

EL CRITERIO DE LOCALIZACIÓN DE LA CONEXIÓN TERRITORIAL SUFICIENTE PARA EL EJERCICIO DE LA JURISDICCIÓN PENAL

Antonio Bascuñán Rodríguez
Universidad Adolfo Ibáñez
Universidad de Chile

1. *La distinción entre jurisdicción territorial y extraterritorial*

1.1. La doctrina moderna del derecho internacional público relativa al reconocimiento de la jurisdicción regulativa de los Estados, surgida con posterioridad a la decisión del caso *Lotus* por la Corte Permanente Internacional de Justicia (1927), se caracteriza por dos rasgos que sirven de contraste con la doctrina clásica del derecho internacional:

- (i) una considerable relativización de la importancia de la distinción entre jurisdicción territorial y jurisdicción extraterritorial, como consecuencia de la subordinación del reconocimiento de toda jurisdicción estatal a la satisfacción del principio de la conexión suficiente (razonable, legítima) entre el Estado y la persona, cosa o situación sometida a su poder de afectación;
- (ii) un considerable grado de disociación entre el reconocimiento de la jurisdicción estatal y la atribución de exclusividad a la jurisdicción reconocida; el principio de la conexión suficiente implica al menos provisoriamente la posibilidad de una pluralidad de jurisdicciones legítimas sobre una misma persona, cosa o situación.

Esto no significa que la distinción entre jurisdicción territorial y extraterritorial se haya hecho irrelevante, ni tampoco que la reducción o ampliación de posibles conflictos de competencia haya pasado a ser impertinente como consideración favorable o desfavorable para la asignación de significación (razonabilidad, legitimidad) a un determinado punto de conexión como base para el reconocimiento de la jurisdicción. Sí implica el abandono de la aspiración a eliminar la concurrencia de jurisdicciones mediante el establecimiento de condiciones excluyentes para su reconocimiento.

1.2. La distinción entre jurisdicción territorial y jurisdicción extraterritorial es equívoca. Afirmar jurisdicción regulativa territorial implica ciertamente invocar una conexión suficiente de carácter espacial, entre la persona, cosa o situación que es objeto de la regulación estatal y el territorio del Estado. Pero tratándose de comportamientos humanos como objeto de regulación, esa conexión puede hacerse atendiendo como mínimo a cinco aspectos distintos: (i) el principio de ejecución del comportamiento, (ii) los actos ejecutivos sucesivos, (iii) la terminación de la ejecución del comportamiento, (iv) el acaecimiento de un efecto producido por el comportamiento, (v) acciones o efectos futuros previstos, esperados o perseguidos deliberadamente por el agente. Además, la identificación de estos aspectos puede depender de criterios estrictamente formales, criterios semi-formales o criterios abiertamente informales de localización, según el grado de correlación que se exija entre el aspecto que se considera y el supuesto de hecho configurado por la norma regulativa. El criterio

estrictamente formal exige que el aspecto sobre el que se basa la conexión espacial con el territorio del Estado sea un elemento constitutivo de la infracción.

Todos estos aspectos reciben consideración en la actual práctica punitiva de los distintos estados que conforman la comunidad internacional. De esta pluralidad de posibles puntos de conexión territorial suficiente se deduce como consecuencia, primero, la relativa incertidumbre del concepto de territorialidad, y, en segundo lugar, la posibilidad de que el derecho internacional público reconozca una pluralidad de jurisdicciones territoriales sobre un mismo hecho.

Esta situación es conocida en la doctrina penal como el problema de los “delitos a distancia”. De un delito cuyo principio de ejecución tiene lugar en el territorio de un estado y que se consuma en el territorio de otro estado puede decirse que no está cubierto por la jurisdicción territorial de ninguno de ellos o que está cubierto por la jurisdicción de ambos. Puesto que sostener lo primero conduce al absurdo de la impunidad, lo razonable es sostener lo segundo. El razonamiento se remonta al menos hasta el tratado *De criminibus* (1622), del tratadista holandés Matthaëus (1610-1654).

Lo dicho implica que la definición del concepto de jurisdicción extraterritorial es dependiente de la definición del concepto de jurisdicción territorial. En otras palabras, es jurisdicción regulativa extraterritorial aquella pretensión regulativa estatal que no descansa en una conexión significativa de algún aspecto de la situación regulada con el territorio del Estado y por lo tanto requiere otra conexión significativa que la justifique.

