado tenga idoneidad para generar un daño.

Tanto más, el autor señala que la exigencia de idoneidad permite diferenciar claramente entre el injusto administrativo e injusto penal en esta clase de delitos, en la medida que una infracción administrativa desde su perspectiva castiga la generalidad, mientras que el delito de peligro abstracto–concreto buscará comprobar que la conducta o acción sea idónea para generar una lesión en el bien jurídico tutelado (Feijoo, 2005).

Vale decir, además, que esta clase de delitos también han sido denominados delitos de aptitud o de idoneidad, delitos de peligro hipotético, y delitos de peligrosidad concreta –distinto a los delitos de peligro concreto–, y delitos de peligro potencial.

Al respecto, la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario No. 2.B-2023/CIJ-112 de fecha 28 de noviembre de 2023 señala lo siguiente:

**Acuerdo Plenario 2.B-2023/CIJ-112. Corte Suprema. 28 de noviembre de 2023**

“23°. Los delitos del tercer grupo, también se denominan delitos de peligro hipotético: **“no exigen ni la lesión ni la puesta en peligro de un bien jurídico, pero sí la ejecución de una acción que, por sus características, acredita una idoneidad lesiva hacia el objeto de protección de la norma, de suerte que, aunque no se traduzca en la producción de un peligro concreto ni abstracto, es en sí misma portadora de**

**todas las características inherentes a la propia situación de peligro” [POLAINO NAVARRETE, MIGUEL: Ibidem, p. 428]. [...]”**

Por último, vale decir que, desde el paradigma de la agresión, se puede conceptualizar este fraccionamiento de los tipos de delitos de peligro en función a la secuencia espaciotemporal de un hecho punible desde la planificación de la lesión hasta su consumación (Kindhäuser, 2009). Así, es claro que se valora cada estadio previo de la realización del plan según su cercanía a la lesión. El injusto más grave es la lesión del bien jurídico, mientras que es un injusto menor aquella situación que existe antes de la lesión, en el cual la causalidad juega un rol para que se genere la lesión, es decir, situaciones de peligro concreto del bien jurídico afectado. Luego encontramos a los delitos de peligro abstracto concreto en los cuales, si bien no se debe constatar la causalidad señalada, debe existir una suerte de idoneidad en el peligro. Todos los demás estadios previos serán estados de puesta en peligro abstracto. Por otro lado, es claro también que, con la disminución del injusto, esto es, su alejamiento de la lesión decrece el merecimiento de pena del acto, que también depende del valor del bien jurídico.

Entonces, en síntesis, la clasificación de los delitos de peligro en abstractos, concretos y abstracto–concretos refleja los diferentes niveles de anticipación de las barreras de punibilidad. Respecto a los primeros, estos sancionan acciones peligrosas sin necesidad de comprobar un riesgo concreto, respondiendo a la necesidad de prevenir situaciones potencialmente lesivas. Acerca de los segundos, estos exigen la verificación de un riesgo real y específico para el bien jurídico protegido. Finalmente, los delitos de peligro abstracto-concreto combinan ambos enfoques, exigiendo que la conducta sea idónea para causar daño, sin requerir la constatación de un peligro concreto.

## **CAPÍTULO II. DIFERENCIA ENTRE EL ILÍCITO ADMINISTRATIVO Y EL ILÍCITO PENAL**

### **1. El fenómeno de la expansión del Derecho penal**

En esta sección se abordará la cuestión sobre el fenómeno de la expansión del Derecho penal, para lo cual primero se discutirán las principales propuestas planteadas desde la doctrina para abordar dicho fenómeno. Así, se analizarán los planteamientos de Hassemer, Ferrajoli y Silva Sanchez. En segundo lugar, se analizará el modelo de gestión de riesgos de la sociedad contemporánea desde el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, entendidas ambas ramas como manifestaciones del *ius puniendi* del Estado.

#### **1.1. La anticipación de las barreras de protección**

La *sociedad del riesgo* se caracteriza por la complejidad de las relaciones que en ella se articulan sumado a la creciente sensación de inseguridad e incertidumbre que provocan los constantes avances técnico-económicos. Este fenómeno se ha visto acentuado por el dominio del mercado para responder a las necesidades sociales en la demanda de bienes y servicios, desplazando las clásicas funciones asociadas al Estado. En cambio, se le exige al poder público responder con eficiencia y eficacia los nuevos conflictos sociales que se producen a consecuencia de lo antes descrito (Parejo, 2015). En este nuevo contexto, el Estado debe absorber la complejidad creciente de las interacciones humanas y responder con prontitud a las nuevas exigencias sociales.

Ante tal tendencia, el Derecho penal se instituye como un Derecho en expansión para proteger los intereses de las sociedades modernas, fenómeno que se califica como *la expansión del Derecho penal* (Silva, 2006). Para Jiménez (2014) este fenómeno se caracteriza por procurar la intervención del Derecho penal en sectores distintos a los permitidos tradicionalmente, de manera que se ha aumentado el número de comportamientos penalmente relevantes. En línea con ello, se anticipan las barreras de intervención del Derecho penal, tipificando comportamientos que anteriormente solo eran ilícitos administrativos o tenían consecuencias en el plano civil.

Así, en esta nueva era, el Derecho penal proporciona su protección a un gran número de nuevos bienes jurídicos de naturaleza supraindividual, colectiva o universal. Predominando los delitos de peligro, en particular, los delitos de peligro abstracto. Como no podría ser de otra manera, esto implica también que se produzcan modificaciones en el sistema de imputación de responsabilidad penal, flexibilizando las garantías penales y procesales (Jimenez, 2014).

En este orden de ideas, conforme señala Hassemer (2009), bajo el ideal del Estado preventivo la principal aspiración del Derecho penal moderno parece dirigirse a prevenir futuras perturbaciones, incluso por encima de garantizar en el ideario común la idea de seguridad o certeza. Así, bajo el Estado preventivo ya no importa tanto retribuir proporcionalmente el mal causado, sino más bien alcanzar la confianza de todos los ciudadanos en la inviolabilidad del orden jurídico penal.

La cuestión que le sigue a ello es plantear la interrogante de hasta qué extremo el Derecho penal genuinamente se encuentra apto para enfrentar con su tradicional instrumental liberal y ajustado al Estado de Derecho los riesgos actuales de la era moderna (Roxin, 2007). Ante esta interrogante emergen dos principales corrientes de opinión en la doctrina, aquellos que evalúan como adecuada la expansión del Derecho penal para cubrir la nueva criminalidad, debiendo realizarse ajustes y adecuaciones necesarias; y aquellos que rechazan esta nueva configuración y proponen que surja otra respuesta por parte del Estado que no implique expandir los alcances del Derecho penal.

Es así como, para Roxin (2007) los representantes de la Escuela de Frankfurt al manifestarse en contra de los esfuerzos por combatir los desafíos de la sociedad moderna mediante un Derecho penal preventivo realmente esconden la aversión a que se sacrifiquen garantías esenciales del Estado de Derecho para lograr una intervención *efectiva* del Derecho penal frente a las nuevas criminalidades. Al respecto, Roxin opina que no se puede renunciar completamente a la intervención del Derecho penal en este campo. Sin embargo, en este fenómeno se debe preservar la referencia al bien jurídico, y a las garantías y principios del Estado de Derecho, de lo contrario, en situaciones donde no sea posible garantizar ello, el Derecho penal debe abstenerse de intervenir (Roxin, 2007).

En efecto, un sector de la doctrina responde de manera negativa a esta cuestión, rechazando que el Derecho penal pueda –o deba– responder a estos riesgos. Winfried Hassemer, jurista y

criminólogo alemán, propone una deflación del Derecho penal a un *Derecho penal nuclear* y defiende resolver los *problemas modernos* mediante un *Derecho de la intervención*, el cual estaría situado entre el Derecho penal y el Derecho contravencional, y entre el Derecho civil y el público. Este *Derecho de la intervención* será flexible con las garantías características del *Derecho penal nuclear* y tendrá procesos menos exigentes y meticulosos que el Derecho penal; sin embargo, únicamente se podrán imponer sanciones menos intensas (Hassemer, 1992). A continuación, se ahondará en la propuesta del jurista alemán.

Según la evaluación de Hassemer, las transformaciones que sufre el sistema penal clásico en los Estados generan dos consecuencias negativas: primero, una desnaturalización a consecuencia de la protección extendida de bienes jurídicos de carácter supraindividual o colectivo; y, segundo, una relajación de los criterios dogmáticos tradicionales de imputación de la responsabilidad, así como las garantías sustantivas y procesales (Jimenez, 2014). De manera que, la búsqueda de la *prevención y orientación hacia las consecuencias*, que antes era el objetivo secundario del sistema penal, se transforma en la misión dominante de éste. Se espera que el Derecho penal sirva como medio educador, dejándose de lado la discusión acerca de si la criminalización de cierta conducta es adecuada o justa. En este contexto, lo único realmente importante parece ser la orientación hacia las consecuencias.

Frente a esto, Hassemer expone una propuesta basada en dos sistemas. A saber, el de un *Derecho penal mínimo, básico o nuclear* y un *Derecho de la intervención*. En efecto, Hassemer aboga por mantener intacto el sistema conceptual del Derecho penal clásico llamándolo *Derecho penal nuclear*. Dentro de este, podremos encontrar en su máximo apogeo y vigencia al principio de taxatividad, que exige que las leyes penales sean claras y determinadas, y el principio de subsidiariedad del Derecho penal, que prescribe que el Derecho penal actúe como último recurso, así como los delitos de lesión (Hassemer, 1992). En este sentido, para el autor resulta inaceptable que el *Derecho penal nuclear* sufra alteraciones para darles cobertura a otra clase de delitos, esto supondría abandonar los principios del Derecho penal clásico desvirtuando su carácter de *ultima ratio*. Como señala el autor, el Derecho penal en estricto no puede ser un *pase-partout*, sino el último medio para solucionar problemas sociales.

El Derecho penal contemporáneo no puede retirarse de la protección de bienes jurídicos universales, sin embargo, estos solo pueden ser tutelados en la medida que existan esfuerzos por precisarlos y que se busque dotar su funcionalidad a partir de bienes jurídicos individuales

(Hassemer, 1999). De esta forma, se regula la protección de los bienes jurídicos universales, y se evita el uso generalizado de la técnica de los delitos de peligro abstracto. Asimismo, Hassemer defiende la importancia de mantener las reglas dogmáticas clásicas de imputación y los principios garantistas del Derecho penal fundamental, ya que constituyen herramientas esenciales para restringir el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado; en otras palabras, funcionan como barreras que limitan la intervención punitiva estatal en la libertad individual (Jimenez, 2014).

Respecto a la segunda parte de su propuesta –*Derecho penal de la intervención*–, Hassemer señala que es mandatorio arbitrar *mecanismos específicos* que enfrenten y se correspondan con los actuales riesgos que se derivan del actual modelo de sociedad. En efecto, contra los nuevos riesgos, el Derecho penal es ineficaz, tiene un efecto meramente simbólico y, además, es ilegítimo, por lo que resulta necesario crear un nuevo *Derecho de la intervención*, de tal manera que se evite la desnaturalización del Derecho penal clásico y, a su vez, se satisfagan las necesidades de la *sociedad del riesgo* (Jimenez, 2014). Este nuevo modelo de Derecho penal se configuraría como un régimen sancionador intermedio entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, así como entre el Derecho civil y el Derecho público. Además, contaría con un nivel de garantías procesales más reducido en relación con el Derecho penal, aunque solo impondría sanciones de menor gravedad.

En efecto, como señala Hassemer (1997, citado en Silva, 2006), para combatir las formas modernas de causación de daños, debería pensarse en la construcción de un sistema jurídico, que tenga elementos absolutamente penales (*poenale*), pero que esté orientado en términos estrictamente preventivos y, en todo caso, renuncie al reproche personal y a la imposición de penas privativas de libertad. Una clase de Derecho de intervención así configurada podría integrar formas de imputación colectiva (p. 175).

Entonces, la propuesta de Hassemer representa un intento por evitar la expansión descontrolada del ámbito del Derecho penal y la consecuente erosión de las garantías procesales y materiales. De esta manera, el autor sugiere una alternativa en la que los delitos de lesión sigan siendo materia exclusiva del Derecho penal clásico, mientras que el Derecho de la intervención, que no forma parte totalmente del Derecho penal, asume un rol preventivo frente a los nuevos riesgos de la sociedad contemporánea.

Asimismo, dentro de esta vertiente que rechaza la expansión del Derecho penal también podemos encontrar la propuesta de Luigi Ferrajoli, quien apunta por un *programa de Derecho penal mínimo*.

El miedo a las consecuencias catastróficas que puede generar la actividad de un agente económico trae como respuesta que el Estado llegue a sancionar penalmente un incumplimiento –y no únicamente de manera administrativa–. De esta manera, se presenta la tendencia de adelantar la intervención del Derecho penal, penalizando los riesgos que produce la actividad económica a través de la técnica legislativa de los delitos de peligro. Para Ferrajoli (1995) este fenómeno puede ser caracterizado como ilimitado, generando incertidumbre e imprevisibilidad sobre los supuestos de hecho que son sancionados. Así, el Derecho penal se convierte en un sistema de poder no controlable racionalmente.

Lo cual se suma al fenómeno de la inflación legislativa que viene ocurriendo en los países de occidente. Esto es, la sobreproducción de normas penales, que a su vez se ve acompañado de la ausencia de reglas, límites y controles sobre actores privados como los transnacionales agentes económicos, y los poderes políticos (Ferrajoli, 2009).

A detalle, para Ferrajoli se ha producido una ampliación indeterminista del campo de aquello que se considera *bien tutelado* por el Derecho penal, lo cual tiene el efecto de flexibilizar la estricta legalidad de los tipos penales (Jimenez, 2014). En concreto, identifica al fenómeno de los delitos de peligro abstracto como aquellos definidos por tener un carácter altamente circunstancial que incluso pueden llegar a ser improbables, emergiendo como una manifestación de la disolución del concepto de *bien penal*.

En efecto, el autor señala que ininterrumpidamente los conceptos de *daño criminal*, *objeto del delito* y *bien jurídico* –que coinciden en agrupar los conceptos de lesión de intereses, interés lesionado e interés protegido– se han ido expandiendo, de tal manera que la función de garante de los límites o supuestos habilitadores que justifican la prohibición penal se ha ido desvaneciendo (Ferrajoli, 1995). Finalmente, esto produce una sobrecarga de funciones al Derecho penal y una tendencia a restarle valor a la libertad personal, puesto que se castiga penalmente incluso por infracciones leves (Jimenez, 2014).

Frente a este fenómeno, Ferrajoli propone un *programa de Derecho penal mínimo* que apunte a lograr la deflación de los *bienes penales* y de las *prohibiciones legales*. Para lo cual, el principio de lesividad –con diferentes expresiones– emerge como una navaja de Ockham que es idónea para excluir por injustificados muchos tipos penales. A través de esta propuesta, se busca aportar a construir una política penal orientada a la tutela máxima de bienes, pero con la mínima expresión de prohibiciones penales.

En este sentido, resulta fundamental comprender que, según Ferrajoli (1995), la pena no tiene únicamente la función de prevenir la comisión de delitos injustos, sino también de evitar la imposición de castigos arbitrarios o desproporcionados. En otras palabras, su propósito no es solo disuadir la comisión de ilícitos (*ne peccetur*), sino también garantizar que las sanciones se apliquen dentro de los límites del derecho y la justicia (*ne punietur*). Así, la pena no solo protege a la víctima del delito al ofrecer una respuesta institucionalizada al agravio sufrido, sino que también ampara al infractor contra reacciones punitivas informales, sean estas de carácter público o privado, asegurando que la respuesta del Estado sea proporcional, racional y respetuosa de los derechos fundamentales.

Esto, Ferrajoli lo construye reconociendo que la pena tiene como fin la prevención general de los delitos, que, a su vez, tiene una doble finalidad preventiva, por un lado, se encuentra la finalidad de prevenir la comisión de delitos –que marca un umbral mínimo de las penas– y, por otro, la prevención general de sanciones penales arbitrarias o desproporcionadas –que marca un límite máximo de las penas–. Estos dos fines entran en conflicto en el proceso penal contradictorio, por un lado, está la parte acusadora que se interesa por la defensa social, la maximización de la prevención y el castigo de los delitos; y, por otro, está la defensa que se interesa por la protección individual y en la maximización de la prevención de las penas arbitrarias.

La propuesta de Ferrajoli respecto a un *programa de Derecho penal mínimo* emerge de destacar la función de prevención de castigos injustos del Derecho penal. Usualmente, en cabeza de los legisladores siempre se encuentra el fin de la prevención de los delitos sumado a las exigencias de seguridad social, mientras que se suele olvidar el rol de prevención de penas arbitrarias. Sin embargo, para el jurista italiano, mientras más dudosa es la idoneidad del Derecho penal para el primer fin –prevención de los delitos–, es por el contrario más idóneo para asegurar el segundo fin –prevención de las penas arbitrarias o desproporcionadas–. Además,

principalmente, es el segundo fin el que permite distinguir el Derecho penal de otras manifestaciones del *ius puniendi*.

En otras palabras, desde el punto de vista del jurista italiano, todo se resume en que el fin del Derecho penal viene a ser la protección del débil contra el más fuerte, ya sea el débil ofendido o el amenazado. Las dos finalidades preventivas están conectadas al legitimar la necesidad de tener políticas del Derecho penal que sirvan como instrumento de *tutela de los derechos fundamentales* (Ferrajoli, 1995).

De esta manera, el nuevo modelo propuesto por Ferrajoli tiene algunas características diferenciadoras, primero, tiene como base lograr el máximo bienestar posible de los no-desviados y el mínimo malestar necesario de los desviados, buscando la máxima tutela de los derechos de ambos (Ferrajoli, 1995). Además, descubre a la pena con el carácter afflictivo y coercitivo como un mal –justificado– que no debe ser encubierto por finalidades filantrópicas de tipo reeducativo o resocializador.

Acercas de la limitación de la potestad punitiva, Ferrajoli resalta en su propuesta la importancia del principio de necesidad y del principio de lesividad. En efecto, del principio de necesidad se desprenden el principio de legalidad en materia de penas y delitos, el principio de la pena mínima y el principio de la máxima economía en la configuración de los delitos. Además, este límite también conlleva a la secularización del derecho y su separación de la moral, dando lugar a una visión utilitarista de la *necesidad penal* como mecanismo de *tutela de bienes fundamentales* que no pueden salvaguardarse por otros medios, contexto en el que se inscribe el principio de lesividad (Ferrajoli, 1995).

De forma práctica, para Ferrajoli (1995) la aplicación de la propuesta del *Derecho penal mínimo* supone observar que las prohibiciones penales únicamente se deben justificar cuando están destinadas a evitar ataques específicos contra bienes fundamentales, ya sea de naturaleza individual o social, y siempre externos al propio Derecho. Asimismo, por *ataque* se debe entender que se comprende no solo al daño efectivamente causado, sino también al riesgo incurrido, esto en consideración de la función preventiva del Derecho penal.

Además, las prohibiciones no solo deben estar *orientadas* a proteger bienes jurídicos, sino que también deben ser *adecuadas*. El principio de utilidad y la separación entre Derecho y moral

exigen que se considere injustificada cualquier prohibición que, previsiblemente, no logre la efectividad disuasoria esperada, sean cuales fueran las razones detrás de su incumplimiento; esto, independientemente de las opiniones sobre la moralidad o incluso sobre la lesividad de la conducta prohibida (Ferrajoli, 1995).

Por último, y más ligado al campo de la política criminal, el autor señala que una política penal que busque proteger bienes solo es legítima y confiable cuando actúa como complemento de una política extrapenal (Ferrajoli, 1995). Los daños que el Derecho penal intenta prevenir pueden evitarse, y en muchos casos de manera más efectiva, mediante medidas protectoras de tipo administrativo. A manera de ejemplo, sobre esto último, expone que el ámbito donde esto puede ser más relevante es en los delitos culposos.

En este sentido, la propuesta de Ferrajoli busca consolidar el Derecho penal como un instrumento de equilibrio entre la prevención de delitos y la prevención de castigos arbitrarios. Al destacar la doble función de la pena –no solo como un medio para disuadir conductas ilícitas, sino también como un límite frente a excesos punitivos–, su planteamiento se erige como una respuesta crítica frente a la expansión del Derecho penal. De este modo, su enfoque invita a repensar los límites del poder punitivo del Estado, promoviendo un modelo que asegure la tutela de los bienes jurídicos fundamentales sin menoscabar las garantías individuales.

Finalmente, en esta sección, conviene exponer la propuesta de Silva Sanchez, quien propone un modelo de Derecho penal dividido en dos bloques o niveles para distinguir el Derecho penal clásico del Derecho penal accesorio, en este último, se ubicarían los delitos de acumulación o peligro presunto. Para ello, parte por reconocer que una reconducción completa del Derecho penal al Derecho penal liberal o un traslado del fenómeno expansivo al Derecho administrativo sancionador son opciones no realistas, por lo que se debe admitir la gradualidad de las reglas de imputación y de los principios garantistas.

Silva señala que existe un conjunto de fenómenos sociales, jurídicos y políticos que tienen lugar en las sociedades modernas –que son desarrollados por Ulrich Beck bajo el concepto de *sociedad del riesgo*– que genera en el Derecho penal un cúmulo de efectos que es a lo que se llama *expansión*. Ahora bien, el autor fundamenta que es posible considerar que una parte del fenómeno de la expansión del Derecho penal es razonable debido a la aparición de nuevos bienes jurídicos especialmente importantes, por ejemplo, la tipificación del delito de lavado de

activos (Silva, 2006). Así, para Silva (2025) la expansión del Derecho penal responde a distintas causas, no todas son irrazonables, por lo que no resulta adecuado ofrecer una respuesta simplista para abordar su tratamiento.

Respecto al lado irracional de dicha expansión, Silva (2006) destaca que una manifestación de dicha *expansión* es la flexibilización tanto de los principios políticos criminales como de las reglas de imputación. En particular, se advierte un cambio en la estructura y el contenido material de los tipos penales, impulsado por la aparición de nuevos bienes jurídicos que se combina con la anticipación de las fronteras de intervención del Derecho penal. De esta manera, “se transita de un modelo de delito de lesión de bienes individuales al modelo delito de peligro (presunto) para bienes supraindividuales” (Silva, 2006, p. 132).

Es así como, los legisladores promulgan normas para proteger el contexto, esto es, las condiciones previas que aseguran el disfrute de bienes jurídicos individuales más clásicos. A manera de ejemplo, es ilustrativo anotar algunas notas distintivas en la protección penal del medio ambiente. En general, se extrae la idea de que su protección no se produce por el medio ambiente en sí mismo, sino en tanto es una condición necesaria para el desarrollo de la vida humana. Es así como este bien supraindividual, al igual que los otros, tiene una referencia a los intereses individuales como construcción de la *ratio legis*. Sin embargo, es importante advertir que no se exige una comprobación de la idoneidad de la vinculación del interés supraindividual con el individual. Así, para Silva (2006) lo que realmente se resguarda en el fenómeno de la expansión del Derecho penal es el *contexto*, en otras palabras, se promueve la intervención inmediata del Derecho penal ante cualquier afectación del entorno que exceda los *standards* administrativos establecidos diseñados para asegurar el mantenimiento de un bien jurídico.

En consecuencia, el Derecho penal, que tradicionalmente operaba de manera reactiva, es decir, interviniendo *a posteriori* frente a la comisión de un hecho delictivo concreto y claramente delimitado, ha experimentado una transformación significativa. En la actualidad, ha evolucionado hacia un modelo más proactivo, orientado a la gestión y control de riesgos de carácter general. Este cambio implica que, en lugar de limitarse a sancionar delitos consumados, el Derecho penal busca anticiparse a la materialización del daño, regulando conductas potencialmente peligrosas y estableciendo mecanismos preventivos para evitar la afectación de bienes jurídicos fundamentales. En efecto, la creciente protección de contextos

más amplios relacionados con el disfrute de bienes jurídicos tradicionales ha llevado a un proceso de administrativización del Derecho penal (Silva, 2006).

Para comprender totalmente esta expresión –*administrativización*–, se debe adelantar cuales son los criterios que para el autor distinguen el ilícito penal del ilícito administrativo, esto es, el Derecho penal del Derecho administrativo sancionador. Silva Sanchez destaca que este último se caracteriza por ser un Derecho que aborda el daño acumulativo, el cual surge de la repetición de conductas, sin necesidad de evaluar un hecho específico de manera individual. En su lugar, se requiere una valoración de la relevancia general que tendría un conjunto de conductas si fueran consideradas ilícitas (Jimenez, 2014). Sobre esto, se ahondará más a detalle en la siguiente sección en la que se discutirán las propuestas acerca de la distinción entre el ilícito penal y el ilícito administrativo.

Entonces, cuando el autor se refiere al fenómeno de *administrativización* en el que, según su perspectiva, se encuentra inmerso el Derecho penal, se refiere a que el Derecho penal no solo adopta el enfoque y la lógica propia del Derecho administrativo sancionador, sino que además se transforma en un instrumento para la gestión cotidiana de grandes problemáticas sociales (Silva, 2006). De este modo, lo relevante pasa a ser el manejo de estadísticas y datos a gran escala, más que la evaluación de la lesividad individual de cada conducta. Los delitos conocidos como delitos acumulativos ejemplifican este enfoque.

