

Derecho Penal

PARTE GENERAL

ENRIQUE CURY URZÚA

EDICIONES UNIVERSIDAD CATOLICA DE CHILE
Vicerrectoría de Comunicaciones y Extensión
Casilla 114-D Santiago, Chile
Fax (56-2) - 635 4789
mriverv1@puc.cl
www.puc.cl/edicionesuc/

DERECHO PENAL
PARTE GENERAL
Enrique Cury Urzúa

© Inscripción N° 143.944
Derechos reservados
1982
I.S.B.N. 956-14-0808-2

Segunda edición, 1988
Tercera edición revisada, 1992
Cuarta edición, 1996
Quinta edición, 1999
Sexta edición, 2001
Séptima edición ampliada, marzo 2005, 1.500 ejs.

Diseño:
Publicidad Universitaria
Impresor:
Imprenta Salesianos S.A.

C.I.P. - Pontificia Universidad Católica de Chile
Cury Urzúa, Enrique
Derecho penal: parte general
Enrique Cury Urzúa, 3ª. ed.
Incluye bibliografía.
1. Derecho penal—Chile.
I. t.
2004 345.83 dc.21 RCA2



supuestos para que cumpla esa función son las exigencias referentes a la interpretación de la ley penal, éstas deben regir asimismo la de los complementos que la integran. Sólo así recibirá aplicación efectiva el *nullum crimen sine lege praevia et stricta*.¹⁷⁴

De este criterio se deducen varias consecuencias:

a) Cuando la disposición *complementaria forma parte de la ley en blanco*, no es admisible cerrar las lagunas que deja su texto mediante una integración analógica. Esta conclusión es válida, aunque en el campo en que esa norma está llamada a regir directamente el recurso a la analogía esté permitido o, incluso, sea imperativo. Mientras sólo se trate de darle aplicación en ese ámbito, por supuesto, siempre se podrá o deberá extenderla analógicamente; pero cuando se la conecta al tipo en blanco, tal procedimiento es inadmisibile.

b) Cualquiera sea el procedimiento que se adopte en materia de interpretación, la *del tipo ya integrado debe realizarse de acuerdo con los criterios que presiden la de la ley en blanco*. Por consiguiente, si se sigue el método subjetivo, la voluntad del autor de dicha ley prevalece sobre la del de la disposición complementaria. A su vez, cuando se decide por una interpretación objetiva, son los fines de la ley en blanco, deducidos de ella misma y de su posición en el contexto del ordenamiento jurídico, los que predominan. Si esto resulta imposible, sea porque el contraste entre ambas normas es tan categórico que lo impide, sea porque la ley en blanco no proporciona unos puntos de apoyo suficientemente sólidos para la tarea hermenéutica -por ejemplo, no precisa el bien jurídico- no queda sino optar por la inconstitucionalidad del tipo resultante, demostrada por esta situación.

c) Las leyes en blanco admiten una *interpretación auténtica*, como cualquier otra. Pero ha de tenerse en cuenta que, con arreglo al art. 3° inc. primero del C.C., "sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio". En esta disposición la expresión "legislador" está empleada en su sentido estricto y, por lo tanto, ella reserva la facultad de hacer interpretación auténtica a la ley formal. Consiguientemente, cuando se trata de leyes en blanco propias no es *interpretación auténtica la que pretenda efectuar del tipo la disposición complementaria*. La instancia legislativa de inferior jerarquía puede, ciertamente, aclarar o explicar el sentido de las normas integrativas de una ley en blanco que ella misma ha dictado previamente. Pero, por una parte, al hacerlo tiene que cuidarse de no sobrepasar los límites impuestos a sus facultades por la Constitución y el propio tipo en blanco formal y, por la otra, lo que prescriba en este sentido no tendrá jamás efecto retroactivo, aunque pretenda expresamente dársele.¹⁷⁵

VIII. EL CONCURSO APARENTE DE LEYES PENALES (REMISIÓN)

Es indudable que los problemas relativos al *concurso aparente de leyes penales* son características cuestiones hermenéuticas, como se destacará oportunamente. No obstante, como su inteligencia adecuada requiere un conocimiento previo sobre la naturaleza y efectos del auténtico *concurso de delitos*, he preferido reservar su estudio para el capítulo correspondiente, sacrificando el sistema a las necesidades pedagógicas.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Véase la resolución 6 del Coloquio de Friburgo de Brigovia, según la cual la interpretación de las leyes en blanco se debe realizar de acuerdo con los principios usuales del derecho penal, en *Revue Internationale de Droit Penal*, 1° y 2° trimestre de 1983, Toulouse, Edition Tres, 1983, págs. 41 y sigts.

¹⁷⁵ Con detalle, sobre todo lo que se expone en este apartado, CURY, *La ley penal en blanco*, cit., 30, págs. 111 y sigts.

¹⁷⁶ *Infra*, 44.

§ 9. LOS EFECTOS DE LA LEY PENAL EN EL ESPACIO

Las normas jurídicas expresan imperativos cuya pretensión de validez es, en principio, ilimitada. Sin embargo, la realidad impone el hecho de que en el mundo coexiste una multiplicidad de Estados, de manera que la voluntad soberana de cada uno de ellos tiene que detenerse allí donde empieza la aspiración de vigencia de la de los otros. La teoría de los *efectos de la ley penal en el espacio* se ocupa, precisamente, de las normas de *derecho interno* que procuran conciliar esta antinomia, estableciendo reglas que limitan el ámbito de validez espacial de las leyes nacionales.

Con lo expuesto queda en claro que aquí nos encontramos frente a disposiciones pertenecientes al derecho nacional. Por lo tanto, resulta impropio el rótulo "derecho penal internacional" con el cual se ha propuesto, a veces, designarlas.

I. LOS PRINCIPIOS SOBRE VALIDEZ ESPACIAL DE LA LEY PENAL EN GENERAL

Existen cuatro principios clásicos en materia de validez espacial de las leyes penales, cada uno de los cuales resuelve en forma distinta el problema relativo a cuál es el ámbito espacial sobre el que tendrán vigencia las normas punitivas de un ordenamiento jurídico.

Los principios aludidos son los siguientes:

a) El principio de la *territorialidad*, conforme al cual la ley de un Estado pretende regir todo hecho punible ejecutado en su territorio, cualquiera sea la nacionalidad del autor, de la víctima o de los intereses jurídicamente protegidos. Considerado una consecuencia lógica de la *soberanía* de los Estados, predomina actualmente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos.

b) El principio de la *nacionalidad o personalidad*, según el cual la ley de un Estado sigue a sus nacionales en dondequiera éstos se encuentren, prescindiendo del lugar en que se ha ejecutado el hecho. Lo decisivo, por lo tanto, es la nacionalidad *del autor* del delito (principio de nacionalidad *activo*) o del titular del bien jurídico que el delito lesiona o pone en peligro (principio de nacionalidad *pasivo*).

La distinción entre los principios de nacionalidad activo y pasivo no es clara. La opinión dominante en el derecho comparado los caracteriza como se hace aquí¹⁷⁷, pero es preciso reconocer que con ello tienden a confundirse el principio real o de defensa con el de nacionalidad o personalidad pasivo.¹⁷⁸ En la literatura chilena NOVOA¹⁷⁹, ETCHEBERRY¹⁸⁰ y yo hasta la primera edición de esta obra¹⁸¹, designamos principio de personalidad pasivo a aquel según el cual la ley nacional pretende regir hechos ocurridos en territorio extranjero, cuando tanto el autor como la víctima son chilenos. De esta manera, ese principio puede vincularse luego a la disposición del art. 6° N° 6° del C.O.T., así como con otras normas que

¹⁷⁷ COUSIÑO, I, 48, pág. 180; BACIGALUPO, pág. 119; JAKOBS, 5, 8, pág. 93.

¹⁷⁸ Véase, al respecto, la prolija exposición de COUSIÑO, I, 48, B, págs. 183 y sigts.

¹⁷⁹ NOVOA, I, 109, pág. 154.

¹⁸⁰ ETCHEBERRY, I, pág. 126.

¹⁸¹ CURY I°, I, 9, I, b), pág. 167.

incluyen la exigencia de que no sólo la víctima sino también el autor sean chilenos.¹⁸² Pero, aparte de que con ello no se contribuye gran cosa a la interpretación más precisa de esos preceptos positivos, se crea una fuente adicional de malos entendidos, debidos a la falta de correspondencia entre lo que se entiende por principio de nacionalidad pasivo en nuestro medio y en el derecho comparado. Por este motivo, es preferible conservar la nomenclatura más generalizada, distinguiendo el principio real del de personalidad pasivo de acuerdo con un criterio práctico que también encuentra acogida en la mayor parte de las exposiciones sobre el tema.¹⁸³

Basado en el propósito de defender los intereses de los nacionales en contra de posibles arbitrariedades de autoridades extranjeras, así como en el deseo de mantener las vinculaciones jurídicas entre el Estado y aquellos de sus nacionales que abandonaban su territorio, el principio de personalidad fue sustentado, con frecuencia, por países con grandes corrientes de emigración. Hoy se encuentra abandonado en cuanto regla general, y sólo en raros casos se echa mano de él a título de excepción.¹⁸⁴

Posiblemente la última legislación que lo consagró fue la alemana, en donde estuvo vigente para una amplia categoría de casos desde 1940¹⁸⁵ hasta la entrada en vigencia de la nueva Parte General del Código Penal alemán en enero de 1975. El parágrafo 3 de esta última, en su versión actual, ha restablecido en ese país la eficacia del principio territorial.¹⁸⁶

c) El principio *real o de defensa*, según el cual la ley del Estado pretende regir hechos punibles cometidos fuera de su territorio pero que atacan a bienes jurídicos ubicados dentro de él.¹⁸⁷ Por lo general, el principio real se considera aplicable cuando los bienes jurídicos afectados pertenecen además, al propio Estado y tienen un carácter social; en cambio, si son de particulares, se entiende que el principio al que se acude es el de nacionalidad o personalidad pasivo.¹⁸⁸ La diferencia es prácticamente significativa, porque en el primer caso la ley nacional se atribuye una vigencia prevalente, a causa de la importancia del interés atacado, cuya infracción compromete la integridad del Estado en cuestión; en el segundo, por la inversa, sólo se trata de otorgar al nacional una protección subsidiaria, si la ley extranjera no se la ha proporcionado.

d) El principio de la *universalidad*, según el cual la ley de un Estado puede y debe ser aplicada a todo delincuente que se encuentre en su poder, prescindiendo de la nacionalidad del inculcado y de los bienes jurídicos afectados, así como del lugar en que se haya cometido el hecho. Se funda en una idea de amplia colaboración internacional en la lucha contra el delito y en la convicción de que las conductas punibles a causa de su elevada reprobabilidad ético-social, son generalmente incriminadas por todos los ordenamientos jurídicos de manera semejante. Lo mismo que el anterior, sólo ha recibido aplicación excepcional.