La idea de que la presencia de un “elemento extranjero” en la situación regulada, esto es, que algún aspecto relevante de la situación regulada se encuentre conectado suficientemente con el territorio de otro Estado, hace por definición a la jurisdicción pretendida sobre esa situación una pretensión de jurisdicción extraterritorial, es errada. Aunque parezca plausible a la luz de representaciones coloquiales de la extraterritorialidad, esa idea descansa en una concepción excesivamente restringida de jurisdicción territorial, conforme a la cual sólo es reconocible como jurisdicción territorial aquella que se ejerce en relación con una situación respecto del cual todos sus aspectos relevantes se encuentran conectados exclusivamente con el territorio del Estado que ejerce esa jurisdicción. Esta es la concepción que conduce al absurdo de la impunidad a título de jurisdicción territorial de los delitos a distancia. Por eso no tiene defensores.

1.3. Los puntos de conexión afirmados como base para la justificación de la jurisdicción extraterritorial reconocibles en la práctica punitiva extendida de los estados que forman la comunidad internacional son los siguientes:

- (i) una conexión de pertenencia a la nación del Estado por parte de quienes intervienen en el hecho punible (principio activo de la personalidad);
- (ii) una conexión de pertenencia a la nación del Estado por parte de quienes son víctimas del hecho punible (principio pasivo de la personalidad);
- (iii) una conexión de relevancia del hecho punible para ciertos intereses colectivos de particular relevancia para la subsistencia del Estado, como la que tienen los atentados contra su seguridad exterior o interior (principio de protección);
- (iv) una conexión de relevancia del hecho punible para intereses prioritarios comunes a toda la comunidad internacional, como la que tuvo tradicionalmente el delito de piratería y hoy tienen también los delitos contra la humanidad (principio de jurisdicción universal).

Respecto de estos principios, la principal cuestión del derecho internacional público consiste en la asignación de peso suficiente al respectivo punto de conexión como base de justificación de la jurisdicción estatal.

1.4. De los cuatro puntos de conexión señalados el que más se acerca a una de las conexiones espaciales que sirven de base a la afirmación de la jurisdicción territorial es el del principio de protección. De hecho, uno de los fundamentos de la territorialidad objetiva es la consideración de las normas punitivas (o más precisamente, de comportamiento correlativas a las normas punitivas) como normas protectoras de bienes. El principio de la protección no se refiere, sin embargo, a cualquier clase de bienes, sino a intereses colectivos de particular importancia para la conservación del Estado.

Dada la relación entre el Estado, la nación y el territorio presupuesta por el derecho internacional público, es obvio que la defensa de intereses colectivos implica -al menos indirectamente- una consideración de carácter espacial. Suponiendo que la afectación de esos intereses colectivos tiene un correlato fáctico, es decir, que se identifica mediante la constatación de la producción de determinados estados de cosas en el mundo o que al menos se la asocia a la producción de esos estados de cosas, lo usual será que la invocación del principio de protección suponga como razón justificatoria la afirmación como mínimo de una probabilidad de producirse esos estados de cosas. Suponiendo además que existe una relación directamente proporcional entre la gravedad de la afectación de esos intereses y la localización de los estados de cosas correlativos en el territorio ocupado por la nación, lo usual será que la invocación del principio de protección suponga como razón justificatoria la afirmación de una probabilidad de producirse esos estados de cosas en el territorio del Estado. Esa es la relación existente entre el principio de protección y el principio objetivo de territorialidad.

Entre uno y otro principio existe sin embargo una diferencia crucial. La invocación del principio de protección opera como una razón abstracta respecto de esa conexión espacial implícitamente afirmada como razón justificatoria. Es decir, el principio de protección justifica la jurisdicción respecto de hechos punibles totalmente ocurridos en el extranjero exigir la constatación del acaecimiento de algún estado de cosas en el territorio del Estado o de su representación por el que actúa en el extranjero. La regla de jurisdicción se encuentra pragmáticamente desvinculada de la aplicación de la norma punitiva: la correlación entre ambas sólo se da en el nivel de referencia más general de la política legislativa. En cambio, la invocación del principio objetivo de territorialidad opera bajo la presuposición de una afirmación concreta de la conexión espacial. El caso más nítido de esta concreción corresponde obviamente al uso de criterios formales de localización del efecto del hecho punible. Cuando el efecto sobre el cual descansa la conexión espacial significativa es un elemento integrante de la infracción, la afirmación de jurisdicción territorial se encuentra vinculada a un deber de probar en juicio el acaecimiento de ese efecto en el territorio del Estado, o, en el caso de la tentativa, la intención de producirlo dentro del territorio del Estado.

Eso no significa, sin embargo, que la regla de jurisdicción territorial sea analíticamente considerada como integrante de la norma punitiva o su norma de comportamiento correlativa. Así, quien creyéndose equivocadamente en territorio argentino intencionalmente mata a otro en territorio chileno, no comete homicidio imprudente por

error de tipo, sino homicidio doloso. La localización de la acción o sus efectos, requerida por la regla de jurisdicción territorial, no forma parte del supuesto de hecho de la norma regulativa. El vínculo es siempre externo, nunca interno; sólo que concreto y no simplemente abstracto, como en el caso del principio de protección.