Ahora bien, respecto a su propuesta para abordar el fenómeno de la expansión del Derecho penal, Silva estima que no es posible, y puede resultar hasta ucrónico, lograr una reconducción al Derecho penal liberal – entendido como aquel que se ciñe a la protección de bienes altamente personales y de patrimonio con una estricta relación a garantías–. Asimismo, opina que teóricamente intentar que una gran parte del fenómeno expansivo del Derecho penal sea reconducido al Derecho administrativo sancionador es meritorio, sin embargo, no es realista en tanto que estaría eludiendo las circunstancias que condujeron al fenómeno de la expansión. Por lo cual, plantea reconocer una aplicación gradual de la vigencia de las reglas de imputación y de los principios de garantía, permitiendo un modelo de menor intensidad garantista dentro del Derecho penal (Silva, 2006). Esto, partiendo del hecho de que el verdadero problema es la expansión del Derecho penal de la pena privativa de la libertad, y no la expansión del Derecho penal en general.

Así, Silva Sanchez retoma las ideas de Hassemer acerca del *Derecho de la intervención*, sin embargo, a diferencia del profesor alemán, el autor español ubica su modelo dentro del Derecho penal, siempre que las sanciones previstas para estos ilícitos no sean penas privativas de libertad.

Entre un Derecho penal amplio y flexible –que el autor considera que ha derivado en un tipo de *soft law* poco deseable– y un Derecho penal mínimo y estricto –que, según él, resulta insostenible– se sitúa su propuesta. Esta consiste, específicamente, en dividir el Derecho penal en dos niveles con distintos grados de severidad: lo que denomina un Derecho penal de dos velocidades.

El *Derecho penal de primera velocidad* tiene como contenido el Derecho penal clásico, caracterizado por la imposición de penas privativas de libertad –también llamado Derecho penal de la cárcel–. Siendo esto así, respecto de éste deben mantenerse de manera estricta los principios políticos–criminales tradicionales, las reglas de imputación y los principios procesales (Silva, 2006). Esto implica que, dado que la sanción es una pena privativa de libertad, por un sentido de proporcionalidad se exige que la conducta punible tenga un impacto significativo en términos de afectación o lesividad individual, lo que refuerza la necesidad de un sistema claro de imputación individual (Silva, 2006).

El *Derecho penal de segunda velocidad*, en cambio, se configura como un Derecho penal accesorio, en el que se integrarían los *delitos de acumulación o peligro presunto*. Debido a que en este nivel no se contempla la imposición de penas privativas de libertad, los principios y reglas podrían ser aplicados con flexibilidad, en proporción a la menor gravedad de la sanción (Silva, 2006). En otras palabras, dado que las sanciones son de naturaleza pecuniaria o privativas de derecho, y no sanciones de prisión, no es necesario exigir una tan estricta afectación personal ni una rigurosa imputación personal. La ausencia de penas privativas de libertad permite una mayor elasticidad en el modelo de imputación.

Retomando las ideas antes expuestas, se debe reconocer que para el autor español existe un espacio de extensión justificada del Derecho penal. En este sentido, la ampliación razonable del Derecho penal con penas privativas de libertad se justifica cuando se trata de conductas que, por su propia naturaleza, generan un daño o un riesgo real sobre un bien jurídico individual. Del mismo modo, sostiene que esta justificación también puede aplicarse a bienes

supraindividuales, siempre que sea la conducta específica de un sujeto la que cause un daño efectivo o un peligro real. En este ámbito, la razonabilidad de la expansión exigiría el respeto irrestricto de los criterios clásicos de imputación y de los principios garantistas.

No obstante, sin desconocer lo anterior, también es posible admitir la actual expansión del Derecho penal hacia la tipificación de ilícitos de acumulación o de peligro presunto, es decir, aquellas conductas que no necesariamente generan un riesgo concreto e inmediato para bienes jurídicos individuales, pero que se consideran potencialmente lesivas en determinadas circunstancias. Sin embargo, la razonabilidad de esta expansión depende de manera fundamental de que tales ilícitos no sean castigados con penas privativas de libertad, sino con sanciones menos gravosas, acordes con su menor grado de lesividad. De este modo, se evitaría un uso desproporcionado del poder punitivo del Estado y se garantizaría un equilibrio adecuado entre la prevención de riesgos y el respeto a los principios de mínima intervención y proporcionalidad en el Derecho penal. No obstante, según Silva (2006) dado que esta condición no se cumple en los sistemas jurídicos de contemporáneos, la expansión del Derecho penal carece, por el momento, de una justificación político-jurídica adecuada.

Finalmente, es importante mencionar brevemente que Silva también introduce la idea de un Derecho penal de *tercera velocidad*. En esta, el uso del Derecho penal orientado a la prisión se combina con una flexibilización de las garantías político-criminales, así como de las normas de imputación y los principios procesales (Silva, 2006). Sin desconocer que esta tercera velocidad abarca un ámbito que debería minimizarse al máximo, considera que su aplicación –aunque con un alcance temporal limitado– resulta inevitable en ciertos contextos excepcionales, como la delincuencia patrimonial profesional, la violencia sexual reiterada, o fenómenos como el crimen organizado y el terrorismo, los cuales representan una amenaza para los pilares fundamentales de la sociedad organizada como Estado, y siempre con un alcance temporal limitado (Jimenez, 2014). Por último, señala el autor que existe una estrecha vinculación entre su planteamiento del *Derecho penal de la tercera velocidad* y el *Derecho penal del enemigo*. Asimismo, que los Estados han ido acogiendo la lógica de una *constante emergencia* por lo que el grupo considerado como *enemigo* ha ido creciendo.

En conclusión, en esta sección, se han explorado las propuestas de Hassemer, Ferrajoli y Silva sobre el fenómeno de la expansión del Derecho penal. Así, Hassemer rechazando la expansión descontrolada del Derecho penal y la erosión de las garantías procesales y materiales, propone

la coexistencia de dos sistemas, un Derecho penal nuclear y un Derecho de la intervención, el segundo se ubica entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Por su parte, Ferrajoli apuesta por un *programa de Derecho penal mínimo*, como expresión de la búsqueda de equilibrio entre la prevención de delitos y la prevención de castigos arbitrarios. Por último, Silva Sanchez, reconociendo que no se puede reconducir la expansión del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador, avala la existencia de un modelo de Derecho penal dividido en dos bloques o niveles para distinguir el Derecho penal clásico del Derecho penal accesorio.

## **1.2. La gestión administrativa y penal de las conductas ilícitas**

El Estado gestiona los riesgos de la sociedad contemporánea a través de distintas manifestaciones, una de las cuales es la potestad sancionadora. Es así como ejerce su *ius punendi* a través del Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. En este sentido, ambas ramas conforman ámbitos de actuación complementarios dentro de una estrategia represiva que el Estado puede desplegar para el cumplimiento de sus funciones constitucionales. De esta manera, se configura un espacio que pertenece esencialmente al Derecho administrativo. No obstante, también se reconoce otro ámbito en el que la sola intervención de la administración no garantiza la efectividad del accionar estatal, haciendo necesaria la intervención del poder judicial a través de sanciones más severas (Cordero, 2012).

Puntualmente, antes de pasar a analizar los alcances e implicancias de la gestión administrativa y penal del riesgo, conviene presentar la clasificación realizada por la Corte Constitucional de Colombia en la Sentencia C-214/1994 de 1994 de las manifestaciones del *ius punendi*, los cuales son: el Derecho penal, el Derecho contravencional, el Derecho disciplinario, el Derecho correccional y el Derecho de punición por indignidad política *–impeachment–*. En el presente trabajo se ha limitado el análisis a las manifestaciones del Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador *–Derecho contravencional–*.

En nuestro ordenamiento jurídico nacional, el reconocimiento del Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador como manifestaciones del *ius puniendi* proviene de la Constitución, conforme también lo ha señalado el máximo intérprete de la Constitución. Lo cual habilita que los principios del Derecho penal sean compartidos por el Derecho administrativo sancionador, conforme se encuentra positivizado en la Ley General de Procedimiento Administrativo

Sancionador (LPAG). Asimismo, dicho reconocimiento también proviene de la Convención Americana de Derecho Humanos, conforme lo ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos ambas ramas son manifestaciones del poder punitivo del Estado por lo cual deben ser ejercidas en respeto de principios tales como culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros.

Lozano (1990) explica que, históricamente, en los Estados europeos del siglo XIX, con la transición del Estado Absoluto al Estado Liberal, influida por la Revolución Francesa, se produjo una eliminación progresiva del poder sancionador general de la administración pública. Este proceso buscó trasladar la competencia sobre los ilícitos administrativos al ámbito judicial penal, promoviendo así su jurisdiccionalización. De tal manera que se le otorgara al *administrado* las garantías procesales y sustanciales más rígidas del Derecho penal.

En paralelo a este fenómeno tenemos que, en el escenario post industrial, se presenta una tendencia por anticipar la intervención penal, provocando una coincidencia en lo que las sanciones administrativas y las sanciones penales aparentemente protegen. Conforme señala Silva (2025) la transición del modelo del Estado del bienestar al de la sociedad del riesgo tuvo como consecuencia que emergiera un Derecho penal enfocado en la protección preventiva de los riesgos.

En la Constitución Política del Perú de 1993 se reconoce como un derecho fundamental que nadie puede ser condenado ni procesado por un acto que no esté previamente tipificado en la ley. Así pues, en el literal d) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú se encuentra regulado el principio de legalidad, en los siguientes términos:

#### **Constitución Política del Perú**

“**Artículo 2.-** Toda persona tiene derecho: [...]”

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: [...]

d. Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley.”

En este mismo sentido, en el literal a) del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú se prescribe un límite al poder del Estado. Véase, así:

## **Constitución Política del Perú**

“**Artículo 2.-** Toda persona tiene derecho: [...]”

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: [...]

a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.”

Conforme se extrae de ambos artículos, la Constitución Política del Perú establece que no se pueden restringir la libertad ni seguridad personal excepto en los casos previstos por la ley. De esta manera, se protegen las garantías personales en contraposición al poder sancionatorio del Estado. Dicha protección no debe entenderse únicamente nivel del Derecho penal, sino, en general, frente al poder punitivo del Estado, lo cual incluye al Derecho administrativo sancionador.

Tanto el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador representan la capacidad del Estado para reprimir conductas no deseadas y alcanzar los fines constitucionales. Sin embargo, es fácil identificar que se diferencian en las infracciones abordadas, los sujetos sancionables, los principios y garantías aplicables, así como, y principalmente, la gravedad de las sanciones impuestas. A pesar de estas diferencias, ambos derivan de un mismo poder punitivo estatal, pero con sus propias características y objetivos específicos.

En efecto, en estos mismos términos se ha pronunciado el Tribunal Constitucional del Perú señalando que tanto la potestad sancionatoria administrativa al igual que la potestad sancionadora para la imposición de sanciones penales derivan del *ius puniendi* del Estado. Sin embargo, los fines perseguidos en cada caso son distintos, sin perjuicio de lo cual, debido a su mismo fundamento los principios generales del Derecho penal son recibidos en el Derecho administrativo sancionador.

### **Caso del cuestionamiento de los procesos de decisión en el ámbito de la administración pública. Sentencia recaída en el Expediente No. 02-2021-PI/TC. Tribunal Constitucional. 21 de abril de 2022**

“46. Como se sabe, el objeto del procedimiento administrativo sancionador es investigar y, de ser el caso, sancionar supuestas infracciones cometidas como consecuencia de una conducta ilegal por parte de los administrados. **Si bien es cierto que la potestad sancionatoria administrativa, al igual que la potestad para**

**imponer sanciones penales, derivan del *ius puniendi* del Estado; también es cierto que dichas facultades no pueden ser equiparadas, dado que no solo las sanciones penales son distintas a las administrativas, sino que los fines perseguidos en cada caso son distintos.**

47. En efecto, en el supuesto de las sanciones penales, de conformidad con el artículo 139, inciso 22 de la Constitución, estas persiguen la *reeducción y reinserción social* del penado; en tanto que las sanciones administrativas tienen una finalidad *represiva*. Y, además, en el caso del derecho administrativo sancionador, la intervención jurisdiccional es posterior, a través del proceso contencioso administrativo o del proceso de amparo, según corresponda.

**48. A pesar de tales diferencias, existen puntos en común, y tal vez el más importante sea el de que algunos de los principios generales del derecho penal son de recibo, aunque con matices, en el derecho administrativo sancionador. En esta línea, el Tribunal Constitucional ha declarado que conviene tener en cuenta los siguientes principios que son de recibo, protección y tutela en sede administrativa (cfr. Sentencia 01873-2009-AA/TC, fundamento 12): [...]**

49. Ahora bien, la modificación introducida por el Decreto Legislativo 1272 a la LPAG ha significado la positivización del principio de culpabilidad, pese a que este, tal como ha quedado expuesto precedentemente, ya había sido reconocido en la jurisprudencia constitucional como un principio básico del derecho administrativo sancionador.

50. Como se sabe, el principio de culpabilidad opera como un límite a la potestad sancionatoria del Estado, ya sea de tipo penal o administrativa. De ahí que la sanción, penal o administrativa, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico (cfr. Sentencia 01287-2010-AA/TC, fundamento 9).”

Conforme apunta Danós (1995) la decisión de optar por una u otra medida represiva recae en el legislador, ya que prácticamente no hay ámbitos que estén constitucionalmente restringidos a una protección exclusivamente jurídico-penal. En efecto, coinciden otros autores al señalar que, finalmente, un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales (Nieto, 2012).

De este modo, acerca de la gestión de los ilícitos que realiza el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal, Danós (1995) al comentar la sentencia del 2 de octubre de

1983 del Tribunal Constitucional Español, señala lo siguiente respecto a la gestión del *ius puniendi* en sus distintas ramas:

- Se presenta una necesidad por evitar una sobrecarga en la Administración de Justicia con infracciones de menor gravedad.
- Además, se vuelve imperativa la importancia de fortalecer la eficacia del sistema represivo en relación con los ilícitos más graves.
- Asimismo, se aboga por la conveniencia de que la autoridad sancionadora tenga una mayor proximidad a los hechos que sanciona.

Es así como en nuestro sistema jurídico la exigencia de dotar de garantías a los ciudadanos y regular la potestad sancionadora de la administración llevó a la incorporación de principios propios del Derecho penal en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, partiendo de que ambas son manifestaciones de poder punitivo del Estado. Entre estos principios se incluyen la legalidad, tipicidad, irretroactividad de normas desfavorables, presunción de inocencia, entre otros (Danós, 1995).

Al respecto, el Tribunal Constitucional de manera uniforme ha señalado que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad y otros, no solo se aplican en el campo del Derecho penal sino también en el Derecho administrativo sancionador. Verbigracia, tenemos la sentencia recaída en el Expediente No. 2050-2002-AA/TC, y la sentencia recaída en el Expediente No. 02-2021-PI/TC:

**Caso Carlos Israel Ramos Colque. Sentencia recaída en el Expediente No. 2050-2002-AA. Tribunal Constitucional. 16 de abril de 2003**

“Fundamento No. 8: [...] Sobre el particular, es necesario precisar que los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador, el cual incluye, naturalmente, al ejercicio de potestades disciplinarias en el ámbito castrense. Una de esas garantías es, sin lugar a dudas, que las faltas y sanciones de orden disciplinario deban estar previamente tipificadas y señaladas en la *ley*.”

**Caso del cuestionamiento de los procesos de decisión en el ámbito de la administración pública. Sentencia recaída en el Expediente No. 02-2021-PI/TC. Tribunal Constitucional. 21 de abril de 2022**

“17. Al respecto, resulta oportuno recordar que los principios de culpabilidad, legalidad y tipicidad, entre otros, constituyen pautas básicas del derecho sancionador, que no solo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también cuando se imponen sanciones en el ámbito administrativo.”

Este reconocimiento también se encuentra positivizado en la Ley No. 27444 – *Ley del Procedimiento Administrativo General*. Así, en el Texto Único Ordenado (TUO) de la referida Ley se establece que son principios de la potestad sancionadora los siguientes:

**Decreto Supremo No. 004-2019-JUS. Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley No. 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General. 25 de enero de 2019.**

**“Artículo 248.- Principios de la potestad sancionadora administrativa**

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

**1. Legalidad.-** Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

**2. Debido procedimiento.-** No se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento. Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deben establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a autoridades distintas. (...)

**4. Tipicidad.-** Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras.

**5.- Irretroactividad.-** Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición. (...)

**9. Presunción de licitud.-** Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

**10. Culpabilidad.-** La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva.

**11. Non bis in idem.-** No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7.”

Ahora bien, el reconocimiento de que el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador son manifestaciones del *ius puniendi* del Estado proviene también del artículo 9° de la Convención Americana de Derechos Humanos<sup>1</sup>, la cual fue suscrita por el Estado Peruano el 27 de julio de 1977 y fue ratificada el 12 de julio de 1978. Así, para la Corte Interamericana de Derechos Humanos tanto las sanciones administrativas como las penales son expresiones

---

<sup>1</sup> **Convención Americana de Derechos Humanos**  
**“Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad**

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.”

del poder punitivo del Estado, Más aún, se reconoce que ambas pueden llegar a tener una naturaleza similar. De tal manera que, por ejemplo, el principio de legalidad e irretroactividad deben ser observados cuando los órganos del Estado hagan ejercicio del poder punitivo. Véase, así:

**Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001. Corte Interamericana de Derechos Humanos**

“106. En relación con lo anterior, conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. **Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas.** Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva.

**107. En suma, en un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio del poder punitivo en el que se manifiesta, con máxima fuerza, una de las más graves e intensas funciones del Estado frente a los seres humanos: la represión.”**

Este reconocimiento por parte de Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a que las sanciones administrativas y las penales son expresiones del poder punitivo del Estado –que

pueden tener en ocasiones naturaleza similar— y que, por lo tanto, las garantías que rodean a una se extienden a la otra, ha sido posteriormente ratificado en sentencias recientes. Véase, así:

**Caso Vélez Loor vs. Panamá. Sentencia de 23 de noviembre de 2010. Corte Interamericana de Derechos Humanos**

“170. De otra parte, la Corte observa que la medida prevista en el artículo 67 del Decreto Ley 16 de 1960 era una sanción administrativa de carácter punitivo. **Al respecto, la Corte ya ha dicho que es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas.** En una sociedad democrática el poder punitivo sólo se ejerce en la medida estrictamente necesaria para proteger los bienes jurídicos fundamentales de los ataques más graves que los dañen o pongan en peligro. Lo contrario conduciría al ejercicio abusivo del poder punitivo del Estado. En igual sentido, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria sostuvo que el derecho a la libertad personal —exige que los Estados recurran a la privación de libertad sólo en tanto sea necesario para satisfacer una necesidad social apremiante y de forma proporcionada a esa necesidad.”

**Caso Lopez Mendoza vs. Venezuela. Sentencia de 1 de septiembre de 2011. Corte Interamericana de Derechos Humanos**

“111. Al respecto, la Corte ha indicado que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana. Asimismo, la Corte recuerda lo expuesto en su jurisprudencia previa en el sentido que las sanciones administrativas y disciplinarias son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas.”

Por último, es conveniente apuntar que se pueden extraer matices concordantes en todos los ordenamientos en los que se reconoce la potestad sancionadora de la administración. Como en el caso de España, país en el que la tesis dominante es aquella que señala que la potestad punitiva penal y la sancionadora administrativa son manifestaciones de un mismo *ius punendi* genérico del Estado (Danós, 1995).

Así, se observa que el Derecho administrativo sancionador emerge como un elemento de control social *alternativo* al Derecho penal, reprimiendo ilícitos de menor relevancia social. De esta manera, el Derecho administrativo colabora con la prevención y punición de ilícitos menores. Asimismo, muchos principios rectores del Derecho administrativo sancionador provienen del modelo penal, al igual que los modelos de responsabilidad personal. Por otro lado, el sistema administrativo sancionador en su proceso *jurisdiccional* incorpora esquemas que provienen del proceso judicial tales como las actuaciones instructoras, las garantías defensivas, entre otros (Lozano, 1990).

Para Silva (2025) en el marco del Derecho penal objetivo el castigo estatal deja de ser una reacción emocional colectiva, al igual que un mero acto de poder político. De manera que el poder punitivo únicamente se transforma en ejercicio del *ius puniendi* cuando se lleva a cabo en el marco del *ius poenale* –Derecho penal objetivo–.

Ahora bien, debido a la complejidad del sistema económico que en la actualidad se compone y recompone a una velocidad impresionante, se requiere que los agentes privados y el Estado estén dotados de gran flexibilidad para actuar frente a la fluidez de las transacciones y la gran cantidad de información. De esta manera, las fórmulas para la intervención del Estado deben evaluarse de manera integral, de lo contrario, se utilizará el Derecho sancionador de manera simbólica pero no de manera efectiva. Así, de cara a proteger bienes jurídicos de la legislación económica, muchas veces el legislador llega a ignorar la posibilidad de soluciones jurídicas alternativas como la regulación administrativa sancionadora, y plantea una política irracional y populista dejándose llevar por la fascinación simbólica que parece poseer la legislación penal en nuestra sociedad (Paredes, 2003). Sin embargo, de cara a abordar los problemas que se dan en el campo económico–empresarial, se necesita que el Estado responda con una sólida regulación jurídica construida a partir de un enfoque holístico que inicie con una adecuada regulación administrativa y termine, empleando como último recurso, la regulación penal.

En síntesis, en esta sección se ha explorado el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador como manifestaciones del *ius puniendi* del Estado. Así, se suscribe la postura según la cual, aunque ambas ramas tienen diferencias en sus principios, sujetos sancionables y gravedad de las sanciones, finalmente, derivan de un mismo poder punitivo estatal, motivo por el cual las garantías del Derecho penal se extienden al Derecho administrativo sancionador.

## **2. Teorías sobre la distinción entre el ilícito administrativo y el ilícito penal**

La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador ha sido objeto de amplios debates doctrinarios, en los que diversos autores han intentado delimitar posturas respecto a la diferencia entre ambos. En primer lugar, podemos encontrar a los que sostienen una tesis cualitativa según la cual el Derecho penal y el Derecho administrativo protegen distintos ámbitos de acción y se corresponden con distintas finalidades, existiendo entre ambas una diferencia ontológica. En segundo lugar, encontramos a los autores que defienden una tesis cuantitativa según la cual no existen criterios sustanciales para distinguir el ilícito penal del administrativo, por lo que solo se puede trazar una diferencia cuantitativa en función a la gravedad del comportamiento sancionado.

### **2.1. Tesis cualitativa**

Para los defensores de la tesis cualitativa la distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador es sustancial. Sus principales exponentes ahondan en esta diferencia ontológica señalando los rasgos diferenciadores de ambas ramas del Derecho.

En primer lugar, se encuentra Goldschmidt quien sostenía que la distinción ontológica entre el ilícito penal y el ilícito administrativo radicaba en su finalidad: mientras que el Derecho penal busca resguardar derechos subjetivos o bienes jurídicos individualizados, el Derecho penal administrativo (denominación usada por el autor) se orienta a sancionar la desobediencia de los mandatos provenientes de la administración vinculadas con el bienestar público (Goldschmidt, 1969 como se citó en García-Pablos De Molina, 2009). Es así como, se asocia el Derecho penal a la protección de valores esenciales como la justicia, mientras que el Derecho administrativo empieza a estar ligado a la protección del orden público fijado por la administración.

Asimismo, Goldschmidt sostiene que la pena en el ámbito penal llega a tener un significado ético, mientras que la sanción administrativa es una pena de orden ya que busca advertir al sujeto que se encamine al cumplimiento de sus deberes. Por este motivo, señala el autor, que una infracción administrativa aplicada bajo el criterio de oportunidad no da lugar a antecedentes penales y, además, puede ser impuesta a personas jurídicas (Goldschmidt, 1969 como se citó en García-Pablos De Molina, 2009). Esto último dista del efecto que llega a tener

una sanción penal en el récord oficial de un ciudadano, que se aproxima a tener una dimensión significativa para la protección de valores esenciales.

En esta misma línea, Silva Sanchez en su libro *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales* defiende la existencia de una diferencia teleológica entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Así, señala Silva (2006) que el Derecho penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos específicos en situaciones concretas, para lo cual sigue criterios de lesividad concreta y de una imputación individual del injusto propio. En cambio, el Derecho administrativo sancionador se orienta a regular sectores de actividad con el propósito de fortalecer un modelo de gestión determinado. Por esta razón, no se rige por criterios de lesividad o peligrosidad concreta, sino que toma en cuenta factores de impacto general y estadístico. De esta manera, lo relevante dentro del Derecho administrativo sancionador no es lo imputable a un sujeto determinado sino la visión macrosocial (el problema estructural), por lo que se rige por criterios de oportunidad y no de legalidad (Silva, 2006).

De esta manera, para Silva (2006) el Derecho Administrativo emerge como el refuerzo de la gestión de la administración, sancionando conductas perturbadoras de modelos sectoriales de gestión. Esencialmente, se erige como el derecho del daño acumulativo, derivado de la repetición. Para graficar esta idea, el profesor español expone el siguiente ejemplo:

Un tercer ejemplo se puede advertir en el terreno medioambiental. Los vertidos de una empresa -de una sola- por mucho que superen ampliamente los grados de concentración de metales pesados establecidos en la normativa administrativa, no tienen por qué poner en peligro -por ellos solos- el equilibrio de los sistemas naturales. Si sólo se tratara de los vertidos de una empresa, no existiría problema medioambiental.

El problema se deriva de la generalización de vertidos con ciertos grados de concentración de metales. En esa medida, es lógico que desde la perspectiva global del Derecho administrativo sancionador se estime pertinente la intervención y la sanción. Pues la sumación de vertidos tendría -tiene- un inadmisibles efecto lesivo. Pero, de nuevo, no resulta justificada la sanción penal de la conducta aislada que, por sí sola, no pone realmente en peligro el bien jurídico que se afirma proteger. (Silva, 2006, p. 141)

En efecto, para Silva (2025), el planteamiento que propone una diferencia cualitativa consiste en sostener que el ilícito penal es una expresión de un delito natural, es decir, es éticamente reprochable. Mientras que el ilícito administrativo se manifiesta como una infracción artificial, es decir como una desobediencia éticamente neutra. De manera que, el proceso penal se caracteriza por la búsqueda de la verdad y la justicia, mientras que el proceso administrativo sancionador, principalmente, se rige por criterios de selectividad y oportunidad (Silva, 2025).

