



www.criminaljusticenetwork.eu

El principio de ofensividad en la nueva Constitución chilena

Il principio di offensività nella nuova Costituzione cilena

The Harm Principle in the New Chilean Constitution

Laura Mayer Lux¹ - Jaime Vera Vega²

Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Resumen. El presente trabajo tiene por objeto analizar una eventual consagración expresa del principio de ofensividad en la futura Constitución chilena. Para ello, comienza examinando los antecedentes, el sentido y la consagración de dicho principio. Luego, aborda su relación con otras máximas limitadoras del *ius puniendi*, así como la importancia de su regulación en tanto principio autónomo. Asimismo, el texto se refiere al principio de ofensividad como base de una adecuada técnica legislativa en materia penal. El artículo concluye que una regulación expresa de dicha máxima en la nueva Constitución chilena, mediante una formulación directa y clara, supondría un gran avance, entre otras cosas, por su carácter de límite para el actuar del legislador y del juez en el ámbito punitivo.

Abstract. L'articolo prende in esame la possibilità di inserire un riferimento espresso al principio di offensività nella futura Costituzione cilena. A tal fine, il contributo muove da un'analisi del contesto, del significato e del fondamento di questo principio, per poi soffermarsi sulla sua relazione con altri principi che limitano lo *ius puniendi* e sull'importanza di una sua regolamentazione come principio autonomo. In quest'ottica, il testo considera il

¹ Abogada. Doctora en Derecho por la Universidad de Bonn, Alemania. Profesora de Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Correo electrónico: laura.mayer@pucv.cl

² Abogado. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales por las Universidades de Barcelona y Pompeu Fabra, España. Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: jaime.vera@pucv.cl

Los autores agradecen especialmente al egresado de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile, y ayudante del Departamento de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de esa misma universidad, Sr. Joaquín Torres Oyaneder, por la revisión y adaptación formal del presente artículo.



www.criminaljusticenetwork.eu

principio di offensività come base di una tecnica legislativa adeguata in materia penale. L'articolo giunge alla conclusione secondo cui una regolamentazione espressa di tale principio nella nuova Costituzione cilena, attraverso una formulazione diretta e chiara, sarebbe un grande passo in avanti, tra l'altro per il suo carattere di limite all'azione del legislatore e del giudice nella sfera punitiva.

Abstract: The article aims to evaluate an eventual express regulation of the harm principle in the future Chilean Constitution. The article starts by examining the background, meaning and regulation of this principle. Then, it addresses its relationship with other principles that limit the *ius puniendi*, as well as the importance of its regulation as an autonomous principle. Likewise, the text refers to the harm principle as the basis of an adequate legislative technique in criminal matters. The article concludes that an explicit regulation of this principle in the new Chilean Constitution, through an immediate and clear formulation, would be a great step forward, among other things, due to its character of limiting the action of both the legislator and the judge in the punitive field.

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. Antecedentes, sentido y consagración del principio de ofensividad. – 3. Relación entre la máxima de ofensividad y otros principios limitadores del *ius puniendi*. Importancia de la máxima de ofensividad como principio autónomo. – 4. Los principios limitadores del *ius puniendi* como base de una adecuada técnica legislativa en materia penal, con especial énfasis en la máxima de ofensividad. – 5. La consagración del principio de ofensividad en una nueva Constitución.

1. Introducción

La redacción de una nueva Constitución, junto con abrir un espacio para discutir sobre temáticas tan relevantes como la forma de gobierno o la regulación de los derechos fundamentales, plantea un momento único para proponer un conjunto de principios penales que sirva de límite al ejercicio de la potestad punitiva del Estado.

El establecimiento de un conjunto de principios, como el que aquí se sugiere, no tiene una importancia puramente teórica: antes bien, este puede contribuir decisivamente a dotar de mayor racionalidad a la dictación de leyes en materia penal, especialmente en una organización política que cumpla con los paradigmas de un Estado Democrático y de Derecho.

Dicha cuestión resulta particularmente relevante, habida cuenta de la enorme proliferación, en las últimas décadas, de leyes penales reactivas y de emergencia, que se dictan



www.criminaljusticenetwork.eu

sin la debida reflexión, supuestamente para apaciguar ciertas demandas provenientes de la comunidad, respecto de lo que se estima constituyen los problemas fundamentales de la criminalidad de nuestros días.

La idea de consagrar un conjunto de principios penales en la nueva Carta Fundamental, que claramente contenga las principales máximas limitadoras del *ius puniendi*, contrasta con el actual texto constitucional, en el que, si bien algunos principios cuentan con regulación expresa (v. gr., el de legalidad penal, en el artículo 19 N° 3 incisos 8° y 9°), otros, como el de proporcionalidad, culpabilidad u ofensividad, deben extraerse de disposiciones que abarcan materias más generales, como las bases de la institucionalidad o los derechos fundamentales. Este estado de las cosas, a nuestro juicio, ha propiciado, en ciertos casos, la dictación de leyes penales que no respetan tales principios limitadores, lo que ciertamente impacta en la legitimidad del empleo del *ius puniendi* como mecanismo de control social.

En relación con lo señalado, la actual Constitución se centra, de modo particular, en los aspectos formales del ejercicio de la potestad punitiva, en desmedro de aquellos que son atinentes al contenido de las normas penales. En este sentido, el texto constitucional todavía vigente regula de manera (más o menos) clara las exigencias provenientes del principio de legalidad (reserva de ley, irretroactividad, taxatividad y prohibición de la analogía), pero descuida cuestiones que tienen que ver con aspectos sustantivos de las prohibiciones o mandatos en el ámbito jurídico penal.

Durante los últimos 40 años, la ausencia de normas constitucionales que permitan justificar con claridad el recurso al Derecho penal, fuera de haber permitido un incremento excesivo de la cantidad de preceptos penales, ha envuelto una serie de riesgos, por ejemplo, la multiplicación de normas meramente simbólicas, desproporcionadas o, en fin, orientadas a suprimir ciertas conductas, cuya erradicación requiere de cambios sociales mucho más complejos y profundos.

En nuestra opinión, la existencia de un catálogo de principios penales, que se extienda tanto a cuestiones formales como materiales, podría servir de guía para el legislador a la hora de dictar preceptos penales. En el desarrollo de dicha labor, la consagración de un catálogo, como el referido, podría contribuir a mejorar la calidad de las normas penales chilenas, toda vez que, como veremos *infra*, los paradigmas de una adecuada técnica legislativa se relacionan muy estrechamente con las máximas limitadoras de la potestad punitiva estatal.

En el marco de lo señalado, el principio de ofensividad constituye un límite cardinal para el ejercicio del *ius puniendi* en el Estado Democrático de Derecho. En efecto, dicho principio coloca a la persona y a los derechos de que ella es titular en el centro del proceso de formulación de leyes penales, cuestión que no sólo puede favorecer una mayor racionalidad en su desarrollo, sino que también puede contribuir a dotar de más legitimidad a aquellas normas que inciden tan intensamente en los derechos fundamentales del individuo.

El presente trabajo tiene por objeto analizar el concepto, así como la consagración actual que tiene el principio de ofensividad penal en tanto límite a la potestad punitiva del Estado. Además, el texto busca destacar su carácter de eje del conjunto de principios penales de la



www.criminaljusticenetwork.eu

nueva Constitución, para lo cual lo examinará en relación con otras máximas limitadoras del *ius puniendi*, cuya vigencia es reconocida transversalmente. Finalmente, el artículo efectuará algunas propuestas para la consagración del principio de ofensividad en el nuevo texto constitucional chileno.