¹⁸² Infra, III, a).

¹⁸³ Sobre ello, infra, c).

¹⁸⁴ BACIGALUPO, pág. 119.

¹⁸⁵ MEZGER, *Libro de estudio*, I, II, pág. 71; WELZEL, 6, II, 1, pág. 46.

¹⁸⁶ MAURACH-ZIPF, *Strafrecht*, 5ª edición, completamente revisada, HEIDELBERTKARLSRUHE, 1977, I, II, II, A, pág. 147; JAKOBS, 5, 14, pág. 94. Véase también COUSIÑO, I, 48, A), págs. 181 y 182, quien informa sobre la evolución histórica que condujo a la situación actual.

¹⁸⁷ BACIGALUPO, pág. 117.

¹⁸⁸ Idem; JAKOBS, 5, 8, págs. 93.

Aparte de los principios mencionados, en los últimos años se han desarrollado nuevos criterios destinados a solucionar las dificultades propuestas por la aplicación de cualquiera de las soluciones clásicas. Así, por ejemplo, el de *administración delegada de justicia penal* y el de *jurisdicción adjudicada*.¹⁸⁹ Aunque su aplicación todavía se encuentra poco extendida, cabe presumir que, a causa del intercambio internacional creciente, cobrarán cada vez mayor importancia.

II. LA TERRITORIALIDAD FUNDAMENTAL DE LA LEY PENAL CHILENA

a) Generalidades

De acuerdo con la tendencia universalmente generalizada, en Chile rige, como principio fundamental sobre validez espacial de la ley penal, el de la *territorialidad* (art. 5º C.P.). La aplicación práctica de esta regla exige, en primer término, determinar con exactitud lo que se entiende por *territorio nacional* y, en segundo, precisar el *lugar de comisión del delito* a fin de establecer si efectivamente se lo ha ejecutado dentro de dicho territorio.

b) Concepto de territorio

“Por territorio de la República hemos de entender todo espacio de tierra, mar o aire sujeto a la soberanía chilena”¹⁹⁰, así como aquellos lugares que, en virtud de una ficción jurídica internacionalmente aceptada, se consideran también pertenecientes a él.

De este concepto amplio se deduce la existencia, para los efectos que aquí interesan, de dos clases de territorio: el *natural* y el *ficto*.

Estas nociones, por supuesto, deben entenderse como una pura convención. Desde un punto de vista estrictamente jurídico, hablar de territorio nacional natural es, en cierto modo, una contradicción, pues los límites hasta los cuales se extiende la soberanía de un Estado sólo pueden determinarse con arreglo a un criterio normativo. La expresión, en rigor, quiere significar que esta primera parte del territorio chileno está compuesta por espacios naturales geográficamente delimitados.

c) Territorio natural

El territorio natural está integrado, en primer lugar, por el casco terrestre continental e insular sobre el cual Chile ejerce soberanía, la determinación de cuyos límites pertenece al derecho constitucional. Este comprende tanto el suelo como el

¹⁸⁹ Véase, sobre ellos, DIETRICH OEHLER, *Theory of the law governing application of punishment*, en L.S., vol. 3, 1971, págs. 110 y sigts., especialmente IV, 2), a), págs. 120 y 121, y IV, 2), c), págs. 123 y 124. Asimismo, JESCHECK, *New forms of international legal assistance in criminal matters* en L.S., vol. 2, 1970, págs. 7 y sigts.

¹⁹⁰ NOVOA, I, 110, pág. 155.

subsuelo, así como también los ríos, lagos y mares interiores que se encuentren dentro de las fronteras del país. De conformidad con la opinión dominante, forman también parte de él los lugares ocupados por agencias diplomáticas extranjeras, cualquiera que sea su destino (oficinas, habitación, almacenaje, actos culturales, etc.).¹⁹¹ Las instituciones como el derecho de asilo y la inviolabilidad de recintos diplomáticos no se basan, pues, en una supuesta extraterritorialidad de tales inmuebles —lo que implicaría una renuncia inaceptable de la soberanía nacional respecto de algunas porciones de territorio—, sino en una extensión de la inmunidad personal acordada a los agentes diplomáticos, básicamente por consideraciones de cortesía internacional.¹⁹²

También forman parte del territorio natural el “mar territorial o adyacente”, con arreglo a lo dispuesto por el art. 5° del C.P. Ahora bien, para la determinación de este último concepto, respecto del cual no existe hasta ahora norma constitucional, es preciso remitirse al art. 593 del C.C., que, a su vez, distingue entre el mar *adyacente* propiamente tal, de una legua marina medida desde la más baja marea, y una segunda extensión de hasta cuatro leguas marinas, medidas de la misma manera, sobre la cual se ejerce “el derecho de policía, para objetos concernientes a la seguridad del país y a la observancia de las leyes fiscales”; a esta última la doctrina civil suele denominarla *mar territorial*. Sin embargo, la opinión dominante estima que el art. 5° del C.P. no hace tal distinción, pues el empleo de la conjunción copulativa “o” significa que considera sinónimas las expresiones “territorial” y “adyacente”.¹⁹³ Por consiguiente, la ley penal sólo pretende regir aquellos hechos ocurridos dentro de lo que el art. 593 del C.C. denomina “mar adyacente”, cuya extensión en metros es de 5.555.

En cuanto a las 200 millas marinas sobre las cuales reclaman jurisdicción exclusiva Chile, Perú y Ecuador, en virtud de la “Declaración sobre Zona Marítima” de 18 de agosto de 1952 aprobada por el Congreso Nacional y mandada cumplir mediante Decreto Supremo 432, de 23 de septiembre de 1954 (Zona Económica Exclusiva), se las entiende generalmente limitadas a fines de aseguramiento y explotación de la riqueza marítima, y no a extender el mar territorial chileno sobre una zona tan vasta (discutible).¹⁹⁴ Tanto más cuanto que las ventajas de hacer esto último son, cuando menos, dudosas.

En el mar “territorial”, la jurisdicción de las leyes penales se extiende también al fondo submarino y al subsuelo correspondiente.

Respecto del *espacio aéreo*, que también integra el territorio natural, rige en Chile el art. 1° del Código Aeronáutico (Ley 18.916), de conformidad con el cual

¹⁹¹ Otro criterio, todavía, en un fallo de la C.S. de 1910, en ETCHEBERRY *D.P.J.*, I, 15, págs. 28 y 29. Las cuentas de un Agente Diplomático de Alemania, adulteradas en el recinto de la Legación Alemana en Chile, “han sido otorgadas en el extranjero, en virtud de la ficción de extraterritorialidad”.

¹⁹² COUSIÑO, I, 46, B, d), págs. 176 y sigts.; ETCHEBERRY, I, págs. 81 y 82; NOVOA, I, 113, págs. 161 y 162.

¹⁹³ ETCHEBERRY, I, pág. 118; GARRIDO, I, 9, II, págs. 128 y 129; NOVOA, I, 110, págs. 156 y 157; POLITOFF, ORTIZ Y COL., pág. 71; COUSIÑO, I, 46, A, b), pág. 169, no se ocupa del asunto, pero del texto pareciera deducirse que se inclina por la opinión contraria; asimismo LABATUT, I, 57, pág. 58.

¹⁹⁴ ETCHEBERRY, I, pág. 119. Más dudoso, NOVOA, I, 110, pág. 156, nota 4. Otra posición, aparentemente, LABATUT, I, 57, pág. 58. Entre los internacionalistas la cuestión es muy discutida, si bien la mayor parte se inclina a la opinión del texto. Una observación crítica respecto de la pretensión de poner en vigor las leyes punitivas sobre una extensión de tal magnitud, CERESO, I, pág. 192.

“el Estado de Chile tiene la soberanía exclusiva del espacio aéreo sobre su territorio”. Con ello se ha superado la defectuosa disposición del DFL 221 (hoy derogado) que la limitaba al espacio atmosférico, así como las diferencias de apreciación que generaba.¹⁹⁵

d) Territorio ficto

El territorio ficto está compuesto por algunos lugares que en rigor, pueden no encontrarse dentro de los límites geográficos nacionales, no obstante lo cual la ley penal chilena reclama vigencia para conocer de los hechos delictuosos ocurridos en ellos. En la mayor parte de los casos, esta extensión obedece al propósito de conceder la protección de nuestro ordenamiento jurídico a sitios que, de otra forma, estarían despojados de una cualquiera. En algunos, sin embargo, se debe a una auténtica decisión de extraterritorialidad determinada por la naturaleza de las funciones que cumple el objeto, las cuales lo vinculan de manera estrecha al destino del Estado chileno.

El primer caso que debe mencionarse es el de las *naves*. Respecto de ellas, antiguamente se distinguía entre *naves mercantes* y de guerra. Así lo hace, en efecto, el art. 6° N° 4° del C.O.T., que regula la materia. Hoy, en cambio, los instrumentos internacionales y la doctrina hablan de *naves públicas* y *privadas*, pues estos conceptos son susceptibles de mayor precisión que aquéllos. Las *naves públicas* son territorio chileno dondequiera se encuentren; las *privadas*, en cambio, sólo cuando navegan en alta mar (art. 6°, N° 4° C.O.T.).

La distinción precedente y sus consecuencias también son aplicables a las *aeronaves*. Debe puntualizarse, con todo, que las *aeronaves privadas* chilenas son territorio nacional no sólo cuando sobrevuelan la alta mar, sino, además, “tierra de nadie” (art. 5° inc. primero del Código Aeronáutico).