2. *El criterio consagrado por el derecho penal comparado*

2.1. En el derecho penal europeo continental la respuesta a la interrogante planteada por el delito de distancia constituye una controversia de larga data. Las opciones de la doctrina del derecho común eran el lugar de la *inchoatio* (equivalente al principio de ejecución) o el lugar de la *consumatio* (consumación), afirmadas más tarde por la doctrina de Julius Clarus (1525-1575) y Prosperus Farinacius (1554-1618) como consideraciones alternativas igualmente válidas. En el siglo XVIII la distinción entre *inchoatio* y *consumatio* fue doctrinariamente sustituida por la distinción entre acción y resultado. Este cambio genera dos consecuencias importantes. Por una parte la acción delictiva considerada en toda su ejecución puede fraccionarse en acciones parciales mucho más intensamente que el principio de ejecución. Por otra parte, el concepto de resultado admite ser concebido no sólo formalmente, como resultado consumativo, sino también materialmente, como lesión del bien jurídico protegido. En el tránsito del siglo XVIII al siglo XIX se impuso la consideración del lugar en el que se encontraba presente el autor al momento de la comisión del delito, criterio que acompañó la consolidación de la primacía del principio de territorialidad sobre el principio de la personalidad activa en relación con el Estado del cual era nacional el extranjero. El criterio de la presencia en el territorio se vinculaba obviamente a la consideración de la acción (“acción principal”, “acción esencial”) como hecho al cual debía atenderse, en comparación con sus efectos o consecuencias.

La codificación del siglo XIX prescindió por lo general de resolver la controversia, generándose entre los autores las siguientes posturas:

- (i) la teoría de la acción o de la actividad, que considera a la actividad personal como el único hecho relevante para la determinación del lugar de comisión del delito (coincidente con la teoría del lugar de presencia del autor); sus razones más importantes son que la acción es el único elemento esencial del delito y común a todas sus manifestaciones, que es el elemento en el cual se expresa la voluntad culpable o rechazo de la norma y que el principio de territorialidad del derecho internacional público presupone la presencia del individuo dentro del territorio;
- (ii) la teoría de la mano larga o del efecto intermedio, cuyo punto de partida es la teoría de la acción, extendiéndola a los efectos lesivos cuya producción se mantiene bajo control de la acción del autor o que son consecuencias inmediatas de esa acción; era la teoría dominante en la segunda mitad del siglo XIX y se explica como una variación orientada a suplir el defecto de la teoría de la acción consistente en dejar los bienes jurídicos indefensos frente a ataques provenientes del extranjero;
- (iii) la teoría mixta o de la unidad, después denominada teoría de la ubicuidad, que considera igualmente relevantes al resultado y a cualquier etapa de la ejecución de la acción o actividad; su justificación se basa en la equivalencia de todos los elementos del delito, en su operatividad práctica y en la consideración de que el principio de territorialidad del derecho

internacional público toma en consideración el interés de cada Estado en la ausencia de perturbación del orden jurídico entendido como un orden de bienes.

2.2. La postura dominante en el derecho penal europeo continental es la teoría de la ubicuidad. Esta teoría se encuentra establecida en el § 9 del CP alemán, vigente desde 1975, en los siguientes términos:

§ 9. *Lugar del hecho.* (1) Un hecho es cometido en cualquier lugar en el que el autor ha actuado o en el que habría debido actuar, en caso de omitir, o en el que se ha producido el resultado que pertenece al supuesto de hecho o en el que debería producirse conforme a la representación del autor.

La doctrina alemana asume unánimemente que el § 9 CP alemán consagra la teoría de la ubicuidad en términos tales que conforme a la ley basta para considerar cometido el hecho dentro del territorio:

- que cualquier parte de la ejecución de la acción típica tenga lugar dentro de él;
- que, tratándose de un delito de omisión, el autor haya debido actuar dentro de él;
- que el resultado típico tenga lugar dentro de él, y
- que, tratándose de una tentativa, el autor se haya representado que el resultado típico acaecería dentro del territorio.

La teoría de la ubicuidad es compartida por el código penal francés¹, el código penal italiano² y el código penal suizo³.

En ausencia de regulación legal expresa⁴, la doctrina penal española también considera mayoritariamente preferible la teoría de la ubicuidad.

2.3. La posición dominante en la doctrina alemana considera que el § 9 CP alemán exige el uso de un criterio de localización estrictamente formal: como acción ejecutada (o que debió ejecutarse) sólo puede contar una acción típica, y como resultado acaecido (o que el autor se representó que acaecería) sólo puede contar un resultado típico.