2. Antecedentes, sentido y consagración del principio de ofensividad

También conocido como principio de lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos³, el principio de ofensividad, que se expresa con el aforismo “*nullum crimen, nulla poena sine iniuria*”, constituye una garantía fundamental del Derecho penal moderno. Según ella, dicho sector del ordenamiento jurídico sólo puede intervenir en el evento de que resulten afectados bienes jurídico-penales y, por tanto, para la tutela de esa clase de intereses⁴.

Si bien los orígenes del concepto de bien jurídico se remontan a la obra de BIRNBAUM⁵, la formulación del principio de ofensividad como límite al ejercicio del *ius puniendi* se atribuye a VON LISZT⁶, a quien se asigna el mérito de haber elevado la noción de bien jurídico a la categoría de concepto central de su construcción teórica⁷. En virtud de sus postulados, el principio en comento se convirtió en un nuevo límite para el ejercicio del poder punitivo del Estado y le dio un significado objetivo a la intervención penal⁸.

Al desarrollo de dicho principio ha contribuido también, decisivamente, la ciencia penal italiana que, de acuerdo con CABEZAS, habría buscado en dicha máxima “una auténtica clave del sistema”, que posibilitara “no solo interpretar los tipos penales ya existentes”, sino que actuara como “principio de fuerte impacto en la actividad legislativa y, especialmente, en el trabajo de la Corte Constitucional”⁹.

³ Hay quienes parecen postular que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos constituye una garantía amplia que engloba la noción de lesividad, la que queda reservada para el supuesto de aplicación en concreto de la ley penal. En consecuencia, en virtud del principio de lesividad, se afirma que no se puede apreciar la configuración de un delito si el comportamiento no ha implicado una lesión significativa para el bien jurídico. En este sentido, BUSTOS y HORMAZÁBAL (2012), p. 154.

⁴ En esa línea, SILVA (2010), p. 424.

⁵ BIRNBAUM (2010), pp. 57-58.

⁶ Aunque, como advierte FERRAJOLI, se trata de un principio que surge ya en las obras de ARISTÓTELES y EPICURO, además de ser denominador común de toda la cultura penal ilustrada: desde HOBBS, PUFENDORF y LOCKE, hasta BECCARIA, HOMMEL, BENTHAM, PAGANO y ROMAGNOSI, quienes ven en el daño causado a terceros las razones, los criterios y la medida de las prohibiciones y de las penas. Sólo así las prohibiciones, al igual que las penas, pueden ser configuradas como instrumentos de minimización de la violencia y de tutela de los más débiles contra los ataques arbitrarios de los más fuertes, en el marco de una concepción más general del Derecho penal en tanto medio de protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Cfr. FERRAJOLI (1995), p. 466.

⁷ Cfr. ZUGALDÍA (1995), p. 35.

⁸ Así, ZUÑIGA (2001), p. 86. En la misma línea, CORN y CABEZAS (2021), p. 49.

⁹ CABEZAS (2013), p. 86 con referencias ulteriores.



www.criminaljusticenetwork.eu

En esta materia, resulta fundamental la obra de BRICOLA, quien destaca la importancia de que la dogmática penal se sustente en principios constitucionales¹⁰. De modo más preciso, el autor referido plantea que, en la creación de normas penales, el legislador se encuentra limitado tanto por la Carta Fundamental como por los principios penales que se deducen de su texto¹¹.

El principio de ofensividad es expresión de un planteamiento político-criminal más global, que postula un uso, lo más restrictivo posible, del Derecho penal. En ese orden de ideas, dicha máxima se enmarca en una concepción del Derecho penal que lo entiende como un “mal menor”, admisible sólo en la medida en que resulte estrictamente necesario¹². Tras dicho límite, subyace la idea de que únicamente es legítima una restricción tan severa de los derechos del individuo, como la que involucra la intervención punitiva, si ella resulta imprescindible para garantizar los derechos y libertades de la mayoría de los sujetos que integran el cuerpo social¹³.

Como indica HASSEMER, el reconocimiento del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos pone de manifiesto la relación entre el Derecho penal, la propia noción de bien jurídico y el Derecho constitucional, en el sentido de que, la prohibición de una conducta bajo amenaza penal que no pueda remitirse a un bien jurídico, es lisa y llanamente terror de Estado. De acuerdo con dicho autor, tal supuesto da lugar a una intromisión en la libertad de actuación respecto de la cual el Estado no puede explicar con qué fin la lleva a cabo. Dicho fin ha sido identificado, tradicionalmente, con la protección del bien jurídico, sin la cual la limitación de la libertad simplemente no logra legitimarse. De lo expresado, concluye que la tutela del bien jurídico, además de corresponder a una función del Derecho penal, es, al mismo tiempo, un límite para que el Estado pueda ejercer el *ius puniendi*. En síntesis, el bien jurídico se erige como el fundamento necesario y constitucional, tanto para concebir un deber de protección como para determinar los límites a la intervención punitiva y su intensidad en el caso concreto¹⁴.

Si bien el principio de ofensividad no tiene un reconocimiento explícito en nuestra Carta Fundamental, la doctrina estima que aquel puede desprenderse de algunas disposiciones contenidas en ella, partiendo por el artículo 1º inciso 1º, que reconoce el valor de la dignidad humana¹⁵ como principio fundante del orden constitucional¹⁶. En ese sentido, la doctrina aludida sostiene que la persona es siempre un fin en sí mismo y jamás un medio para el logro de determinados objetivos¹⁷. Ello ha llevado a que, por ejemplo, en relación con el delito de

¹⁰ Sobre la relevancia de la obra de dicho autor en este contexto, véase FORNASARI (2018), pp. 21-23.

¹¹ En ese sentido, BRICOLA (2012), pp. 44 y ss.

¹² MIR (1989-1990), p. 205.

¹³ Así, GARCÍA-PABLOS (2005), pp. 562-563.

¹⁴ HASSEMER (2007), pp. 103-104.

¹⁵ Para la formulación de dicha máxima, resulta fundamental la obra de KANT (2008), p. 63. Véase, igualmente, MAIHOFFER (2008), p. 43.

¹⁶ En ese orden de ideas, JARASS y PIEROTH (2012), nm. 2; STERN (2006), p. 8.

¹⁷ Vid. GUZMÁN (2011), p. 75.

incesto, autores como RODRÍGUEZ afirmen que su criminalización atenta contra la dignidad de la persona, toda vez que con ella se instrumentaliza al sujeto, que debe soportar la imposición de una pena, para que al interior de la familia se observe una conducta aceptable desde la perspectiva de los cánones morales imperantes en la sociedad¹⁸.

En la misma línea, se dice que el principio de ofensividad parte de la base de que es el Estado el que está al servicio de la persona humana y no esta última la que debe servir al Estado¹⁹. Por ello, se plantea que el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos puede, también, deducirse del artículo 1° inciso 4° de la Constitución, que señala: *“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”*.

Una posible interpretación de dicha cláusula constitucional implica afirmar que el Estado, para la promoción del bien común, ha sido investido del *ius puniendi*, esto es, de la facultad de tipificar delitos y contemplar penas frente a su comisión. Sin embargo, conforme con la misma norma, el ejercicio de tal facultad está condicionado por un límite infranqueable: contribuir a crear el conjunto de condiciones que posibiliten a los habitantes de la República su mayor realización material y espiritual posible. Las condiciones a las que alude dicha disposición pueden ser entendidas como alusivas a los bienes jurídico-penales; vale decir, nuestra Carta Magna reconoce, de manera tácita, que el ejercicio del poder punitivo debe apuntar hacia el resguardo de bienes jurídicos penales, sin que se legitime su ejercicio si se aparta de tal finalidad²⁰.