Por su parte, García Caveró también toma postura por una diferenciación cualitativa entre la pena y la sanción administrativa. Según su perspectiva, el ordenamiento administrativo tiene la finalidad de garantizar el adecuado funcionamiento de un determinado sector del tráfico social, evitando el colapso de dicho sector (García Caveró, 2003). En contraste, el ordenamiento penal busca proteger expectativas normativas que son construidas a partir de la identidad esencial de la sociedad, es decir, aquellos aspectos que permiten la realización personal de los ciudadanos dentro de un sistema social concreto (García Caveró, 2003).

Ahora bien, García Caveró (2012) enfatiza que el Derecho penal no debe encargarse de restablecer normativamente toda clase de defraudación de expectativas derivadas de las estructuras del sistema social, sino únicamente debe orientarse a proteger aquellas expectativas cuya protección es fundamental para preservar los valores esenciales de un determinado sistema social concreto. Mientras que, para el mantenimiento del funcionamiento del orden de determinados sectores del sistema social, considera que resulta suficiente la regulación administrativa.

Siendo esto así, y para hacer más gráfica su posición, García Caveró (2012) señala que para legitimar la intervención penal debemos estar ante una *organización peligrosa* más insegura que una *equivalente permitida* en el caso concreto. Mientras que en el caso de una infracción administrativa se está únicamente ante un *indicio* de una *organización objetivamente insegura* con base a la peligrosidad estadística de la conducta (García Caveró, 2012). Agrega lo siguiente para referirse a la distinción entre una infracción administrativa y una infracción penal –delitos de peligro abstracto–:

Para dar mayor contenido a esta distinción debe tenerse clara la diferencia entre la probabilidad de sucesos de carácter estadístico y la probabilidad de proposiciones de carácter epistemológico. Mientras la primera determina matemáticamente las

posibilidades de que un suceso ocurra en determinadas circunstancias, la segunda se mide en función del conocimiento del mundo que hace que una proposición (p1) contenga lógicamente a otra (p2). Si bien se necesita de información empírica para determinar si p1 se ha dado en la realidad, el paso a p2 será una cuestión estrictamente lógica. En esta última forma de probabilidad se sustenta la peligrosidad en un delito de peligro abstracto. (García Caveró, 2012, p. 136)

En suma, para los autores que defienden esta postura cualitativa, la delimitación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador responde a una distinción sustancial. Mientras el Derecho penal actúa en función de una lesividad concreta y una imputación individual, protegiendo expectativas cuya vigilancia es fundamental para preservar los valores esenciales de un determinado sistema social, el Derecho administrativo sancionador se enfoca en la regulación sectorial y la prevención de riesgos desde una perspectiva estadística.

## **2.2. Tesis cuantitativa**

Para los defensores de la tesis cuantitativa, la distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador radica en una diferencia de grado basada en la gravedad de la conducta. Sus principales exponentes parten por reconocer que entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador no existen diferencias sustanciales, puesto que ambos responden a un mismo fin, por lo que se aboga por reconocer la existencia de una diferencia cuantitativa.

Jakobs (1997) considera obsoleta la argumentación referida a los criterios de diferenciación cualitativa en los que se apunta que los efectos de las contravenciones pertenecen únicamente al ámbito interno de la administración, es decir, la argumentación basada en una posición especial de la administración. Asimismo, respecto a los criterios que señalan que solo en las infracciones penales se protegen bienes jurídicos mientras que en las contravenciones se tratan casos de mera anti-normatividad, Jakobs (1997) señala que, en la práctica, no es posible determinar diferencias cualitativas entre una infracción penal y una contravención. En efecto, la protección de la vida y la salud se lleva a cabo también mediante la protección de la seguridad del tráfico rodado o del buen estado de los alimentos (Jakobs, 1997).

Más aún, Jakobs (1997) explica que dichas diferencias no necesariamente muestran una cualidad cualitativa, sino que encierran puntos límite de diferencias cuantitativas: Un delito cuya realización culposa es castigada hasta la mera desobediencia de una norma que prohíbe la puesta en peligro abstracta, se halla una escala no graduada de magnitudes intermedias. Debería considerarse absolutamente descaminado pretender describir la diferencia solo desde el punto de vista de la infracción de la norma, pues la posibilidad de solucionar un conflicto mediante una multa en lugar de mediante una pena depende también de factores no necesariamente vinculados con el injusto o la culpabilidad. (Jakobs, 1997, p. 68)

Cabe señalar que, de acuerdo con Jakobs, si bien no es posible caracterizar cualitativamente a las contravenciones, sí es posible establecer qué conductas nunca pertenecerán al ámbito del Derecho administrativo sancionador. Esta idea se explora en la siguiente sección.

En línea con ello, García-Pablos de Molina (2009) opina que no es posible distinguir el Derecho administrativo haciendo referencia a los *intereses de la administración*, dado que estos son los intereses de la colectividad y el bien común. Así, para este autor debe descartarse la idea de que existen unos intereses *propios* de la administración, distintos a los del Derecho penal. Finalmente, toda la actividad del Estado está dirigida a una fin único y común el cual es la creación de un orden justo y útil para todos sus ciudadanos.

Así, tampoco es correcto afirmar que el ilícito penal sanciona exclusivamente la lesión de bienes jurídicos, mientras que el ilícito administrativo solo castiga la desobediencia a los mandatos y prohibiciones de la administración establecidos en función de sus propios intereses (García-Pablos de Molina, 2009). En efecto, para este autor no se puede sostener que el Derecho penal sanciona la lesión; mientras que el Derecho administrativo castiga el peligro, ya que el Derecho penal, actualmente, también contiene tipos penales como los delitos de peligro. Además, como ya se indicó, finalmente los intereses de la administración sobre los cuales se asientan los mandatos y prohibiciones no son otros que los intereses de la colectividad que también pueden ser encontrados en el Derecho penal.

De esta manera, el criterio fundamental para distinguir entre ambos tipos de injusto no puede ser otro que la mayor o menor gravedad de la infracción. Vale decir, además, que esta gravedad no es inherente, sino que es asignada por el legislador en virtud de una valoración histórica que

pondera las circunstancias y demandas sociales contextualmente (García-Pablos de Molina, 2009).

Entonces, realmente se debe entender que desde el Derecho administrativo sancionador al Derecho penal discurre una línea continua de un injusto material que se acrecienta progresivamente, partiendo desde una situación de menor hasta una de mayor gravedad. No existe una distinción cualitativa entre el ilícito penal y el administrativo, ya que ambos responden a la necesidad de proporcionar una reacción proporcional a la importancia de las infracciones. En esencia, la única diferencia entre ellos es de carácter cuantitativo, determinada por la gravedad de la conducta sancionada (García-Pablos de Molina, 2009). Tanto más, ni la administración puede prohibir arbitrariamente, sino que sus injustos deben estar ordenados a la convivencia protegiendo los intereses generales, ni el Código Penal puede desterrar la codificación de los delitos de peligro (García-Pablos de Molina, 2009).

De lo señalado, se desprende que no existen criterios sustantivos que permitan diferenciar de manera previa y general el ilícito penal del administrativo. La única distinción posible se basa en un criterio cuantitativo, considerando la mayor gravedad para el ilícito penal y la menor para el administrativo (García-Pablos de Molina, 2009).

En este mismo sentido, Hurtado (2015) comenta que al no poder distinguir materialmente los delitos de las infracciones administrativas se proponen criterios formales que, finalmente, dependen de como cada legislación califica los comportamientos atendiendo a cuáles considera que merecen una sanción penal y cuales una administrativa. En este contexto, parece ser que la gravedad es el factor determinante para catalogar una acción como delito o de infracción administrativa (Hurtado, 2015).

De esta manera, el factor distintivo no se compone de un elemento sustancial, sino que es una gradación del reproche que esas infracciones suscitan. Como se ha ido exponiendo, en todo caso, la calificación de un acto incriminado como infracción penal o contravención depende del legislador, más esto en ningún extremo supone reconoce un poder arbitrario (Hurtado, 2015).

Es así como, bajo este postulado, lo que diferencia al Derecho penal del Derecho administrativo sancionador es que el primero se ocupa de las sanciones graves mientras que el segundo de las

no tan graves. Por lo demás, en ambos sistemas se busca sancionar a quien probablemente ha infringido la norma, estando este sujeto exigido, y siendo posible que tuviera una conducta inocua (Lascuráin, 2007).

En efecto, en este mismo sentido, para García Cavero (2012), si se asume que la diferencia entre el ilícito administrativo y el ilícito penal es cuantitativo, no existe una distinción cualitativa respecto a los criterios de estructuración de ambas formas de injusto. Siendo que el límite entre ambos estaría determinado por el principio de subsidiariedad, por lo que se deberá decidir que afectaciones son tan graves para que sean sancionadas por el Derecho penal.

Así pues, la finalidad de ambas clases de sanciones es la misma, puesto que buscan castigar la conducta de un sujeto que infringe el ordenamiento jurídico (Bajo & Bacigalupo, 2010). La diferencia se compone por un criterio cuantitativo que atiende a la gravedad de la acción que se valora por el legislador. En esta línea, se sostiene, por ejemplo, que la Ley de Contravenciones al Orden de Alemania proporciona una definición precisa del concepto de infracción administrativa, al considerarlas como delitos cuyas sanciones son impuestas por la administración (Bajo & Bacigalupo, 2010). En concreto, los autores hacen referencia al *Act on Regulatory Offences – Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG)* de 19 de febrero de 1987, que fue modificada por Ley de 17 de mayo de 1988, que señala en su § 1 lo siguiente: “(1) Una infracción administrativa es una acción antijurídica y reprochable que realiza el tipo penal de una ley que permite el castigo por medio de una multa”.

Por su lado, desde un enfoque funcionalista, Caro John señala que a nivel cualitativo no es posible diferenciar un ilícito administrativo de uno penal ya que ambos constituyen una infracción de la norma. Sin embargo, la diferencia radica en el significado normativo de la lesión basada en el quantum de afectación, por lo que la diferencia es esencialmente cuantitativa.

Así, señala: A este respecto, se ha de considerar que la diferencia existente entre un ilícito administrativo y un ilícito penal es de naturaleza estrictamente cuantitativa, puesto que en un nivel cualitativo es imposible diferenciarlos por constituir ambos ilícitos de igual manera una infracción de la norma. Sin embargo, si se toma en cuenta el significado normativo de la envergadura o gravedad de la lesión producida por la conducta, recién podrá advertirse una distinción entre ambos ilícitos, pero ello sólo sería posible sólo en

función del quantum de afectación. Significa que lo cualitativo de la infracción fija sólo una identidad sustancial entre las sanciones administrativas y las sanciones penales. (Caro John, 2010, p. 114)

Cabe señalar que, para Zúñiga (2001) es claro que en países como España la postura que considera que existe una diferencia de grado entre el ilícito penal y el ilícito administrativo es mayoritaria. Es decir, se trata de una distinción cuantitativa, donde las infracciones más graves deben pertenecer al ámbito penal, mientras que las menos severas son reguladas por el ordenamiento administrativo sancionador (Zúñiga, 2001). Esto, sin perjuicio de que en el ámbito práctico la legislación en ocasiones ha establecido sanciones administrativas más severas que las penales.

En efecto, en países europeos como España, la tesis dominante es que la potestad sancionatoria del Estado es una sola, postura que encontró más solidez a partir de la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Öztürk*, que se comentará más adelante. Desde esta consideración, el Derecho penal emerge como la rama del sistema jurídico cuyas sanciones implican las consecuencias más severas para quien infringe la norma. Por ello, su aplicación debe restringirse a la represión y prevención de aquellas conductas que representen una amenaza más grave para los bienes jurídicos. En contraste, el Derecho administrativo sancionador actúa frente a comportamientos que afectan bienes jurídicos de menor relevancia o ante conductas que representan un grado inferior de lesividad (Caro & Reyna, 2019).

En este mismo sentido, Pérez (1997, como se citó en López, 2008) señala que, anteriormente, se presentaba al ejercicio de la potestad sancionadora de la administración como algo distinto al del Derecho penal; sin embargo, actualmente, las infracciones administrativas tienen un carácter claramente represivo que las equipara sustancialmente a las infracciones penales. Más aún, estos planteamientos son más notorios en el campo tributario en el cual se puede identificar con claridad una identidad sustantiva entre las instituciones del Derecho penal y el de las infracciones administrativas (Pérez, 1997, como se citó en López, 2008).

En efecto, como reconoce Silva (2025) el fracaso de la determinación de la frontera entre las conductas que deben ser objeto del Derecho penal periférico y el Derecho administrativo sancionador se debe a que, en ambos casos, se trata de males públicos que afectan la vida personal de modo no directo, sino indirecto, ya que inciden en un determinado orden de gestión

administrativa. De tal manera que, quien lleva a cabo tales conductas desprecia igual el orden del Derecho, demostrando una falta de lealtad con los conciudadanos que sí cumplen las normas. Así, es claro que, con posterioridad a la doctrina que propugna la existencia de una diferencia cualitativa entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, fue consolidándose la doctrina que definen la diferencia cuantitativa, según la cual lo característico del ilícito penal es un mayor contenido de injusto (Silva, 2025).

Por último, Zúñiga reflexiona señalando que la sanción aplicable a un ilícito no puede ser elaborada únicamente considerando la consecuencia jurídica más adecuada para enfrentar un determinado tipo de criminalidad. Por el contrario, considera que debe existir un criterio lógico previo que permita definir si la intervención del Derecho penal es realmente necesaria en un caso concreto (Zúñiga, 2001). En efecto, en algunos ilícitos es evidente que las diferencias de grado han servido para deslindar claramente entre una u otra clase de delito. Por ejemplo, en las infracciones tributarias, en las faltas contra el patrimonio y/o en las faltas de lesiones. En estos casos existe una delimitación político criminal que responde a consideraciones generales de oportunidad en la intervención penal. Sin embargo, en muchos casos, el castigo administrativo puede llegar a ser sustancialmente más gravoso que la sanción penal aplicada.

Finalmente, conviene exponer en esta sección la propuesta de Feijoo para diferenciar un injusto administrativo de un injusto penal. Así, primero, Feijoo (2005) expone que la exigencia de idoneidad hace más evidente la diferencia entre el injusto administrativo y el penal, esto, en el marco de la técnica de los delitos de peligro abstracto-concreto en comparación a los delitos de peligro abstracto. Sin embargo, reconoce que desde la perspectiva dogmática no es posible llegar a una conclusión tan sencilla, es decir, no se pueden resolver los problemas interpretativos del límite entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador únicamente trasladando todos los delitos de peligro abstracto al campo de los delitos abstracto-concreto (Feijoo, 2005).

Así, resulta insuficiente incorporar expresamente cláusulas de idoneidad o aptitud para lesionar.

En otras palabras, el autor señala que el legislador penal, cuando crea tipos penales, sólo piensa en los casos más graves, pero no hasta qué casos-límite se extiende el alcance del tipo penal. En definitiva, la peligrosidad estadística representa una fundamentación suficiente para crear normas que desvaloren ese tipo de conductas, pero

no para fundamentar la intervención del Derecho Penal mediante penas frente a un ciudadano concreto. (Feijoo, 2005, p. 320)

Prosigue Feijoo (2005) afirmando que en los delitos de lesión de bienes jurídicos el fundamento de la intervención penal radica en la imputación de la arrogación de ámbitos de organización ajenos. Sin embargo, en el caso de los delitos de peligro, señala el autor, no se tipifica la arrogación a un ámbito ajeno sino la “*desprotección ilegítima de otro ámbito de organización (delitos de peligro concreto) o la incorrecta organización del propio ámbito de organización (delitos de peligro abstracto)*” (Feijoo, 2005, p. 331). De esta manera, los delitos de peligro tipifican situaciones de inseguridad para ámbitos de organización ajenos, mientras que los delitos de lesión exigen la constatación del perjuicio a otro ámbito de organización. Así, trasladando este orden de ideas al campo de la diferencia entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, Feijoo (2005) señala que bajo su propuesta la infracción administrativa es solo un *indicio* de una organización objetivamente insegura en el caso concreto, mientras que la infracción penal, en el caso de delitos de peligro, estamos ante una organización desorganizada o incorrecta como tal.

En definitiva, la tesis cuantitativa sostiene que la distinción entre el ilícito penal y el administrativo no radica en su naturaleza, sino en la intensidad del reproche que merecen las conductas. Desde esta perspectiva, ambos sistemas sancionadores comparten una misma lógica funcional, y la elección entre uno u otro depende de una valoración sobre la gravedad del hecho.

### **2.3. Acerca de las infracciones que sólo pueden pertenecer al campo Derecho penal**

Como se expuso, se ha debatido si la diferencia entre el ilícito penal y el ilícito administrativo es meramente cuantitativa o si existe una distinción cualitativa entre ambos, no obstante, también existen propuestas que tienen un enfoque intermedio que combina ambos criterios. En esta línea, se reconoce que, aunque en muchos casos la diferencia se presenta en términos cuantitativos, existen ciertos límites cualitativos que determinan cuándo una conducta pertenece al ámbito penal. Siendo esta construcción mixta o cualitativo–cuantitativo, actualmente, el criterio mayoritario (Silva, 2025).

Conforme se anticipaba en la sección anterior, Jakobs (1997) considera que no se pueden determinar con claridad diferencias cualitativas entre la infracción penal y la infracción

administrativa que puedan ser contrastables en la práctica. Sin embargo, para el autor existe un grupo de infracciones que solo pueden pertenecer al ámbito del Derecho penal: la infracción de las normas del ámbito central o nuclear. Estas normas, que pertenecen al ámbito nuclear, son aquellas que están direccionadas a proteger partes imprescindibles de la identidad de la sociedad.

En efecto, a través de estas normas se puede co-definir la identidad de la sociedad, de un Estado o una persona, y garantizar el derecho a la existencia de cada ciudadano y los principios del orden constitucional (Jakobs, 1997). Vale señalar, además, que los límites de estas normas son difusos, y luego de estos se trazan círculos de normas derivadas con una importancia decreciente y gradual, de tal manera que *el “decrecimiento puede ir aproximando progresivamente el comportamiento normado a lo adecuado socialmente.”* (Jakobs, 1997, p. 69)

Por ejemplo, una tentativa de homicidio en un caso menos grave (§§ 22, 212, 213 StGB), y además en el límite del exceso en la legítima defensa (§ 33 StGB), etc., cabe castigarla con una pena leve o incluso no castigarla en absoluto; pero castigarla con una multa como si fuese un aparcamiento prohibido o la emisión de ruidos molestos, desprendería el firme anclaje de la prohibición de matar en el ámbito central. (Jakobs, 1997, p. 69)

Por su parte, Roxin (1997) sostiene que no es posible sostener que existe una diferencia cualitativa para distinguir el ilícito administrativo del ilícito penal. Al contrario, reconoce que existe una diferencia predominantemente cuantitativa. Sin embargo, advierte que existe un límite de carácter más cualitativo que basado en la cantidad referido a aquellas perturbaciones al orden social que pertenecen al campo nuclear del Derecho penal.

En efecto, el autor sostiene que, en la mayoría de los casos, la imposición de una sanción administrativa –como una contravención– resulta una opción adecuada cuando una infracción legal requiere una respuesta estatal pero su menor peligrosidad social no justifica una pena criminal. De manera que, para Roxin, no existe una diferencia sustancial entre un ilícito administrativo y un ilícito penal. Sostener que el ilícito penal implica un juicio de desvalor ético especial, mientras que el administrativo se limita a la desobediencia de una orden, es fácilmente refutable, pues las contravenciones también pueden proteger bienes jurídicos como la vida y la salud, más allá de la mera observancia de normas administrativas (Roxin, 1997).

Por ejemplo, una prohibición de estacionar en un lugar restringido tiene como finalidad impedir el tráfico vehicular, y asegurar el libre comercio y movimiento, protegiendo así un bien jurídico y no únicamente una *simple desobediencia a una orden administrativa*.

Sin embargo, Roxin (1997) reconoce que existe un punto en el que la cantidad se convierte en cualidad y tiene que ver con aquellos hechos con gran reproche social que pertenecen al campo nuclear del Derecho penal. Esto es, las exigencias de la protección subsidiaria de bienes jurídicos frente a determinados riesgos o amenazas exige inevitablemente una sanción penal en casos de delitos de cierta gravedad, por lo que el autor propone una aproximación basada en una teoría mixta que combine criterios cuantitativos y cualitativos (Roxin, 1997). Por ejemplo, el autor plantea que no se va a sancionar solamente con una contravención un asesinato o un atraco a un banco, dado que estas situaciones pertenecen al campo nuclear del Derecho penal. Sin embargo, aunque en principio delitos como el hurto pertenezcan al campo nuclear, los casos de bagatelas pueden ser trasladados al campo de las contravenciones.

En este mismo orden de ideas, Zúñiga (2001) señala que no se puede sostener que entre el injusto penal y el injusto administrativo existe sólo una diferencia de grado. Esto debido a que en los casos límite se debe llegar a considerar tanto una diferencia cuantitativa como una más sustancial.

Como indica la autora, en ciertos ilícitos la diferencia de grado ha permitido establecer una distinción clara entre las infracciones administrativas y penales. Ejemplos de ello son las infracciones tributarias, de tránsito, así como las faltas contra el patrimonio o las lesiones. En estos casos, la delimitación político-criminal obedece a criterios generales de oportunidad en la intervención del Derecho penal. Sin embargo, esta delimitación cuantitativa no es suficiente, dado que existen ámbitos que indiscutiblemente forman parte del espectro del Derecho penal nuclear (Zúñiga, 2001). Por ejemplo, los delitos contra la vida, la libertad sexual y otros bienes jurídicos considerados fundamentales.

Ahora bien, para los casos límite, esto es, las zonas intermedias –en particular, este encuentro se produce en las materias socioeconómicas–, la autora señala que se deben precisar criterios valorativos que permitan a la legislación decidir sobre la idoneidad de uno u otro sistema de imputación. Es así como, en este espacio, cobran fuerza indefectiblemente los principios de subsidiariedad y fragmentariedad para la intervención del Derecho penal. Para los demás casos,

el Estado deberá recurrir al Derecho administrativo sancionador u otros mecanismos, sean jurídicos o no, siempre que resulten al menos igual de eficaces para lograr la conducta esperada y, al mismo tiempo, menos gravosos (Zúñiga, 2001).

Por su lado, Lascuráin (2007) también reconoce que, aunque existe una diferencia principalmente cuantitativa entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, lo cierto es que paralelamente se puede advertir una diferencia cualitativa. Sin embargo, esta diferencia cualitativa no tiene que ver con el hecho de que el Derecho administrativo sancionador no protege bienes jurídicos dado que en dicho campo sí se puede constatar la existencia de un daño, no obstante, tiene menor gravedad (Lascuráin, 2007). En todo caso, tanto los bienes jurídico-penales y los bienes jurídico-administrativos son especies de un mismo género, y dependen de la protección que la legislación decide otorgarles.

Tampoco tiene que ver con el hecho de que el Derecho administrativo sancionador no sanciona comportamientos socialmente dañosos y únicamente protege la obediencia la norma, puesto que tanto el concepto de daño social y el de desobediencia son en sí mismos componentes lógicos de cualquier infracción normativa (Lascuráin, 2007). Más aún el concepto de *desobediencia*, comprendida como voluntad contraria a la voluntad de la norma, es el elemento subjetivo presente en cualquier comportamiento delictivo antijurídico y culpable.

De igual manera, tampoco resulta válido alegar que las infracciones administrativas no comportan reproche social, dado que en los ilícitos administrativos existe reproche ético social, pero, en todo caso, surgen a partir de la aceptación social de la propia labor administrativa (Lascuráin, 2007). El Estado moderno a través del Derecho Administrativo no solo busca la obediencia del ciudadano, sino que trasciende a ello el mantenimiento de las condiciones sociales valiosas.

En conclusión, la distinción entre el ilícito penal y el ilícito administrativo si bien es principalmente cuantitativa, existen determinadas conductas que pertenecen únicamente al campo del Derecho penal. Así, es claro que muchas infracciones pueden resolverse en el ámbito administrativo. No obstante, existen conductas que, por su especial reproche social y relevancia para el orden constitucional, deben ser abordadas por el Derecho penal. Esta diferenciación exige un análisis cuidadoso en cada caso, guiado por los principios de subsidiariedad y fragmentariedad, para asegurar una respuesta estatal adecuada y proporcional.

### **3. Situación legislativa sobre la distinción entre el ilícito administrativo y el ilícito penal**

En la legislación vigente existen algunas normas en las cuales es factible advertir expresamente una distinción entre un delito y una infracción administrativa basada en el grado de gravedad. A continuación, se analizará la regulación en materia de delitos aduaneros, delitos ambientales, y delitos relacionados con la normativa administrativa de salud y seguridad en el trabajo.

En primer lugar, se tienen a los delitos aduaneros regulados en la Ley de Delitos Aduaneros – Ley No. 28008. A detalle, en el artículo 1° vigente de la referida ley se señala que, para la configuración del delito de contrabando el valor de las mercancías que burlan el control aduanero, actualmente, debe ser superior a cuatro (4) unidades impositivas tributarias.