2.4. En cuanto a la localización de la acción, la concepción formal es sustentada unánimemente por la doctrina.

¹ Código Penal, Art. 113-2, inciso segundo: “La infracción se reputa cometida en el territorio de la República en tanto uno de sus hechos constitutivos haya tenido lugar en su territorio”.

² Código Penal Art. 6. *Delitos cometidos en el territorio del Estado.* (inciso segundo): “El delito se considera cometido en el territorio del Estado cuando la acción o la omisión que lo constituye ha ocurrido allí en todo o parte, o bien si allí se ha verificado el hecho que es la consecuencia de la acción o la omisión”.

³ Código Penal, artículo 8. “Un delito o crimen cuenta como cometido allí donde el autor lo ejecuta o contra el deber permanece inactivo, y allí donde el resultado se ha producido. / La tentativa cuenta cometida allí donde el autor la ha ejecutado y allí donde conforme a su representación habría debido producirse el resultado.”

⁴ El Art. 23-1 de la Ley de Organización del Poder Judicial española (LOC 6/1981) establece el principio de territorialidad en los siguientes términos: “En el orden penal corresponderá la jurisdicción española el conocimiento de las causas por delitos y faltas cometidos en territorio español o cometidos a bordo de buques o aeronaves españoles, sin perjuicio de lo previsto en los tratados internacionales en que España sea parte.”

2.5. En cuanto al lugar del resultado, la discusión en la doctrina y jurisprudencia alemanas gira en torno al sentido y alcance de la expresión legal “resultado que pertenece al supuesto de hecho”. Basándose principalmente en la diferencia de redacción con la regulación preexistente a 1975⁵ la posición mayoritaria exige que el hecho que se considera como resultado constituya un elemento objetivo del tipo de delito en cuestión. La posición minoritaria, representada principalmente por Hans-Heinrich Jescheck, acepta también la relevancia de los resultados pertenecientes a la fase de terminación del delito, es decir, aquella fase que tiene lugar con posterioridad a su consumación (formal) y con anterioridad al término de la lesión del bien jurídico protegido. En sus palabras:

También debe considerarse como resultado típico aquél que por el cual se produce la terminación del hecho (por ejemplo, el acaecimiento del perjuicio patrimonial en la estafa), en tanto el punto de la consumación esté anticipado por consideraciones político criminales, porque en esta sección final del hecho radica el punto principal del contenido de injusto del hecho⁶.

2.6. Esta discusión doctrinaria alemana pone de manifiesto el dilema en que se encuentra el legislador en relación con la criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico. La justificación de esa decisión legislativa se encuentra en la intensificación de la protección dispensada al bien en cuestión: no se espera a la lesión del objeto en el cual se lo entiende concretado para imponer la pena por el delito consumado, sino que ella se anticipa a estadios previos a la lesión, que por lo general corresponde a la mera ejecución de una acción. Este es el caso de los delitos de peligro abstracto. También es el caso de la tipificación como delito de emprendimiento, en que lo que otro modo sería una tentativa pasa a ser delito consumado, o como delito de tendencia interna trascendente, en que lo que de otro modo sería elemento objetivo del tipo pasa a ser elemento puramente subjetivo, cuando la

⁵ El § 3(3) CP alemán en su redacción conforme a la Ordenanza de 6 de mayo de 1940 y la 3ª Ley de Modificación del Código Penal de 4 de agosto de 1953, disponía: “Un hecho es cometido en cualquier lugar en que el autor ha actuado o habría debido actuar, en caso de omitir, o en el que el resultado se ha producido o debió producirse”.

⁶ Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts-Allgemeiner Teil* (“Tratado de Derecho Penal-Parte General”), 5ª ed., Berlin, p. 178 (traducción personal). La traducción de Francisco Muñoz Conde de la 3ª ed. Alemana (1978) intensifica el sentido de la afirmación, usando la expresión “aunque” en vez de la expresión “en tanto” para traducir la expresión alemana “während” (= durante, mientras: Hans-Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal-Parte General*, Barcelona, 1981, Tomo I, p. 240). La traducción de Miguel Olmedo Cardenete de la 5ª ed. Alemana invierte por completo el sentido de la afirmación, dando a entender que el momento de la consumación sería el “punto nuclear” del injusto del hecho (Hans-Heinrich Jescheck, Thomas Weigend, *Tratado de Derecho Penal-Parte General*, Granada, 2002, p. 191). La posición de Jescheck es compartida por Gerhard Werle y Florian Jeßberger, *Comentario al § 9*, en: *Strafgesetzbuch – Leipziger Kommentar*, 12a ed, Tomo I, 2006, p. 630-631, y por Bernd Heinrich, “Der Erfolgsort beim abstrakten Gefährdungsdelikt”, (= “El lugar del resultado en los delitos de peligro abstracto”), *Goldammer’s Archiv für Strafrecht* (1999), p. 72. También ha sido recogida por el Tribunal Supremo Federal en lo Penal en su sentencia de 12 de diciembre de 2000 (BGHSt 46, 212, p. 220 y 223).

consumación pospuesta o el elemento objetivo subjetivado corresponden a la lesión o puesta en peligro concreto del bien jurídico.