En virtud de lo que establece dicho precepto, queda además excluida una transpersonalización de la idea de bien jurídico, esto es, considerar como intereses dignos de tutela meras entelequias abstractas, como es el caso de ciertas concepciones autoritarias del orden, la seguridad y la fe públicos, que sólo reflejan un interés del Estado²¹. Tales concepciones, que prevalecen por sobre los derechos de las personas, han de ser rechazadas, pues el referente anclado en el individuo debe estar siempre presente en virtud de la alusión que se efectúa a las posibilidades de autorrealización material y espiritual de los integrantes de la comunidad²².

Para desarrollar dicha fundamentación, debe partirse de una premisa planteada por ROXIN, en orden a que el ámbito de intervención de la potestad penal arranca de la función social que el Derecho penal está llamado a cumplir²³. De acuerdo con lo que disponen tanto el artículo 1° incisos 4° y 5° como el artículo 5° inciso 2°, ambos de la Constitución chilena

¹⁸ RODRÍGUEZ (2014), p. 345.

¹⁹ Así, EPPING (2012), p. 265.

²⁰ En tal sentido, VERA (2012), pp. 214-215.

²¹ En esa línea, CORN y CABEZAS (2021), p. 49.

²² Sobre la transpersonalización de los bienes jurídicos, véase MERA (1998), pp. 153 y ss.

²³ ROXIN (2007), pp. 446-447.



www.criminaljusticenetwork.eu

aún vigente, es posible sostener que el Derecho penal tiene como finalidad procurar a los ciudadanos una existencia pacífica, libre y socialmente segura, debiendo intervenir en la medida en que tales objetivos no puedan conseguirse a través de otras medidas sociopolíticas menos intrusivas en la esfera de libertad de los ciudadanos.

Para ROXIN, la justificación del *ius puniendi* estatal se encuentra en el contrato social, según el cual, los ciudadanos, detentadores del poder estatal, ceden al legislador sólo aquellas facultades penales que son necesarias para alcanzar una convivencia libre y pacífica, y únicamente en la medida en que dicho fin no pueda ser conseguido por medios más inocuos. De acuerdo con esta concepción, lo ideal es que el poder de intervención estatal y la libertad de los ciudadanos conduzcan a un equilibrio que le garantice al individuo tanta protección como sea necesaria, pero también tanta libertad individual como sea posible²⁴.

En consecuencia, en un Estado de Derecho, que es el modelo de Estado subyacente a nuestra actual Carta Fundamental, las normas penales sólo pueden perseguir la finalidad de asegurar a los ciudadanos una coexistencia libre, pacífica y segura; garantizando, al mismo tiempo, el respeto de los derechos humanos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 5° inciso 2° de la Constitución. Así, y en la medida en que ello no pueda conseguirse mediante otros mecanismos menos gravosos, el Estado ha de garantizar penalmente tanto las condiciones individuales necesarias para tal coexistencia (*v. gr.*, la protección de la vida y de la integridad física, de la libertad de actuación, de la propiedad, etc.) como las instituciones estatales o colectivas que sean imprescindibles para tal finalidad (por ejemplo, una administración de justicia que funcione correctamente, un sistema fiscal y monetario adecuado, una administración pública alejada de la corrupción, etc.)²⁵.

La consagración implícita del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos en la Constitución vigente se ve reforzada por ser ésta una garantía cuyos fundamentos hunden sus raíces en el modelo de Estado Democrático²⁶, explícitamente asumido en el artículo 4°. Un Estado Democrático, según afirma MIR, no cuenta entre sus atribuciones la realización de fines divinos ni la corrección de ciudadanos tomados como sujetos inmaduros espiritualmente. Tampoco está legitimado para castigar el ataque a valores puramente morales, debiendo limitarse a crear y asegurar al grupo social las condiciones de una existencia ajustada a sus necesidades vitales, con pleno respeto de la libertad para la configuración individual de su vida²⁷, idea que también se deduce del artículo 1° inciso 4°, antes referido.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno ha tenido ocasión de referirse al principio de ofensividad, aunque utilizando la terminología tradicional de “lesividad”. Así, pese a haber negado su consagración en el texto constitucional y en los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Chile, reconoce la importancia que tiene dicho

²⁴ ROXIN (2007), p. 447. En términos similares, MUÑOZ (1975), pp. 32-33.

²⁵ ROXIN (2007), p. 447.

²⁶ En ese sentido, CURY (2020), pp. 36-37; DE TOLEDO Y UBIETO (1990), p. 8.

²⁷ MIR (2003), pp. 116-117.



www.criminaljusticenetwork.eu

principio en el establecimiento de limitaciones al ejercicio del poder punitivo²⁸. En tal sentido, se puede citar una sentencia de dicha magistratura que, pronunciándose sobre la eventual inconstitucionalidad del artículo 292 inciso 2° del Código Penal (sobre las asociaciones ilícitas), expresa:

“Que las limitaciones impuestas por el Derecho penal a los derechos esenciales derivan de su necesidad de proteger bienes jurídicos trascendentes. No se establecen para castigar la mera desobediencia del ordenamiento jurídico, sino que deben ser idóneas para la finalidad de protección referida.

El principio de la lesividad[,] que no se encuentra expresamente consagrado en tratados internacionales que vinculen al Estado de Chile ni en la propia Constitución Política[,] deriva de la necesidad de que la intervención penal se justifique en la protección de bienes jurídicos determinados. La existencia de un bien jurídico realmente afectado, en cuanto permite conocer qué se protege, determina el contenido y límite de la tipicidad”²⁹.

La sentencia recién referida, es una muestra de las dificultades y confusiones que genera la ausencia de una consagración expresa del principio de ofensividad en la Constitución chilena. En esa línea, si bien dicha circunstancia no ha impedido que la doctrina le atribuya vigencia constitucional a la máxima que analizamos, su falta de regulación explícita sí ha sido un obstáculo para que dicho principio, en la práctica, constituya un límite efectivo para el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

Como veremos, el reconocimiento expreso del principio de ofensividad en el texto constitucional puede contribuir decisivamente a dotar de mayor racionalidad al proceso legislativo en materia penal, así como a mejorar la calidad y el contenido de las normas penales que se dicten en el futuro. Además, su consagración explícita podría tener un impacto relevante en la labor interpretativa de los jueces, en particular, a la hora de constatar la verificación de los elementos del delito en un caso concreto.

3. Relación entre la máxima de ofensividad y otros principios limitadores del *ius puniendi*. Importancia de la máxima de ofensividad como principio autónomo

El principio de ofensividad se inserta en el sistema de límites materiales al ejercicio del poder punitivo del Estado y tiene una estrecha relación con algunos de ellos. En especial, dicho nexo

²⁸ STC 739-2007, de fecha 21 de agosto de 2007, considerando 15°.

²⁹ Nuestro Tribunal Constitucional también se ha referido indirectamente al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos en los siguientes fallos: i) STC 993-2007, de fecha 13 de mayo de 2008, que resolvió un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 4° de la Ley N° 20.000, que castiga el tráfico ilícito de pequeñas cantidades de droga; y ii) STC 1683-2010, de fecha 4 de enero de 2011, que se pronunció sobre un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 365 del Código Penal, que castiga el delito de sodomía.

puede apreciarse si se pone en vinculación la máxima de ofensividad con los principios limitadores de proporcionalidad y de culpabilidad penales.