#### **Decreto Legislativo No. 1542 de 2022. Por la cual se modifica la Ley de los Delitos Aduaneros. 26 de marzo de 2022**

##### **“Artículo 1. Contrabando**

Comete delito de contrabando y es reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, siempre que **el valor de las mercancías sea superior a cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias**, el que:

- a) Interna mercancías del extranjero al territorio nacional sustrayendo, eludiendo o burlando el control aduanero.
- b) Extrae mercancías del territorio nacional sustrayendo, eludiendo o burlando el control aduanero.
- c) No presenta las mercancías para la verificación, reconocimiento físico u otra acción de control aduanero dentro del proceso de despacho aduanero. La acción de ocultar o sustraer la mercancía al control aduanero equivale a la no presentación.
- d) Extrae, consume, dispone o utiliza las mercancías que se encuentran en la zona primaria delimitada por la Ley General de Aduanas, sin que la Administración Aduanera haya otorgado el levante o autorizado el retiro, según corresponda.
- e) Consume, almacena, dispone o utiliza las mercancías durante el traslado, autorizado por la Administración Aduanera, de una zona primaria a otra, para su reconocimiento físico u otra acción de control aduanero, sin el pago previo de los tributos o gravámenes.
- f) Interna mercancías de una zona franca, zona de tratamiento aduanero especial o zona de tributación especial y sujeta a un régimen especial arancelario hacia el resto del

territorio nacional sin contar con la autorización de la Administración Aduanera, el pago previo de los tributos diferenciales o sin el cumplimiento de otros requisitos de ley.

g) Conduce en cualquier medio de transporte, hace circular, embarca, desembarca o transborda mercancías dentro del territorio nacional, sin que hayan sido sometidas al control aduanero.”

En efecto, esa distinción cuantitativa guarda relación con la evolución de la norma a través del tiempo. Así, en la versión inicial de la Ley No. 28008 del 19 de junio de 2003, el valor de la mercancía debía superar dos (2) unidades impositivas tributarias.

### **Ley No. 28008 de 2003. Ley de los delitos aduaneros. 19 de junio de 2003**

#### **“Artículo 1. Contrabando**

El que se sustrae, elude o burla el control aduanero ingresando mercancías del extranjero o las extrae del territorio nacional o no las presenta para su verificación o reconocimiento físico en las dependencias de la Administración Aduanera o en los lugares habilitados para tal efecto, **cuyo valor sea superior a dos Unidades Impositivas Tributarias**, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

La ocultación o sustracción de mercancías a la acción de verificación o reconocimiento físico de la aduana, dentro de los recintos o lugares habilitados, equivale a la no presentación.”

Posteriormente, a través del Decreto Legislativo No. 1111 del 29 de junio de 2012, se modificó dicho umbral y se estableció que el valor de la mercancía debía superar cuatro (4) unidades impositivas tributarias.

### **Decreto Legislativo No. 1111 de 2012. Decreto Legislativo que modifica la Ley de Delitos Aduaneros - Ley No. 28008. 29 junio 2012**

#### **“Artículo 1. Contrabando**

El que se sustrae, elude o burla el control aduanero ingresando mercancías del extranjero o las extrae del territorio nacional o no las presenta para su verificación o reconocimiento físico en las dependencias de la Administración Aduanera o en los lugares habilitados para tal efecto, **cuyo valor sea superior a cuatro (4) Unidades**

**Impositivas Tributarias**, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años, y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa.

La ocultación o sustracción de mercancías a la acción de verificación o reconocimiento físico de la aduana, dentro de los recintos o lugares habilitados, equivale a la no presentación.”

Este último criterio, referido a que el valor de la mercancía debía superar cuatro (4) unidades impositivas tributarias para la configuración del delito de contrabando, como se expuso, se mantiene en la regulación vigente conforme a lo establecido por el Decreto Legislativo No. 1542 de 2022.

En el mismo sentido, en el artículo 4° vigente de la Ley de delitos tributarios se señala que, para la configuración del delito de defraudación de rentas de aduana, el valor de los tributos u otro beneficio de cualquier índole indebidamente obtenido debe ser superior a una (1) unidad impositiva tributaria.

**Decreto Legislativo No. 1542 de 2022. Por la cual se modifica la Ley de los Delitos Aduaneros. 26 de marzo de 2022**

**“Artículo 4. Defraudación de rentas de aduana**

Comete delito de defraudación de rentas de aduana y es reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, el que, mediante trámite aduanero, valiéndose de artificio, engaño, astucia u otra forma fraudulenta:

- a) Deja de pagar en todo o en parte los tributos, recargos o cualquier otro importe a consecuencia de la utilización de documentación o información falsa, adulterada, indebida o incompleta, con relación al valor, calidad, cantidad, peso, especie, antigüedad, estado, origen, marca, código, serie, modelo, rotulado, etiquetado, u otra información de las mercancías, así como de la indebida asignación de la subpartida nacional.
- b) Obtiene o aprovecha ilícitamente una exoneración, inafectación, incentivo, devolución, beneficio tributario, beneficio aduanero u otro beneficio de cualquier índole indebidamente obtenido como consecuencia de la:

- i. Utilización de documentación o información falsa, adulterada, indebida o incompleta.
  - ii. Simulación total o parcial de una operación de comercio exterior.
  - iii. Sobrevaloración o subvaluación de las mercancías.
  - iv. Alteración de la cantidad, descripción, marca, código, serie, rotulado o etiquetado de las mercancías.
  - v. Indebida asignación de la subpartida nacional o indebida declaración del origen de las mercancías.
  - vi. Utilización o disposición indebida de las mercancías que ingresaron con inafectación, exoneración o suspensión del pago de tributos, destinándola a una finalidad distinta a la señalada por la normativa nacional.
- c) Consume, almacena, utiliza, sustrae o dispone de las mercancías en tránsito, transbordo, reembarque o durante su traslado a una zona franca, zona de tratamiento aduanero especial o zona de tributación especial, incumpliendo la legislación nacional.
- El delito de defraudación de rentas de aduana se configura cuando el monto de los tributos, recargos o cualquier otro importe no cancelados, o de la exoneración, inafectación, incentivo, devolución, beneficio tributario, beneficio aduanero u otro beneficio de cualquier índole indebidamente obtenido, en provecho propio o de terceros, sea superior a una (1) Unidad Impositiva Tributaria.**

Se entiende por recargos a los conceptos comprendidos en la definición prevista en el artículo 2 de la Ley General de Aduanas.”

En la versión inicial de dicho artículo contenido en la Ley No. 28008 del 19 de junio de 2003, respecto al delito de defraudación de rentas de aduana no se contempló ninguna referencia explícita al valor de la mercancía. La cual, como vimos, es introducida a través del Decreto Legislativo No. 1542 del 26 de marzo de 2022.

#### **Ley No. 28008 de 2003. Ley de los delitos aduaneros. 19 de junio de 2003**

##### **“Artículo 4.- Defraudación de Rentas de Aduana**

El que mediante trámite aduanero, valiéndose de engaño, ardid, astucia u otra forma fraudulenta deja de pagar en todo o en parte los tributos u otro gravamen o los derechos antidumping o compensatorios que gravan la importación o aproveche ilícitamente una franquicia o beneficio tributario, será reprimido con pena privativa de libertad no menor

de cinco ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.”

De igual manera, en el artículo 6° y 8° de la vigente versión de la Ley de delitos aduaneros se señala que, para la configuración del delito de receptación aduanera y el delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas, respectivamente, se requiere que el valor de las mercancías supere las cuatro (4) unidades impositivas tributarias. Véase, así:

**Decreto Legislativo No. 1111 de 2012. Por la cual se modifica la Ley de los Delitos Aduaneros. 29 de junio de 2012**

**“Artículo 6.- Receptación aduanera**

**El que adquiere o recibe en donación, en prenda, almacena, oculta, vende o ayuda a comercializar mercancías cuyo valor sea superior a cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias** y que de acuerdo a las circunstancias tenía conocimiento o se comprueba que debía presumir que provenía de los delitos contemplados en esta Ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.”

**Decreto Legislativo No. 1111 de 2012. Por la cual se modifica la Ley de los Delitos Aduaneros. 29 de junio de 2012**

**“Artículo 8.- Tráfico de mercancías prohibidas o restringidas**

**El que utilizando cualquier medio o artificio o infringiendo normas específicas introduzca o extraiga del país mercancías por cuantía superior a cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias** cuya importación o exportación está prohibida o restringida, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con setecientos treinta a mil cuatrocientos sesenta días multa.”

En efecto, nuevamente, dicha distinción cuantitativa guarda relación con la evolución legislativa. En la versión original de la Ley No. 28008 del 19 de junio de 2003, para la configuración del delito de Receptación aduanera, artículo 6°, y para el delito de Mercancías prohibidas o restringidas, artículo 8°, el valor de la mercancía debía superar dos (2) unidades impositivas tributarias. Véase, así:

**Ley No. 28008 de 2003. Ley de los delitos aduaneros. 19 de junio de 2003**

**“Artículo 6.- Receptación aduanera**

El que adquiere o recibe en donación, en prenda, almacena, oculta, vende o ayuda a comercializar mercancías cuyo valor sea superior a **dos Unidades Impositivas Tributarias** y que de acuerdo a las circunstancias tenía conocimiento o se comprueba que debía presumir que provenía de los delitos contemplados en esta Ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.”

**Ley No. 28008 de 2003. Ley de los delitos aduaneros. 19 de junio de 2003**

**“Artículo 8.- Mercancías prohibidas o restringidas**

El que utilizando cualquier medio o artificio o infringiendo normas específicas introduzca o extraiga del país mercancías por cuantía superior a **dos Unidades Impositivas Tributarias** cuya importación o exportación está prohibida o restringida, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años y con setecientos treinta a mil cuatrocientos sesenta días-multa.”

Finalmente, el artículo 33° vigente de la referida Ley de delitos aduaneros, destaca que, en efecto, en los casos del delito de contrabando, receptación aduanera y tráfico de mercancías prohibidas o restringidas, cuando el valor de las mercancías no supere las cuatro (4) unidades impositivas tributarias, los actos constituirán una infracción administrativa. Mientras que, en el delito de defraudación de rentas de aduana cuando el valor de los tributos u otro beneficio de cualquier índole indebidamente obtenido no supere una (1) unidad impositiva tributaria será de aplicación la Ley General de Aduanas, que regula un régimen administrativo y no uno penal. Véase, así:

**Decreto Legislativo No. 1542 de 2022. Por la cual se modifica la Ley de los Delitos Aduaneros. 26 de marzo de 2022**

**“Artículo 33. Infracción administrativa**

**Constituyen infracción administrativa los casos comprendidos en los artículos 1, 6 y 8 de la presente Ley cuando el valor de las mercancías no exceda de cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3 de la presente Ley.**

**En los casos comprendidos en el artículo 4, cuando el monto de los tributos, recargos o cualquier otro importe no cancelados, o de la exoneración, inafectación,**

**incentivo, devolución, beneficio tributario, beneficio aduanero u otro beneficio de cualquier índole indebidamente obtenido, en provecho propio o de terceros, no sea superior a una (1) Unidad Impositiva Tributaria, se aplica la Ley General de Aduanas.”**

De igual manera, en la versión inicial de la Ley No. 28008 del 19 de junio de 2003 se estableció que constituirían únicamente infracciones administrativas los casos de los artículos 1°, 2° y 6° cuando no excedan las dos (2) unidades impositivas tributarias. Posteriormente, como se explicó, a través del artículo 33° del Decreto Legislativo No. 1111 del 29 de junio de 2012, se subió dicho umbral a cuatro (4) unidades impositivas, criterio que se mantiene en la versión vigente.

**Ley No. 28008 de 2003. Ley de los delitos aduaneros. 19 de junio de 2003**

**“Artículo 33.- Infracción administrativa**

Constituyen infracción administrativa los casos comprendidos en los artículos 1, 2, 6 y 8 de la presente Ley **cuando el valor de las mercancías no exceda de dos Unidades Impositivas Tributarias**, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3 de la presente Ley.”

**Decreto Legislativo No. 1111 de 2012. Por la cual se modifica la Ley de los Delitos Aduaneros. 29 de junio de 2012**

**“Artículo 33.- Infracción administrativa**

Constituyen infracción administrativa los casos comprendidos en los artículos 1, 2, 6 y 8 de la presente Ley **cuando el valor de las mercancías no exceda de cuatro (4) Unidades Impositivas Tributarias**, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 3 de la presente Ley.”

Como se puede advertir, en el caso de los delitos aduaneros comentados, la separación o diferenciación entre la infracción penal y administrativa se compone principalmente en función de un criterio de naturaleza cuantitativa basado en el valor de la mercadería para calificar la gravedad de una conducta. Así, la legislación en materia aduanera ha regulado que infracciones pertenecen al campo del Derecho penal en función a la cuantía del valor de las mercancías afectadas.

Por otro lado, también encontramos a los delitos ambientales, en los cuales la legislación también introduce un criterio de gravedad para diferenciar los delitos ambientales de las sanciones administrativas. Vale decir, además, que en estos delitos la infracción de la normativa administrativa ambiental es incorporada por la legislación como un elemento del tipo penal.

A detalle, el artículo 304° vigente del Código Penal que regula el delito de contaminación del ambiente, dispone que este delito se configura cuando el agente, infringiendo la normativa extrapenal, realiza las acciones descritas en el tipo penal –provocación o realización–, provocando un perjuicio o alteración *grave* al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental. Véase, así:

**Decreto Legislativo No. 1351. Por la cual se modifica el artículo 304 del Código Penal. 7 de enero de 2017**

**“Artículo 304.- Contaminación del ambiente**

El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, **que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental**, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.”

En la versión inicial de dicho artículo, contenido en el Decreto Legislativo No. 635, no se contempló la referencia a la *gravedad* de la conducta. Véase, así:

**Decreto Legislativo No. 635. Código Penal. 08 de abril de 1991**

**“Artículo 304.- Contaminación del medio ambiente**

El que, infringiendo las normas sobre protección del medio ambiente, lo contamina vertiendo residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza por encima de los límites establecidos, y **que causen o puedan causar perjuicio o alteraciones en la flora, fauna y recursos hidrobiológicos**, será reprimido con pena privativa de

libertad, no menor de uno ni mayor de tres años o con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de un año o prestación de servicio comunitario de diez a treinta jornadas.”

Posteriormente, a través de la Ley No. 29263 publicada el 2 de octubre de 2008, se modificó el referido artículo y se añadió la referencia a la *gravedad* de la conducta, referencia que se mantiene hasta el artículo vigente. Véase, así:

**Ley No. 29263. Por la cual se modifica el artículo 304 del Código Penal. 02 octubre 2008**

**Artículo 304.- Contaminación del ambiente**

“El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, **que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental**, según la calificación reglamentaria de la autoridad ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.”

De igual manera, el artículo 306° del Código Penal que regula el delito de incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos, dispone que este delito se configura cuando el agente, infringiendo la normativa extrapenal –al establecer un vertedero de residuos sólidos sin autorización de la autoridad competente–, genera un riesgo que puede perjudicar *gravemente* el ambiente o la salud humana. Véase, así:

**Ley No. 29263. Por la cual se modifica el Título XIII del Código Penal. 02 de octubre de 2008**

**Artículo 306.- Incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos**

“El que, sin autorización o aprobación de la autoridad competente, establece un

vertedero o botadero de residuos sólidos **que pueda perjudicar gravemente la calidad del ambiente, la salud humana o la integridad de los procesos ecológicos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años.**

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de dos años.  
[...].”

En su antecedente legislativo, no se contempló la referencia a la *gravedad* de la conducta. Véase, así:

**Decreto Legislativo No. 635. Código Penal. 08 de abril de 1991**

**Artículo 307.- Incumplimiento de las normas sanitarias**

“El que deposita, comercializa o vierte desechos industriales o domésticos en lugares no autorizados **o sin cumplir con las normas sanitarias y de protección del medio ambiente**, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

Cuando el agente es funcionario o servidor público, la pena será no menor de uno ni mayor de tres años, e inhabilitación de uno a dos años conforme al artículo 36, incisos 1, 2 y 4.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de un año.  
[...].”

Es así como, en ambos delitos ambientales, la legislación ha dispuesto como elemento típico la infracción de normativa administrativa ambiental. Además, se advierte expresamente que ha ponderado que tendrá vocación de ser sancionada penalmente la conducta que afecte *gravemente* el ambiente o sus componentes. Aunque inicialmente esta referencia no estaba contemplada, en los artículos vigentes es un elemento típico indispensable. Por otro lado, vale mencionar también que en el caso del delito de contaminación del ambiente se ha tipificado la lesión, así como la amenaza de lesión. Es decir, se ha regulado una modalidad de delito de resultado y una de delito de peligro. Mientras que, en el caso, del delito de incumplimiento de las normas relativas al manejo de residuos sólidos se ha tipificado únicamente la potencialidad de lesión, es decir, la fórmula legislativa apunta a un delito de peligro.

Por último, para terminar esta sección conviene hacer referencia al delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo. Así, en este delito se ha tipificado como elemento del tipo la infracción de normas de seguridad y salud en el trabajo, que deben ser

inobservadas deliberadamente, y, además, en la modalidad del delito de peligro, ha señalado que se debe poner en peligro la vida salud o integridad física de los trabajadores de manera *grave*. Mientras que en la modalidad que regula el delito de lesión, se sanciona el resultado de muerte o la lesión grave.

**Decreto de Urgencia No. 44-2019. Por la cual se modifica el artículo 168-A del Código Penal. 30 de diciembre de 2019**

**Artículo 168-A.- Atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo**

“El que, **deliberadamente, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo** y estando legalmente obligado, **ponga en peligro inminente la vida, salud o integridad física de sus trabajadores de forma grave**, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si, como consecuencia de la **inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, se causa la muerte del trabajador o terceros o le producen lesión grave**, y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años en caso de muerte y, no menor de tres ni mayor de seis años en caso de lesión grave.”

Dicho delito fue incorporado a la legislación penal a través de la Ley No. 29783, publicada el 20 de agosto de 2011. En su regulación inicial no se encuentra ninguna referencia literal referida a la gravedad de la conducta. Véase, así:

**Ley No. 29783. Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. 20 de agosto de 2011**

**Artículo 168-A.- Atentado contra las condiciones de seguridad e higiene industriales**

“El que, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado, no adopte las medidas preventivas necesarias para que los trabajadores **desempeñen su actividad, poniendo en riesgo su vida, salud o integridad física**, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cinco años.

Si, como consecuencia de una inobservancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo, ocurre un accidente de trabajo con consecuencias de muerte o lesiones graves,

para los trabajadores o terceros, la pena privativa de libertad será no menor de cinco años ni mayor de diez años.”

Posteriormente, dicho artículo fue modificado por la Ley No. 30222, del 11 de julio de 2014, en esta nueva disposición tampoco se contempla una referencia a la gravedad de la conducta. Sin embargo, se añade un elemento subjetivo adicional consistente en la inobservancia *deliberada* de la normativa de seguridad y salud en el trabajo. Véase, así:

**Ley No. 30222. Ley que modifica la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. 11 de julio de 2014**

**Artículo 168-A.- Atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo**

“El que, **deliberadamente**, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado, y **habiendo sido notificado previamente** por la autoridad competente por no adoptar las medidas previstas en éstas y como consecuencia directa de dicha inobservancia, **ponga en peligro inminente la vida, salud o integridad física de sus trabajadores**, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si, como consecuencia de la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, se causa la muerte del trabajador o terceros o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años en caso de muerte y, no menor de tres ni mayor de seis años en caso de lesión grave.

Se excluye la responsabilidad penal cuando la muerte o lesiones graves son producto de la inobservancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte del trabajador.”

Así, conforme se expuso, en el caso del delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, en la legislación vigente –artículo modificado a través del Decreto de Urgencia No. 44-2019– se incorporó la graduación de gravedad de la conducta sancionada.

En suma, en algunos supuestos, la legislación nacional establece criterios cuantitativos diferenciadores entre el ilícito administrativo y el ilícito penal. Este enfoque se observa con

claridad en los delitos aduaneros, donde la ley fija un estándar consistente en el valor de la mercancía, expresado en unidades impositivas tributarias, para determinar cuándo una conducta trasciende el ámbito administrativo y adquiere relevancia penal. De manera similar, en los delitos ambientales y en delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, en la legislación vigente, se emplea un criterio de gravedad que permite delimitar las sanciones administrativas de las penales.

#### **4. Situación jurisprudencial sobre la distinción entre el ilícito administrativo y el ilícito penal**

Respecto a la posición jurisprudencial, a nivel nacional, encontramos tres pronunciamientos importantes de la Corte Suprema que bosquejan las diferencias entre el ilícito penal del ilícito administrativo en función a tres delitos distintos.

En primer lugar, se encuentra el Acuerdo Plenario No. 1-2007/ESV-22, en el que se fijó como criterio vinculante el fundamento cuarto y quinto del Recurso de Nulidad No. 2090-2005, del 16 de noviembre de 2007. Esta sentencia se pronunció sobre las diferencias entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal en función a las sanciones disciplinarias y el delito de peculado previsto en el artículo 387° del Código Penal<sup>2</sup>. Véase, así:

#### **Recurso de Nulidad 2090-2005. Corte Suprema (Calderón Castillo, Jorge). 16 de noviembre de 2007**

<sup>2</sup>

##### **Código Penal**

##### **“Artículo 387. Peculado doloso y culposo**

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

La pena será privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de naturaleza perpetua, y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa, cuando ocurra cualquiera de los siguientes supuestos:

1. El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella.
2. Los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social o de desarrollo.
3. El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.
4. El valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias.

Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo o inclusión social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años y con ciento cincuenta a doscientos treinta días-multa.”

“Cuarto: Que el procedimiento administrativo sancionador busca garantizar sólo el funcionamiento correcto de la Administración Pública, las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas para el buen orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas y, como tal, suponen una relación jurídica específica y conciernen sólo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción, como acontece en general con las normas jurídicas penales; que las medidas disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos sus miembros y el **Derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad sino por criterios de afectación general, de suerte que la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos y generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia a reglas de ordenación; que, en cambio, el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa.**”

Quinto: Que el principio ne bis in idem materia tiene conexión con los principios de proporcionalidad y de legalidad, el primero se encuentra vinculado a la llamada “prohibición de exceso”, esto es, sancionar más de una vez por el mismo contenido injusto implica imponer una sanción no prevista en la ley, puesto que el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal establece que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho; y, el principio de legalidad garantiza la seguridad jurídica debido que sólo se puede sancionar conductas que se encuentran tipificados previamente.”

Como se desprende los fundamentos previamente citados, en este pronunciamiento la Corte Suprema se decanta por reconocer que el delito siempre encierra un mayor contenido de injusto y culpabilidad en comparación a la infracción administrativa. Esto en el entendido de que la lesividad de la conducta y el menoscabo del bien jurídico tutelado se presenta en una mayor proporción en el ámbito de los injustos penales.

En segundo lugar, encontramos lo señalado por la Corte Suprema en la Casación No. 169-2012-Ancash de fecha 12 de setiembre del 2013, que bosqueja las diferencias entre la sanción

administrativa y la penal a razón del delito de omisión de actos funcionales previsto en el artículo 377° del Código Penal<sup>3</sup>. Véase, así el Fundamento jurídico No. 12:

**Casación No. 169-2012-Áncash. Corte Suprema (Neyra Flores, José Antonio). 12 de septiembre de 2013**

“Décimo segundo: Que, como indicamos, **la diferencia entre la conducta penal y la administrativa en este tipo penal la constituye la existencia del dolo de realizar un acto ilegal**. El dolo como parte de la estructura de la teoría del delito se ubica como un elemento subjetivo del tipo penal; sin embargo, esto no quiere decir que para declarar fundada una excepción de improcedencia de acción con la sola lectura de la imputación se puede deducir la ausencia de dolo en el actuar del sujeto, pues el dolo implica conocer que se realiza un acto contrario al derecho, tipificado en la norma, este conocimiento, o desconocimiento, se tiene que acreditar con los diversos medios de prueba que acepta la Ley procesal; pero su valoración se realiza en el acto de juicio oral, por ello, generalmente, el dolo no puede ser materia de una excepción de improcedencia de acción. Excepcionalmente, puede fundamentar este tipo de resoluciones.”

Conforme al fundamento expuesto, la Corte Suprema en esta sentencia señala que, en el delito de omisión de actos funcionales, la diferencia entre la conducta penal y la administrativa radica en la existencia de dolo. Además de esta mención, la Corte Suprema no ahonda más en precisar su criterio en esta casación dando una respuesta incompleta en tanto que el criterio subjetivo – dolo o culpa– emerge en nuestro actual sistema del delito en un nivel de análisis posterior a la determinación de si una conducta es penalmente relevante.

Por último, también tenemos el Acuerdo Plenario No. 2.B-2023/CIJ-112 de fecha 28 de noviembre de 2023 que aborda la diferencia entre la infracción administrativa y el delito de contaminación ambiental regulado en el artículo 304° del Código Penal<sup>4</sup>. Así, en dicho Acuerdo

---

<sup>3</sup> **Código Penal**

**“Artículo 377. Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales**

El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa.

Cuando la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales esté referido a una solicitud de garantías personales o caso de violencia familiar, la pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.”

<sup>4</sup> **Código Penal**

**“Artículo 304.- Contaminación del ambiente**

Plenario se fijó los fundamentos jurídicos 34° y 35° como criterios de interpretación, los cuales señalan lo siguiente:

**Acuerdo Plenario No. 2.B-2023/CIJ-112. Corte Suprema. 28 de noviembre de 2023**  
«34°. ∞ [...] Dicho de otra manera, **no basta la infracción de las normas extrapenales, sino también que la conducta sea potencialmente peligrosa para causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente.** De tal forma que, la sola infracción de las normas administrativas no supone la configuración típica, sino que, además se requiere, y aquí se **distingue de la infracción administrativa, que la conducta sea idónea para causar o producir un peligro en el equilibrio del medio ambiente.**

“La **exigencia de la idoneidad** deja más clara la diferencia entre el injusto específicamente penal y el administrativo” [FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO: Seguridad Colectiva y Peligro Abstracto. Sobre la Normativización del peligro, p. 315]; criterio que este Tribunal Supremo ha dejado sentado, cuando se ha sostenido que “**el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa**” [Acuerdo Plenario 1-2007/ESV-22. Ejecutoria vinculante, R.N. 2090-2005. Fundamento cuarto].