Respecto de las *aeronaves*, por otra parte, en la doctrina contemporánea se ha desarrollado el criterio de que quizás resultaría más lógico sustraer los hechos ejecutados en una *aeronave privada* a la jurisdicción del país que sobrevuela, cuando ellos no lesionan los intereses de esa nación ni afectan su tranquilidad pública. Este punto de vista ha sido acogido por el art. 301 del Código de Derecho Internacional Privado, denominado también Código Bustamante, con arreglo al cual el país competente para juzgar estas conductas es el de la bandera y lo ha hecho suyo asimismo, en los incisos segundo y tercero, el art. 5° del Código Aeronáutico. De conformidad con ellos, las *aeronaves chilenas* están sometidas a las leyes penales chilenas, aunque se encuentren volando en espacio aéreo sujeto a la soberanía de un Estado extranjero, respecto de los delitos cometidos a bordo de ellas que no hubiesen sido juzgados en otro país; a su vez, las *leyes penales chilenas* son aplicables a delitos cometidos a bordo de *aeronaves extranjeras* que sobrevuelan espacio aéreo no sometido a la jurisdicción chilena, siempre que la *aeronave aterrice* en territorio chileno y que tales delitos afecten el interés nacional.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Sobre ello, CURY 1°, I, 9, II, c), pág. 170; ETCHEBERRY, I, págs. 119 y 120; NOVOA, I, 110, pág. 157.

¹⁹⁶ COUSIÑO, I, 46, B, b), pág. 173; ETCHEBERRY, I, pág. 122; NOVOA, I, 111, pág. 159.

Por último, también integra el territorio ficto aquel que, siendo por su naturaleza extranjero, se encuentra ocupado por fuerzas armadas chilenas (art. 3º, N° 1º C. de J.M.). En tales casos, la ley nacional regirá sin distinción, en materia de delitos militares y comunes, debiendo aplicarse a estos últimos las leyes penales correspondientes aunque la competencia pertenezca a los Tribunales Militares.

e) El lugar de comisión del delito

Por regla general, determinar el lugar de comisión del delito y la consiguiente territorialidad o extraterritorialidad del hecho no presenta dificultades. Sin embargo, en algunos casos se complica, a causa de que la ejecución adopta formas complejas que comprometen a varios territorios. Así, por ejemplo, cuando A dispara a través de la frontera sobre B, el cual cae muerto en el país vecino; o cuando C engaña a D en un país, a fin de que éste realice en otro una disposición patrimonial perjudicial para sus intereses; o cuando E se apodera de una aeronave mientras sobrevuela el territorio de un Estado, la obliga a variar de rumbo y aterrizar en un aeropuerto ubicado en el de otro, solicitando con éxito un rescate de una tercera nación. ¿Dónde se ha cometido el homicidio, la estafa o el "secuestro" aéreo, respectivamente, en cada uno de estos casos?

Para solucionar esta clase de problemas se han propuesto fundamentalmente tres criterios distintos.¹⁹⁷

aa) Según la teoría del *resultado*, el delito debe entenderse cometido en el lugar donde éste se produjo. Su fundamento radica, sobre todo, en que la perturbación de la convivencia se deja sentir con toda su intensidad precisamente allí donde tiene lugar el resultado delictivo y en que sólo con la consumación se perfecciona por completo la conducta punible.¹⁹⁸

El punto de vista aludido ha encontrado considerable acogida en el pensamiento jurídico americano.¹⁹⁹ Quizás por eso, lo acepta también como fórmula alternativa el art. 302 del C. Bustamante, el cual, de no ser aplicable la desafortunada disposición de su primera parte²⁰⁰, ordena dar "preferencia al derecho de la soberanía local en que el delito se haya consumado".

bb) De acuerdo con la teoría de la *actividad*, el delito se comete allí donde se da principio a la ejecución de la conducta típica. Este punto de vista se basa en la idea de que el disvalor delictivo radica fundamentalmente en la acción y, por lo tanto, es al país en donde ésta se realiza al que corresponde su enjuiciamiento.

En Chile, este criterio es acogido para fines de derecho interno por el art. 157 del C.O.T., el cual ETCHEBERRY considera aplicable también por analogía respecto de la materia que aquí no interesa.²⁰¹ Asimismo, piensa que ha sido consagrado en

¹⁹⁷ Respecto de otros puntos de vista menos difundidos, véase la prolija exposición de COUSIÑO, I, 50, págs. 188 y sigts.

¹⁹⁸ En este mismo sentido, NOVOA, I, 114, pág. 162.

¹⁹⁹ Cfr. COUSIÑO, I, 50, D, pág. 190.

²⁰⁰ *Infra*, bb).

²⁰¹ ETCHEBERRY, II, pág. 72.

212

la primera parte del art. 302 del C. Bustamante, conforme al cual, "cuando los actos de que se componga un delito se realicen en Estados contratantes diversos, cada Estado puede castigar el acto realizado en su país, si constituye por sí solo un hecho punible". La argumentación, con todo, no es convincente. Como destaca COUSIÑO²⁰², la norma del art. 302 del C. Bustamante no establece la vigencia del principio de actividad, sino un sistema sumamente defectuoso, disponiendo el fraccionamiento del delito y su punibilidad por partes, cosa que puede conducir a resultados indeseables, ya que la valoración normativa del conjunto del hecho puede ser distinta de la de la simple suma de las acciones aisladas que lo componen. Por lo que se refiere a la extensión analógica del contenido del art. 157 del C.O.T., sólo se justificaría si su solución fuera satisfactoria también en el ámbito internacional. Pero esto no es así. Pues muchas veces la aplicación de la teoría de la actividad en este campo puede conducir a conflictos que determinen la impunidad del delito, como por ejemplo, si el Estado en que se inició la ejecución carece de todo interés en el castigo a causa de que la perturbación experimentada por su convivencia fue insignificante o inexistente. Así, no parece oportuno trasladar a este ámbito una regla dada para determinar la competencia entre distintos tribunales nacionales.

cc) La solución preferible es la de la teoría de la *ubicuidad*, en conformidad a la cual es competente para conocer del hecho tanto aquel país en que se ha realizado un acto de ejecución como aquel en que se produjo el resultado consumativo. Que ella puede ser apoyada dogmáticamente en nuestra legislación ha sido demostrado, a mi juicio, satisfactoriamente por NOVOA.²⁰³ Por otra parte, esta concepción preserva en forma adecuada la unidad de la valoración jurídica que ha de acordarse al hecho delictivo, permitiendo su enjuiciamiento conjunto por una de las leyes comprometidas.

Es cierto que la teoría de la ubicuidad puede crear algunos riesgos de infracción al principio *non bis in idem*.²⁰⁴ Pero me parece que éstos dependen de circunstancias prácticas, las cuales, en determinados casos también podrían afectar a cualquiera de los otros criterios.

III. EXCEPCIONES A LA TERRITORIALIDAD DE LA LEY PENAL

Excepcionalmente, la ley penal chilena pretende recibir aplicación *extra-territorial*, basada en uno u otro de los restantes principios sobre la materia. Tales situaciones se encuentran expresamente reguladas, según lo preceptuado en los arts. 6º del C.P., 6º del C.O.T., 3º del C. de J.M., 106 del C.P., 1º de la Ley 5.478 y algunas disposiciones de la Ley de Seguridad del Estado.

²⁰² COUSIÑO, I, 50, D, pág. 189, y E., pág. 191.

²⁰³ NOVOA, I, 114, págs. 163 y sigts. En contra, COUSIÑO, I, 50, E, pág. 191.

²⁰⁴ ETCHEBERRY, II, pág. 72.

213

a) Aplicación del principio de personalidad o nacionalidad

El principio de nacionalidad encuentra expresión en el art. 6° N° 6° del C.O.T., de acuerdo con el cual la ley chilena reclama jurisdicción para conocer de los delitos "cometidos por chilenos contra chilenos si el culpable regresa a Chile sin haber sido juzgado por la autoridad del país en que delinquirió". Debe advertirse, con todo, que el fundamento de esa norma es objeto de opiniones encontradas.

NOVOA descarta su inclusión entre los casos de aplicación del principio de personalidad, a causa del carácter "supletorio" que el precepto atribuye a la ley chilena.²⁰⁵ Por tal razón considera que se trata de una solución práctica, destinada a evitar la impunidad de atentados contra un bien jurídico chileno cuando el autor ha llegado al territorio nacional sin haber sido castigado en aquel en que se cometió el delito, y la extradición no es solicitada o no procede por cualquier razón.²⁰⁶

En el mismo sentido se pronuncia ETCHEBERRY²⁰⁷ quien, no obstante, pareciera considerar que la disposición aplica el principio real, pues, aunque no lo dice expresamente, trata de ella bajo ese rótulo. A su vez, RODRIGUEZ MUÑOZ, frente a una disposición semejante de la ley española, estima que constituye una combinación de ambos principios, el de la nacionalidad y el de defensa²⁰⁸, pues "la exigencia de que el delito se cometa contra otro español excede ya los límites del puro principio personal y supone una referencia a la específica índole del bien jurídico".

De acuerdo con el criterio de COUSIÑO²⁰⁹, esta norma constituye sólo una aplicación del principio de la personalidad activo²¹⁰, que en el caso opera de manera supletoria.

En realidad, la disposición del art. 6° N° 6° del C.O.T. combina los principios de nacionalidad activo y pasivo, dándoles una vigencia supletoria. Se funda, como lo destaca RODRIGUEZ DEVESA²¹¹ en el propósito de evitar la impunidad del autor cuando se niega su extradición en virtud de las cláusulas sobre no entrega del nacional que usualmente contienen los tratados relativos a la materia.²¹² Por esta razón no se ha contemplado el caso en que el hechor es un extranjero, ya que, en tal evento, la extradición se otorgará de todas maneras y quien lo juzgará será el Estado en cuyo territorio se cometió el delito.

En la práctica, sin embargo, puede ocurrir que por cualquier razón no se otorgue la extradición del extranjero que delinquirió contra un chileno fuera del territorio nacional, y ha llegado a Chile sin ser juzgado en el lugar del hecho (por ejemplo, debido a que el país en cuyo territorio se perpetró el delito no solicita esa extradición porque no concurren algunos requisitos formales exigidos por su legislación para que la solicitud sea procedente). En casos como éste se dará la extraña paradoja, destacada por ETCHEBERRY, de que dicho extranjero no podrá tampoco ser juzgado por los tribunales chilenos.²¹³ Para evitar esta situación absurda, sería necesario aceptar en estos casos una aplicación supletoria de

²⁰⁵ NOVOA, I, 118, pág. 168.

²⁰⁶ NOVOA, I, 118, pág. 169.

²⁰⁷ ETCHEBERRY, I, pág. 125.

²⁰⁸ RODRIGUEZ MUÑOZ, notas de derecho penal español, en MEZGER, I, 7, II, pág. 99.