Ahora bien, no es ese el único nexo que existe entre la ofensividad y otros principios limitadores del *ius puniendi*. En ese sentido, es común que se establezca una relación bastante estrecha entre la afectación de bienes jurídicos y el principio de intervención mínima, particularmente, en lo que respecta a las dimensiones de necesidad y de fragmentariedad de la reacción penal³⁰.

Sin embargo, en las líneas que siguen se desarrollarán los vínculos existentes entre el principio de ofensividad y aquellas máximas que, de forma más clara, son reconocidas por el constitucionalismo como garantías transversales del sistema jurídico³¹. Con ello, se busca resaltar la importancia del principio de ofensividad incluso más allá del Derecho penal, incorporando todas aquellas manifestaciones del ejercicio de una potestad sancionatoria por parte del Estado³².

Desde un punto de vista conceptual, el principio de culpabilidad se expresa en el aforismo “*nullum crimen, nulla poena sine culpa*” y constituye una garantía fundamental del Derecho penal moderno. De acuerdo con el mismo, no hay delito ni pena sin culpabilidad y aquella no debe rebasar la medida de la culpabilidad del agente³³. Bajo el principio de culpabilidad, se incluyen diferentes límites del *ius puniendi*, que tienen en común exigir, como presupuesto de la pena, el que pueda culparse a quien la sufra del hecho que la motiva³⁴. Dicho de otro modo, la pena estatal sólo puede estar basada en la constatación judicial de que el hecho puede *reprocharse personalmente* a su autor³⁵. De esta forma, las exigencias que emanan del principio de culpabilidad se erigen, primero, como presupuestos cualitativos fundantes de la punibilidad, pues la pena implica, necesariamente, la existencia de culpabilidad, a tal extremo que, quien actúa sin ella, resulta impune. Luego, tales exigencias constituyen también un límite cuantitativo de la punibilidad, en el sentido de que la pena no debe rebasar la culpabilidad del hechor³⁶.

³⁰ Cfr. MIR (2016), pp. 127-129.

³¹ Sobre el punto, véase GREZ (2020), pp. 381 y ss.

³² En relación con este asunto, CORDERO (2012), p. 139, critica la tesis según la cual los ilícitos administrativos no darían lugar a la lesión o al peligro de un bien jurídico -como acontece en materia penal-, pues ella sugeriría que las infracciones administrativas “serían indiferentes desde un punto de vista ético-social”. De acuerdo con lo planteado por dicho autor, con referencias ulteriores, cuando el legislador establece una sanción en sede administrativa, no busca lograr la obediencia de los ciudadanos, sino que, fundamentalmente, evitar un daño mediante las conductas que prohíbe u ordena realizar.

³³ En ese sentido, CEREZO (2005), p. 16.

³⁴ Así, MIR (2016), p. 132.

³⁵ Tal reproche se basa en la “valoración que se efectúa jurídicamente respecto de la disposición personal del agente en relación con el hecho típico y antijurídico concreto que él ha realizado”. Por su parte, “el objeto de la valoración es su disposición anímica en lo referente al injusto cometido y los criterios valorativos están constituidos por un *deber* que pesa sobre todo ser humano de evitar actos injustos, en tanto tenga el *poder* de abstenerse de ellos”. Cfr. NOVOA (1982), p. 30 (cursivas en el original).

³⁶ Vid. JESCHECK (1995), p. 26.

En cuanto a la consagración constitucional del principio en comento, la doctrina se encuentra dividida entre quienes plantean un reconocimiento claro del mismo en la Carta Fundamental vigente y quienes son mucho más escépticos en esta materia, aceptando una plasmación meramente implícita e imperfecta³⁷. Los argumentos que se esgrimen para postular una consagración constitucional del principio de culpabilidad son bastante variados y entre ellos destaca, en primer lugar, la vinculación que se hace entre dicha máxima y la concepción del individuo como persona libre y digna (artículo 1º inciso 1º de la Constitución).

Por otra parte, hay quienes derivan el principio de culpabilidad del concepto de responsabilidad que subyace a la Carta Fundamental, cuyo artículo 19 N° 3 inciso 6º prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal. De esta norma, se deduciría la imposibilidad de castigar penalmente a un sujeto si es que no se comprueba su intervención en un hecho susceptible de ser calificado como delito, así como la imposibilidad de sancionarlo en virtud de disposiciones que presuman alguno de los presupuestos de la responsabilidad penal o que prescindan de ellos. Esta idea aparece corroborada por otras disposiciones que se refieren implícita o explícitamente al elemento culpabilidad como condición de la responsabilidad penal³⁸.

En todo caso, quienes asumen que el principio de culpabilidad sí tiene un reconocimiento en el sistema constitucional chileno, entienden dicha máxima como un presupuesto normativo, que vincula al legislador en su actividad creadora de tipos penales o a la autoridad judicial en la valoración de un hecho delictivo, lo cual implica establecer o excluir la responsabilidad penal de un individuo teniendo en cuenta su capacidad para autodeterminarse libremente a favor o en contra del Derecho³⁹.

En lo que atañe a los vínculos existentes entre los principios de ofensividad y de culpabilidad, no debe perderse de vista que la afectación del bien jurídico se identifica con la dimensión material de la antijuridicidad⁴⁰ y que esta última integra el concepto de injusto. A su turno, el juicio de culpabilidad presupone una conducta típica y *antijurídica*⁴¹, mientras que la noción de culpabilidad suele relacionarse muy estrechamente con la idea de *injusto*, al punto que no es poco habitual que se defina el concepto mismo de delito como un injusto culpable. De forma más precisa, es posible sostener que el injusto se complementa con la culpabilidad para dar origen a la responsabilidad penal, o sea, ambas nociones constituyen presupuestos indispensables para el surgimiento de esta última.

De otro lado, bajo la expresión “principio de proporcionalidad”, aunque entendida en un sentido amplio, se aglutinan tres sub-principios: la aptitud o idoneidad de la medida para alcanzar la finalidad propuesta; la necesidad de la medida, necesidad que depende de la

³⁷ Para un análisis más en detalle, véase KÜNSEMÜLLER (2001), pp. 1090-1091.

³⁸ Cfr. RODRÍGUEZ y DE LA FUENTE (1989-1990), p. 152.

³⁹ Así, NÁQUIRA (1995), p. 200.

⁴⁰ Por todos, BARATTA (1994), p. 75.

⁴¹ Véase FREUND (2004), p. 98.

ausencia de una medida menos gravosa; y la razonabilidad de la medida, también denominada proporcionalidad en sentido estricto o ponderación⁴².

La Constitución Política que hoy nos rige no establece una norma que consagre de manera explícita el principio de proporcionalidad, lo que no ha sido óbice para que la doctrina haya buscado su reconocimiento implícito en varias disposiciones de su articulado. Según algunos, el principio de proporcionalidad, al operar como límite de todas las restricciones de los derechos esenciales o fundamentales, deriva su aplicación y rango constitucional del principio de Estado de Derecho⁴³. Esta derivación del principio que analizamos tiene su origen en la referencia al contenido esencial de los derechos a que alude el artículo 19 N° 26 de la Constitución, pues justamente de dicha norma se colige la idea de que los derechos fundamentales no pueden ser limitados más allá de lo imprescindible para la protección de los intereses públicos⁴⁴.