Para quienes defienden el uso de un criterio estrictamente formal de localización del resultado o de la acción, al adoptar esas estructuras típicas el legislador estaría renunciando a ejercer jurisdicción territorial sobre casos en que se realizara ese tipo anticipado en el extranjero y se produjera el resultado o se ejecutara la acción ulterior dentro del territorio. Es decir, la intensificación de la protección del bien jurídico, bajo la forma de la anticipación de la consumación, acarrearía como consecuencia su desprotección en casos de comisión como delito a distancia. Desde el punto de vista de la finalidad preventivo-general de la pena, la consecuencia es por supuesto absurda. La única manera de afirmar jurisdicción territorial sobre tipos con esta estructura realizados en el extranjero es usando un criterio semi-formal de localización, como el propuesto por Jescheck. Conforme a este criterio de localización, el resultado relevante como punto de conexión territorial puede definirse como “el efecto jurídicamente desvalorado que excede de la mera ejecución de una acción y que constituye precisamente el mal cuya evitación tiene por fin la norma penal”⁷

2.7. El código penal francés comparte la concepción formal dominante en Alemania. Las reglas sobre el lugar del delito consagradas en los códigos penales italiano y suizo, en cambio, admiten un criterio de localización material del resultado⁸.

2.8. En el derecho del *common law* el principio de territorialidad tuvo incluso mayor importancia que en el derecho europeo continental, debido principalmente a razones procedimentales, relacionadas con el carácter local de la competencia del jurado y la accesibilidad a la evidencia. En relación con el tratamiento de los delitos de distancia (*cross-border offences*), se mantiene hasta el día de hoy la antigua distinción del derecho común europeo entre el lugar de la *inchoatio* denominado “principio subjetivo de territorialidad”, y el lugar de la *consumatio*, denominado “principio objetivo de la territorialidad”. Desde principios del siglo XX, además, se admite sin discusiones la relevancia de ambos para la constatación de una conexión significativa con el territorio del Estado. El *common law* adhiere también al uso de un criterio de localización formal para la justificación de la jurisdicción regulativa penal: tanto los hechos relevantes para la territorialidad subjetiva como los hechos relevantes para la territorialidad objetiva deben ser elementos constitutivos del delito.

3. *El criterio consagrado por el derecho penal chileno*

3.1. Del examen en conjunto de las reglas de los artículos 5º y 6º del Código Penal (1875, “CP”), 1º del Código de Procedimiento Penal (1906, “CdePP”) y 6º del Código Orgánico de Tribunales (1875/1943, #COT”) se deduce que el Estado de Chile afirma como principio general la competencia de sus tribunales para conocer los hechos punibles “perpetrados” (CP, COT)/“cometidos” (CdePP) dentro del territorio de la República de Chile.

⁷ Heinrich, *op. cit. supra*, nota 6, p. 80.

⁸ *Supra*, notas 1, 2 y 3.

Excepcionalmente, el Estado de Chile afirma además competencia para conocer los hechos punibles “perpetrados” fuera del territorio nacional, en los casos específicos señalados por los N° 1° a 7° y 9° del artículo 6° COT y en los demás casos comprendido en tratados internacionales en los que el Estado de Chile sea parte (“celebrados con otras potencias”: artículo 6° N° 8° COT)⁹.

3.2. Por su parte, la Convención de Derecho Internacional Privado de 1968 o Código de Bustamante (“CB”) efectúa la distinción entre jurisdicción territorial y jurisdicción extraterritorial en forma paralela a la distinción entre el derecho internacional penal internacional y el derecho internacional procesal penal

El artículo 296 CB dispone que “las leyes penales obligan a todos los que residen en el territorio, sin más excepciones que las establecidas en este capítulo”, encontrándose su correlato procesal en el artículo 340 CB, que dispone: “Para conocer de los delitos y faltas y juzgarlos son competentes los jueces y tribunales del Estado contratante en que se hayan cometido”. A su vez, los artículos 305 a 308 CB contemplan situaciones en que la ley penal de un Estado es aplicable a personas que cometen los hechos fuera de su territorio, situación cubierta por la regla de competencia del artículo 341 CB: “La competencia se extiende a todos los demás delitos y faltas a que haya de aplicarse la ley penal del Estado conforme a las disposiciones de este Código”.