²⁰⁹ COUSIÑO, I, 48, A, pág. 182. En el mismo sentido, respecto de la norma española aludida por RODRIGUEZ MUÑOZ y a que se refiere la nota anterior, CEREZO, I, pág. 242 y RODRIGUEZ DEVESA, I, págs. 221 y 222.

²¹⁰ En CURY I^a, I, 9, III, a), pág. 174, se afirma que COUSIÑO considera este precepto como aplicación del principio de personalidad pasivo. Esa apreciación era errónea y derivó del sentido que en dicha exposición se acordaba al principio de nacionalidad pasivo. Sobre ello, supra, I, b).

²¹¹ RODRIGUEZ DEVESA, I, págs. 221.

²¹² Véase, infra, V, c).

²¹³ ETCHEBERRY, I, pág. 125.

214

la ley nacional aunque, posiblemente, sometiéndola a requisitos más exigentes, como el de querrela de la víctima o sus herederos. Por el momento, sin embargo, no existe solución al problema.

Para estos efectos debe entenderse que el delito se ha cometido contra un chileno cuando éste es el titular del bien jurídico. No es necesario que dicho interés tenga un carácter personal (vida, integridad corporal, salud, honor, etc.), pues la ley no contempla esa limitación.²¹⁴ Por el contrario, del sentido de la disposición se deduce que en ella sólo se está pensando en ataques dirigidos contra particulares, lo que explica su carácter supletorio y es el motivo de que la consideremos aplicación del principio de nacionalidad pasivo y no del real o de defensa.²¹⁵

En la práctica esto último tiene importancia para la determinación de la aplicabilidad de la ley chilena a casos en los cuales el bien jurídico tiene carácter social y no individual. Así ocurre, por ejemplo, respecto del delito de bigamia del art. 382 del C.P., que constituye un atentado en contra de la institución matrimonial como tal, y no del primero o segundo cónyuge en su caso. Por eso, cuando el que se encuentra casado válidamente contrae un nuevo matrimonio en territorio extranjero, no es aplicable al art. 6° N° 6° del C.O.T. y, consiguientemente, el autor no puede ser juzgado ni castigado en Chile.

b) Aplicación del principio real o de defensa

El principio real o de defensa determina la aplicación de la ley chilena a hechos ocurridos en el extranjero en los casos a que se refieren los N°s. 1°, 2° y 5° del art. 6° del C.O.T. y el art. 3°, N°s. 2° y 3° del C. de J.M.

De conformidad con tales disposiciones, quedan sometidos a la jurisdicción nacional los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República "por un agente diplomático o consular" de ésta "en el ejercicio de sus funciones", "la malversación de caudales públicos, fraudes y exacciones ilegales, la infidelidad en la custodia de documentos, la violación de secretos [y] el cohecho, cometidos por funcionarios públicos chilenos o por extranjeros al servicio de la República" y la "falsificación del sello del Estado [inexistente], de moneda nacional, de documentos de crédito del Estado, de las Municipalidades o establecimientos públicos, cometida por chileno, o por extranjeros que fueren habidos en el territorio de la República". Asimismo, los "cometidos por militares en el ejercicio de sus funciones o en comisiones del servicio" y "contra la soberanía del Estado y su seguridad exterior o interior".

En todas estas situaciones, lo decisivo es, en efecto, el hecho de que las conductas aludidas, aunque ejecutadas en el extranjero, lesionan intereses nacionales de carácter público. La nacionalidad del autor es indiferente. La limitación consagrada en el N° 5°, donde se hace depender la aplicación de la ley chilena a los autores extranjeros de que hayan sido habidos en el territorio de la República, no altera tampoco la conclusión, pues obedece tan sólo a consideraciones sobre la practicabilidad de la norma.

²¹⁴ NOVOA, I, 118, pág. 169.

²¹⁵ Véase, supra, I, c).

Más dudosa es la situación que se contempla en el art. 6° N° 3° del C.O.T., que en su primera parte extiende el sentido del art. 106, inc. segundo del C.P., y con arreglo al cual se someten a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados por chilenos naturales o naturalizados, que vayan "contra la soberanía o contra la seguridad del Estado". Asimismo, la del art. 1° de la Ley. 5.487, que consagra la punibilidad del "chileno que, dentro del país o en el exterior, prestare servicios de orden militar a un Estado extranjero que se encuentre comprometido en una guerra, respecto de la cual Chile se hubiere declarado neutral". En definitiva, sin embargo, ambos son también casos cuya atribución a la competencia de los tribunales nacionales se funda, básicamente, en el principio real o de defensa.

Las dudas se deben, en primer lugar a que se limita el círculo de autores a los nacionales. Sin embargo, esto se explica por la naturaleza de los bienes jurídicos afectados, cuya significación, en rigor, existe casi únicamente para los chilenos.

Por otra parte, hay autores que adscriben estos casos al principio de nacionalidad pasiva.²¹⁶ Esto se debe, por una parte a la formulación particular que dan de ese principio²¹⁷ y por la otra, a que los bienes jurídicos atacados son chilenos. Sin embargo, debe desestimarse ese criterio si el principio de nacionalidad pasiva se entiende como lo hace la mayoría de la doctrina comparada²¹⁸ y se tiene en cuenta, además, que en estos casos los bienes jurídicos atacados pertenecen al Estado.²¹⁹

c) Aplicación del principio de universalidad

El N° 7° del art. 6° del C.O.T., con arreglo al cual se aplica la ley chilena a la piratería, aunque los hechos que la configuran se hayan realizado -como generalmente sucederá- fuera del territorio nacional, es una clara expresión del principio de universalidad. Por su índole peculiar, el delito de piratería afecta a la libre navegación de los mares, que interesa a toda la comunidad de naciones. Por otro lado, se trata de un delito que generalmente se comete más allá de los límites territoriales de todos los Estados, de suerte que si no se lo somete a la jurisdicción del captor, quedará impune, pues es en extremo improbable que el autor se ponga al alcance de la de la nave o naves abordadas -única otra a la que podría reservarse la sanción-. Por esto, la mayor parte de las legislaciones contemporáneas consagra, en este punto, una solución semejante a la nuestra.

También suelen ser manifestaciones del principio de universalidad la mayoría de los casos de extraterritorialidad contemplados en los tratados internacionales a que alude el art. 6°, N° 8° del C.O.T. En efecto, éstos generalmente se refieren a delitos que por su naturaleza comprometen el territorio de varios países, ya que su actividad presupone traslado de unos a otros o bien ejecución en "tierra de nadie", tales como el tráfico de estupefacientes, la trata de esclavos y la de blancas, la des-

²¹⁶ NOVOA, I, 16, pág. 166; CURY 1°, I, 9, 111, a), pág. 173. Por su parte COUSIÑO, I, 48, A, pág. 182, contempla el último de los casos mencionados como manifestación del principio de personalidad activo.

²¹⁷ Supra, I, b).

²¹⁸ Idem.

²¹⁹ Supra, I, c). En el mismo sentido del texto ETCHEBERRY, I, págs. 82 y 83.

trucción o deterioro de cables submarinos, el genocidio, etc. Respecto de todos ellos se ha consagrado por lo pronto el principio de universalidad en los arts. 307 y 308 del C. Bustamante.²²⁰

IV. VALOR EN CHILE DE LAS LEYES Y SENTENCIAS JUDICIALES EXTRANJERAS

a) Ley penal extranjera

En virtud del principio de soberanía de los Estados, éstos no *aplican* en caso alguno leyes penales extranjeras. Ese punto de vista se encuentra expresamente reconocido en el art. 304 del C. Bustamante, según el cual "ningún Estado contratante aplicará en su territorio las leyes penales de los demás".

Sin embargo, esto no significa que en Chile se ignore por completo el valor de la ley penal extranjera, pues, aunque jamás se la aplica, hay distintos casos en los que es necesario *reconocer* su existencia y eficacia. Así ocurre, entre otras situaciones, en materia de extradición, atendido el principio de doble incriminación,²²¹ asimismo para la aplicación de lo dispuesto en el N° 6° del art. 6° del C.O.T., que, aun cuando no lo exprese, presupone que el hecho a que se refiere ha de ser también punible de conformidad con la ley del país en que se ejecutó.²²² En estas hipótesis, la ley extranjera ciertamente no se está *aplicando* en nuestro país, pero su *reconocimiento* resulta condicionante para la aplicación de la nacional.²²³

b) Sentencia judicial extranjera

La situación de las sentencias penales extranjeras es semejante a la de la ley. También aquí el principio de soberanía obsta a su eficacia *ejecutiva* en nuestro país, y, por consiguiente, en Chile nunca se cumplirá una pena impuesta en una sentencia pronunciada por tribunales de otro Estado.

Pero, lo mismo que respecto de las leyes, es imposible negar todo *reconocimiento* a las sentencias extranjeras, pues eso implicaría una actitud "aislacionista" que, a la larga, provocaría resultados indeseables también para la nación que la asume. Por eso, en distintos casos es preciso *reconocer el valor de cosa juzgada* a sentencias penales pronunciadas en el exterior. Así ocurre, desde luego, en obsequio al principio *non bis in idem*, que obliga a no enjuiciar nuevamente un hecho por el que el autor ya fue sancionado en el extranjero, aunque en virtud de su pretensión de extraterritorialidad la ley chilena también se atribuya jurisdicción para conocer de él. De la misma forma, en lo referente a reincidencia y reiteración, conforme al art. 310 del C. Bustamante, deben apreciarse teniendo en consideración las

²²⁰ Con algún detalle respecto a las convenciones y tratados celebrados en relación con tales materias, COUSIÑO, I, 49, pág. 187, nota 311, y NOVOA, I, 119, pág. 170.

²²¹ Infra, V, b), aa)

²²² Supra, III, a)

²²³ Detalladamente, COUSIÑO, I, 51, págs. 196 y sigts.

sentencias dictadas por tribunales de otros países. Por último, también en materia de extradición pasiva, en donde, al solicitarse la de un sujeto ya condenado, el país requerido tiene que acordar validez a la sentencia pronunciada en el requirente.

De acuerdo con jurisprudencia reiterada de la C.S., las sentencias absolutorias dictadas en el extranjero surten efectos en Chile en materia civil, de conformidad con lo preceptuado al respecto por los arts. 202 y 242 del C. de P.C. y 64 y 448 del C.P.P.²²⁴ Asimismo, al pronunciarse sobre solicitudes de extradición, se ha reconocido expresamente el valor de una sentencia o decreto de prisión extranjero.²²⁵

En el presente existe una tendencia a intensificar la colaboración internacional para combatir el delito y, consiguientemente, a ampliar los límites de reconocimiento de las sentencias extranjeras. Aunque este punto de vista aún no se manifiesta de manera categórica en nuestro ordenamiento jurídico, en el futuro, de seguro, ganará terreno progresivamente.