Para otra línea argumentativa, el reconocimiento de esta garantía tiene apoyo, primero, en la definición del Estado al servicio de la persona, lo que implica un principio general de limitación para las cargas que las autoridades pueden imponer a los particulares. Luego, esta consagración se ve reforzada en el deber de promoción de los derechos fundamentales previsto en el artículo 5° inciso 2° de la Carta Fundamental, en el sentido de que dicha promoción, como elemento normativo, ha de considerar una relación adecuada de medios y fines, debiendo el Estado elegir aquellos que provoquen el menor menoscabo a los derechos de las personas⁴⁵. Por último, esta tesis se sustenta en la proscripción general de la arbitrariedad, que se desprende tanto del artículo 1° inciso 4° como del artículo 19 N° 2 y, en términos generales, de la regla del artículo 20 de la Constitución chilena hoy vigente⁴⁶, que regula la acción de protección de derechos fundamentales.

Una tercera posición funda la consagración del principio de proporcionalidad en la prohibición de diferencias arbitrarias contenida en el inciso 2° del artículo 19 N° 2 de la Constitución. A partir de esta garantía, FERNÁNDEZ sostiene que la arbitrariedad del poder político se puede manifestar de dos formas. La primera, cuando se prevén o adoptan sanciones cuya gravedad no está en consonancia con la entidad de lo que las motiva, en un análisis comparativo con otras sanciones. También, cabe afirmar que estamos ante una medida arbitraria si ella en sí misma –sin necesidad de realizar un juicio comparativo– limita los derechos fundamentales⁴⁷. Sobre la base de lo anterior, el autor referido deduce que la primera concepción se vincula con el contenido del principio de proporcionalidad en sentido amplio (idoneidad, necesidad y ponderación), mientras que la segunda, guarda relación con la

⁴² FERNÁNDEZ (2010), p. 52.

⁴³ En ese sentido, NOGUEIRA (1997), p. 184.

⁴⁴ Vid. NOGUEIRA (1997), p. 184.

⁴⁵ En esa línea, ALDUNATE (2008), pp. 265-266.

⁴⁶ ALDUNATE (2008), pp. 265-266.

⁴⁷ FERNÁNDEZ (2010), p. 56.



legitimidad constitucional de la medida o injerencia, que en el principio de proporcionalidad constituye un presupuesto⁴⁸⁻⁴⁹.

En lo que respecta a las relaciones existentes entre los principios de ofensividad y de proporcionalidad, particularmente, la garantía de idoneidad en materia penal exige que tanto el injusto como la consecuencia jurídica sean aptos para alcanzar el fin de protección del bien jurídico que los fundamenta⁵⁰. Consiguientemente, la criminalización de la conducta ha de considerarse idónea para la protección de bienes jurídicos, supuesto que del lado del afectado o de la sociedad exista un interés que resulte vulnerado por la conducta que se prohíbe al autor⁵¹. De ahí que esta vertiente del principio de proporcionalidad se vincule estrechamente con la máxima de ofensividad, toda vez que el contenido del juicio de idoneidad se legitima a partir de la función protectora de bienes jurídicos⁵².

Finalmente, resulta que los tres principios antes anotados (ofensividad, culpabilidad y proporcionalidad) se integran a la hora de expresar la gravedad del hecho típico y la reacción estatal asociada al mismo. En ese sentido, el injusto y la culpabilidad constituyen los aspectos graduables de la noción de delito, los que a su turno deben encontrar un correlato en la medida de la pena. De ahí que los tres principios examinados -y no sólo los de culpabilidad y proporcionalidad- constituyan máximas fundamentales, que deben orientar el ejercicio del poder punitivo tanto a nivel legal como en la fase de imposición concreta de la pena, en el marco de un Estado Democrático y de Derecho. Por ende, resulta de suma relevancia que esos tres principios tengan un reconocimiento explícito⁵³ en la norma que fija las reglas elementales de la organización y la convivencia de la sociedad chilena, lo que sería coherente con su carácter de máximas fundamentales limitadoras del *ius puniendi* estatal.

4. Los principios limitadores del *ius puniendi* como base de una adecuada técnica legislativa en materia penal, con especial énfasis en la máxima de ofensividad

El concepto de técnica legislativa puede definirse en términos restrictivos y en términos amplios. De acuerdo con la primera perspectiva, la técnica legislativa se reduce a sus cualidades instrumentales para alcanzar ciertos objetivos, sin considerar los fines o valores a los que se

⁴⁸ FERNÁNDEZ (2010), p. 56.

⁴⁹ A esta línea argumentativa, se agregan otros fundamentos para sustentar la consagración de dicha garantía, tales como: i) la prohibición de tratos crueles, inhumanos y degradantes; ii) la normativa constitucional que restringe la aplicación de la pena de muerte a los delitos más graves (pena que en nuestro Derecho se mantiene respecto de algunos delitos previstos en el Código de Justicia Militar, que se pueden cometer en tiempos de guerra); y iii) la jerarquización constitucional y legal de los bienes jurídicos. En este sentido, MERA (1998), pp. 96 y ss.

⁵⁰ Así, FERNÁNDEZ (2010), p. 80.

⁵¹ Cfr. STERNBERG-LIEBEN (2007), p. 121.

⁵² Vid. FERNÁNDEZ (2010), pp. 74 y ss.

⁵³ Con referencia a los principios de ofensividad y proporcionalidad, CORN y CABEZAS (2021), p. 51.



orienta la legislación. En cambio, según una aproximación laxa, la técnica legislativa incluye, justamente, tal dimensión valorativa y, por tanto, aspectos de política legislativa⁵⁴.

Como plantea NAVARRO, a pesar de que la técnica legislativa “se ocupa de la forma de la ley, [a ella] le corresponde también la misión fundamental de hacer fructificar en la misma los principios y los *fin*es que con ella se persiguen”⁵⁵. En el mismo sentido, OSSANDÓN, a la luz de la dimensión amplia de aquel concepto, afirma que “[l]a optimización en la redacción de las normas que pretende la técnica legislativa no se reduce a un análisis exclusivamente técnico-formal, de mera confrontación entre un prontuario de reglas o directivas y la redacción del precepto normativo, sino que ha de considerar la materia a regular, el contenido específico de la norma, el cumplimiento de sus *fin*es, el respeto de los valores que la informan y, en términos generales, el contenido político propio de toda decisión legislativa”⁵⁶.

De acuerdo con lo que plantea esta última autora, es posible sostener que una adecuada técnica legislativa no se limita a la verificación del cumplimiento de requisitos de índole formal, sino que abarca, igualmente, aspectos de fondo, relacionados con el fundamento de los preceptos penales⁵⁷. En esa línea, si se parte de la base de que el Derecho penal está llamado a sancionar en términos proporcionales comportamientos que atentan en contra de bienes jurídico-penales, a los que se lesiona o pone en peligro, entonces resultará pertinente, a la hora de evaluar si la técnica de dictación de normas penales es o no correcta, que sea posible identificar algún interés que pueda calificarse de bien jurídico, que además se vea afectado por la conducta descrita en el precepto legal de que se trate.