3.3. A diferencia del derecho alemán, francés e italiano, y a semejanza del derecho español, el derecho chileno no precisa cuando debe entenderse que un delito ha sido cometido/perpetrado dentro o fuera del territorio chileno. En el caso del artículo 6° CP, ello se debe a que su fuente material, el Código Penal belga de 1867, tampoco regulaba esta cuestión, limitándose a usar la expresión “dentro/fuera del territorio del reino”¹⁰

3.4. En sus reglas de competencia en lo penal, el CB tampoco precisa cuándo debe entenderse que un delito ha sido cometido en un Estado determinado. Sin embargo, a propósito de las reglas de derecho internacional penal, para el caso de que los actos de que se compone un delito sean realizados en Estados contratantes diversos, establece dos reglas:

- (a) si el acto realizado en los distintos Estados constituye por sí solo un hecho punible, cada Estado puede castigar el acto realizado en su país (artículo 302 inciso primero);
- (b) de lo contrario, debe darse preferencia a la soberanía local en que el delito se haya consumado (artículo. 302 inciso segundo).

Entendida esta “preferencia a la soberanía local” como una regla de competencia –ese es su único sentido posible bajo el principio de la *lex fori* (*supra*, II-2)-, se tiene que el Código de

⁹ El catálogo del artículo 6° COT no es exhaustivo del derecho chileno. La disposición complementaria más importante se encuentra en el artículo 3° del Código de Justicia Militar (“CJM”), que reproduce la distinción entre jurisdicción territorial y extraterritorial. El criterio que utiliza el artículo 3° CJM para efectuar la distinción es el lugar en que el delito haya “sobrevenido”.

¹⁰ Sesión 4ª en 3 de mayo de 1870, en: Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno, Santiago, 1873, p.6. Los antecedentes de la historia fidedigna del establecimiento del Código Penal belga no contienen pronunciamientos sobre esta cuestión (J.-S.-G. Nypels, *Legislation Criminelle de la Belgique, ou Commentaire et Complément du Code Pénal Belge*, Bruselas, 1867, Tomo I, p. xiv-xv, 27).

Bustamante reconoce como criterio de determinación del lugar de comisión al lugar de la consumación.

Conforme al criterio formal de localización, por “lugar de la consumación” debe entenderse el lugar donde acaece el hecho que determina la realización total del supuesto de hecho de la norma punitiva. Ese hecho puede ser una acción ejecutiva (si se trata de un supuesto de hecho que configura un delito de mera actividad) o un resultado (si se trata de un supuesto de hecho que configura un delito de resultado).

3.5. La postura mayoritaria de la doctrina chilena es partidaria de la teoría de la ubicuidad, al menos en el sentido de que tanto en el caso de la consumación como de la ejecución parcial del hecho punible dentro del territorio son competentes para conocer de él los tribunales del Estado de Chile¹¹. La postura minoritaria es sostenida por Alfredo Etcheberry, quien adhiere a la teoría de la acción¹².

3.6. Se encuentra fuera de duda que el criterio obligatorio para justificar la competencia territorial local en el derecho chileno en materia penal es el del lugar del principio de la ejecución del delito (artículo 157 inciso tercero COT)¹³. Aunque Etcheberry no justifica su adhesión a la teoría de la acción mediante una generalización de esta regla de competencia local, Enrique Cury le atribuye ese argumento para criticarlo¹⁴. En opinión de este autor, la cuestión de cuál de los tribunales de una misma jurisdicción estatal es competente para conocer de un delito total o parcialmente cometido dentro del territorio de ese Estado no es analogable a la cuestión de la cuál de las jurisdicciones estatales es competente para conocer de un delito parcialmente cometido en el territorio de distintos Estados. En el primer caso no hay variación en la legislación aplicable ni eventualmente en el interés estatal en la

¹¹ Eduardo Novoa Monreal, *Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General*, Santiago, 1960, Tomo I, p. 162-165; Luis Cousiño MacIver, *Derecho Penal Chileno*, Tomo I, Santiago, 1975, p. 188-196; Sergio Politoff, Jean Pierre Matus, *Comentario a los Artículos 5º a 9º*, en: Sergio Politoff Lifschitz, Luis Ortiz Quiroga (directores), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Santiago, 2002, p. 72-73; Sergio Politoff L., Jean Pierre Matus A., María Cecilia Martínez G., *Lecciones de Derecho Penal Chileno. Parte General*, Santiago, 2003 (2ª ed.), p. 118-119; Enrique Cury Urzúa, *op. cit. supra*, nota 17, p. 212-213. En rigor, sólo Cury, Politoff/Matus y Politoff/Matus/Ramírez adhieren irrestrictamente a la teoría de la ubicuidad. Novoa parte por afirmar su adhesión a la teoría de la consumación para luego extender la regla a la realización de actos de ejecución, en el sentido de la teoría de la acción. Cousiño renuncia a adoptar una definición genérica, pero en el tratamiento de los casos demuestra adherir a la teoría de la ubicuidad: la competencia para conocer de las acciones parcialmente ejecutadas en el territorio chileno estaría dada por una generalización del artículo 157 COT y la competencia para conocer de un delito consumado dentro del territorio, por la generalización del artículo 302 inciso segundo CB.