V. LA EXTRADICIÓN

La extradición consiste en la entrega que se hace por un país a otro de un individuo al que se acusa de un delito o que ha sido condenado ya por él, a fin de que el último lo juzgue o proceda al cumplimiento de la sentencia en el caso respectivo. Se habla de extradición activa cuando se la contempla desde el punto de vista del Estado que solicita la entrega (Estado requirente) y pasiva cuando se la mira desde el ángulo del Estado al cual se le pide dicha entrega (Estado requerido).

Aunque la institución posee antecedentes históricos remotos²²⁶ su formalización general es reciente y sus fundamentos son objeto hasta el presente de opiniones cambiantes. Actualmente, sin embargo, tiende a imponerse la idea de que se encuentra basada en un sistema de colaboración internacional, que impone obligaciones de asistencia recíproca entre los Estados para la lucha contra el delito.²²⁷ Van más lejos quienes hablan de regular la institución de conformidad con el llamado orden público internacional.²²⁸ Se trata, no obstante, de una idea que aún requiere desarrollo y concreción, aparte de que es imposible determinar exactamente las consecuencias a las cuales daría lugar en el terreno que nos ocupa.

Muchas legislaciones contemporáneas contemplan normas destinadas a regular la institución tanto en sus aspectos procesales como sustantivos. La nuestra, en cambio, se reduce a la ordenación de los primeros en el Título VI del Libro III del C. de P.P., arts. 635 y sigts., y ahora en el C.P.P., arts. 431 y sigts. Las cuestiones materiales, por el contrario, han quedado libradas de modo fundamental a los "principios generalmente reconocidos del derecho internacional", pues el C. Bustamante, que las reglamenta de manera más o menos completa, sólo tiene valor vinculante

²²⁴ ETCHEBERRY, D.P.J., I, 117, págs. 29 a 31.

²²⁵ ETCHEBERRY, D.P.J., I, 18, pág. 31.

²²⁶ Cfr. COUSIÑO, I, 53, pág. 200.

²²⁷ Un punto de vista matizado en NOVOA, I, 124, pág. 176, para quien la fundamentación del texto constituye todavía una aspiración lograda sólo parcialmente.

²²⁸ Cfr. COUSIÑO, I, 53, págs. 201 y sigts.

respecto de algunos Estados americanos.²²⁹ Esto, por supuesto, en los casos por fortuna cada vez menos frecuentes en los que no existe entre Chile y el otro país comprometido un tratado bilateral sobre la materia, debiendo, eso sí, tenerse en cuenta que usualmente tales instrumentos no consagran disposiciones reguladoras minuciosas.

A pesar de todo, las prácticas internacionales sostenidas han ido decantando a este respecto un conjunto de condiciones y requisitos más o menos uniformemente acogidos por la comunidad de las naciones, cuyo análisis permite estructurar la institución, apoyándose además en las limitadas disposiciones del ordenamiento jurídico nacional. Se refieren al tipo de relaciones existentes entre los Estados, la calidad del hecho, la del delincuente y la situación de punibilidad del hecho inculcado. En los apartados siguientes se da una noticia escueta sobre tales puntos.

a) Tipo de relaciones existentes entre los Estados

En principio, la regla es que la extradición procede entre aquellos Estados que se encuentran vinculados por un tratado sobre la materia, cosa que en la actualidad es, por lo demás, muy frecuente.²³⁰ Sin embargo, el hecho de que no exista un instrumento de esta clase no es óbice para que de todos modos se conceda la extradición. Para hacerlo así, los Estados tienen en cuenta, comúnmente, las perspectivas de reciprocidad, esto es, que el requirente la otorgue a su vez si más adelante le es solicitada.

La Corte Suprema ha concedido uniformemente la extradición cuando se le solicita bajo promesa de reciprocidad. La seriedad de esa promesa se presume, y para desestimarla, negando la extradición, sería preciso que se presentaran pruebas de que alguna demanda de extradición formulada por Chile hubiere sido rechazada por el Estado requirente en casos similares al que se está discutiendo.²³¹ La extradición se concede, aunque ni siquiera exista oferta de reciprocidad o la que se ha hecho es insuficiente o no procede de la autoridad competente, cuando existe evidencia de que el Estado requirente no desconoce ni rechaza las resoluciones de los tribunales chilenos.²³²

b) Calidad del hecho

En relación con este punto se exigen, por lo general, los siguientes requisitos:

aa) *Doble inculcación del hecho*, es decir, que sea constitutivo de delito tanto en el Estado requirente como en el requerido. Esto es lógico, pues sería absurdo que el Estado requerido entregara a un individuo para que sea juzgado y castigado por

²²⁹ NOVOA, I, 124, pág. 177.

²³⁰ Sobre los tratados de extradición que vinculan a Chile con otras naciones, véase la prolija exposición de COUSIÑO, I, 53, A, págs. 204 y sigts. Una enumeración más sucinta en NOVOA, I, 126, pág. 177, requiere adicionarse con la referencia al tratado celebrado con Venezuela el 2 de junio de 1962 y ratificado el 1º de junio de 1965.

²³¹ ETCHEBERRY, D.P.J., 29, págs. 54 y 55.

²³² ETCHEBERRY, D.P.J., 29, págs. 49 y 53.

haber ejecutado una conducta que con arreglo a su ordenamiento es lícita o, en todo caso, no origina responsabilidad penal. La regla, recogida expresamente por el art. 353 del C. Bustamante, supone que la doble incriminación exista al momento de realizarse el acto punible y subsista hasta aquel en que se lleva a cabo la entrega.

bb) *Gravedad del hecho*. En relación con este aspecto, no existe todavía una coincidencia total, pues en algunos tratados más antiguos se emplea el procedimiento de incluir un listado de los delitos por los cuales es posible conceder la extradición. Tal sistema, que cuenta con la aprobación de JIMENEZ DE ASUA²³³, ha sido criticado por NOVOA²³⁴ pues, si se lo generalizara, haría imposible la extradición "entre países no ligados por tratados sobre la materia". En todo caso, cuando se ha acudido a él, la extradición sólo puede concederse por los delitos que integran el elenco respectivo, según se deduce de lo dispuesto por el art. 647, N° 2° del C. de P.P. (art. 449, letra b) del C.P.P.)

En el presente se prefiere establecer un límite relativo a la gravedad para determinar los delitos por los cuales se otorga la extradición. La opinión más generalizada acepta que ella debe concederse cuando versa sobre un crimen o simple delito cuya pena no es inferior a un año de privación de libertad. Consiguientemente, queda excluida por definición la posibilidad de extradición por faltas, pero nada obsta a la de un crimen o simple delito frustrado o sólo tentado. Cuando se la solicita para enjuiciar al extraditado, la determinación debe hacerse en abstracto, esto es, atendiendo a la pena establecida en la norma respectiva; y si el marco allí contemplado consulta una extensión que en parte es superior al límite y en parte inferior, lo decisivo es la pena mayor autorizada por la ley.²³⁵ Por el contrario, cuando se trata del cumplimiento de una pena ya impuesta, se debe atender a la determinada concretamente en la sentencia respectiva. Por derivación del principio de doble incriminación, debe entenderse que este requisito relativo a la gravedad del hecho ha de cumplirse tanto respecto del país requirente como del requerido. Por eso, aun en el caso de extradición destinada a cumplir una sentencia que ha impuesto una pena superior a un año de privación de libertad, ésta no debe concederse cuando con arreglo a la ley del país requerido no sería posible castigar el hecho en forma tan severa.

Lo expuesto rige, en mi opinión, como regla general, así como con aquellos países con los cuales estamos vinculados por la Convención de Montevideo. Para extradiciones con naciones a las cuales nos liga el C. Bustamante, hay que estarse a la gravedad de la pena conminada por la legislación del país requirente, con arreglo a lo preceptuado en el art. 354. Esta última es una solución insatisfactoria, porque obliga al país requerido a aceptar valoraciones extrañas a su apreciación del hecho. Por eso, estimo que su aplicación debe ser restringida sólo a los casos en que nos la impone el derecho interno, esto es, precisamente aquellos a los que se alude más arriba. Sería erróneo, a mi juicio, elevarla a la categoría de "principio de derecho internacional".

Cuando se trata de la extradición pasiva, la vigencia de los criterios señalados se apoya expresamente en el art. 647, N° 2° del C. de P.P. (449, letra b) del C.P.P.) Respecto de la activa, en cambio, parecieran contradichos por lo que expresa el art. 635 de ese cuerpo

²³³ JIMENEZ DE ASUA, II, 819, págs. 945 y sigts.

²³⁴ NOVOA, I, 127, pág. 179.

²³⁵ Así los fallos citados en ETCHEBERRY, D.P.J., I, 31, págs. 69 y 70.

legal. Sin embargo, una interpretación teleológica adecuada, fundada en el art. 279 del C. de P.P., conduce a aceptarlos también en este caso.²³⁶

cc) *Delito común*. Esto significa que, por el contrario, no se concede la extradición por los llamados *delitos políticos*.

Aunque esta limitación es reciente, pues en su origen la extradición estaba destinada precisamente a obtener la entrega de los enemigos políticos, sus fundamentos son lógicos y hoy goza de reconocimiento unánime. El delito político, de preferencia en sus formas más puras, obedece por lo general a móviles ideológicos elevados y apunta a propósitos altruistas determinados por valoraciones contrastantes con las del orden establecido, pero no por eso menos respetables. Cuando el delincuente político se ve obligado a abandonar el territorio del país contra cuyo gobierno se dirigía su actividad, decrece la posibilidad de que ponga en peligro la estabilidad de éste y, por otra parte, rara vez constituirá un riesgo para la nación en la cual se refugió, pues incluso es posible que simpatice con los ideales y concepciones de sus dirigentes.

Sin embargo, la practicabilidad de la idea tropieza con dificultades provocadas por el hecho de que la distinción entre delitos políticos y comunes no es fácil de hacer en los límites.