Por consiguiente, la técnica legislativa no constituye una disciplina de un cariz estrictamente formal y que se halla separada o aislada de los otros aspectos que están envueltos en el fenómeno legislativo. Para afirmar lo anterior, se debe tener en cuenta que el proceso de formación de la ley, desde una perspectiva sociológica, durante grandes parcelas del acontecer histórico-jurídico, y también en la actualidad, se ha mostrado como un asunto al servicio de una u otra ideología⁵⁸. En la generación de la norma penal, tal proceso ideológico se manifiesta en las consideraciones de índole político-criminal, a través de las cuales son trazados los objetivos subyacentes a la creación de tipos penales; a la regulación de las circunstancias eximentes, modificatorias y excluyentes de responsabilidad criminal, etc. Ahora bien, bajo la vigencia de un Derecho penal liberal, dichos objetivos político-criminales deben orientarse, primordialmente, en el sentido que impone el principio de ofensividad, es decir, tomando como referente la protección de un bien jurídico. Como señala OSSANDÓN, detrás de cada norma penal se halla una decisión jurídica, consistente en incriminar ciertas conductas por el hecho de resultar atentatorias de bienes jurídicos necesitados de protección legislativa⁵⁹. Por

⁵⁴ Sobre el punto, véase OSSANDÓN (2009a), pp. 33-34, n. 32.

⁵⁵ NAVARRO (2010), p. 239 (cursivas agregadas).

⁵⁶ OSSANDÓN (2009a), p. 34 (cursivas agregadas).

⁵⁷ Vid. OSSANDÓN (2009a), pp. 34-35.

⁵⁸ Vid. SANTAELLA (1995), p. 121.

⁵⁹ OSSANDÓN (2009b), p. 160.

tanto, si la norma jurídica expresa tal decisión, el conjunto de signos lingüísticos que la componen debe ser capaz de captar su *telos* o, dicho en términos jurídico-penales, ha de ser capaz de aprehender el objetivo protector del bien jurídico que viene a legitimar su existencia. Esta circunstancia también debe constituir una preocupación de la técnica legislativa y permite afirmar una conexión entre ella y el principio de ofensividad⁶⁰.

En suma, el proceso de generación de la norma penal envuelve una tensión entre varios aspectos que deben ser armonizados. Entre ellos se encuentra la finalidad protectora de bienes jurídicos que se asigna al Derecho penal y el respeto de las garantías del sujeto imputado, particularmente las que provienen del principio de legalidad⁶¹. Frente a esta tensión, la técnica legislativa cuenta con una batería de instrumentos mediante los cuales se pretende que el resultado de ese proceso, esto es, la norma penal, constituya un producto racional. En tal sentido, la técnica legislativa debe ser una disciplina capaz de integrar y armonizar adecuadamente el haz de elementos técnicos y políticos que están detrás del proceso de formación de la norma penal, todo ello en el marco del modelo de Estado Democrático y de Derecho que subyace a nuestro sistema constitucional⁶². Es más, como señala OSSANDÓN, en la misma línea metodológica que trazó ROXIN al integrar la dogmática y la política criminal, resulta que la discusión sobre técnica legislativa en materia penal debe empaparse de las consideraciones de estas dos disciplinas, en atención a las necesidades y características del sistema en que ellas se insertan⁶³.

A la luz de lo señalado, es posible concluir que el principio de ofensividad puede postularse como un criterio de técnica legislativa más, en relación con el cual el criterio de proporcionalidad, que suele plantearse expresamente como un factor de esa índole⁶⁴, carecería de sentido. En ese orden de ideas, si de lo que se trata es de constatar que la pena con la que

⁶⁰ De ahí que se sostenga la existencia de una “teoría de la legislación penal”, entendida como aquella disciplina que estudia la forma y el contenido de las normas jurídico-penales, con el fin de obtener criterios, directrices e instrucciones para una elaboración y configuración más racional de las mismas. Cfr. SÁNCHEZ (2007), pp. 5-6.

⁶¹ En un sentido similar, OSSANDÓN (2009b), p. 160.

⁶² La racionalidad a la que se apunta incluso trasciende a la exigencia de que la norma legal sea el resultado de un proceso deliberativo y democrático. Según GARCÍA (2000), p. 314, bajo los paradigmas de lo que él denomina “teoría de la legislación en democracia”, se impone la necesidad de una sujeción a “las reglas procedimentales y sus secuelas materiales”, que han de ser observadas en la actividad legislativa democrática, “pero ya no sólo o principalmente por imperativo constitucional o legal, sino por imperativo de [la] razón: para que el punto de partida que justifica el sistema —la democracia— no se torne un sinsentido por el modo antidemocrático o autocontradictorio de practicar la legislación democrática”. A su juicio, “[l]a efectividad del principio democrático exige algo más que la pura articulación formal de ciertos órganos depositarios de la representación; supone, en lo que a la legislación se refiere, la plasmación práctica y procedimental de una cierta racionalidad que tiene su eje en el respeto de los interlocutores y de su igualdad y en el procedimiento que asegura todo ello y la transparencia del resultado”. A partir de lo expresado, dicho autor concluye que “[n]o toda legislación acontecida en democracia será, pues, igualmente racional, sino que habrá que establecer las condiciones del modo de legislar acordes con las exigencias prácticas de la democracia”, así como que “hay ahí campo para una teoría de la legislación que enlace legislación y razón práctica”.

⁶³ OSSANDÓN (2009a), p. 39.

⁶⁴ Cfr. NAVARRO (2010), p. 251 y *passim*.



www.criminaljusticenetwork.eu

se sanciona un determinado delito guarda relación con la gravedad del comportamiento sancionado, primero tendrá que esclarecerse cuál es la gravedad relativa de la conducta. Y esta última cuestión, implica identificar qué clase de condición, ya sea material o inmaterial, que sirve al libre desarrollo de la persona en el Estado Democrático de Derecho⁶⁵, resulta afectada con el comportamiento delictivo.

5. La consagración del principio de ofensividad en una nueva Constitución

Sobre la base de las consideraciones efectuadas *supra*, estimamos que el futuro texto de la Constitución chilena representaría un importante avance, si es que regulara expresamente una serie de principios limitadores de la potestad punitiva del Estado. Entre tales máximas se encuentran, ciertamente, límites de carácter formal, que se relacionan con el instrumento que sirve de fuente a los preceptos penales (principio de legalidad y sus diversos subprincipios), así como límites de índole material, que se vinculan con el contenido de las normas penales.

El principio de legalidad, cuya importancia y vigencia, incluso más allá del Derecho penal, nadie discute, se expresa a través de la fórmula acuñada por FEUERBACH “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”⁶⁶ o, lo que es lo mismo, “no hay delito ni pena sin ley”. Dicha expresión ha alcanzado tal nivel de reconocimiento, que prácticamente no existe obra, dedicada a los fundamentos del Derecho penal o a los principios limitadores del mismo, que no la incluya como objeto de análisis⁶⁷.

En nuestra opinión, una muy buena manera de consagrar el principio de ofensividad penal implica recurrir a una fórmula análoga a la ya expresada, sólo que centrada en la idea de afectación del bien jurídico -u otra equivalente, como podría ser el *harm principle* del sistema anglosajón-. En esa línea, podría recogerse la máxima de ofensividad mediante la fórmula, a la que ya hicieramos referencia, “*nullum crimen, nulla poena sine iniuria*” o, en otras palabras, “no hay delito ni pena sin afectación de un bien jurídico”. De esa manera, se destacaría la importancia del principio de ofensividad como máxima equivalente a la de legalidad, pero en el ámbito de los límites materiales al *ius puniendi* estatal, a la vez que se recurriría a una formulación directa y clara tanto para el juez como para el ciudadano.