¹² *Derecho Penal, Parte General*, Tomo II, Santiago, 1987, p. 71-72.

¹³ El inciso tercero del artículo 157 COT fue añadido por la Ley 7.836, de 7 de septiembre de 1944. Es interesante observar que la disposición equivalente en la Ley de Organización de los Tribunales de 1875 establecía un criterio congruente con la teoría de la ubicuidad (o de la acción, según como se interprete la expresión “cometido”): “Art. 231. Si el delito se hubiere cometido (...) en dos o más lugares (...) será competente para conocer de él el tribunal de cualquiera de los lugares en que se hubiere cometido” (citado según Manuel E. Ballesteros, *op. cit.*, p. 264).

¹⁴ Cury, *op. cit.*, p. 213. Quien generaliza esa regla es Cousiño (*supra*, nota 44), aunque sin atribuirle efectos excluyentes de consideraciones alternativas.

persecución del hecho¹⁵. El argumento de Cury es concluyente: los problemas que resuelve un principio de reconocimiento de jurisdicción no son los mismos que los resueltos por una regla de competencia local.

En rigor, la regla del inciso tercero del artículo 157 COT no implica una consagración de la teoría de la acción. Bajo la teoría de la acción es una anomalía atender exclusivamente al principio de ejecución, en vez de atender a la ejecución de cualquier acción típicamente relevante. El propósito de los principios del derecho penal internacional, incluyendo los Arts. 5º y 6º CP, es identificar una conexión significativa entre el Estado y hecho punible, y evidentemente esa no es la finalidad del artículo 157 COT. Lo que esta disposición persigue es fijar una conexión única entre el hecho y el territorio, para reducir al máximo el posible número de tribunales territorialmente competentes.

3.7. Los argumentos auténticamente esgrimidos por Etcheberry para preferir la teoría de la acción son tres.

En primer lugar, considera que ese sería el criterio afirmado preferentemente por el Código de Bustamante en su artículo 302 inciso primero. Eso es un error. El artículo 302 inciso primero se refiere al caso en que un acto de ejecución parcial de un delito a distancia constituya a la vez un acto de ejecución consumada de otro delito dentro del territorio¹⁶. El criterio afirmado por el Código de Bustamante, como ya se vio, es precisamente el opuesto al defendido por Etcheberry: la preferencia por la jurisdicción -“soberanía”- del Estado en cuyo territorio se consumó el delito.

En segundo término, estima que la teoría de la ubicuidad, aunque útil, puede dar lugar a problemas de *bis in idem*. Esta afirmación es correcta, pero no representa un argumento de peso para desechar la teoría. Los eventuales problemas de *bis in idem* se resuelven aplicando el principio del *ne bis in idem* y las instituciones que lo hacen efectivo, como la declinatoria de jurisdicción y la excepción de cosa juzgada, o la vía procedimental que el sistema jurídico ofrezca para prevenir o remediar la violación de los derechos reconocidos por los tratados internacionales de derechos humanos.

En tercer lugar, considera que las razones que obligan a atender al momento de la acción en vez del momento del resultado para fijar el tiempo de comisión del delito son también decisivas para determinar el lugar de comisión del delito. Este es un argumento relevante, que el resto de la doctrina no ha tomado en consideración. Lo que Etcheberry plantea es precisamente el núcleo conceptual de la teoría de la acción. La exigencia de identidad de criterio en la determinación del tiempo de la comisión y el lugar de la comisión se basa en la premisa de que para ambas cuestiones lo decisivo es el principio de la culpabilidad: el acaecimiento del hecho expresivo de la desobediencia a la norma, que sólo puede consistir en una acción humana, debe ser el punto de referencia para establecer ambas consecuencias.

La tesis falla porque las exigencias del principio de culpabilidad como fundamento parcial del principio de legalidad, esto es, la prohibición de efecto retroactivo de las leyes o garantía de *nullum crimen sine lege praevia*, que impide considerar a un hecho independizado de la agencia del destinatario de la norma como momento de la comisión del hecho, no

¹⁵ *Op. cit., loc. cit.*

¹⁶ Correctamente, Cousiño, *op. cit.*, p. 191; Cury, *op. cit.*, p. 213.

impiden considerarlo como lugar de la comisión del hecho. La satisfacción de las exigencias propias de la imputación del hecho al autor (imputación a dolo o imprudencia) y el reconocimiento de la posibilidad de eximir de responsabilidad o atenuarla por error de prohibición evitan cualquier conflicto entre el principio de culpabilidad y la afirmación de jurisdicción penal respecto de acciones ejecutadas en el extranjero.