Desde el punto de vista *subjetivo*, es delito político todo aquel que obedece al *propósito* de alterar, modificar o sustituir la institucionalidad política imperante en un Estado determinado. Con esto, no obstante, resultaría que casi cualquier género de conducta delictiva —incluso la más reprobable— podría, bajo ciertas circunstancias, constituirse en delito político; al paso que, por otra parte, como la determinación depende de momentos puramente subjetivos, su precisión en los casos concretos es complicada e incierta. Por tal razón, tiende más bien a ganar terreno el criterio *objetivo*, de conformidad con el cual es delito político aquel que, por la indole misma del injusto correspondiente, *lesiona fundamentalmente la organización institucional del respectivo Estado o los derechos políticos de los ciudadanos*.

Con todo, también si se acoge este último criterio, es indispensable efectuar algunas precisiones, pues de otra manera resultaría demasiado restrictivo. En efecto, junto al delito político *propriamente tal o puro*, es menester mencionar los delitos políticos *complejos o relativos* y los *delitos conexos* a delitos políticos. Son delitos políticos complejos o relativos aquellos que lesionan, al mismo tiempo, la organización política y otros bienes jurídicos comunes, como, por ejemplo, el asesinato de un Jefe de Estado, el secuestro de un hombre público o incluso de particulares con el objeto de obtener alteraciones institucionales, etc. A su vez, los delitos conexos al político son aquellos de carácter común que se cometen durante el curso de la ejecución de aquél a fin de favorecer su consumación, tales como la sustracción de explosivos destinados a sostener la insurrección, las violaciones o daños de morada con el objeto de asegurar posiciones, etc.

La extradición no procede, por cierto, cuando se trata de un *delito político puro*. Asimismo, se excluye, en principio, a los *conexos* (art. 355 C. Bustamante);

²³⁶ Véase la exposición de NOVOA, I, 127, b), págs. 180 y sigts.

pero actualmente tiende a desarrollarse la idea de concederla en este último caso, cuando el hecho punible común de que se trata constituye una expresión grave de vandalismo o inhumanidad o cuando consista en atentados contra la vida o integridad corporal, salvo si se han producido en el curso de un combate declarado y abierto. Por último, cuando se trata de *delitos políticos complejos o relativos* predomina el criterio de tratarlos como si fueran comunes, otorgando la extradición. Particularmente es así cuando el crimen de que se trata consiste en "el homicidio o asesinato del Jefe de Estado de un Estado contratante o de cualquier persona que en él ejerza autoridad" (art. 357 C. Bustamante). En la práctica, sin embargo, no es posible atribuir a estas reglas un valor absoluto, porque pueden presentarse casos de delitos políticos complejos en los cuales el atentado contra el bien jurídico común sea más o menos insignificante y la prudencia aconseja negar la extradición.

Los actos de terrorismo político, que en las últimas décadas han experimentado un considerable incremento, provocando una reacción de alarma generalizada, adoptan con frecuencia la forma de delitos políticos complejos o relativos, a causa de lo cual usualmente su extradición debería ser concedida. Eso, por supuesto, está fuera de toda duda en las hipótesis de terrorismo común que se someten a las reglas generales.

Por terrorismo entendemos aquí aquellas conductas delictuales que, a causa de la forma en que se ejecutan, tienden a crear en el grupo social, o en sectores determinados de él, un fundado temor de ser objeto de ataques semejantes. La motivación política, en consecuencia, no es indispensable. Así, por ejemplo, también constituye acto terrorista, en sentido estricto, el de las bandas armadas que "venden protección" con propósitos de lucro personal, o el del secuestrador de aeronaves que busca obtener un rescate para su propio beneficio. De aquí la distinción precedente entre terrorismo político y común. En cuanto al "terrorismo de Estado", es sólo una forma de terrorismo político, particularmente reprochable, que se caracteriza porque sus autores pertenecen a la organización estatal u obran amparados por ella, y los actos que ejecutan se dirigen contra integrantes de grupos opositores al gobierno establecido.

De acuerdo con la jurisprudencia, los delitos de extorsión, homicidio y asalto (robo con violencia) son delitos comunes y no políticos ni conexos con ellos, aunque tuvieran una finalidad de tal índole.²³⁷

c) Calidad del delincuente

En rigor, nuestro ordenamiento jurídico no contempla requisitos especiales en este punto. Se alude a él, con todo, porque hasta el presente suelen presentarse problemas respecto de algunos Estados en relación con la entrega de sus *nacionales*.

La idea de que no debe concederse la extradición del nacional ha sido sostenida, en efecto, fundándose sobre todo en el temor de que los tribunales extranjeros no lo traten con la debida imparcialidad. Poco a poco, sin embargo, este criterio ha ido cediendo en obsequio a los principios de colaboración internacional que hoy se extienden cada vez con más vigor. Pero hasta ahora la desconfianza no ha sido superada completamente y hay Estados que persisten en la actitud negativa.

²³⁷ ETCHEBERRY, *D.P.J.*, I, 29, pág. 52. En el mismo sentido un fallo de 1971, en ETCHEBERRY, *D.P.J.*, IV, 491, pág. 19.

Buscando una solución alternativa, el art. 345 del C. Bustamante dispone que "los Estados contratantes no están obligados a entregar sus nacionales", pero cuando nieguen su extradición estarán obligados a juzgarlos.

En Chile, como se ha dicho, no existe norma interna sobre este punto, y el criterio predominante es favorable a la extradición del nacional.²³⁸ No obstante ello, la disposición del art. 345 del C. Bustamante ha recibido aplicación con cierta frecuencia. En tales casos se discute la posibilidad de que los tribunales nacionales puedan juzgar al individuo cuya extradición se negó. En opinión de COUSIÑO²³⁹ y NOVOA²⁴⁰, ello sólo sería posible si el delito del cual se trata se encuentra entre aquellos en que el art. 6° del C.O.T. y las otras disposiciones legales pertinentes²⁴¹ admiten la aplicación extraterritorial de la ley chilena, porque en los demás nuestros tribunales carecerían de jurisdicción. Es correcto, en mi opinión, el criterio de ETCHEBERRY²⁴², según el cual esa jurisdicción no sólo puede deducirse de la parte final del propio art. 345, sino, además, del 341 del C. Bustamante, "que confiere competencia a los tribunales de cada Estado contratante para conocer de todos los delitos y faltas a que haya de aplicarse la ley penal del Estado conforme a las disposiciones del mismo Código".

Por último, debe señalarse que no procede únicamente la extradición del *autor* de un delito, sino también de los *inductores, cómplices y encubridores*.

d) Situación de la punibilidad del hecho incriminado

La extradición sólo puede otorgarse bajo ciertos presupuestos relacionados con la punibilidad del hecho por la cual se la concede.

aa) En primer lugar, la acción penal o la pena no deben encontrarse respectivamente *prescritas*, con arreglo a la ley del Estado requirente o del requerido. Así lo establece de manera expresa el art. 359 del C. Bustamante.

bb) La *amnistía* concedida en el Estado requerido después de la ejecución del hecho no obsta en principio a la extradición, conforme a lo preceptuado por el art. 360 del C. Bustamante.

En mi opinión, esta disposición constituye un error, pues viola las exigencias del principio de doble incriminación. Se ha observado ya que éste se funda en la identidad de la valoración que hacen del hecho tanto el Estado requirente como el requerido, y que esta semejanza debe permanecer desde el momento de la ejecución hasta aquel en que se efectúa la entrega.²⁴³ Pero tal condición no se cumple en el caso al cual me refiero, pues la amnistía -aun otorgada después de la consumación del delito- implica una auténtica *revaloración* de la conducta por parte del Estado requerido, que lo ha privado de su carácter punible por lo

²³⁸ COUSIÑO, I, 55, B. c), pág. 224; NOVOA, I, 128, pág. 186.

²³⁹ COUSIÑO, I, 55, pág. 255.

²⁴⁰ NOVOA, I, 128, pág. 186.

²⁴¹ Supra, III.

²⁴² ETCHEBERRY, I, pág. 138. Allí se ofrece también una solución satisfactoria para el problema de competencia interna que pudiera plantear la situación. Aunque en el mismo sentido, con otra fundamentación POLITOFF, 4, 3, c), págs. 174 y 175. De acuerdo también GARRIDO, I, 11, III, pág. 141.

²⁴³ Supra, b), aa).

menos para el período cubierto por ella. Por lo demás, el mencionado art. 360 del C. Bustamante no se encuentra referido sólo a los casos de amnistía, sino que alude en términos amplios a toda "la legislación del Estado requerido posterior al delito". Con esto la infracción al principio de doble incriminación aparece aún más de manifiesto: ¡el Estado requerido estaría obligado a conceder la extradición aunque con posterioridad a la ejecución del hecho por el cual se la solicita hubiera decidido desincriminar definitivamente esa conducta porque juzga que su reprobabilidad ético-social no justifica la imposición de una pena!

En la práctica, los Estados acostumbran negar la entrega cuando, de conformidad con su ordenamiento jurídico, la responsabilidad penal se ha extinguido.²⁴⁴

cc) Por la misma razón a que se refiere la última parte del apartado anterior y porque, además, significaría vulnerar el principio *non bis in idem*, no se concede la extradición si el delincuente ya ha *cumplido una condena* en el Estado requerido por el delito que motiva la solicitud (art. 358 del C. Bustamante).

dd) También obsta a la extradición la sentencia *absolutoria* pronunciada por los Tribunales del Estado requerido y referente al mismo delito por el cual se la pide (art. 358 del C. Bustamante).

ee) Tampoco se concederá la extradición cuando el sujeto se encuentra sometido a un juicio todavía pendiente en el Estado requerido por el delito que ha motivado la solicitud (art. 358 del C. Bustamante).

En cambio, cuando el individuo cuya extradición se solicita comete un nuevo delito en el Estado requerido, debe hacerse una distinción. Si el delito en cuestión se ha perpetrado antes de recibirse la solicitud de extradición, podrá juzgarse y ejecutar la pena antes de entregarlo al requirente; si lo comete después, ello no ha de ser motivo para diferir la entrega (art. 346 del C. Bustamante). En este último caso, por supuesto, el Estado requerido podrá, a su vez, solicitar la extradición más tarde a fin de proceder al enjuiciamiento respectivo, siempre que ella sea procedente.