En ese orden de ideas, considerando que el texto constitucional, entre otras cosas, fija las bases fundamentales del vínculo Estado-ciudadano, resulta de gran relevancia que las normas en las que se expresan límites a la intervención estatal en relación con los derechos fundamentales del ciudadano sean simples, así como de fluida y sencilla comprensión. Dicho de otro modo, en términos técnico-legislativos, es conveniente maximizar la capacidad comunicativa de las normas que regulan aspectos tan cruciales como las condiciones de ejercicio de la potestad punitiva.

⁶⁵ Véase KINDHÄUSER (2015), p. 37.

⁶⁶ FEUERBACH (1989), p. 63.

⁶⁷ Véase, por todos, YACOBUCCI (2002), p. 253.

Según OSSANDÓN, en conexión con una correcta técnica legislativa, el principio de capacidad comunicativa se refiere a la posibilidad de que las normas sean conocidas por sus destinatarios, es decir, que el emisor (legislador) sea capaz de transmitir con fluidez y claridad un mensaje (la prohibición o mandato contenidos en la norma) al receptor (destinatario)⁶⁸. Dicha idea, tiene su origen en el hecho de que todo el sistema jurídico puede ser considerado como un sistema de información, que requiere ser transmitido a sus destinatarios⁶⁹, para que ellos, a su vez, puedan determinar su actuar en el sentido que imponen las prescripciones normativas.

En nuestra opinión, las consideraciones efectuadas a propósito de la técnica legislativa en materia legal son perfectamente aplicables respecto de la elaboración de un texto constitucional, que es, probablemente, la norma que más debería difundirse y conocerse entre los ciudadanos. Asimismo, toda la normativa relacionada con el ejercicio de la potestad penal y sus límites constitucionales es un asunto sumamente definitorio de la forma cómo se configura una sociedad y, en especial, de la manera en que la Norma Fundamental fija las bases de actuación de los poderes del Estado, en miras a impedir un actuar arbitrario respecto de los derechos de los ciudadanos. En esa línea, como plantea CORCOY, “[l]a idea del bien jurídico, con la terminología que se quiera utilizar (...), es indispensable para un Derecho penal no autoritario, para un Derecho penal propio de una sociedad democrática”⁷⁰. En virtud de lo expresado, estimamos que la formulación de los principios limitadores del *ius puniendi* y, particularmente, de la máxima de ofensividad, debería ocupar un lugar central en cualquier debate constituyente.

Por otra parte, el principio de ofensividad, así formulado, pasaría a constituir un límite, primero, para la actividad del legislador, que sólo podría crear tipos penales que afecten (lesionando o poniendo en peligro) bienes jurídicos. Lo dicho, impediría el recurso al Derecho penal con fines meramente simbólicos⁷¹ o para promoción de convicciones puramente morales, estéticas o políticas⁷².

Al mismo tiempo, la máxima cuya consagración expresa se propone, serviría de llamado de atención para el juez, en el sentido de que le obligaría a verificar si el hecho por el cual se intenta atribuir responsabilidad penal a un individuo cumple las exigencias derivadas de la antijuridicidad penal en su vertiente material o de afectación de bienes jurídicos. Gracias a ello, el sentenciador podría, a partir del texto constitucional, descartar la existencia del elemento antijuridicidad y, con ello, del delito, si es que en un caso concreto el comportamiento típico, a pesar de vulnerar una norma jurídico-penal (antijuridicidad formal), no lesiona ni pone en peligro bien jurídico alguno.

⁶⁸ OSSANDÓN (2009a), p. 277.

⁶⁹ Más precisamente, en el marco de una teoría comunicacional, ROBLES (2006), p. 19, concibe al Derecho como un sistema de comunicación, cuya función pragmática consiste en organizar la convivencia humana mediante, básicamente, la regulación de las acciones.

⁷⁰ CORCOY (2019), p. 167.

⁷¹ En esa línea, DIEZ (2003), p. 147.

⁷² Cfr. VELÁSQUEZ (2009), p. 143.



www.criminaljusticenetwork.eu

Hasta ahora, lamentablemente, no ha existido una propuesta como la que planteamos al interior de la Convención Constitucional de Chile. Antes bien, las normas que se han aprobado sólo permiten afirmar un reconocimiento indirecto del principio de ofensividad, destacando el artículo 3° del Primer Informe de la Comisión de Derechos Fundamentales (aprobado, con fecha 15 de marzo de 2022, durante la Sesión N° 68ª del Pleno), titulado “Principio de progresividad y no regresión de los derechos fundamentales”, en cuya parte final se establece que “[n]inguna medida podrá tener un carácter regresivo que disminuya, menoscabe o impida *injustificadamente* su ejercicio”⁷³. Pues bien, sobre la base del precepto transcrito, podría sostenerse que la afectación de derechos fundamentales, que implica la imposición de toda pena, se ajusta a aquel principio en la medida en que se encuentre justificada⁷⁴. Y tal justificación podría hallarse, precisamente, en la afectación de bienes jurídicos.

No obstante, reafirmamos el planteamiento desarrollado a lo largo del presente trabajo, en orden a lo positiva que resultaría una consagración expresa del principio de ofensividad en la nueva Constitución chilena. Esperamos que no sea demasiado tarde para que el texto propuesto avance en el sentido de reconocer, de la manera más directa y clara posible, los principios penales fundamentales, que operan como máximas limitadoras de la potestad penal del Estado y, muy especialmente, el principio de ofensividad penal.

Bibliografía

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2008): *Derechos fundamentales* (Santiago de Chile, Legal Publishing).
- BARATTA, Alessandro (1994): “Funciones instrumentales y simbólicas del Derecho penal. Lineamientos para una teoría del bien jurídico”, *Justicia Penal y Sociedad*, Año III, N° 5, pp. 75-91.
- BIRNBAUM, Johann (2010): *Sobre la necesidad de una lesión de derechos para el concepto de delito* (Montevideo-Buenos Aires, B de f).
- BRICOLA, Franco (2012): *Teoría general del delito* (Montevideo-Buenos Aires, B de f).
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (2012): *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Volumen I* (adaptado al Derecho Penal Chileno por FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel, Santiago de Chile, Librotecnia).
- CABEZAS CABEZAS, Carlos (2013): “El principio de ofensividad y su relación con los delitos de peligro abstracto en la experiencia italiana y chilena. Un breve estudio comparado”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año 20, N° 2, pp. 85-120.

⁷³ Oficio N° 622 de la Convención Constitucional, suscrita por su Presidenta, doña María Elisa QUINTEROS CÁCERES, de fecha 15 de marzo de 2022, que comunica normas aprobadas por el Pleno que deberán incorporarse en el proyecto de Constitución (cursivas agregadas).