35°. En esa perspectiva, **para examinar la idoneidad de la conducta peligrosa resulta apropiado tener en cuenta, entre otros, la calidad y/o propiedades del vertimiento, emisiones, filtraciones o radiaciones; la intensidad, la temporalidad, continuidad o reiteración de la conducta contaminante; y, la extensión y continuidad de sus efectos en el equilibrio del medio ambiente.** Ello implica un juicio de valor que el juez debe explicitar caso por caso.”

De esta manera, en dicho pronunciamiento, la Corte Suprema indica que las diferencias entre un ilícito administrativo y uno penal en el marco del delito de contaminación ambiental radican

---

El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.”

en que la conducta sancionada por el Derecho penal debe ser idónea para causar o producir un peligro. Es decir, existe una exigencia de idoneidad ligada a que el delito debe tener un mayor contenido de injusto y de culpabilidad. Así, además, se referencia al Recurso de Nulidad No. 2090-2005 del 16 de noviembre de 2007, en la cual se aboga por aceptar los postulados de la tesis cuantitativa.

Por último, es factible comentar la Sentencia 8544/79 del 21 de febrero de 1984 emitido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Caso Öztürk v. Alemania. El origen de este caso proviene de una demanda dirigida por el señor Abdulkaki Öztürk contra el Gobierno Alemán presentada ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, en la cual se invoca la violación del artículo 6° del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, la cual establece lo siguiente:

**Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales**

**“Artículo 6**

1. Toda persona tiene derecho a que se vea su causa con justicia (...) por un tribunal independiente e imparcial (...) que decidirá (...) sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella (...).
2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que se declare legalmente su culpabilidad.
3. Todo acusado tiene derecho especialmente a: (...)
  - e) Ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.”

Los hechos del caso están referidos a que el 27 de enero de 1978, el ciudadano turco Öztürk, mientras conducía su vehículo en Alemania Federal, colisionó con otro estacionado. La policía intervino de inmediato y remitió el caso a la autoridad administrativa, que le impuso una multa de 60 marcos alemanes (DM) por haber causado un accidente debido a una conducción imprudente. Disconforme con la sanción, Öztürk interpuso un recurso ante la autoridad judicial competente. El proceso se llevó a cabo de manera oral con la asistencia de un intérprete. No obstante, tras ser escuchado, el señor Öztürk decidió retirar su demanda, lo que conllevó a la confirmación automática de la decisión administrativa que le imponía la multa.

Posteriormente, el Tribunal determinó que el señor Öztürk debía asumir los costos del procedimiento y sus propios gastos, fijando un monto total de 184,70 DM, de los cuales 63,90 DM correspondían a los servicios del intérprete. Frente a esta resolución, el señor Öztürk impugnó la obligación de pagar por el intérprete, argumentando que ello vulneraba el literal e) del inciso 3) del artículo 6° del Convenio Europeo de Derechos Humanos:

**Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales**

**“Artículo 6**

3. Todo acusado tiene derecho especialmente a: (...)

**e) Ser asistido gratuitamente por un intérprete si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.”**

La controversia de fondo en este caso radica en la aplicabilidad de las garantías propias del Derecho penal a los procedimientos sancionatorios administrativos. El señor Öztürk sostenía que, al tratarse de una sanción impuesta por el Estado, tenía derecho a la gratuidad del intérprete, al igual que en un proceso penal.

Al respecto, el gobierno alemán no amparó los argumentos de Öztürk, señalando que el administrado no fue acusado de una infracción penal y se trató de una mera contravención administrativa, por lo que no resultan aplicables las garantías del artículo 6° del Convenio Europeo de Derechos Humanos. De esta manera, en el fondo, se decanta por argumentar la existencia de una diferencia ontológica entre ambas ramas del Derecho, por lo que no es posible aplicar las garantías del proceso penal al campo de las contravenciones. Véase, así:

**Sentencia 8544/79. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 21 de febrero de 1984**

“52. [...] Por el contrario, el Gobierno la consideraba incluida en las infracciones de escasa importancia que ascienden a unos cinco millones cada año en la República Federal y que son completamente distintas de las penales. La sociedad, por medio del Derecho penal, protege sus propios fundamentos y los derechos e intereses básicos para la vida de la colectividad.

**El Derecho de las «Ordnungswidrigkeiten» pretende, sobre todo, mantener el orden. Por lo general, y en cualquier caso en el presente, las «contravenciones administrativas» no ponen de manifiesto una conducta indigna que merezca a su**

**autor el juicio desfavorable («unwerturteil») propio de la pena («Strafe»).** La diferencia que existe entre ellas y las infracciones penales se manifiesta tanto en el procedimiento como en las sanciones y en las demás consecuencias jurídicas.”

Al respecto el Tribunal señala lo siguiente:

**Sentencia 8544/79. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 21 de febrero de 1984**

“53. [...] Carece de importancia averiguar si el precepto legal infringido por el señor Öztürk tiende a proteger los derechos e intereses de los demás o, solamente, a satisfacer las exigencias de la circulación. **Las dos finalidades no se excluyen**, y, sobre todo, el carácter general de la norma y el objeto, a la vez preventivo y represivo, de la sanción bastan para demostrar, en relación al artículo 6 del Convenio, la naturaleza penal de la infracción a que se refiere este litigio. **Sin duda, se trataba de una infracción leve que no ponía en peligro la buena fama de su autor, pero no por ello dejaba de incidir en el ámbito del artículo 6.** No hay, en efecto, ningún motivo para suponer que la infracción penal («criminal offence»), a tenor del Convenio, implique necesariamente determinada gravedad.”

De esta manera, el Tribunal señala que en este caso el literal e) del inciso 3) del artículo 6° del Convenio Europeo de Derechos Humanos era aplicable por lo que el gobierno alemán debió ofrecer al señor Öztürk la posibilidad de disponer de un intérprete gratuito. Esto en tanto que, la garantía que supone el artículo 6° del Convenio Europeo de Derechos Humanos dirigida a infracciones penales también es de atención para el caso de las contravenciones. Esto debido a que el Tribunal es claro al señalar que las finalidades del Derecho penal y de las contravenciones no son excluyentes. Más aún, reconoce que la infracción administrativa atribuida al señor Öztürk es de carácter leve, sin embargo, conforme se encuentra regulado el Convenio Europeo de Derechos Humanos, no es necesario constatar determinada gravedad para la aplicación de las garantías solicitadas por Öztürk.

Así, el Tribunal sostiene que no tiene importancia determinar si la infracción del señor Öztürk busca proteger las exigencias administrativas vinculadas a la circulación o proteger derechos e intereses. En el fondo, a ambos campos del Derecho, al no tener diferencias ontológicas, se les aplica las mismas garantías contenidas en el artículo 6° del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Entonces, a partir del análisis jurisprudencial expuesto, se constata que la Corte Suprema sostiene en el Recurso de Nulidad No. 2090-2005 del 16 de noviembre de 2007 y el Acuerdo Plenario No. 2.B-2023/CIJ-112 de fecha 28 de noviembre de 2023, que los ilícitos penales encierran un mayor contenido de injusto y culpabilidad, que se expresa en la gravedad de la conducta y el correspondiente mayor menoscabo del bien jurídico. Por otro lado, en la Casación No. 169-2012-Ancash de fecha 12 de setiembre del 2013, la Corte Suprema alega que el componente subjetivo adquiere especial relevancia en la diferenciación entre ambas categorías sancionadoras.

Finalmente, el análisis de la jurisprudencia internacional, en particular la Sentencia 8544/79 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, evidencia que la diferenciación entre ambos regímenes sancionadores es relevante para la aplicación de las garantías procesales. En este pronunciamiento, el Tribunal termina por rechazar la postulación del Gobierno Alemán, según el cual existiría una diferencia sustancial entre ambas ramas del Derecho.

A lo largo de este capítulo se ha examinado el fenómeno de la expansión del Derecho penal y su impacto en la delimitación entre el ilícito penal y el ilícito administrativo. Desde las propuestas de Hassemer, Ferrajoli y Silva Sánchez, se ha evidenciado que la expansión del *ius puniendi* ha generado una progresiva difuminación de los límites entre ambas manifestaciones sancionadoras del Estado. Mientras que algunos autores abogan por preservar un núcleo rígido del Derecho penal y trasladar los nuevos riesgos al ámbito administrativo, otros proponen modelos intermedios que reconozcan la necesidad de una respuesta penal flexible, pero sin renunciar a los principios garantistas.

Además, se han expuesto los principales fundamentos de los defensores de la tesis cualitativa, que abogan por reconocer una diferencia ontológica entre el Derecho penal y el Derecho administrativo. Al igual que los que suscriben una tesis cuantitativa, quienes fundamentan que entre el ilícito penal y el ilícito administrativa existe una diferencia basada en la gravedad de la conducta. Asimismo, se ha expuesto que existen algunas conductas que debido al grado de gravedad que encierran, únicamente pueden pertenecer al campo del Derecho penal.

Por último, se ha demostrado que tanto la legislación como la jurisprudencia nacional e internacional han adoptado distintos criterios para distinguir entre infracciones administrativas y delitos. En particular, se ha resaltado la importancia de la gravedad de la conducta, la

idoneidad del riesgo y el contenido de injusto como elementos clave para justificar la intervención penal. Más aún en el caso peruano, la jurisprudencia y la legislación nacional se aproximan a una postura cuantitativa para diferenciar el ilícito penal del ilícito administrativo.

### **CAPÍTULO III. TOMA DE POSTURA SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE EL ILÍCITO ADMINISTRATIVO Y EL ILÍCITO PENAL EN EL CAMPO DE LOS DELITOS DE PELIGRO**

En los capítulos anteriores se ha expuesto el fenómeno de la expansión del Derecho penal en el contexto de la *sociedad del riesgo*, así como la creciente difuminación de los límites entre el ilícito penal y el ilícito administrativo. En este capítulo se busca tomar una postura crítica frente a dicha problemática, evaluando las principales propuestas doctrinales y proponiendo una distinción basada en la gravedad de la conducta y la función comunicativa de la pena, bajo la consideración de que la función del Derecho penal es el mantenimiento de la vigencia normativa. Para ello, se analizarán las teorías cualitativa y cuantitativa, se argumentará a favor de una visión funcional–normativa del Derecho penal, y se proyectará el análisis a dos campos normativos concretos: el delito de contaminación ambiental regulado en el artículo 304° del Código penal, y delito de atentado contra la seguridad y salud en el trabajo regulado en el artículo 168-A° del Código Penal.

#### **1. Balance de las propuestas doctrinales en la discusión de los delitos de peligro**

En el contexto de la modernidad avanzada la *sociedad del riesgo* ha generado una profunda transformación en las estructuras estatales y en los mecanismos jurídicos de control social. La creciente presencia de riesgos colectivos, difusos y difíciles de individualizar ha impulsado una reconfiguración del rol del Estado, que ha pasado de ser un proveedor de bienes y servicios esenciales a convertirse en un ente preventivo y vigilante. Esta mutación institucional responde a la necesidad de gestionar la incertidumbre generada por el desarrollo técnico–económico, lo que ha llevado a una ampliación de la potestad regulatoria estatal y a una intervención anticipada en las esferas jurídicas de los ciudadanos.

En este escenario, el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador emergen como herramientas normativas dentro de la estrategia de contención frente a los nuevos riesgos. La expansión de los riesgos ha difuminado los límites entre ambas ramas, generando un punto de encuentro en el que se articulan nuevas formas de control y sanción. Particularmente, se observa un fenómeno de expansión del Derecho penal, que incorpora técnicas propias del Derecho administrativo y adopta un enfoque preventivo, orientado a la protección anticipada de bienes jurídicos.

Una manifestación concreta de esta expansión es el surgimiento de la técnica legislativa de los delitos de peligro, que permiten la intervención penal sin necesidad de comprobar una lesión efectiva, bastando la mera puesta en peligro de un bien jurídico. Esta técnica legislativa responde tanto a la dificultad de definir con precisión ciertos bienes jurídicos –especialmente en ámbitos como el económico o el medioambiental– como a la necesidad de establecer límites claros frente a los riesgos permitidos en una sociedad caracterizada por la interacción anónima y la complejidad global.

### **1.1. La nueva configuración del Estado y la sociedad**

La *sociedad del riesgo* se enfrenta al dilema de no detener el desarrollo económico mientras que debe actuar frente a los riesgos que se van generando con rapidez. Precisamente, la *sociedad del riesgo* se caracteriza por la presencia de riesgos colectivos y difusos, que suelen no quedar definidos por criterios espaciales, temporales o personales. Además, debido a su naturaleza no es posible asignar fácilmente responsabilidad personal sobre estas, dado que son difícilmente controlables o individualizables.

En este contexto, se debe entender que toda invención humana que provoca una nueva tecnología no solo conlleva un cambio en la estructura industrial, sino que encierra un cambio social que puede llegar a alterar la composición de las dinámicas sociales. Por ello, en esta era de la modernidad avanzada existe una aguda percepción de la importancia de gestión de los riesgos de origen humano generado por el desarrollo técnico-económico.

Indiscutiblemente la gestión de los riesgos en este contexto puede implicar una reorganización del poder y la competencia entre los agentes económicos y el Estado. A menudo, las propuestas para la gestión de los riesgos se injertan en los intentos de dinamizar –o, en todo caso, robustecer– los fundamentos del sistema político económico. Es así como las funciones clásicas del Estado asociadas a la generación de bienes y servicios esenciales han sido desplazadas, emergiendo un Estado preventivo en el que la anticipación y mitigación de riesgos son funciones cada vez más demandadas por la sociedad.

Entonces, en respuesta al abandono del Estado prestador y su transición a ser el garante de la prestación –lo que implica ampliar su potestad regulatoria, en particular, la vigilancia de los mercados– emerge el Estado preventivo o Estado vigilante. Esto conlleva a adelantar la

intervención del Estado en todas las esferas jurídicas de los ciudadanos de tal manera que se orienta la intervención estatal a la prevención de riesgos y no solo a la reacción post consumativa.

El Estado preventivo está orientado a garantizar la seguridad de la sociedad. En este escenario, la sociedad demanda que el rol del Derecho sea el de construir confianza mediante el manejo de la incertidumbre. Tomando la división propuesta por Steiker (1998) se puede señalar que el Estado preventivo para la gestión de riesgos despliega medidas punitivas que pertenecen al espectro de la legislación penal y procesal, y medidas no punitivas, es decir, que no acarrear sanciones penales. Es decir, simplificando el planteamiento para efectos del presente trabajo, políticas que le pertenecen al campo del Derecho penal y otras al Derecho administrativo sancionador.

En este escenario, es clave entender que la potestad sancionadora de la administración y la potestad sancionadora del Derecho penal son manifestaciones del *ius puniendi* genérico que ostenta el Estado. Dado que ambas manifestaciones representan la potestad del Estado para reprimir conductas no deseadas y alcanzar los fines constitucionales del Estado de Derecho. Para efectos prácticos, pueden ser entendidos como ámbitos de actuación complementarios dentro de la estrategia represiva que ostenta el Estado para enfrentar la nueva criminalidad.

Sin embargo, trayendo a colación la nueva configuración de la sociedad, es posible advertir que muchos ámbitos regulados y sancionados por el Derecho administrativo han ingresado al ámbito del Derecho penal, al igual que muchas garantías y mecánicas propias del Derecho penal vienen estructurando el poder sancionatorio de la administración. Esto incluso tiene sus antecedentes más primigenios en el desplazamiento del Estado absoluto al Estado liberal influido por la revolución francesa, en el cual, como señala Lozano (1990) se produce una eliminación progresiva del poder sancionador general de la administración pública generándose un fenómeno de jurisdiccionalización.

Así, en los Estados contemporáneos se han trasladado los ilícitos que antes eran exclusivamente competencia del Derecho administrativo sancionador al Derecho penal. Mientras que, en principio, el Derecho administrativo ha ido emergiendo como un elemento de control social alternativo, colaborando con la prevención y punición de ilícitos de menor relevancia social.

Además, se han otorgado al administrado las garantías sustanciales y procesales del Derecho penal como los principios de legalidad, tipicidad, presunción de inocencia, entre otros.

Asimismo, y en lo que se asienta esta investigación, en medio de esta retroalimentación entre el Derecho penal y Derecho administrativo sancionador para afrontar la demanda de seguridad que provoca la expansión generalizada de riesgos, se ha generado un punto de encuentro en el que los límites entre el injusto penal y el injusto administrativo son cada vez más difusos. En este escenario, la transformación del Estado en un ente preventivo ha generado una convergencia entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, lo que exige repensar los criterios que delimitan sus respectivos ámbitos de actuación.

## **1.2. El fenómeno de los delitos de peligro como manifestación de la expansión del Derecho penal**

En este marco de expansión del poder punitivo estatal y de la creciente difuminación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, se observa una manifestación particularmente significativa: el surgimiento y consolidación de los delitos de peligro.

El fenómeno de la expansión del Derecho penal es la respuesta de este último a los fenómenos sociales, jurídicos y políticos que tienen lugar en la *sociedad del riesgo*, que finalmente generan que el Derecho penal expanda sus alcances para incorporar el enfoque preventivo en su estructura. Así, cuestiones que antes solo tenían consecuencias en el plano administrativo sancionador, ahora lo tienen en el plano penal, particularmente, la referencia se hace hacia los delitos de peligro. De tal manera que, un mismo bien jurídico, puede ser protegido por técnicas administrativas o penales. En este entendido, Silva (2006) señala que no solo se advierte que el Derecho penal adopta el enfoque y la lógica del Derecho administrativo sancionador, sino que se vuelve en un instrumento para la gestión cotidiana de grandes problemáticas sociales.

Como apunta Silva (2025) la expansión del Derecho penal responde a varias causas, no todas de ellas irrazonables. Un motivo ilógico podría ser la fascinación simbólica desmedida por el Derecho penal, ignorándose la posibilidad de soluciones jurídicas alternativas, dejándose arrastrar quien legisla por la fascinación simbólica que parece poseer la legislación penal en nuestra sociedad. La sociedad demanda una respuesta desde el Derecho penal pero la reacción estatal no solo debe provenir desde esta rama.

Desde el lado más razonable, la expansión del Derecho penal responde a la aparición de nuevos bienes jurídicos importantes para afrontar la criminalidad organizada y, en general, las nuevas formas de criminalidad. En efecto, prácticamente ningún bien jurídico inmerso en el Derecho penal económico es en sí mismo preciso, siendo necesario que la academia destine esfuerzos en delimitarlos.

Sin embargo, por encima de la legitimación o no de todo el fenómeno expansivo, lo cierto es que coincido con Silva (2006) cuando señala que no se puede volver a un estadio anterior, esto es, a un Derecho penal clásico –o Derecho penal liberal– en estricto. Asimismo, tampoco es posible reconducir gran parte del fenómeno expansivo del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador.

Ahora bien, frente al escenario descrito en la que los peligros se caracterizan por tener potencialidad de alcance global, y como parte del fenómeno expansivo del Derecho penal descrito, surge la técnica legislativa de los delitos de peligro. Sin duda, frente a las demandas antes expuestas, surge la necesidad de anticipar la intervención penal, prescindiendo en principio del requisito de una lesión efectiva de los bienes jurídicos y fundamentando la imposición de una pena con la mera puesta en peligro de estos.

Por otro lado, para otros autores como Feijoo y Paredes, la técnica de los delitos de peligro también responde a la dificultad para precisar suficientemente la definición del bien jurídico protegido por la norma penal y, con ello, para establecer el momento en el que el mismo puede considerarse lesionado. Esto particularmente cobra importancia en marco de la legislación económica, dado que como se adelantaba, en este ámbito muy pocos bienes jurídicos pueden ser definidos en términos precisos, por ejemplo, en relación con la competencia de los mercados, el medio ambiente, y el fenómeno de la criminalidad organizada.

Respecto a los fundamentos para su legitimación, Jakobs (2003) señala que, en términos de penalizar determinados los riesgos, debido a los contactos anónimos de la sociedad contemporánea, es imposible prever la visión del riesgo de la persona con la que uno se encuentra en cada interacción. Motivo por el cual es imperativo que la legislación defina qué modalidades de conducta significan una actuación que traspasa los límites del riesgo permitido. Así, suscribo su postura acerca de que el límite mínimo a ser considerado para la legitimación de un delito de peligro abstracto es que no se puede hacer responder penalmente a un ciudadano

por sus meros pensamientos. De esta manera, es mandatorio que exista un comportamiento externo perturbador (Jakobs, 1997).

La justificación para ello radica en que permitir la intromisión del Estado en el ámbito interno de los ciudadanos trae consigo que se hagan difusos los límites para la anticipación de punibilidad. Así, se deben establecer legalmente cuáles son los comportamientos del ámbito privado de un ciudadano que deben ser considerados abstractamente peligrosos sin tomar bajo consideración el contexto de planificación del sujeto (Jakobs, 1997). Por ejemplo, la producción de documentos ilegítimos solo será punible si se sanciona al autor por la conducta en abstracto sin considerar el dolo particular con el que actúa, pues esto último pertenece a su ámbito interno, y, en todo caso, dentro del sistema de imputación corresponde a ser analizado en un siguiente nivel, luego de categorizar una conducta como penalmente relevante. De esta manera, se tiene que el tipo penal declara punible una acción de manera abstracta y con completa independencia de la concreta situación de la acción (Lesch, 2016).

En suma, los delitos de peligro representan una manifestación paradigmática de la expansión del Derecho penal en la *sociedad del riesgo*. Su surgimiento responde tanto a la necesidad de anticipar la intervención estatal frente a amenazas difusas como a la dificultad de definir con precisión los bienes jurídicos en contextos complejos como el económico o el medioambiental. Esta técnica legislativa, al permitir la punición sin lesión efectiva, trae a la reflexión la vigencia de las teorías acerca de la función del Derecho penal, usualmente asociada por un sector de la doctrina, a la protección de los bienes jurídicos.

## **2. La función del Derecho penal y la distinción entre el ilícito penal y el ilícito administrativo**

El sistema jurídico emerge como un sistema social parcial ya que tiene lugar dentro de la sociedad, de esta manera, la solución de un problema social a través del Derecho penal se retroalimenta de las características de la sociedad. La sociedad de nuestros días tiene un fuerte sello contemporáneo post industrial, en la que existe una demanda por la gestión de riesgos e incertidumbre por parte del Estado, lo cual provoca el fenómeno descrito por Jesús Silva como *la expansión del Derecho penal*.

Así pues, entre la sociedad y el Derecho penal existe una dependencia recíproca, de tal manera que al Derecho penal se le pide asimilar los nuevos problemas sociales, mientras que se le señala a la sociedad cuales son las máximas indisponibles (Jakobs, 2000). En efecto, el sistema jurídico penal al ser un sistema abierto de comunicación por lo que es mandatorio que se permita introducir nuevas variaciones en su configuración para perfeccionar la comunicación normativa y ajustar su legitimación al sector social donde la conducta es calificada como delictiva (Caro John, 2010).

En este contexto, es que la discusión acerca de la distinción entre el injusto penal y el injusto administrativo cobra aún mayor relevancia de cara a contornear los límites del poder punitivo del Estado. Esto sin perder de vista que la cuestión acerca de que conductas merecen una pena, conforme señala Ferrajoli (1995) tiene por lo menos que prever que la pena no tiene únicamente la función de prevenir la comisión de delitos injustos, sino también de evitar la imposición de castigos arbitrarios o desproporcionados.

Para responder dicha cuestión, parte de la doctrina opta por defender una tesis cualitativa –según la cual entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador existe una diferencia ontológica–, mientras que otra por una tesis cuantitativa –según la cual existe únicamente una diferencia basada en la gravedad de la conducta–. Sin embargo, para que dichas propuestas puedan dar una respuesta completa a la delimitación del campo de intervención del Derecho penal y del Derecho administrativo, es mandatorio vincular dicha discusión con la comprensión de la función del Derecho penal en la sociedad contemporánea.

Así, la propuesta que se sostiene en el presente trabajo es que existe una diferencia de grado entre el Derecho penal y el Derecho administrativo basada en el quantum de la gravedad de la conducta. Esta diferencia cuantitativa se comprende cabalmente bajo la consideración de que la función del Derecho penal es la protección de normas de conducta, teniendo en consideración que la pena tiene en nuestro sistema un sentido comunicativo. Noción que se hace aún más evidente de cara al fenómeno de la expansión del Derecho penal materializado en el aumento de delitos de peligro. Sin embargo, atendiendo a las características del sistema penal, también se deberá reconocer que existen conductas que solo pertenecen al campo del Derecho penal.

## 2.1 La función del Derecho penal como protección de bienes jurídicos y la tesis cualitativa

La tesis que propugna una diferencia cualitativa entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador señala que solo el Derecho penal protege bienes jurídicos. Mientras que el Derecho administrativo sancionador se encarga de proteger el cumplimiento de los mandatos de la administración. Esta propuesta se solidifica más si se considera que, para un sector de la doctrina, la función del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos. Sin embargo, los bienes jurídicos también pueden ser protegidos desde el Derecho administrativo sancionador por lo que la esencia de la función del sistema penal no puede provenir de dicha noción. Además, la distinción ontológica que defiende la teoría cualitativa tampoco puede tener asidero en un sistema como el nuestro en el que se reconoce que el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador son manifestaciones del mismo *ius puniendi* estatal.

La teoría que señala que la función del Derecho penal es la protección del bien jurídico emerge como una teoría que sostiene que el Derecho penal debe limitarse a proteger aquellos bienes jurídicos fundamentales para la convivencia social. De tal manera que, la intervención penal solo queda justificada cuando existe una afectación real o potencial al bien jurídico. Es así como, esta teoría parte de la premisa que el Derecho penal solo debe intervenir cuando hay una lesión o puesta en peligro concreto de un bien jurídico claramente definido.