Esta situación puede prestarse en la práctica a dificultades. Si el nuevo delito es, por ejemplo, de carácter político o no tiene el nivel de gravedad indispensable o no se halla comprendido en el elenco de aquellos por los cuales se autoriza la extradición en el tratado respectivo, el Estado requerido se verá en la imposibilidad de obtener ulteriormente la entrega. El asunto no admite una solución sencilla, pues es claro que, de no disponerse la entrega inmediata, el sujeto cuya extradición se ha solicitado por un delito gravísimo podría eludirla mediante la comisión de pequeñas infracciones sucesivas en el Estado requerido, que quizás sólo le significarán las molestias propias del proceso deliberadamente prolongado y sanciones puramente pecuniarias o consistentes en breves privaciones de libertad.

ff) Concedida la extradición, la entrega se condiciona, por fin, a que no se ejecute la pena de muerte por el delito en razón del cual se la otorgó. La norma del art. 278 del C. Bustamante, que así lo establece, responde a un criterio aceptado universalmente.

²⁴⁴ En el mismo sentido, POLITOFF, 4, 3, c), pág. 176.

e) Efectos de la extradición

En relación con los efectos de la extradición es preciso destacar su *especialidad* y su efecto de *cosa juzgada*.

a) La *especialidad* de la extradición significa que, concedida ésta, el Estado requirente sólo puede juzgar al extraditado por el o los delitos que dieron lugar a ella o bien imponerle la pena establecida en la sentencia condenatoria que motivó la solicitud acogida. Le está, pues, vedado encausarlo por delitos cometidos anteriormente o hacerle cumplir condenas diferentes de aquella que se invocó como fundamento para pedir la entrega (art. 377, primera parte, C. Bustamante). Salvo, naturalmente, que se solicite una nueva extradición en razón de esos delitos distintos o de la otra sentencia, y que el Estado requerido la acoja, autorizando el procesamiento o la ejecución en su caso (art. 377, segunda parte, C. Bustamante).²⁴⁵

En forma excepcional, sin embargo, puede procederse libremente contra el sujeto. Así ocurre cuando éste, una vez absuelto en el Estado requirente por el delito que motivó la extradición, o cumplida la pena que se le impuso en el juicio respectivo, permanece voluntariamente en el territorio de dicho Estado, renunciando así en forma tácita a la protección que le otorgaba el requerido (art. 377, *in fine*, C. Bustamante). Con arreglo a la norma citada, la permanencia debe prolongarse por tres meses a lo menos.

bb) De conformidad con el art. 381 del C. Bustamante, la extradición produce efecto de *cosa juzgada*, pues "negada la extradición de una persona, no se puede volver a solicitar por el mismo delito". Aunque la disposición ha sido objeto de críticas²⁴⁶, corresponde a un criterio generalizado y, en rigor, obedece también a la necesidad de estabilizar las situaciones jurídicas.

VI. DERECHO PENAL INTERNACIONAL

Aquí entiendo por derecho penal internacional un conjunto de normas supranacionales destinadas a regular una potestad punitiva internacional, asociando a ciertos hechos que atentan en contra de los derechos de la comunidad de las naciones, o de la humanidad en su conjunto, formas predeterminadas de reacción punitiva.²⁴⁷

a) Es evidente que la creciente interrelación de los Estados en el mundo contemporáneo hace sentir la urgencia de un ordenamiento de esta clase, y, de hecho, hay numerosos esfuerzos que tienden a su formación.²⁴⁸ Sin embargo, sería desco-

²⁴⁵ Sobre varios casos de extradición, tanto activa como pasiva, en los que la C.S. ha confirmado la vigencia del principio de especialidad. ETCHEBERRY, *D.P.J.*, 20, págs. 32 y 33.

²⁴⁶ NOVOA, I, 130, pág. 189.

²⁴⁷ Sobre otras acepciones posibles de este concepto bastante ambiguo, ETCHEBERRY, I, págs. 85 y 86.

²⁴⁸ Aparte de las informaciones ofrecidas por ETCHEBERRY, I, págs. 129 y sigts.; LABATUT, I, 62 y 63, págs. 69 y sigts. y NOVOA, I, 122 y 123, págs. 178 y sigts., es de sumo interés la exposición de JESCHECK, I, págs. 103 y sigts., con abundante bibliografía. Véase, asimismo, GARRIDO, I, 11, V, págs. 148 y sigts.

nocer la realidad pretender que se ha obtenido un desarrollo satisfactorio. Por una parte, los intereses soberanos de los Estados son demasiado influyentes en sus decisiones y muchas veces paralizan toda tentativa de adoptar normas limitativas de su autonomía; por otra, la presión de los pueblos, que aún están lejos de tomar conciencia clara sobre la necesidad de un ordenamiento internacional, dificulta aún más la tarea; por último, a consecuencias de lo anterior resulta por ahora utópico pensar siquiera en la posibilidad de dar auténtico imperio a disposiciones de esta índole, sobre todo cuando las infracciones proceden de quienes actúan en interés o, incluso, representación de las potencias más poderosas, a las cuales es imposible imponer en forma coactiva las decisiones de un Tribunal Internacional cuando versan sobre materias que afectan a su seguridad o a la estabilidad de los regímenes que las gobiernan. Por lo que se refiere a los precedentes de los Juicios de Nuremberg y Tokio, citados por lo general a este respecto, es preciso convenir en que no resultan alentadores, porque en tales procesos, seguidos contra los autores de crímenes de guerra, hubo que aplicar derecho previamente inexistente, justamente a causa de que nadie antes había convenido en formularlo de manera expresa y someterse a sus dictados.²⁴⁹

Todo lo cual, por cierto, no significa rechazar la idea del derecho penal internacional en sí. Antes bien, se trata de efectuar una prospección realista de su estado actual, con el objeto de orientar correctamente la lucha para construirlo. Tareas de este género suelen exigir esfuerzos seculares. Si eso no se tiene claro, es fácil desalentarse y abandonarlas.

b) En el sentido que se le ha dado aquí, el derecho penal internacional presupone:

aa) Un conjunto de normas internacionales formuladas y consiguientemente acatadas por la comunidad de las naciones o por una parte sustancial de ella.

bb) La determinación precisa (tipificación) de los hechos dignos de sanción y la precisión de la que se aplicará en cada caso. A este respecto, JESCHECK sugiere la conveniencia de crear tres grupos de tipos de derecho penal internacional: *delitos contra la paz, crímenes de guerra y delitos contra la humanidad*.²⁵⁰

cc) La creación de una jurisdicción supranacional permanente encargada de la aplicación de las normas aludidas²⁵¹ y dotada de mecanismos que aseguren su imperio.

De estas condiciones, sólo la primera se cumple hasta cierto punto en la actualidad, pues existen algunos acuerdos multilaterales de los cuales tales normas fundamentales pueden deducirse. En algunos casos, esos instrumentos efectúan también tipificaciones de los delitos internacionales, entre los cuales incluyen la *piratería*; pero, en cambio, no se precisan

²⁴⁹ Véase, al respecto, con muchas reservas, LABATUT, I, 63, pág. 64 y 65 y NOVOA, I, 123, pág. 175. Para una defensa de los procesos, ETCHEBERRY, I, págs. 131 y 132.

²⁵⁰ JESCHECK, 14, IV, págs. 110, 111 y 112.

²⁵¹ JESCHECK, 14, III, 3, pág. 110.

las penas aplicables, abandonando su determinación a la legislación interna de los distintos Estados.²⁵² Como las perspectivas de implementar una jurisdicción supranacional son remotas, se ha explorado la posibilidad de hacer operante la incriminación de los referidos delitos sometiéndolos al principio de universalidad y habilitando, por consiguiente, para juzgarlos, al Estado que captura a los autores.²⁵³ Pero este sistema también es objetado, porque "la mayor parte de los crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad tiene su origen en un conflicto (político) interestatal, donde el proceso usual de administración de justicia de los tribunales nacionales difícilmente puede ser satisfactorio".²⁵⁴ Así, la injerencia de los tribunales de un país en el juzgamiento de hechos ejecutados por autoridades de otro que han caído en sus manos, podría convertirse en una fuente de roces que dificultara aún más el proceso de concertación a que se aspira.²⁵⁵

El intento reciente de crear un Tribunal Penal Internacional, al que han concurrido numerosos países, tropezó en Chile con la decisión del Tribunal Constitucional que cuestionó su compatibilidad con la Carta Fundamental.

§ 10. LOS EFECTOS DE LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

I. IRRETROACTIVIDAD FUNDAMENTAL DE LA LEY PENAL

El punto de partida en esta materia es que la ley penal dispone sólo para lo futuro y no puede jamás tener efecto retroactivo.

En principio, esta es una característica común a toda ley, con arreglo a lo preceptuado por el art. 9º inc. primero del C.C. Pero en el caso de las disposiciones penales la irretroactividad se encuentra consagrada constitucionalmente (art. 19 Nº 3º, inc. séptimo C.P.R. de 1980), a causa de lo cual no puede ser modificada por una simple ley, como ocurre respecto de las civiles administrativas, laborales, etc.²⁵⁶ Esto se debe, como ya se ha expresado²⁵⁷, a que constituye una derivación del principio de reserva o legalidad, el que sólo puede regir eficazmente sobre tal base.

La disposición constitucional aludida se halla reiterada expresamente en el art. 18 del C.P., a implícitamente en el 1º, inc. primero, de ese mismo cuerpo legal.

La irretroactividad de la ley penal vale sólo respecto del derecho penal sustantivo. Las disposiciones de derecho procesal penal rigen *in actum*.

Si se atiende a lo que se ha expuesto antes sobre las estrechas relaciones existentes entre derecho penal y procesal penal²⁵⁸ se comprenderá que, en mi opinión, sea deseable someter a un análisis esta afirmación, introduciéndole algunas limitaciones. ¿No sería aconsejable, por ejemplo, que si una ley nueva reconoce valor probatorio a ciertos medios que antes no se autorizaban, se concediera al procesado la posibilidad de presentarlos si lo tiene, aunque el plazo para hacerlo se encuentre vencido? Las hipótesis de esta clase pueden multiplicarse. Aunque aquí el asunto no puede desarrollarse en forma adecuada, es indispensable llamar la atención sobre él.

²⁵² SALINAS, HERNÁN, "Determinación y aplicación de sanciones por crímenes internacionales que engendran responsabilidad del individuo", en *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 16, 1989, II, págs. 515 y sigs.

²⁵³ SALINAS, op. cit., III, pág. 517 y 518.

²⁵⁴ SALINAS, op. cit., IV, pág. 519.

²⁵⁵ Idem.