⁷⁴ En esa dirección, MIRANDA (2021), p. 43.



www.criminaljusticenetwork.eu

- CEREZO MIR, José (2005): *Curso de Derecho Penal Español, Parte General, Tomo III* (Madrid, Tecnos).
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu (2019): “Propuestas para un Derecho Penal menos punitivista”, *Revista de Ciencias Sociales*, N° 75, pp. 163-174.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2012): “El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXV, N° 2, pp. 131-157.
- CORN, Emanuele y CABEZAS CABEZAS, Carlos (2021): “Bases para un Derecho Penal Constitucional chileno”, en CORN, Emanuele y CABEZAS CABEZAS, Carlos (coordinadores): *Derecho penal y nueva Constitución* (Santiago de Chile, DER Ediciones), pp. 33-61.
- CURY URZÚA, Enrique (2020): *Derecho Penal, Parte General, Tomo I* (Santiago de Chile, Ediciones UC).
- DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio (1990): “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLIII, N° 1, pp. 5-27.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis (2003): “El Derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, en ARROYO ZAPATERO, Luis, NEUMANN, Ulfrid y NIETO MARTÍN, Adán (coordinadores): *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo* (Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha), pp. 147-172.
- EPPING, Volker (2012): *Grundrechte* (Berlin-Heidelberg, Springer).
- FERNANDEZ CRUZ, José Ángel (2010): “El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Año 17, N° 1, pp. 51-99.
- FERRAJOLI, Luigi (1995): *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal* (Madrid, Trotta).
- FEUERBACH, Paul (1989): *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania* (trad. ZAFFARONI, Eugenio Raúl y HAGEMEIERS, Irma, Buenos Aires, Hammurabi).
- FORNASARI, Gabriele (2018): “Viejas conquistas y nuevas fronteras del principio de ofensividad en la experiencia penalista italiana”, *Revista de Ciencias Sociales*, N° 73, pp. 13-61.
- FREUND, Georg (2004): “Sobre la función legitimadora de la idea de fin en el sistema integral del Derecho penal” (trad. RAGUÉS I VALLÉS, Ramón), en JÜRGEN, Wolter y FREUND, Georg (editores): *El sistema integral del Derecho penal. Delito, determinación de la pena y proceso penal* (Madrid-Barcelona, Marcial Pons), pp. 91-128.
- GARCÍA AMADO, Juan Antonio (2000): “Razón práctica y teoría de la legislación”, *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, Año 5, N° 9, pp. 299-318.
- GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio (2005): *Introducción al Derecho penal* (Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces).



www.criminaljusticenetwork.eu

- GREZ HIDALGO, Pablo (2020): “Garantías penales (límites sustantivos al *ius puniendi*)”, en CONTRERAS VÁSQUEZ, Pablo y SALGADO MUÑOZ, Constanza (editores): *Curso de Derechos Fundamentales* (Valencia, Tirant lo blanch), pp. 381-437.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis (2011): “Inhalt und aktuelle Bedeutung der Rechtsgutstheorie im Werk Johann Michael Franz Birnbaums”, en GUZMÁN DALBORA, José Luis y VORNBAUM, Thomas (coordinadores): *Johann Michael Franz Birnbaum, Zwei Aufsätze* (Berlin, Lit), pp. 67-92.
- HASSEMER, Winfried (2007): “¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?”, en HEFENDEHL, Roland (editor): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Madrid, Marcial Pons), pp. 95-104.
- JARASS, Hans y PIEROTH, Bodo (2012): “Art. 1”, en V.V.A.A. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar* (München, Beck), pp. 38-60.
- JESCHECK, Hans-Heinrich (1995): “El principio de culpabilidad como fundamento y límite de la punibilidad en el derecho alemán y español”, *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, N° 9, pp. 25-38.
- KANT, Immanuel (2008): *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (Stuttgart, Reclam).
- KINDHÄUSER, Urs (2015): *Strafrecht Allgemeiner Teil* (Baden-Baden, Nomos).
- KÜNSEMÜLLER LOEBENFELDER, Carlos (2001): “El principio de culpabilidad en el derecho penal chileno”, en ARROYO ZAPATERO, Luis y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (directores): *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: in memoriam, Vol. I* (Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha y Ediciones Universidad de Salamanca), pp. 1079-1097.
- NAQUIRA RIVEROS, Jaime (1995): “Constitución Política y Fundamento Material del Principio de Culpabilidad”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 22, N° 2, pp. 189-200.
- NAVARRO FRÍAS, Irene (2010): “Técnica legislativa y Derecho penal”, *Estudios Penales y Criminológicos*, N° XXX, pp. 219-268.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (1997): *Dogmática constitucional* (Santiago de Chile, Editorial Universidad de Talca).
- NOVOA MONREAL, Eduardo (1982): *Causalismo y finalismo en Derecho penal* (Bogotá, Temis).
- MAIHOFFER, Werner (2008): *Estado de derecho y dignidad humana* (Montevideo-Buenos Aires, B de f).
- MERA FIGUEROA, Jorge (1998): *Derechos Humanos en el Derecho penal chileno* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur).
- MIR PUIG, Santiago (2016): *Derecho Penal, Parte General* (Barcelona, Reppertor).
- MIR PUIG, Santiago (2003): *Introducción a las bases del Derecho Penal* (Montevideo-Buenos Aires, B de f).
- MIR PUIG, Santiago (1989-1990): “Bien jurídico y bien jurídico penal como límites del *ius puniendi*”, *Estudios Penales y Criminológicos*, N° XIV, pp. 203-216.



www.criminaljusticenetwork.eu

- MIRANDA RODRIGUES, Anabela (2021): “Principios y garantías penales en el constitucionalismo moderno. La experiencia portuguesa”, en GUZMÁN DALBORA, José Luis (editor): *El Derecho Penal en la Constitución* (Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago), pp. 35-52.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1975): *Introducción al derecho penal* (Barcelona, Bosch).
- OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena (2009a): *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena (2009b): “Los elementos descriptivos como técnica legislativa. Consideraciones críticas en relación con los delitos de hurto y robo con fuerza”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXII, N° 1, pp. 159-183.
- ROBLES MORCHÓN, Gregorio (2006): *El Derecho como texto. Cuatro estudios de teoría comunicacional del Derecho* (Navarra, Civitas).
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (2014): *Delitos sexuales* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y DE LA FUENTE HULAUD, Felipe (1989-1990): “El principio de culpabilidad en la Constitución de 1980”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° XIII, pp. 125-153.
- ROXIN, Claus (2007): “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, en HEFENDEHL, Roland (editor): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Madrid, Marcial Pons), pp. 443-458.
- SÁNCHEZ LÁZARO, Fernando (2007): *Política criminal y técnica legislativa. Prolegómenos a una dogmática de lege ferenda* (Granada Comares).
- SANTAELLA LÓPEZ, Manuel (1995): *Montesquieu: El legislador y el arte de legislar* (Madrid, Universidad Pontificia Comillas Publicaciones).
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (2010): *Aproximación al Derecho penal contemporáneo* (Montevideo-Buenos Aires, B de f).
- STERN, Klaus (2006): “§ 97: Die Würde des Menschen”, en STERN, Klaus (autor): *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band IV/1* (München, C. H. Beck).
- STERNBERG-LIEBEN, Detlev (2007): “Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal”, en HEFENDEHL, Roland (editor): *La teoría del bien jurídico ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (Madrid, Marcial Pons), pp. 105-127.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (2009): *Derecho Penal. Parte General, Tomo I* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- VERA VEGA, Jaime (2012): “Algunas notas sobre el programa político-criminal de la Constitución a la luz de los nuevos modelos político-criminales”, *Revista de Derechos Fundamentales de la Universidad Viña del Mar*, N° 8, pp. 173-223.
- YACOBUCCI, Guillermo (2002): *El sentido de los principios penales. Su naturaleza y funciones en la argumentación penal* (Buenos Aires, Depalma).



www.criminaljusticenetwork.eu

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (1995): “¿Otra vez la vuelta a von Liszt?”, en VON LISZT, Franz (autor): *La idea del Fin en el Derecho penal. Programa de la Universidad de Marburgo, 1882* (Granada, Comares), pp. 11-40.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura (2001): *Política criminal* (Madrid, Colex).

Jurisprudencia citada

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, de fecha 4 de enero de 2011, Rol N° 1683-2010.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, de fecha 13 de mayo de 2008, Rol N° 993-2007.

Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, de fecha 21 de agosto de 2007, Rol N° 739-2007.