En este extremo, es innegable que la teoría de protección del bien jurídico se compagina con la teoría que propone una diferencia cualitativa entre el ilícito penal y el ilícito administrativo. En tanto que esta última emerge de la consideración de que únicamente el Derecho penal protege bienes jurídicos fundamentales, mientras que el Derecho administrativo sancionador solo protege las órdenes de la administración o, dicho de otra manera, regula sectores de actividad.

Sin embargo, en los delitos de peligro, que actualmente ocupan gran parte de la regulación en los Códigos penales, la intervención penal se produce sin que exista necesariamente una lesión efectiva o un riesgo concreto, es el legislador quien determina cuando una conducta clasifica como potencialmente peligrosa. Más allá del cuestionamiento acerca de la legitimidad de los delitos de peligro, lo cierto es que en el escenario actual esta técnica legislativa ha ido en aumento y se ha ido afianzando, siendo difícil regresar a un estadio anterior.

En efecto, ciertamente, ante esta nueva tendencia de adelantamiento de la barrera punitiva a estadios previos a la efectiva lesión del bien jurídico, Roxin (2007) señala que el principio de protección del bien jurídico no puede ser considerado el único criterio para la legitimación de la intervención penal. En tales casos, el principio de protección del bien jurídico resulta útil únicamente si se aplica de manera modificada.

El principio de protección de bienes jurídicos no puede ser considerado el único criterio para la legitimación de los tipos penales. En la doctrina jurídico-penal alemana se discute intensamente sobre la justificación democrática de la tendencia de nuestro legislador a adelantar la intervención penal a estadios previos a la lesión del bien jurídico. En tales casos, muy numerosos en la legislación más reciente, el principio de protección de bienes jurídicos sólo es útil en forma modificada. El problema de estos preceptos es que la conducta incriminada aún se sitúa muy lejos de la auténtica lesión de bienes jurídicos. Del concepto de protección de bienes jurídicos sólo se sigue que en los supuestos de antelación considerable de la punibilidad se precisa una justificación especial de porque ésta es necesaria para la protección efectiva de un bien jurídico. (Roxin, 2007, p. 453)

Como reconocía inicialmente Roxin (1997), la teoría de la protección de bienes jurídicos no exige punibilidad solo en el caso de lesión de bienes jurídicos. Sin embargo, en medio del fenómeno de la *expansión del Derecho penal* nos enfrentamos a incriminaciones amplias donde se mezclan bienes jurídicos más difusos con sus respectivas incriminaciones no dirigidas bajo el paradigma de la lesión.

“La vinculación del Derecho penal a la protección de bienes jurídicos no exige que sólo haya punibilidad en caso de lesión de bienes jurídicos. Es suficiente una puesta en peligro de bienes jurídicos, que en los delitos de peligro concreto (p.ej. el § 315 c: puesta en peligro del tráfico viario) el propio tipo convierte en requisito de la punibilidad, mientras que en los delitos de peligro abstracto (p.ej. el § 316: conducción bajo influencia de bebidas) los bienes jurídicos protegidos (aquí: vida, integridad corporal, valores patrimoniales) no se mencionan en absoluto en el tipo, sino que constituyen sólo el motivo para la creación del precepto penal. [...] De todos modos, la ampliación del Derecho penal al terreno de la puesta en peligro no está libre de reparos allí donde conduce a incriminaciones cada vez más amplias en el campo previo y con bienes protegidos cada vez más inaprehensibles”. (Roxin, 1997, p. 60)

En efecto, se advierte que los nuevos bienes jurídicos tienen un carácter difuso o indeterminado, más aún, aquellos relacionados con la actividad económica como *libre competencia, estabilidad del sistema financiero, orden económico*, entre otros. En este sentido, autores como Feijoo resaltan los vacíos que se presenta en la teoría de la protección de bienes jurídicos de cara a los nuevos desafíos contemporáneos. Las nuevas categorías de bienes jurídicos no hacen más que robustecer el carácter vago y maleable que se le viene reprochando a la teoría del bien jurídico (Feijoo, 2012).

Así, por ejemplo, Roxin explica que en el caso del delito de que sanciona penalmente el tráfico con narcóticos, en función a la lectura que le da la jurisprudencia, estamos ante un escenario en el que existe una referencia vaga al bien jurídico de *salud pública*. Por este motivo, dicho razonamiento ya no es compatible con la concepción del Derecho penal orientado al bien jurídico.

Por otra parte, “cuando el § 29 I n.º 1 BtMG castiga el hecho de "traficar con narcóticos" y la jurisprudencia entiende por tal "toda actividad lucrativa dirigida a la transacción", incurrirá ya en responsabilidad penal por delito consumado el que promete proporcionar drogas, pero no encuentra ningún proveedor. Aquí se le impone entonces la pena de la consumación a una conducta que de antemano sólo se puede referir vagamente a un bien jurídico poco claro (la "salud pública"), llegando a incluir hasta las meras declaraciones de intenciones. Ello ya no es compatible con una concepción del Derecho penal orientada al bien jurídico y se aproxima peligrosamente a un Derecho penal de la actitud interna”. (Roxin, 1997, p. 60)

Conforme advierte también Roxin en su manual de Derecho penal general, la teoría de la protección del bien jurídico pertenece al Derecho penal clásico. De modo que, cuando se habla del fenómeno de la *expansión del Derecho penal* se dinamita también la predominancia de dicha teoría para justificar y dar contenido a la cuestión de la función del Derecho penal. Aunque, como también reconoce el profesor alemán, lo cierto es que el Derecho penal no puede resistirse a responder a las nuevas demandas sociales, aunque se deberá preservar la referencia al bien jurídico y a los criterios de imputación propios del Derecho penal.

A un contexto similar pertenece la reciente discusión en torno al "Derecho penal del riesgo", que fue suscitada por el libro del sociólogo Beck sobre la "sociedad del riesgo" [...]. En

ella se trata de la cuestión de hasta qué punto el Derecho penal está en condiciones de hacer frente con su tradicional instrumental liberal y ajustado al Estado de Derecho, al que también pertenece sobre todo el concepto de bien jurídico, a los modernos riesgos de la vida (como los de tipo atómico, químico, ecológico o de técnica genética). Muchos responden negativamente a esta cuestión y aluden a la necesidad de desactivar las causas sociales de las que surgen tales riesgos. Ahora bien, como eso sólo es posible siempre de modo limitado, lo cierto es que no se podrá renunciar totalmente a la intervención del Derecho penal en este campo. Pero también al luchar contra el riesgo mediante el Derecho penal hay que preservar la referencia al bien jurídico y los restantes principios de imputación propios del Estado de Derecho; y donde ello no sea posible, debe abstenerse de intervenir el Derecho penal. (Roxin, 1997, p. 61)

Entonces, hasta este punto es evidente que la teoría de la protección del bien jurídico no puede asimilar –por lo menos totalmente, como reconoce el propio Roxin– el fenómeno de la *expansión del Derecho penal*. Conforme se iba precisando en los capítulos precedentes, como bien apunta Silva (2025), desde la perspectiva actual, lo cierto es que el concepto de *bien jurídico* no tiene la capacidad crítica necesaria para limitar los procesos de criminalización que se han ido generando. Ello se conecta directamente con que dicha teoría no tiene un aporte sustancial a la discusión respecto a si los objetos protegidos por el Derecho administrativo también tienen que ser cautelados por el Derecho penal. Esto, debido a que las doctrinas del *bien jurídico*, más que tener una postura crítica o reflexiva respecto al fenómeno de la expansión del Derecho penal, han legitimado las normas penales expansivas y el uso del Derecho penal desde su *función promocional* (Silva, 2025).

Desde la postura que propone una distinción cualitativa entre el Derecho penal y el Derecho administrativo se aboga por una distinción ontológica. De tal manera que se le entrega al Derecho penal –y solo a éste– la protección de bienes jurídicos esenciales, mientras que al Derecho administrativo sancionador se le adjudica la protección del orden público ligado a la administración también expresado como gestión de sectores de la economía, mantenimiento de las ordenes de la administración, entonces otros.

Desde la visión de Goldschmidt (1969, como se citó en García-Pablos De Molina, 2009), la pena llega a tener un significado ético, mientras que la sanción administrativa es una pena de orden que se orienta a sancionar la desobediencia de los mandatos provenientes de la

administración. Para Silva (2006), en su libro *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, el Derecho penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos específicos en situaciones concretas. Mientras que el Derecho administrativo sancionador regula sectores de actividad para fortalecer un modelo sectorial de gestión. En esta misma línea, García Caveró (2003) señala que el ordenamiento administrativo busca garantizar el adecuado funcionamiento de un determinado sector del tráfico social.

Así, conforme se expuso, se señala que la delimitación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador responde a una distinción sustancial. Mientras el Derecho penal actúa en función de una lesividad concreta protegiendo bienes jurídicos cuya vigilancia se considera fundamental, el Derecho administrativo sancionador se enfoca en la regulación sectorial y la prevención de riesgos desde una perspectiva estadística.

El concepto de *bien jurídico* no puede ser el único concepto fundamental para definir el contenido del ilícito penal, puesto que los bienes jurídicos –más aún los contemporáneos y difusos bienes jurídicos del fenómeno expansivo del Derecho penal– también pueden ser protegidos a través de las normas del Derecho administrativo. Tanto más, como se explicó, esta diferencia cualitativa se dinamita en los delitos de peligro, dado que en dicha técnica legislativa no es necesario considerar una lesión o riesgo concreto a un bien jurídico para criminalizar una conducta, o lo cierto es que el bien jurídico es suficientemente difuso que no queda claro cuando es efectivamente lesionado o puesto en riesgo.

Ahora bien, de cara a la proyección aplicativa de esta discusión, es evidente que, frente a la cuestión de la protección de la sociedad frente a las nuevas amenazas de la *sociedad del riesgo*, el Estado debe articular primero, una política extrapenal, y en complemento a esta, una política criminal. Tanto más, autores como Ferrajoli (1995) señalan que una política penal consistente en criminalizar conductas del fenómeno expansivo solo será legítima y confiable cuando actúe en completo a una política extrapenal. De esta manera, coinciden los autores cuando señalan que muchas *lesiones* que el Derecho penal intenta prevenir pueden evitarse y, en muchos casos de manera más efectiva, mediante medidas protectoras de tipo administrativo, motivo por el cual, en el plano dogmático, no puede sostenerse que la función del Derecho penal proviene de la protección del bien jurídico.

Lo discutido es advertido por autores contemporáneos como Corcoy (2024) cuando señala que la función de reparación del daño en el Derecho penal es, especialmente, contradictoria con la protección de bienes jurídicos supraindividuales, por cuanto en ellos no se lesiona ningún derecho de titularidad privada y no sería, en consecuencia, necesaria la reparación. De igual manera, García Pablos de Molina (2009) sostiene que no es posible distinguir ambos conceptos sosteniendo argumentos ontológicos que pretendan señalar que la administración busca el bienestar general, mientras que el Derecho penal encierra un significado ético de justicia. En el fondo, ambas ramas del Derecho responden a un único fin el cual no puede ser otro que la creación de un orden justo y útil para todos los ciudadanos, siendo necesario que articulen conjuntamente sus alcances para responder a las demandas sociales vigentes. Tanto más, como se expuso, partiendo del escenario actual en el que el Derecho penal contiene tipos penales como delitos de peligro abstracto, decae la argumentación referida a que el ilícito penal castiga la lesión de bienes jurídicos, mientras que el ilícito administrativo sanciona el peligro.

Además, partiendo de que tanto el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador son manifestaciones del mismo *ius puniendi* estatal, no es posible erigir una postura de diferencia entre ambos señalando que existe una diferencia ontológica. De modo que las garantías del Derecho penal se extienden al Derecho administrativo sancionador. Más aún ello se encuentra positivizado en la Convención Americana de Derechos Humanos, conforme ha señalado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de 2 de febrero de 2001 en el Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá, en la sentencia de 23 de noviembre de 2010 en el Caso Vélez Loor vs. Panamá, en la sentencia de 1 de septiembre de 2011 en el Caso Lopez Mendoza vs. Venezuela. Asimismo, dicha comprensión también deriva de la Constitución Política del Perú y de la Ley del Procedimiento Administrativo General, conforme ha señalado el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los Expedientes No. 02-2021-PI/TC, No. 2050-2002-AA, No. 02-2021-PI/TC.

Por último, vale decir que, a pesar de las críticas formuladas a la teoría de la protección del bien jurídico, la utilidad práctica del concepto de *bien jurídico* es irrenunciable. Considerando lo expuesto por Silva (2025) en su reciente Tratado de Derecho penal, comparto la postura acerca de que definitivamente el concepto tiene una función sistemática clasificatoria, es un criterio rector en el ámbito de la categoría sistemática de la tipicidad, llega a ser un elemento muy relevante para la interpretación teleológica, y emerge como un punto de referencia para valorar un peligro *ex ante* y la lesividad *ex post*, entre otros.

De esta manera, recogiendo la preocupación advertida por Roxin en el incipiente proceso de expansión del Derecho penal cuando formula su obra de Parte General, es cierto que la teoría de protección de bienes jurídicos se identifica más con un Derecho penal clásico que no necesariamente se encuentra preparado para afrontar los nuevos fenómenos de la *Sociedad de riesgo*. Siento esto así, no es posible sostener que el ilícito penal se identifica únicamente con la protección del bien jurídico, por lo que es necesario una nueva lectura de la discusión sobre las diferencias entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. En la siguiente sección se expondrá que el criterio de la diferenciación entre ambos injustos responde a una consideración basada en la mayor o menor gravedad de la infracción, que se condice y puede fortalecerse en lectura con los fundamentos de que la función del Derecho penal es la vigencia de las normas.

## **2.2. La función del Derecho penal como estabilización de expectativas normativas y la tesis cuantitativa**

En este extremo, suscribo la teoría de la diferencia cuantitativa entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador que sostiene que existe una diferencia de grado entre ambas ramas. Esto, reconociendo que existen ámbitos de regulación que deben ser destinados exclusivamente a la intervención del Derecho penal. Este postulado puede comprenderse cabalmente, entendiendo que la función del Derecho penal es la protección de la vigencia de las normas. Así, se descarta que exista una diferencia ontológica entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal, más bien, y atendiendo a la función comunicativa de la pena, y en atención a los principios de subsidiariedad y última ratio, es congruente que la legislación destine las conductas más graves al ámbito de protección del Derecho penal.

Jakobs propone que el Derecho penal no protege bienes jurídicos, sino que garantiza la vigencia de normas sociales. Desde esta perspectiva, los delitos de peligro se justifican porque refuerzan expectativas normativas en una sociedad compleja y anónima. Tanto más, no se puede aceptar la argumentación referida a que solo en el Derecho penal se protegen bienes jurídicos.

El Derecho positivo se resiste a una delimitación cualitativa tajante de infracción penal y contravención. No cabe determinar diferencias cualitativas entre infracción penal y contravención de claridad contrastable en la práctica, por ejemplo, en el Derecho de la

circulación (§ 316 StGB como infracción penal, § 24 a StVG como contravención) o en el Derecho tributario (§ 370 AO como infracción penal, § 378 AO como contravención). En algunos complejos regulados homogéneamente como contravenciones también pueden extraerse algunos grupos de supuestos comparables cualitativamente con infracciones penales, como ocurre con algunas infracciones de la Ley contra limitaciones a la libre competencia (§§ 38 ss. GWB). (Jakobs, 1997, p. 67)

Ahora bien, este modelo debe tener una lectura contemporánea según la propuesta integradora de Feijoo, quien propone un modelo que reconoce que el Derecho penal tiene como función la vigencia de las normas de conducta, pero con énfasis en la función simbólica de este ligado a la noción comunicativa de la pena dentro del sistema jurídico-penal abierto.

Así, es innegable la flexibilidad de la teoría de la estabilización normativa de Jakobs para adaptarse a las nuevas exigencias del Estado preventivo, y adoptar con congruencia el fenómeno expansivo traducido en los delitos de peligro, desde la visión de que el sistema jurídico-penal es un sistema abierto que se alimenta de su contexto. Mientras que la visión integradora de Feijoo que vincula la función de la pena, más que con una visión retributiva, con una preventiva en la cual la pena tenga un contenido comunicativo claro y proporcional, adiciona un enfoque más garantista y crítico de los límites de la expansión del Derecho penal. Como se expuso, Feijoo (2011), por ejemplo, es un crítico de la administrativización del Derecho penal cuando se recurre al principio precautorio sin límites definidos.

Para Jakobs (2003) es inadecuado tomar como punto de referencia para comprender la función del Derecho penal la lesión de un bien, el contenido del ataque bajo su propuesta lo determina la norma y debe estar circunscrita a la infracción de un rol. Comprender que el Derecho se estructura como un sistema de comunicaciones implica que, la protección de las expectativas normativas se consigue a través de las sanciones, por lo que es congruente construir que las infracciones más graves serán destinadas al Derecho penal.

Además, la determinación del injusto se realizará de manera abstracta y con independencia de la concreta situación de la acción (Lesch, 2016). Así, atendiendo a los contactos anónimos de la sociedad contemporánea, el legislador debe definir que modalidades de conducta ingresan al riesgo prohibido a partir de una valoración abstracta, estandarizando una visión de riesgo

general. Por ejemplo, se clasificará que comportamientos clasifican como *grave atentado contra el medio ambiente*, aunque individualmente existan distintas valoraciones.

Así, en el planteamiento funcional de Jakobs, la pena actúa en un plano simbólico, su razón de ser se vincula a las necesidades de estabilización normativa, más no a un sentido meramente instrumental que se corresponda con la protección de bienes jurídicos. Debe entenderse que la norma está dirigida y recae sobre personas *competentes*, entendiendo que es competente aquel que tiene la prohibición de no lesionar o el mandato de salvamento (Jakobs, 2003).

Dentro de esta teoría de la vigencia normativa, se propone que, dentro del Derecho penal, se sancionarán aquellas conductas bajo las cuales el infractor de la norma comunica su negación de expectativas fundamentales. La legislación determinará cuales son los aspectos fundamentales del funcionamiento de la sociedad que merecen ser protegidos a través de esquemas simbólicos de orientación. En este sentido, lo importante es que a través de la pena el Estado responde a la negación de la norma que el infractor comunica a través de su infracción.

En efecto, la función que cumple el sistema penal dentro del marco jurídico es, en esencia, la de estabilizar de manera subsidiaria las normas fundamentales de convivencia. Por lo tanto, dado que la pena estabiliza la norma, también protege los valores subyacentes, pero estos estarán protegidos únicamente en la manera establecida por la norma (Feijoo, 2021). Conforme apunta Feijoo (2012) la norma penal concreta debe ser entendida como elemento que estructura la realidad social y bajo un contexto simbólico-comunicativo. Atendiendo a ello únicamente las infracciones más graves ingresarán al campo del Derecho penal.

Para Jakobs (2020) el Derecho penal se presenta como una institución que debe prevenir la existencia social de peligros necesarios para procurar la existencia de la sociedad, esto es, la existencia de personas que actúen sin miedos, y puedan realizar sus derechos procurando su bienestar. En una sociedad como la contemporánea donde las interacciones son impersonales, no podemos prever cómo el otro valora el riesgo, por lo que esto deberá ser determinado por la norma de conducta.

Asimismo, conforme apunta Jakobs es importante desterrar el concepto ontológico del sistema penal, lo cual se condice con el rechazo al tratamiento ontológico de la categoría de ilícito penal

sostenido por la tesis cuantitativa. Lo cual se condice con el hecho de que es el legislador quien determinada que infracciones a la norma son meritorias de ser ingresadas al campo del Derecho penal. Jakobs propone un sistema funcional–normativista en el que todos los conceptos jurídicos–penales se ven privados de su contenido ontológico, debiendo fundamentarse en nociones netamente normativizadas (Polaino, 2007).

Finalmente, es el legislador quien determinará en función al grado de gravedad de la conducta si dicha infracción pertenece al campo del Derecho penal o del Derecho administrativo sancionador. El concepto de bien jurídico sobre el que recae la teoría de la función de protección del bien jurídico se había construido aludiendo a valores indispensables para el desarrollo de la sociedad reuniendo un sentido principalmente ontológico y naturalista (Polaino, 2007). En cambio, para la teoría de la estabilización normativa, los elementos de la teoría del delito están determinados por los fines y funciones que cumpla el Derecho, que están orientados en preservar el sistema social. La implicancia de ello es que los conceptos normativos son edificados de manera totalmente independiente de su naturaleza, es el legislador quien le da un sentido dentro del sistema penal.

De esta manera, en medio de este sistema, es que el criterio fundamental para distinguir entre el ilícito penal del ilícito administrativo no puede ser otro que la mayor o menor gravedad de la infracción. Gravedad que no es ontológica, sino que es asignada normativamente por el legislador quien deberá ponderar las circunstancias y demás sociales. Así, desde el Derecho administrativo sancionador al Derecho penal discurre una línea continua de un injusto material que se acrecienta progresivamente, partiendo desde una situación de menor hasta una de mayor gravedad.

En efecto, la diferencia entre el ilícito penal y el ilícito administrativo depende de la gravedad de la conducta. Luego de que el Estado realice la constatación de que las sanciones otorgadas por el Derecho administrativo sancionador resultan suaves frente a la gravedad de la infracción, se traslada la respuesta estatal al Derecho penal, para que con mayor drasticidad a través del uso de la pena vuelva a reestablecerse la vigencia normativa (Caro John, 2024)

Ahora bien, poniendo énfasis en la visión integradora de Feijoo respecto a la función comunicativa de la pena, se debe entender que ésta no persigue fines instrumentales sino a la gravedad del hecho en la medida que el individuo ha sido responsable. La teoría de prevención

estabilizadora de Feijoo se fija en el presente, dado que no intenta lograr algo en el futuro, sino que quiere reparar la situación creada con el delito. El carácter comunicativo de su propuesta se plasma en que el efecto preventivo de la pena no depende de la cantidad de la pena, sino que, lo realmente importante es la respuesta del Estado, negando cualquier característica instrumental.

Esta nueva concepción de la prevención, que supone una alternativa a las concepciones preventivo-instrumentales clásicas, permite resaltar como elemento esencial el carácter simbólico, expresivo o comunicativo de la pena. Lo decisivo no es lo que instrumentalmente se pueda conseguir con el mal que representa la pena de cara a la prevención de delitos o la protección de bienes jurídicos, sino lo que el ordenamiento pretende expresar o comunicar mediante la declaración de culpabilidad y la correspondiente imposición del mal o sufrimiento. Lo único que puede pretender la pena es que siga existiendo un cierto orden social y normativo (prevenir la desintegración social o el colapso social) a pesar de la existencia de delitos. (Feijoo, 2014, p. 24)

Esta noción es sumamente importante en la discusión de los límites del Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador puesto que la visión de la pena será la de responder a la gravedad del hecho, el efecto preventivo tiene una vinculación con la conducta presente, mientras que la prevención se proyecta en evitar una erosión del sistema normativo. Así, se descarta la persecución de fines instrumentales por parte del Derecho penal, a pesar de que los legisladores pretenden utilizar al Derecho penal –guiándose por la fascinación simbólica que dicha rama contiene– para atender las nuevas demandas sociales de la *Sociedad de riesgo*.

En efecto, Feijoo (2021) articula su propuesta señalando que de lo que se trata es de circunscribir el sistema penal a la lesión de la juridicidad y no a la lesión de los bienes jurídicos. De esta manera, se busca agrupar las normas de conducta que compondrán el Derecho penal, siendo una consecuencia de su protección la subsecuente custodia de los bienes jurídicos. Centrar la lógica del sistema penal a partir de esta consideración, y no desde la protección de bienes jurídicos, permite compatibilizar y racionalizar el hecho de que otros sistemas normativos como el administrativo sancionador, también tienen el efecto de proteger los bienes jurídicos.

Además, dado que en la propuesta de Feijoo se propone la mantención de un mandato de fidelidad a las *normas de conducta*, y no un mandato genérico de fidelidad a la *norma* como propone Jakobs, se refuerza el sentido comunicativo de la pena. De este modo, se rechaza una visión más instrumental de la pena en la que puede caer considerar si únicamente se apunta hacia un fin preventivo–general.

En consecuencia, bajo esta teoría, el injusto no se caracteriza por una afectación o lesión particular de personas o bienes sino por una perturbación de la libertad general garantizada por las normas, poniendo énfasis en la lesión de la juridicidad. Mientras que, en la teoría de la protección de bienes jurídicos, la juridicidad ocupa una función secundaria, puesto que lo primordial es la protección de bienes. Centrar la función del Derecho penal alrededor de la lesión de la juridicidad retroalimenta la visión más comunicativa de su propuesta, además, de que como ya se resaltó permite absorber el fenómeno expansivo del Derecho penal. Asimismo, permite colegir que será la legislación la que determine que conductas pertenecerán al campo del Derecho penal y cuales, al Derecho administrativo sancionador, basándose en la gravedad de la infracción.

Ahora bien, para completar este análisis respecto a la distinción entre el ilícito penal y el ilícito administrativo, también se debe reconocer que existe un grupo de infracciones que solo pertenecen al ámbito de Derecho penal. De esta manera, autores como Jakobs y Roxin, además de coincidir en que no es posible sostener la existencia de una diferencia cualitativa, argumentan que existe un grupo de prohibiciones que solo pueden pertenecer al campo nuclear del Derecho penal.

Para Jakobs (1997) existe un grupo de infracciones que solo pueden pertenecer al ámbito del Derecho penal, estas son aquellas normas direccionadas a proteger partes imprescindibles de la identidad de la sociedad por lo que forman parte del ámbito central o nuclear. De igual manera, Roxin (1997) advierte que, a pesar de reconocer una diferencia primordialmente cuantitativa, existe un límite cualitativo referido a aquel grupo de perturbaciones al orden social que solo pueden pertenecer al campo nuclear del Derecho penal.