3.8. En cuanto a la jurisprudencia nacional, la sentencia más relevante es el caso contra *Mario Luna Molina y otra*¹⁷, en la cual se plantea la cuestión de si una estafa cuya ejecución comenzó en territorio chileno y su consumación tuvo lugar en territorio extranjero cae o no dentro de la jurisdicción de los tribunales chilenos. Rechazando el recurso de casación en la forma interpuesto en contra de la sentencia condenatoria por incompetencia del tribunal, entre otras consideraciones la Corte Suprema afirma:

(...) [E]l legislador no ha definido la palabra “perpetrados”, por cuyo motivo y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del Código Civil, ese vocablo debe entenderse en su sentido natural y obvio, según el uso general de ese mismo vocablo;

(...) [D]e acuerdo con el léxico una de las acepciones del verbo “perpetrar” es “cometer” un crimen o un delito, y por lo tanto al referirse la ley a “crímenes o simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República” debe entenderse que ha querido referirse a tales hechos “cometidos” en el extranjero y no exclusivamente a los “consumados” en otro país. A su vez, el Diccionario de la Lengua da entre otras acepciones al verbo “consumar” el significado de “llevar a cabo enteramente”, y al adjetivo “consumado” el de “perfecto”, de todo lo cual puede colegirse que las expresiones “perpetrados” y “consumados” no son sinónimas, como lo afirma el recurso. Ahora bien, a contrario, puede lógicamente sostenerse que los delitos “cometidos” en Chile, aunque su ejecución se hubiere completado, con posterioridad, fuera del territorio de la República, quedan sometidos a la jurisdicción de los tribunales chilenos, y no cabe discutir que un delito complejo, como el de estafa a que se refiere este proceso, ha tenido en su gestación objetiva distintas etapas (...) [y] la totalidad de los actos de ejecución del delito (...) se realizaron aquí en Chile (...) con la sola excepción (...) [del acto] que únicamente vino a producir el perjuicio pecuniario de que resultó víctima la ofendida¹⁸.

Es problema resuelto por la Corte Suprema en este caso corresponde a un delito parcialmente ejecutado en el territorio chileno y consumado en territorio extranjero. No obstante, el hecho de que el argumento de la Corte Suprema descansa principalmente en sostener que no sólo el lugar de consumación cuenta como lugar de perpetración implica que

¹⁷ Corte Suprema, sentencia de casación en la forma de 14 de septiembre de 1964, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia* LXI (1964), Segunda Parte, Sección Cuarta, p. 363 s.

¹⁸ *Cit.*, considerandos 4º y 5º, p. 368-369.

en sus resultados la decisión de la Corte Suprema es consistente con la teoría de la ubicuidad. Esta conclusión se ve confirmada por el hecho adicional de que la Corte Suprema no resolvió la cuestión sobre la base el artículo 157 COT, a pesar de la sentencia de segunda instancia apoyaba su consideración como tribunal competente precisamente en dicha disposición¹⁹.

3.9. En suma, conforme a la posición dominante en la doctrina chilena el lugar de comisión del delito debe determinarse conforme a la teoría de la ubicuidad. Esta postura es consistente con la jurisprudencia de la Corte Suprema. No existe de parte de la doctrina ni de la jurisprudencia un pronunciamiento explícito acerca del carácter formal, semi-formal o material del criterio de localización de las acciones o el resultado en tanto lugar de comisión.

Entre Estados parte en el CB el criterio obligatorio es el del lugar de la consumación del delito. El CB no resuelve la cuestión de si el criterio de localización de la consumación es formal o material.

¹⁹ La justificación de la competencia del tribunal en base al artículo 157 COT fue criticada por el Fiscal (judicial), señor García Pica, sosteniendo que una regla de competencia entre tribunales de igual jerarquía no podía extenderse a “conflictos internacionales de legislaciones” (*cit.*, p. 367). En el considerando 3° de su sentencia sobre el recurso de casación en la forma, la Corte Suprema deduce “del sentido general de nuestra legislación” que “procede considerar cometido el delito en el lugar donde se dio comienzo a su ejecución, y, por consiguiente, no sólo puede ser perseguido en el país donde se produjo su total acabamiento o consumación” (*cit.*, p. 368). En otras palabras, la Corte Suprema relativiza el alcance del artículo 157 COT en dos sentidos: (a) no le asigna peso prevalente, (b) no entiende que excluya la competencia del tribunal del lugar de la consumación.