Este ingreso al ámbito nuclear irrenunciable del Derecho penal se puede concatenar con las propuestas de Hassemer y Ferrajoli respecto al fenómeno expansivo del Derecho penal. Así, los autores señalan que sin perjuicio de su postura acerca de que la nueva criminalidad –el

fenómeno expansivo— no debería ingresar por completo al campo del Derecho penal, es claro que existe un grupo de delitos que únicamente pueden pertenecer al Derecho penal. Un ámbito ligado a la identidad de la comunidad, a aquellas conductas que, por la valoración de la sociedad, merecen el máximo reproche social del Estado.

Dicho esto, la cuestión que subyace es identificar cuáles serán aquellas prohibiciones que pertenecerán únicamente al Derecho penal. Jakobs (1997) señala que estas normas direccionadas a proteger partes imprescindibles de la identidad de la sociedad tienen límites difusos, y luego de estas existen un conjunto de normas derivadas que tienen una importancia decreciente y gradual, de tal manera que el *comportamiento normado* se aproxima a lo *adecuado socialmente*. Sin embargo, es claro que en delitos como el homicidio o el atraco a un banco no son factibles de ser castigados con una multa —ingresándola al campo de las sanciones administrativas—. Para Zuñiga (2001), por ejemplo, los delitos contra la vida, la libertad sexual y otros bienes jurídicos considerados fundamentales pertenecen al espectro del Derecho penal nuclear.

En este sentido, Silva (2025) señala que existe un grupo de delitos en los que se comprende como elemento típico la infracción de normas administrativas, sobre los cuales la distinción entre una infracción administrativa y penal puede llegar a ser casi imperceptible. Precisamente, sobre dicha técnica legislativa es que descansan muchos delitos que componen el fenómeno de la criminalidad empresarial o económica. Véanse los delitos ambientales, los delitos laborales o los delitos de competencia desleal, entre otros.

Sobre estos delitos, que no pertenecen en principio al núcleo duro del Derecho penal, es que es más evidente advertir una diferencia basada en la gravedad de la conducta. No solo se sanciona la infracción administrativa, sino que, se añaden elementos que permiten calificar que una conducta sancionada penalmente en contraste a su equivalente en la regulación administrativa debe ser valorada como más grave para ingresar al campo del Derecho penal.

Esto sin perjuicio de que existen delitos en algunos ordenamientos jurídicos en los cuales se realiza una remisión total a la infracción administrativa recayendo en un delito penal en blanco. Sin embargo, dicha fórmula legislativa bajo la Constitución Política del Perú sería inconstitucional, conforme al principio de legalidad que se encuentra consagrado en el artículo 2°, inciso 24, literal d) del referido cuerpo legal.

Conforme señala Feijoo (2018) los delitos socioeconómicos comparten como rasgo distintivo una estructura legislativa que establece una relación de dependencia con normas extrapenales, tales como las disposiciones tributarias, mercantiles, económicas o laborales. Esta característica exige una interpretación sistemática que tenga en cuenta el marco normativo específico en el que se desarrolla la conducta penalmente relevante.

La concepción del sistema jurídico-penal como un sistema abierto responde a la necesidad de introducir nuevas variaciones precisamente para perfeccionar función comunicativa. En este sentido, entender la función del Derecho penal como restablecimiento de expectativas normativas asimila que lo que actualmente es válido al interior de la sociedad, mañana podría cambiar, sobre todo en los subsistemas sociales (Caro John, 2010). El Derecho penal no puede estar al margen de las nuevas demandas sociales de la sociedad del riesgo por lo que precisamente a través de las denominadas leyes penales en blanco se actualiza de las variaciones ocurridas.

Acerca de esa relación entre el Derecho penal y la normativa extrapenal, Feijoo (2018) señala que existe una *accesoriedad asimétrica* que obliga al ordenamiento jurídico-penal a importar las valoraciones básicas del orden primario extrapenal.

La necesaria referencia al contexto regulatorio extrapenal no significa que el Derecho Penal tenga un carácter absolutamente dependiente de dicho orden primario o que los delitos económicos deban ser interpretados en general como tipos penales en blanco o como meras infracciones mercantiles (mercantilización) o administrativas (administrativización) con dolo, sino que el sentido de las conductas depende del contexto normativo que otorga el orden primario. (Feijoo, 2018, p. 161)

De esta manera, la referencia a la relación de *asimetría* tiene que ver con el hecho de que la accesoriedad sólo circula en un sentido, de suerte que no existe delito sin infracción de normas administrativas, sin embargo, la infracción dolosa de una norma extrapenal no es suficiente para atribuir la comisión de un delito. Véase, así: “*La idea de asimetría, como accesoriedad que sólo circula en un sentido (no hay delito sin infracción de normas extrapenales, pero la infracción dolosa de una norma extrapenal no significa que haya delito), permite tener adecuadamente en cuenta este fenómeno característico de los delitos económicos.*” (Feijoo, 2018, p. 162)

De esta manera, la noción de *accesoriedad asimétrica* actúa como un límite dogmático que impide considerar cualquier infracción al ordenamiento jurídico como suficiente para configurar la tipicidad penal. En este sentido, dicha accesoriedad opera como un criterio excluyente: si bien la infracción a una norma extrapenal puede ser un presupuesto necesario, no toda contradicción normativa basta por sí sola para fundamentar la relevancia penal de una conducta.

De igual manera, Silva tiene una similar propuesta respecto a la relación entre el Derecho penal y el ordenamiento administrativo. Así, señala Silva (2022) que el Derecho penal se encuentra en una relación de *accesoriedad negativa* con respecto al Derecho administrativo, que deriva de los principios de unidad del ordenamiento jurídico y de subsidiariedad del Derecho penal. De esta manera, en los casos en los que existe un permiso regulatorio expreso por parte del Derecho administrativo, una conducta permitida por la administración no puede ser punible.

No obstante, respecto de dicha afirmación, el autor introduce algunas precisiones relevantes. En primer lugar, la accesoriedad negativa solo resulta aplicable cuando existe una autorización regulatoria expresa que habilita la conducta. En segundo lugar, el efecto excluyente derivado de dicha autorización opera únicamente en aquellos supuestos en los que tanto el Derecho penal como el Derecho administrativo regulan una misma conducta. Finalmente, en los casos en que se configure una puesta en peligro concreta y grave de bienes jurídicos intrínsecos – especialmente aquellos respecto de los cuales el Estado ostenta un deber de protección positiva–, la accesoriedad negativa de origen administrativo debe ceder ante la necesidad de tutela penal.

Además, Silva (2022) señala que no existe accesoriedad positiva del Derecho penal con respecto al Derecho administrativo. De tal manera que una prohibición administrativa no puede necesariamente implicar una conducta penalmente prohibida. Tanto más, el autor reconoce que una suerte de accesoriedad positiva no debe ser reconocida ni siquiera en los casos inconstitucionales en los que existe una remisión total de la ley penal a la ley administrativa. En concreto, apunta lo siguiente: “*En un plano de mayor especificación, un hecho permitido en concreto por el Derecho (justificado) no puede ser prohibido bajo pena. Sin embargo, por el contrario, cabe que un hecho prohibido en concreto por el Derecho no esté prohibido bajo pena.*” (Silva, 2022, p. 61)

De esta manera, los delitos de peligro, que contienen tipificaciones que pertenecen al ámbito de la criminalidad empresarial, al no formar parte del núcleo duro del Derecho penal, permiten evidenciar con mayor claridad una distinción basada en la gravedad de la conducta sancionada. Esta diferencia se manifiesta en la incorporación de elementos adicionales que justifican su tratamiento penal frente a su equivalente administrativo. En este contexto, la noción de accesoriadad asimétrica, desarrollada por Feijoo, y la accesoriadad negativa propuesta por Silva, actúan como límites dogmáticos que impiden la penalización automática de infracciones administrativas. Ambas teorías coinciden en que el Derecho penal no puede depender plenamente del ordenamiento administrativo, sino que debe preservar su autonomía y racionalidad, reservando su intervención para supuestos de mayor gravedad y relevancia normativa.

Por último, vale decir que la teoría cuantitativa ha tenido asidero en algunas sentencias de la Corte Suprema del Perú en las cuales, aunque tímidamente y sin detenerse en explicar los motivos de ello, se reconoce que el delito encierra un mayor contenido de injusto en comparación a la infracción administrativa. Así, se tiene el Recurso de Nulidad No. 2090-2005, del 16 de noviembre de 2007 en el que se señala en el fundamento 4° que *“el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa.”* De igual manera, en el Acuerdo Plenario No. 2.B-2023/CIJ-112 del 28 de noviembre de 2023, en el fundamento 34°, respecto a la diferencia entre la infracción de normativa ambiental y el delito de contaminación ambiental se señala que *“no basta la infracción de las normas extrapenales, sino también que la conducta sea potencialmente peligrosa para causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente.”*

En conclusión, la tesis cuantitativa, sustentada en la función del Derecho penal como estabilizador de expectativas normativas, ofrece una respuesta más coherente y funcional frente a los desafíos de la *sociedad del riesgo*. Esta perspectiva permite justificar la intervención penal no desde visión ontológica de protección del *bien jurídico*, sino desde la necesidad de preservar la juridicidad y la vigencia de las normas fundamentales de convivencia. A través de un enfoque normativo y comunicativo, se reconoce que la gravedad de la infracción –determinada por el legislador– es el criterio decisivo para delimitar el ámbito del Derecho penal frente al Derecho administrativo sancionador. Esta visión no solo permite absorber con mayor legitimidad el

fenómeno expansivo del Derecho penal, sino que también refuerza los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, asegurando que el poder punitivo del Estado se ejerza de manera racional y limitada.

### **3. Proyección en dos campos concretos**

La nueva criminalidad empresarial es recogida, aunque no únicamente, en un grupo de delitos en los que se comprende como elemento típico la infracción de normas administrativas, sobre los cuales, conforme se expuso, la distinción entre una infracción administrativa y penal puede llegar a ser casi imperceptible. Estos delitos no pertenecen, en principio, al núcleo duro del Derecho penal, por lo que primará una diferencia cuantitativa entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador basada en la gravedad de la conducta.

Conforme se ha sostenido, la concepción del sistema jurídico-penal como un sistema abierto responde a la necesidad de introducir nuevas variaciones para perfeccionar función comunicativa, que en este caso se logra a través de la remisión hacia la normativa extrapenal. En este sentido, entender la función del Derecho penal como restablecimiento de expectativas normativas asimila que lo que actualmente es válido al interior de la sociedad está en constante cambio, visión que sin duda permite responder a las demandas de la sociedad del riesgo.

En el caso del delito de contaminación ambiental y el delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, la legislación penal ha optado por dicha fórmula legislativa. A continuación, se procederá a analizar la tipificación de ambos delitos para evidenciar que, en ambos, existe una distinción basada en el quantum de gravedad de la conducta regulada para distinguir el ilícito penal del ilícito administrativo.

#### **3.1. El delito de contaminación ambiental**

El delito de contaminación ambiental, regulado en el artículo 304° del Código Penal peruano, constituye un ejemplo de cómo el Derecho penal ha incorporado elementos propios del Derecho administrativo sancionador. Este tipo penal sanciona conductas que infringen normas extrapenales –como leyes, reglamentos o límites máximos permisibles– y que causan o pueden causar un daño grave al ambiente, la calidad ambiental o la salud pública.

**Decreto Legislativo No. 1351. Por la cual se modifica el artículo 304 del Código Penal. 7 de enero de 2017**

**“Artículo 304.- Contaminación del ambiente**

El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.

Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.”

Desde la perspectiva funcional–normativa adoptada en este trabajo, este delito se justifica en tanto la conducta sancionada representa un comportamiento grave a normas de conducta fundamentales para la preservación del entorno ecológico, cuya protección es esencial para la convivencia social. La pena no se impone por la constatación de la infracción administrativa, sino por la idoneidad de la conducta para generar un daño significativo, lo que permite diferenciarla de una simple infracción administrativa ambiental.

En principio, conviene señalar preliminarmente que la Ley No. 28611 – *Ley General del Ambiente* estipula que el objetivo de dicha normativa ambiental es asegurar la protección del derecho a un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida. Véase, así:

**Ley No. 28611. Ley General del Ambiente. 15 de octubre del 2005**

**“Artículo 1.- Del objetivo**

La presente Ley es la norma ordenadora del marco normativo legal para la gestión ambiental en el Perú. **Establece los principios y normas básicas para asegurar el efectivo ejercicio del derecho a un ambiente saludable, equilibrado y adecuado para el pleno desarrollo de la vida, así como el cumplimiento del deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental y de proteger el ambiente, así como sus**

**componentes, con el objetivo de mejorar la calidad de vida de la población y lograr el desarrollo sostenible del país.”**

Aunque dicha norma administrativa ambiental no sea la única que contempla infracciones en esta materia, resulta ilustrativa para evidenciar que el ordenamiento administrativo también se fundamenta en la protección de bienes jurídicos importantes como la vida humana y el medio ambiente. Por ello, resulta problemático encerrar exclusivamente la protección de bienes jurídicos como la función del Derecho penal. Más aún, a la luz de lo positivizado en la propia Ley General del Ambiente, se dinamita la fuerza del argumento que sostiene la existencia de una diferencia ontológica entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, ya que este último también se orienta a la tutela de bienes jurídicos importantes y no se circunscribe únicamente a proteger el cumplimiento de los mandatos de la administración.

Ahora bien, los elementos típicos de delito de contaminación ambiental, conforme ha señalado la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 2.B-2023/CIJ-112, son los siguientes: (a) Comisión u omisión de algunas de las acciones típicas, (b) infracción de las leyes extrapenales, y (c) lesión del bien jurídico o conducta idónea para producir daño (pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al bien jurídico tutelado). Optando así por tener una fórmula análoga al tipo penal español de contaminación ambiental (artículo 325° del Código Penal español).

Respecto a este tercer elemento típico, Muñoz (2009) señala que no es necesario demostrar una situación de peligrosidad concreta pero la conducta debe presentar una aptitud lesiva en contraste a una simple infracción administrativa, de manera que el riesgo debe ser grave. Este elemento valorativo finalmente será determinado por el juez en el caso concreto. Además, señala el autor español que la fórmula legal de dicho delito requiere una prueba de que la conducta represente un riesgo grave para el ecosistema, sin que sea necesario acreditar un daño efectivo (Muñoz, 2009).

En este mismo sentido, Gómez (2018) señala que el delito ambiental tipificado en la normativa española describe conductas que por sí mismas o juntamente con otras puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Asimismo, el peligro se configura como hipotético y éste debe ser grave, requiriendo para ello una valoración judicial de la conducta en el caso concreto, que atienda a factores como la magnitud de la lesión, la manera de la afectación, entre otros (Gómez, 2018).

Así, la autora española señala que el peligro se configura como hipotético, en los términos referidos en la modalidad anterior. Debe ser grave, extremo que requiere una valoración judicial de la conducta en el caso concreto y que diferencia el injusto penal de las infracciones administrativas. Entre los parámetros para mensurarlo, la Sentencia del Tribunal Español de 13 de febrero de 2008 indica la necesidad de atender a “la intensidad del acto contaminante, a la probabilidad de que el peligro se concrete en un resultado lesivo, en definitiva a la magnitud de la lesión en relación con el espacio en el que se desarrolla, la prolongación en el tiempo, la afectación directa o indirecta, la reiteración de la conducta (...), a la dificultad para el restablecimiento del equilibrio de los sistemas, proximidad de las personas o elementos de consumo”. (Gómez, 2018, p. 447)

En efecto, conforme se desprende de configuración típica del delito de contaminación ambiental, el Derecho penal está llamado a actuar cuando las demás medidas estatales represivas son insuficientes para responder ante la gravedad de la conducta. Inclusive esta referencia a la mayor gravedad de la conducta se ha positivizado en la fórmula legal introducida a través del Decreto Legislativo No. 1351 (“que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño *grave* al ambiente o sus componentes”).

Debido al carácter fragmentario del Derecho penal y atendiendo al principio de ultima ratio es evidente que no busca responder a todos los ataques sino a aquellos que el legislador ha valorado como lo más graves dentro de la fórmula legal, que en la práctica deberán ser evaluados así por el juez. Atendiendo a la función comunicativa de la pena, el sistema penal no se estructura para responder únicamente ante una infracción administrativa, sino para reafirmar una respuesta del Estado ante la negación de la normativa penal a través de una conducta que es calificada con un mayor quantum de gravedad.

Para Caro et. al (2015) el núcleo del injusto penal en los delitos contra el medio ambiente viene representado por la puesta en grave peligro del medio ambiente. La infracción administrativa como elemento típico, en este escenario, es un límite, pero no compone el fundamento de la imposición de la sanción penal. A partir de ello, se concluye que el Derecho penal al abordar los delitos contra el medio ambiente, no castiga simplemente el incumplimiento de la normativa administrativa ambiental, sino que sanciona aquellos comportamientos que presuponen un

grave riesgo al medio ambiente, siempre que este se haya surgido como resultado de una infracción a la normativa ambiental vigente (Caro et. al, 2015).

Así, se observa una clara relación de accesoriedad asimétrica: la infracción administrativa es un presupuesto necesario, pero no suficiente, para configurar el delito. Solo cuando la conducta infringe normas ambientales y, además, genera un daño grave se activa la intervención penal, en atención además a los restantes componentes típicos del delito.

Al respecto, Caro Coria señala lo siguiente: en los casos en los que sí se infringe el precepto administrativo, debe entenderse que la infracción administrativa cumple una mera función indiciaria sobre la superación del riesgo penalmente permitido. Por esa vía, no se vincula absolutamente la tipicidad penal a normas administrativas que no siempre resultan ser tan irreprochables en sus objetivos y en su contenido como en un principio se podría suponer. En todo caso, la infracción administrativa puede operar como "indicio de peligrosidad", de modo que el Juez deberá constatar caso por caso y conforme a las exigencias del concreto tipo penal la presencia de una posibilidad de afectación al bien jurídico. (Caro et. al, 2015, p. 47)

Todo ello refuerza la idea de que el criterio diferenciador entre el ilícito penal y el administrativo es la gravedad de la conducta, que es determinada normativamente, y que será valorada en el caso concreto por el juez. En efecto, conforme señala García Caveró (2019) en el tipo penal de contaminación ambiental el mayor desvalor de la conducta puede ser advertido en el resultado que se exige sobre el medio ambiente, noción que hace menos conflictivo afirmar que entre la infracción administrativa ambiental y el delito ambiental existe una diferencia cuantitativa.

Justamente, en el Acuerdo Plenario No. 2.B-2023/CIJ-112 se aborda la diferencia entre la infracción administrativa y el delito de contaminación ambiental regulado en el artículo 304° del Código Penal. De manera que la Corte Suprema indica que las diferencias entre un ilícito administrativo y uno penal en el marco del delito de contaminación ambiental radican en que la conducta sancionada por el Derecho penal debe ser idónea para causar o producir un peligro. Es decir, existe una exigencia de idoneidad ligada a que el delito debe tener un mayor contenido de injusto y de culpabilidad. Así, además, se referencia al Recurso de Nulidad No. 2090-2005

del 16 de noviembre de 2007, en la cual se aboga por aceptar los postulados de la tesis cuantitativa.

De esta manera, la Corte Suprema vincula la exigencia de idoneidad del delito de contaminación ambiental con el fundamento de que el delito debe encerrar un mayor contenido de injusto y de culpabilidad. Véase así:

**Acuerdo Plenario 2.B-2023/CIJ-112. Corte Suprema. 28 de noviembre de 2023**

**“34° La exigencia de la idoneidad deja más clara la diferencia entre el injusto específicamente penal y el administrativo” (...); criterio que este Tribunal Supremo ha dejado sentado, cuando se ha sostenido que “el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor entidad en el delito con relación a la infracción administrativa”.**

De esta manera, el delito de contaminación ambiental ejemplifica cómo el Derecho penal puede intervenir legítimamente en contextos de riesgo difuso, siempre que se respete el principio de subsidiariedad y se preserve la función comunicativa de la pena como respuesta a una infracción grave del orden normativo. Además, la dimensión simbólica de la pena refuerza la confianza en la juridicidad para reestablecer el orden jurídico ante una violación con mayor envergadura de poner en grave riesgo el ambiente y sus componentes.

Este tipo penal no se agota en la simple transgresión de normas administrativas, sino que se activa cuando dicha infracción implica un grave riesgo o daño al bien jurídico protegido. La tipificación penal de conductas ambientalmente lesivas responde a una lógica funcional–normativa que busca salvaguardar expectativas sociales esenciales en el contexto de la sociedad del riesgo. Así, la intervención penal no se justifica por el incumplimiento formal de una disposición administrativa, sino por la idoneidad lesiva de la conducta y su aptitud para generar un daño significativo.

En este marco, la determinación en el caso concreto de que un comportamiento reviste de mayor gravedad se realiza en dos niveles: en primer lugar, la administración ambiental deberá establecer si se ha superado un umbral de afectación regulado; y, en segundo lugar, si la conducta trasciende ese límite, la valoración se confía a un juez penal. Este último, como

advierte la doctrina española consultada, deberá atender criterios como la intensidad del acto, la magnitud del daño, su prolongación en el tiempo, la afectación directa o indirecta, la reiteración de la conducta, entre otros factores relevantes.

### **3.2. El delito de atentado contras las condiciones de seguridad y salud en el trabajo**

El delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo regulado en el artículo 168-A° del Código Penal se presenta en dos modalidades. La primera modalidad consiste en generar un peligro inminente y grave para la vida, salud o integridad física del trabajador, como consecuencia de una infracción intencional de las normas de seguridad laboral. La segunda modalidad se refiere a los casos en que, debido al incumplimiento deliberado de dichas normas, se produce una lesión grave o incluso la muerte del trabajador o de un tercero.

#### **Decreto de Urgencia No. 44-2019. Por la cual se modifica el artículo 168-A del Código Penal. 30 de diciembre de 2019**

##### **“Artículo 168-A.- Atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo**

El que, deliberadamente, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado, ponga en peligro inminente la vida, salud o integridad física de sus trabajadores de forma grave, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años.

Si, como consecuencia de la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, se causa la muerte del trabajador o terceros o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años en caso de muerte y, no menor de tres ni mayor de seis años en caso de lesión grave.”

Respecto a la primera modalidad, ésta permite reflejar con claridad la función simbólica y estabilizadora del Derecho penal. La conducta sancionada penalmente no solo infringe una norma administrativa, sino que comunica una negación de expectativas normativas fundamentales en el ámbito laboral. La pena, en este caso, actúa como un mensaje institucional que reafirma el valor de la vida y la integridad física en el entorno de trabajo y responde a una

conducta calificada como más grave en comparación a la infracción administrativa en materia de salud y seguridad en el trabajo (SST).

Conviene en este punto, preliminarmente, atender que la normativa administrativa en materia de SST explícitamente señala que la finalidad de dicha regulación es proteger bienes jurídicos tales como la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores. Véase, así:

**Ley No. 29783. Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. 20 de agosto del 2011**

**“I. PRINCIPIO DE PREVENCIÓN**

**El empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores.** Debe considerar factores sociales, laborales y biológicos, diferenciados en función del sexo, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de los riesgos en la salud laboral.”

**Ley No. 29783. Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. 20 de agosto del 2011**

**Artículo 49. Obligaciones del empleador**

“El empleador, entre otras, tiene las siguientes obligaciones:

a) **Garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor, en el centro de trabajo o con ocasión del mismo.”**

Así, es claro que el ámbito de protección de la normativa administrativa laboral está circunscrito a proteger la vida, salud e integridad de los trabajadores, y no está fundamentada en mantener el orden de los modelos de gestión. De esta manera, la diferencia con la infracción administrativa radica principalmente en la gravedad del resultado potencial o efectivo. Mientras que la infracción administrativa puede sancionar incumplimientos formales o de menor entidad, el ilícito penal se activa cuando la conducta pone en peligro bienes jurídicos de forma grave.

Acerca de los elementos para la configuración de este delito, se necesita acreditar los siguientes presupuestos: (a) la responsabilidad personal del empresario o sus delegados; (b) el incumplimiento de medidas de seguridad laboral debe poner en peligro grave e inminente

la vida e integridad física de los trabajadores; y (c) conocimiento individual del empresario o su delegado sobre el incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo. (Álvarez, 2023, p. 450)

Asimismo, se exige a nivel subjetivo un comportamiento deliberado, que trae como consecuencia la reducción del ámbito punible (Oré, 2018). Así, es necesario comprobar la concurrencia de un elemento subjetivo diferente del dolo, que es calificado también como un elemento de tendencia interna trascendente, puesto que la intención del autor desde el aspecto subjetivo va más allá de lo que objetivamente realiza (Caro, 1995).

Entonces, un elemento típico para la configuración del delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo es la infracción de la normativa administrativa laboral. Sin embargo, la infracción de una norma sobre prevención de riesgos laborales no configura el injusto, la mera desobediencia de la normativa administrativa en materia de SST no representa por sí sola el mayor desvalor que fundamenta el injusto típico del delito previsto (Oré, 2018). En este sentido, es indiscutible que al ser el Derecho penal el instrumento más restrictivo de derechos fundamentales no es factible que pueda ser utilizado para castigar toda infracción de las obligaciones administrativas, sino que únicamente serán susceptibles de tener relevancia penal aquellas que pongan en grave peligro la vida y salud del trabajador (Álvarez, 2023). En efecto, es evidente que el tipo penal no sanciona la omisión de cualquier medida preventiva en materia de seguridad y salud laboral (García Cavero, 2012).

De esta manera, es claro que de la configuración típica del referido delito se extrae que el Derecho penal no está llamado a actuar ante meras desobediencias administrativas, sino ante comportamientos que contienen un mayor grado de lesividad. Nuevamente, en este extremo conviene referirnos al historial legislativo del delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, ya que a través del Decreto de Urgencia No. 44-2019 se positivizó la referencia a la gravedad del comportamiento materia de sanción penal (“ponga en peligro inminente la vida, salud o integridad física de sus trabajadores de forma *grave*”).

Además, se evidencia una relación de accesoriedad administrativa de manera que no se puede sancionar penalmente si es que el autor ha actuado conforme a la normativa administrativa laboral y tampoco se puede sancionar penalmente únicamente comprobando que se ha incumplido la normativa administrativa laboral. De ese modo, quien ejerce una actividad

empresarial cumpliendo con las disposiciones administrativas en materia de SST lo hace dentro del marco del riesgo permitido. Ante una infracción administrativa en SST, que no trasciende el ámbito penal, la conducta del agente, aunque reprochable, no comunica una negación de las expectativas normativas fundamentales de la sociedad por lo que no justifica la interposición de una sanción penal.

En efecto, la doctrina nacional es uniforme cuando señala que no toda vulneración de la normativa administrativa implica necesariamente la comisión del delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo (Oré, 2018). De esta manera, además, se comprueba que la determinación del nivel de gravedad requerido por la norma penal se realiza en dos niveles: en primer lugar, la autoridad administrativa en materia laboral deberá señalar si un comportamiento ha superado el umbral administrativo; y, en segundo lugar, solo si la conducta supera este límite, la valoración pasará a ser realizada por el juez penal. Este esquema era aún más evidente en la anterior versión del referido delito establecida a través de la Ley No. 30222, dado que un elemento típico necesario era que el agente debía haber sido *notificado previamente* por la autoridad competente<sup>5</sup>.

Cabe señalar, por último, que no existe jurisprudencia de la Corte Suprema nacional que desarrolle este delito, únicamente a la fecha se conoce un pronunciamiento judicial emitido por la Séptima Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el marco del Expediente No. 1164-2021 (Sota & Fernández, 2024). Sin embargo, para el análisis realizado en esta sección, dicho pronunciamiento no es relevante.

Por lo expuesto, el delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, regulado en el artículo 168-A° del Código Penal, constituye una manifestación del Derecho penal como garante de bienes jurídicos fundamentales en el ámbito laboral, como la vida, la salud y la integridad física de los trabajadores. Su configuración no responde al mero

---

<sup>5</sup> **Ley No. 30222. Ley que modifica la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. 11 de julio de 2014**  
**Artículo 168-A.- Atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo**  
“El que, **deliberadamente**, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado, **y habiendo sido notificado previamente** por la autoridad competente por no adoptar las medidas previstas en éstas y como consecuencia directa de dicha inobservancia, **ponga en peligro inminente la vida, salud o integridad física de sus trabajadores**, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Si, como consecuencia de la inobservancia deliberada de las normas de seguridad y salud en el trabajo, se causa la muerte del trabajador o terceros o le producen lesión grave, y el agente pudo prever este resultado, la pena privativa de libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años en caso de muerte y, no menor de tres ni mayor de seis años en caso de lesión grave. Se excluye la responsabilidad penal cuando la muerte o lesiones graves son producto de la inobservancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo por parte del trabajador.”

incumplimiento formal de la normativa administrativa, sino que requiere una conducta deliberada que genere un peligro grave e inminente para dichos bienes. Asimismo, es coherente sostener que la conducta sancionada penalmente encierra un mayor desvalor frente a la sanción administrativa que a su vez se asienta en la comprensión de que la función del Derecho penal es la estabilización de expectativas normativas. Esta dimensión simbólica de la pena refuerza la confianza en el orden jurídico y contribuye a la estabilización de normas de conducta en un entorno donde las relaciones laborales pueden estar marcadas por asimetrías de poder y precariedad estructural.

Por todo lo expuesto, es lógico sostener que tanto el delito de contaminación ambiental como el de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo ilustran cómo el Derecho penal, cumpliendo su función de estabilización de expectativas normativas, interviene únicamente cuando la conducta infringe de manera grave expectativas sociales fundamentales. En ambos casos, la infracción administrativa es un presupuesto necesario, pero no suficiente para activar la respuesta del Derecho penal, ya que lo realmente determinante en dicho extremo será la idoneidad de la conducta para generar un riesgo grave. Esta lógica funcional–normativa permite distinguir con mayor precisión el ilícito penal del administrativo en los delitos de peligro, no desde una diferencia ontológica, sino desde una valoración normativa de la gravedad del hecho. Así, se refuerza la tesis de que el Derecho penal debe reservarse para aquellas conductas que, por su impacto social, requieren una respuesta simbólica más intensa por parte del Estado.

## CONCLUSIONES

La discusión sobre la función del Derecho penal constituye uno de los debates más persistentes en la dogmática jurídica contemporánea. La postura mayoritaria sostiene que la función esencial es la tutela de bienes jurídicos, siendo Claus Roxin su exponente más representativo. En contraposición, una corriente minoritaria, encabezada por Günther Jakobs, sostiene que la finalidad primordial del Derecho penal es la estabilización normativa. Aunque estas posturas pueden parecer irreconciliables, han sido objeto de reinterpretaciones recientes que buscan su compatibilización.

En esa línea, se destaca la propuesta de Bernardo Feijoo, quien plantea que la función primordial del Derecho penal es la estabilización normativa, mientras que la protección de bienes jurídicos es una función indirecta o derivada de dicha estabilización. Esta tesis, adoptada en la presente investigación, subraya además el carácter comunicativo del Derecho penal y rechaza cualquier uso instrumental del mismo. Así, la función del Derecho penal se entiende como la estabilización de normas de conducta, y no como la imposición de un mandato abstracto de fidelidad a la norma.

Por otro lado, la expansión del Derecho penal en el contexto de la sociedad del riesgo ha generado una transformación profunda en los límites tradicionales entre el ilícito penal y el ilícito administrativo. Esta expansión responde a la necesidad del Estado de gestionar riesgos colectivos y difusos, lo que ha dado lugar a una intervención penal anticipada, especialmente visible en los denominados delitos de peligro. En este contexto, resulta imperativo formular una lectura contemporánea sobre los límites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, a partir de la función que cumple el primero en la sociedad de nuestros días.

El surgimiento del Estado preventivo responde precisamente a esta necesidad. Si bien el Estado ya no se encarga directamente de la provisión de bienes y servicios, ha adquirido un enorme poder regulador y de vigilancia sobre los mercados. En este escenario se produce una *sinergia* entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, ya que fenómenos que antes eran exclusivos del segundo han sido incorporados por el primero, generando lo que Jesús María Silva denomina con elegante precisión la *administrativización del Derecho penal*. A su

vez, los Estados liberales han promovido la *jurisdiccionalización* del Derecho administrativo sancionador, trasladando a este ámbito las garantías propias del Derecho penal.

La delimitación entre ambos sistemas sancionadores ha sido objeto de múltiples debates doctrinarios. La tesis cualitativa sostiene una diferencia ontológica entre ambos regímenes; según esta postura, el Derecho penal responde a una lesividad concreta y una imputación individual, mientras que el Derecho administrativo sancionador busca preservar modelos de gestión institucional. La tesis cuantitativa afirma, por el contrario, que no hay diferencias esenciales entre ambos, sino una distinción de grado basada en la gravedad de la conducta sancionada. Al respecto, suscribo la segunda postura reconociendo que si bien existen ciertas infracciones que pertenecen de forma irrenunciable al núcleo del Derecho penal –como el homicidio o la violencia sexual–, en los delitos de peligro generados en el ámbito de la criminalidad empresarial existirá una diferencia marcadamente cuantitativa.

De esta manera, a lo largo de la investigación se ha demostrado que la tesis cualitativa resulta insuficiente para explicar las dinámicas sancionadoras actuales. En primer lugar, no es sostenible postular una diferencia ontológica entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, dado que ambos constituyen manifestaciones del mismo *ius puniendi* estatal. En consecuencia, las garantías procesales y sustantivas, así como la lógica de los sistemas se permean uno al otro. En segundo lugar, la noción de *bien jurídico*, por sí sola, resulta insuficiente para legitimar la intervención penal en la sociedad del riesgo, donde los bienes jurídicos contemporáneos se caracterizan por tener un carácter vago y maleable. Finalmente, en el *lege data* del Derecho administrativo sancionador puede constatarse que dicho ordenamiento jurídico se estructura en torno a la protección de bienes fundamentales como la vida, la salud y el medio ambiente.

En contraste, la tesis cuantitativa, fundada en una comprensión funcional–normativa del Derecho penal, ofrece una explicación más coherente y adecuada a la realidad actual. Desde esta perspectiva, la distinción entre ilícito penal e ilícito administrativo se establece en función del grado de gravedad de la conducta, determinado normativamente por el legislador, sin necesidad de apelar a una diferenciación ontológica. La función del Derecho penal, entendida como estabilización de expectativas normativas, permite justificar su intervención en contextos de riesgos, sin depender exclusivamente de la noción de bien jurídico. Esta concepción,

influenciada por las propuestas de Jakobs y Feijoo, refuerza el carácter comunicativo de la pena como respuesta institucional frente a la transgresión de normas esenciales de convivencia.

No obstante, conviene resaltar que esta tesis reconoce, en consonancia con lo planteado por Jakobs y Roxin, que existe un conjunto de conductas que ineludiblemente pertenecen al ámbito del Derecho penal. Se trata de aquellas que, conforme a la valoración social, constituyen máximas indisponibles de convivencia. Pero, el caso de los delitos de criminalidad empresarial, tal como son concebidos actualmente en nuestro ordenamiento, resulta evidente que no forman parte de dicho núcleo esencial, por lo que debe prevalecer sobre ellos un criterio de diferenciación cuantitativo.

Esto no implica, sin embargo, que dichas máximas sean inmutables. Al ser el Derecho penal un sistema abierto debe estar en constante diálogo con los cambios sociales para mantener su legitimidad. Como lo señala Jakobs, existe una dependencia recíproca entre el Derecho penal y la sociedad: el primero debe absorber los nuevos desafíos sociales, y la segunda debe determinar cuáles son los valores fundamentales que deben ser protegidos penalmente.

La proyección de esta postura en delitos como la contaminación ambiental o el atentado contra la seguridad y salud en el trabajo pone de manifiesto que la intervención penal no se justifica por la mera infracción administrativa, sino por la idoneidad de la conducta para generar un daño grave. En estos casos se observa una relación de accesoriedad asimétrica: si bien la infracción administrativa es un presupuesto necesario, no resulta suficiente por sí sola para configurar el injusto penal.

En consecuencia, en los delitos vinculados a la criminalidad empresarial, el criterio diferenciador entre ilícito penal e ilícito administrativo debe ser la gravedad de la conducta, evaluada en función de su aptitud para afectar bienes jurídicos fundamentales y desestabilizar el orden normativo. Esta perspectiva permite absorber con mayor legitimidad el fenómeno expansivo del Derecho penal, sin sacrificar los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

Finalmente, esta investigación propone una lectura contemporánea del Derecho penal como un sistema abierto, dinámico y comunicativo, que debe articularse con el Derecho administrativo sancionador en una lógica de complementariedad y no de oposición. Solo bajo esta premisa

será posible construir un modelo de intervención estatal legítimo, racional y acorde con las exigencias de la sociedad del riesgo de nuestro tiempo.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Libros y artículos académicos

1. Alonso, M. (2015). ¿Gestión del riesgo o gestión del miedo? Riesgo, peligro y bien jurídico penal. *Revista de derecho penal*(50), 51-78.
2. Álvarez, F. (2023). Mitos en relación a la responsabilidad penal del empresario por el incumplimiento de medidas de seguridad y salud en el trabajo. En S. P. Social, *IX Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (págs. 435-459). Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
3. Artigas, C. (2001). El principio precautorio en el derecho y la política internacional. *CEPAL - SERIE Recursos naturales e infraestructura*.(22), 1-37.
4. Bajo, M., & Bacigalupo, S. (2010). *Derecho penal económico*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
5. Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A.
6. Caro, D., Reyna, L., Asmat, D., Carrión, A., Hurtado, A., Urquiza, G., & Vásquez, C. (2015). *Defensa penal de la empresa y sus funcionarios en delitos ambientales*. Lima: Jurista Editores.
7. Caro, D. (1995). El derecho penal laboral en el Perú. *Themis*, 231.
8. Caro, D., & Reyna, L. (2019). *Derecho penal económico y de la empresa. Tomo I. Parte General*. Lima: Gaceta Jurídica.
9. Caro John, J. (2010). *Dogmática penal aplicada*. Lima: Ara Editores.
10. Caro John, J. (2010). *Normativismo e imputación jurídico-penal. Estudios de Derecho penal funcionalista*. Lima: Ara Editores.
11. Caro John, J. (2024). La perspectiva del ejercicio de la abogacía en la defensa del patrimonio cultural. En J. Sánchez-Rivas, & F. (. Sánchez del Cubo, *El patrimonio cultural: un recurso fundamental en el crecimiento económico sostenible de las sociedades modernas* (págs. 307-320). Valencia: Tirant humanidades.

12. Corcoy, M. (2024). *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. Nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos* (2nd ed.). Montevideo: IB de F.
13. Cordero, E. (2012). El Derecho administrativo sancionador y su relación. *Revista de derecho (Valdivia) [online]*, 25(2), 131-157.
14. Danós, J. (1995). Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública. *Ius Et Veritas*, 5(10), 149-160.
15. Ericson, R. (2007). *Crime in an insecure world*. Cambridge: Polity Press.
16. Feijoo, B. (2005). Seguridad colectiva y peligro abstracto. Sobre la normativización del peligro. En A. Barreiro, *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo* (págs. 307-342). Madrid: Editorial Civitas.
17. Feijoo, B. (2007). Sobre la “administrativización” del derecho penal en la “sociedad del riesgo”. Un apunte sobre la política criminal a principios del siglo XXI. *REVISTA DERECHO PENAL*(19).
18. Feijoo, B. (2011). El actual debate alrededor de la Teoría del Bien Jurídico. En J. Urquiza, M. Abanto, & N. (. Salazar, *Dogmática penal de Derecho Penal Económico y Política Criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann I y II* (págs. 1075-1114). Lima: Universidad San Martín de Porres.
19. Feijoo, B. (2012). ¿Transformación del Derecho penal por la protección de la estabilidad financiera internacional como bien jurídico global? *AFDUAM*, 16, 109-136.
20. Feijoo, B. (2014). Prevención general positiva. Una reflexión en torno a la teoría de la pena de Günther Jakobs. *Revista de Ciencias Penales*, XLI(1), 13-38.
21. Feijoo, B. (2018). Límites del tipo objetivo en los delitos. En C. (. Gómez-Jara, & J. M. Maza, *Persuadir y razonar: estudios jurídicos en homenaje a José Manuel Maza Martín* (págs. 159-175). Thomson Reuters Aranzadi.
22. Feijoo, B. (2021). *La estabilización normativa como función del Derecho Penal. Una teoría del delito, de la pena, de la responsabilidad penal de personas jurídicas y de la responsabilidad penal de menores*. Santiago de Chile: Ediciones Olejnik.

23. Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Valladolid: Simancas Ediciones S.A.
24. Ferrajoli, L. (2009). Criminalidad y globalización. En M. Carbonell, & R. Vázquez, *Globalización y Derecho* (págs. 145-160). Quito: Ministerio de Justicia y Derecho Humanos.
25. García Caveró, P. (2003). *Derecho Penal Económico. Parte General*. Lima: Instituto Pacífico.
26. García Caveró, P. (2012). *Derecho Penal. Parte General* (2da ed.). Lima.
27. García Caveró, P. (2012). La protección penal de la seguridad e higiene en el trabajo. *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*, 13(1), 11-28.
28. García Caveró, P. (2019). *Derecho Penal - Parte General* (3ra ed.). Lima: Editorial Ideas.
29. García, A. (2015). Recordando el futuro: Gobernanza anticipatoria en tecnologías emergentes. En J. M. Rodríguez de Santiago, R. Letelier, & C. Ari, *Estrategias del Derecho ante la incertidumbre y la globalización* (págs. 313-329). Madrid: Marcial Pons.
30. García-Pablos de Molina, A. (2009). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos*. Lima: Jurista Editores.
31. Gómez, M. d. (2018). *Nociones Fundamentales de Derecho Penal. Parte Especial*. (3ra ed., Vol. 1). Madrid: tecnos.
32. Hassemer, W. (1992). Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 45, 235-250.
33. Hassemer, W. (1999). *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en el derecho penal*. Bogotá: Editorial Temis S.A.
34. Hassemer, W. (2009). El derecho penal en los tiempos de las modernas formas de criminalidad. En F. (. Gutierrez-Alviz, & J. (. Martínez, *El juez y la cultura jurídica contemporánea* (págs. 243-262). Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
35. Hefendehl, R. (2007). De largo aliento: el concepto de bien jurídico (o qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico. En R. Hefendehl, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal*

- o juego de abalorios dogmático?* (págs. 459-475). Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A. .
36. Hurtado, J. (2015). *Compendio de Derecho Penal Económico. Parte general*. Lima: Fondo Editorial. Pontificia Universidad Católica del Perú.
  37. Jakobs, G. (1997). Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico. En J. Günther, *Estudios de Derecho Penal*. Madrid: UAM Ediciones.
  38. Jakobs, G. (1997). *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2º edición*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A.
  39. Jakobs, G. (2000). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid: Cuadernos Civitas.
  40. Jakobs, G. (2003). ¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma? En E. (. Montealegre, *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho Penal*. (págs. 39-56). Universidad Externado de Colombia.
  41. Jakobs, G. (2020). *¿Protección de bienes jurídicos? Sobre la legitimación del Derecho Penal*. Montevideo: B de F Ltda.
  42. Jimenez, M. J. (2014). Sociedad del riesgo e intervención penal. *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*.(16).
  43. Kindhäuser, U. (1995). Acerca de la legitimidad de los delitos de peligro abstracto en el ámbito del derecho penal económico. En K. (. Tiedemann, *Hacia un derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del profesor Klaus Tiedemann* (págs. 441-452). Madrid: Boletín Oficial del Estado.
  44. Kindhäuser, U. (2009). Estructura y legitimación de los delitos de peligro del Derecho penal. *InDret Recista para el análisis del derecho*, 1-19.
  45. Kindhäuser, U. (2017). *Bien jurídico, seguridad y hecho punible desde una perspectiva comunicativa del Derecho Penal. Entrevistas y conferencias*. Buenos aires: Editorial UNLaM.
  46. Lascuraín, J. A. (2007). Por un derecho penal sólo penal: derecho penal, derecho de medidas de seguridad y derecho administrativo sancionador. *Revista Peruana de Ciencias Penales*(19), 325-372.

47. Lazarus, L. (2014). The Right to Security. En R. Cruft, M. Liao, & M. Renzo, *The Philosophical Foundations of Human Rights*, 1-21.
48. Lesch, H. H. (2016). *El concepto de delito. Las ideas fundamentales de una revisión funcional. (Traducción: Juan Carlos Gemingnani)*. Madrid: Marcial Pons.
49. López, A. (2008). La concreta aplicación de las garantías reconocidas en materia penal y tributaria. En A. Altamirano, & R. R. (Coord.), *Derecho Penal Tributario. Tomo I*. Buenos Aires: Marcial Pons.
50. Lozano, B. (1990). Panorámica general de la potestad sancionadora de la Administración en Europa. "Despenalización y garantía". *Revista de administración pública*(121), 393-414.
51. Lozano, B. (1990). Panorámica general de la potestad sancionadora de la administración en Europa: "Despenalización" y garantía. *Revista de Administración Pública*, 121, 393-415.
52. Márquez, R. (2016). *La conducción con una determinada tasa de alcohol. Un estudio sobre la legitimidad de los delitos de peligro abstracto*. Madrid: Marcial Pons.
53. Montealegre, E. (2003). Estudio introductorio a la obra de Günther Jakobs. En E. (. Montealegre, *Libro homenaje al profesor Günther Jakobs. El funcionalismo en Derecho Penal*. (págs. 21-36). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
54. Muñoz, F. (2009). *Derecho Penal. Parte Especial*. (17a ed.). Valencia: Tirant lo blanch libros.
55. Nieto, A. (2012). *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Editorial Tecnos.
56. Oré, E. (2018). Prevención de riesgos laborales y derecho penal. *Revista de la Facultad de Derecho*, 81, 197-225.
57. Paredes, J. M. (2003). Los delitos de peligro como técnica de incriminación en el derecho penal económico: bases político-criminales. *Revista de derecho penal y criminología*, 2(11), 95-164.
58. Parejo, L. (2015). Estado y procesos de cambio. Del Estado prestacional al garante de la prestación. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*(33), 73-98.

59. Patiño, R., & Martínez, A. (2011). *Derecho Económico: ariete contra los oligopolios y escudo de los consumidores*. (Primera edición ed.). Mexico D.F.: Colección de Lecturas Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México.
60. Polaino, M. (2007). Protección de bienes jurídicos y confirmación de vigencia de la norma: ¿dos funciones excluyentes? En E. (. Montealegre Lynett, *Derecho penal y sociedad. Tomo I. Estudios sobre las obras de Günther Jakobs y Claus Roxin, y sobre las estructuras modernas de la imputación* (págs. 106-125).
61. Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*. (Primera edición ed.). Madrid: Civitas.
62. Roxin, C. (2007). ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal? En R. (. Hefendehl, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (págs. 443-460). Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S.A.
63. Roxin, C. (2021). *La Teoría del delito en la discusión actual. Tomo I*. Lima: Instituto Pacífico.
64. Silva, J.-M. (2006). *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. (2da ed.). Montevideo: IBdeF.
65. Silva, J.-M. (2022). *El riesgo permitido en Derecho penal económico*. Barcelona: Atelier. Libros jurídicos.
66. Silva, J.-M. (2025). *Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Civitas.
67. Sota, P., & Fernández, M. (2024). El delito de atentado contra las condiciones de seguridad y salud en el trabajo en el Perú. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 65, 93-108.
68. Stacey, J. (2017). Preventive justice, the precautionary principle and the rule of law. En T. Tulich, R. Ananian-Welsh, S. Bronitt, & S. Murray, *Regulating Preventive Justice*. 23-39. New York: Routledge.
69. Steiker, C. (1998). Foreword: The Limits of the Preventive State. *The Journal of Criminal Law & Criminology - Supreme Court Review*, 88(3), 771-808.

70. Tulich, T. (2017). Critical reflections on preventive justice. En T. Tulich, R. Ananian-Welsh, S. Bronitt, & S. Murray, *Regulating Preventive Justice. Principle, Policy and Paradox* (págs. 3-22). New York: Routledge.
71. Vega, M. (2021). La pugna entre principios rectores del derecho ambiental y el derecho penal sustantivo y adjetivo. *Revista Pensamiento Penal*(401), 1-11.
72. Vera, G. (2008). El Principio Precautorio en el Derecho peruano. *Revista De Derecho Administrativo*(6), 87-101.
73. Welzel, H. (1997). *Derecho Penal Alemán. (Traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez)* (Vol. 4). Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
74. Zedner, L., & Ashworth, A. (2019). The Rise and Restraint of the Preventive State. *Annual Review of Criminology*, 429-450.
75. Zúñiga, L. (2001). Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador ¿Hacia. En L. (. Arroyo, I. (. Gómez de la Torre, & M. (. Barbero, *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos "in memoriam"* (págs. 1417-1444).

### **Legislación, jurisprudencia y otros documentos legales.**

1. Corte Interamericana de Derecho Humanos. Sentencia del Caso Baena Ricardo y otros vs. Panamá. (2 de febrero 2001).
2. Corte Interamericana de Derecho Humanos. Sentencia del Caso Vélez Loor vs. Panamá. (23 de noviembre de 2010).
3. Corte Interamericana de Derecho Humanos. Sentencia del Caso Lopez Mendoza vs. Venezuela. (1 de septiembre de 2011).
4. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-214/1994. (28 de abril de 1994).
5. Corte Suprema del Perú. Acuerdo Plenario 2.B-2023/CIJ-112. (28 de noviembre de 2023).
6. Corte Suprema del Perú. Casación No. 169-2012-Áncash. (12 de septiembre de 2013).

7. Corte Suprema del Perú. Casación No. 2073-2019-Lambayeque. (7 de diciembre de 2021).
8. Corte Suprema del Perú. Recurso de Nulidad 2090-2005. (16 de noviembre de 2007).
9. Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992.
10. Decreto Legislativo No. 635. Código Penal. (08 de abril de 1991).
11. Decreto Legislativo No. 1111. Por la cual se modifica la Ley de los Delitos Aduaneros. (29 de junio de 2012).
12. Decreto Legislativo No. 1351. Por la cual se modifica el artículo 304 del Código Penal. (7 de enero de 2017).
13. Decreto Legislativo No. 1542 de 2022. Por la cual se modifica la Ley de los Delitos Aduaneros. (26 de marzo de 2022).
14. Decreto Supremo No. 004-2019-JUS. Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley No. 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General. (25 de enero de 2019).
15. Decreto de Urgencia No. 44-2019. Por la cual se modifica el artículo 168-A del Código Penal. (30 de diciembre de 2019).
16. Ley No. 28008 de 2003. Ley de los delitos aduaneros. (19 de junio de 2003).
17. Ley No. 28611. Ley General del Ambiente. (15 de octubre de 2005).
18. Ley No. 29263. Por la cual se modifica el Título XIII del Código Penal. (2 de octubre de 2008).
19. Ley No. 29783. Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. (20 de agosto de 2011).
20. Ley No. 30222. Ley que modifica la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo. (11 de julio de 2014).

21. Tribunal Constitucional. Caso Carlos Israel Ramos Colque. Sentencia recaída en el Expediente No. 2050-2002-AA. (16 de abril de 2003).
22. Tribunal Constitucional. Caso del cuestionamiento de los procesos de decisión en el ámbito de la administración pública. Sentencia recaída en el Expediente No. 02-2021-PI/TC. (21 de abril de 2022).
23. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Sentencia 8544/79. (21 de febrero de 1984).