²⁵⁶ Naturalmente, el texto no se hace cargo de cuestiones especiales que se suscitan en materia de retroactividad de las leyes no penales, como por ejemplo, las referentes a *derechos adquiridos*.

²⁵⁷ Supra, 7, I, b) 1).

²⁵⁸ Supra, 4, V, especialmente b).

II. RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL MÁS FAVORABLE

No obstante lo expuesto en el apartado precedente, se hace excepción al principio fundamental sobre irretroactividad de la ley penal cuando la que se dicta es más favorable para el reo. Esta norma se encontraba consagrada desde su promulgación en el art. 18 del C.P., habiendo experimentado modificaciones en virtud de la Ley 17.727, del 27 de septiembre de 1972. Aunque nunca se cuestionó seriamente su constitucionalidad, NOVOA observó, con razón, que ese texto no concordaba con el art. 11 de la C.P.E. de 1925, pues éste parecía consagrar la total irretroactividad de las leyes penales.²⁵⁹ La incongruencia, sólo aparente, se encuentra salvada en la parte final del art. 19 N° 3°, inc. séptimo de la C.P.R. de 1980, que acepta expresamente la retroactividad de la ley más favorable al afectado.

De acuerdo con el art. 18, incs. segundo, tercero y cuarto del C.P., "si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento". Si la ley aludida se promulga "después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el Tribunal de primera instancia que hubiere pronunciado dicha sentencia deberá modificarla, de oficio o a petición de parte y con consulta a la Corte de Apelaciones respectiva". Pero en el inc. final se advierte que la aplicación del artículo no "modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades". La disposición genera varios problemas a los que es menester referirse, algunos de los cuales son determinados por la naturaleza de la materia regulada, y otros por ciertas imperfecciones del texto legal.

a) Concepto de ley más favorable

En primer lugar, es necesario precisar cuándo la nueva ley es más favorable para el reo.

aa) De las dos situaciones que menciona la ley, la primera, esto es, aquella en que la nueva disposición exime al hecho de toda pena, queda fuera de dudas, pues es claro que una norma semejante no puede sino operar en beneficio del afectado. En cambio, no siempre es fácil decidir si la pena impuesta por la nueva ley, que no ha desincriminado del todo la conducta en cuestión, es verdaderamente "menos rigurosa" que la prescrita en el precepto vigente al momento de ejecutarse el delito. Puede ocurrir, por ejemplo, que la ley antigua contemple un marco penal cuyo extremo superior es más alto que el conminado por la nueva, pero que sea más bajo

²⁵⁹ NOVOA, I, 133, pág. 193. El autor, sin embargo, consideraba que esta circunstancia no determinaba la inconstitucionalidad del art. 18 C.P., porque a su juicio el art. 11 de la C.P.E. de 1925, que se encontraba entre las "garantías constitucionales", estaba destinado a la "defensa de los derechos individuales" y no cabía "extenderlo como prohibición a los casos en que esos derechos se verían favorecidos". Este criterio de NOVOA es correcto. Sólo cabe preguntarse por qué no lo emplea también para defender la procedencia de la analogía *bonam partem* (supra, 8. VI. a), aa). Véase, sobre ello, NOVOA, I, 106, págs. 151 y 152. También ETCHEBERRY, I, pág. 144.

el extremo inferior. ¿Cuál de ellas resulta más favorable para el reo? Dificultades semejantes se presentan cuando una de las dos leyes impone penas más altas, pero reduce el plazo de prescripción; cuando, en el mismo caso, considera atenuantes que la otra no consagra; cuando la ley que amenaza penas aparentemente más benévolas introduce al mismo tiempo agravantes no consideradas por la otra; cuando las penas establecidas por ambas leyes son de distinta naturaleza (por ejemplo, privativas de libertad en una y restrictivas en la otra), etc.

En la mayor parte de los casos, para resolver el problema bastará con que el juez decida teniendo en cuenta la totalidad de los factores que intervienen en el caso concreto y son relevantes para la determinación de la pena en conformidad a cada una de las leyes en conflicto. En la práctica, esto significa que el tribunal debe hacer dos borradores de sentencia —uno sobre la base de cada ley—, a fin de establecer cuál de ellas conduce a un resultado más favorable para el procesado.²⁶⁰ Lo que, en cambio, no le está permitido es mezclar los preceptos de ambas leyes, tomando de cada una de ellas aquello que beneficia al reo, pues esto implicaría entregarle la facultad de construir una *tercera ley*, que nunca ha estado en vigor.²⁶¹

Hay, sin embargo, una de las situaciones problemáticas a que nos hemos referido en la cual el procedimiento expuesto tampoco ofrece una solución aprovechable. Se trata de aquella en que las penas contempladas por las dos leyes son de distinta naturaleza. Aquí, en efecto, la comparación de los resultados arrojados por la aplicación concreta de cada una de ellas al caso puede no ser, en principio, significativa para la decisión. Si con arreglo a la norma vigente al ejecutarse el hecho corresponde imponer dos años de presidio menor en su grado medio, y de acuerdo con la ley nueva cuatro años de extrañamiento menor en su grado máximo, para el juez subsiste la duda, pues no es evidente que al procesado convenga más la privación de libertad breve que la simple restricción de libertad prolongada, o viceversa. En tales situaciones, el tribunal tendrá que resolver mediante una valoración de los hechos que no admite ser sometida a un criterio uniforme. Un factor de importancia para efectuarla será la situación personal del afectado —no su opinión, como a veces se sostiene²⁶²; así por ejemplo, para un sujeto de escasos recursos y poca instrucción puede ser más beneficioso ir a presidio por dos años que ser expulsado del país por el mismo lapso.

bb) Una nueva ley es más favorable para el procesado no sólo cuando suprime o disminuye directamente la punibilidad del hecho por el que se lo juzga, sino también cuando consagra eximentes de responsabilidad penal o atenuantes que lo benefician, cuando suprime agravantes que lo perjudicaban, cuando reduce los plazos de prescripción o modifica la forma de computarla de manera que resulta alcanzado por ella, o cuando altera la descripción del delito (el *tipo delictivo*), agregándole exigencias que no concurrían en la conducta por la cual se lo procesa. En todos estos casos, la pena del afectado, en efecto, se excluirá o reducirá indirectamente.

²⁶⁰ JESCHECK, I, 15, IV, 5, pág. 125; NOVOA, I, 134, pág. 194.

²⁶¹ Otra opinión en POLITOFF, 4, B, pág. 180. Como en el texto, ETCHEBERRY, I, pág. 144.

²⁶² COUSIÑO, I, 37, pág. 129, nota 219.

Se ha discutido si debe también apreciarse una ley más favorable en el caso de leyes extrapenales que afectan indirectamente la tipicidad de las conductas. La opinión correcta se inclina por la afirmativa y actualmente es dominante.²⁶³ Sin embargo, respecto de las modificaciones de esta clase que se introducen a la norma complementaria de una ley penal en blanco, véase infra, f).

b) Promulgación y vigencia de la ley más favorable

El art. 18 del C.P. sólo exige, para la aplicación de la ley más favorable, que ésta haya sido *promulgada*. Así, pues, no importa que su *vigencia* se encuentre diferida. Esta solución podía admitir discusión antes de la reforma de 1972. Hoy, en cambio, puesto que la nueva ley tendrá que ser aplicada tarde o temprano en razón de lo preceptuado por el inc. tercero de ese mismo artículo, parece indudable que, al menos en esta parte, la suspensión de vigencia no surtirá efecto.

c) Extensión temporal de la norma sobre aplicación retroactiva de la ley más favorable

Originalmente, el art. 18, inc. segundo del C.P. disponía que la aplicación retroactiva de la ley más favorable sólo tendría lugar respecto de aquellos hechos ejecutados antes de su promulgación y sobre los cuales, al momento de producirse esta última, aún no hubiese recaído sentencia de término. La limitación se justificó invocando el principio de *cosa juzgada*, al cual los redactores del proyecto aluden expresamente.²⁶⁴ De todos modos, siempre fue objeto de críticas²⁶⁵ pues daba origen a situaciones injustas que sólo podían ser resueltas mediante el recurso al indulto, como, por ejemplo, la de que hechos iguales, cometidos en un mismo día, fueran castigados en forma distinta sólo porque en relación con uno de ellos ya se había dictado sentencia de término cuando se promulgaba la ley más favorable y respecto del otro aún no.

La ley 17.727 modificó el precepto en cuestión, agregando al art. 18 los incs. tercero y cuarto, de los cuales el primero tiene precisamente por objeto extender la aplicación de la ley más favorable también a aquellos casos en los que ya se ha pronunciado sentencia de término.

Por sentencia de término se entiende aquella definitiva y ejecutoriada, respecto de la cual no se encuentra pendiente ni es posible interponer recurso alguno, excepto el de revisión.²⁶⁶ Ahora bien, cuando la ley más favorable se promulga antes de pronunciada esta sentencia, lo que el tribunal debe hacer es *arreglar* a ella el juzgamiento del hecho. Si, por la inversa, la sentencia ya está ejecutoriada, sólo es posible *modificarla*, cosa que ha de hacerse por el tribunal de primera instancia, se haya o no cumplido la condena impuesta, de oficio o a petición de parte.

La amplitud de la disposición resulta excesiva, como lo ha destacado ya ETCHEBERRY²⁶⁷, pues en atención a que se les impone la obligación de obrar de

²⁶³ ETCHEBERRY, I, pág. 143; NOVOA, I, 134, págs. 195 y 196.

²⁶⁴ Código Penal de la República de Chile y Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora, sesión 127, de 18 de abril de 1873, págs. 472 y 473.

²⁶⁵ ETCHEBERRY, 1ª edición, I, pág. 126; NOVOA, I, 135, pág. 196.

²⁶⁶ ETCHEBERRY, I, pág. 145; NOVOA, I, 135, págs. 196 y 197.

²⁶⁷ ETCHEBERRY, I, pág. 145 y 146.

230

oficio y sin establecer límite alguno, todos los tribunales se encontrarían en la necesidad, cada vez que se promulga una ley que de una u otra manera pudiese beneficiar a los reos, de revisar indefinidamente la totalidad de los fallos que hubieren dictado aplicando el texto legal antiguo y pudieren resultar afectados por la norma nueva. Naturalmente, esto implica una falta de economía procesal. Por eso, tiene razón ETCHEBERRY cuando sostiene que "será preciso interpretar la modificación legal en el sentido de limitarla al menos a aquellos casos en que la sentencia ejecutoriada está produciendo algún efecto", excluyendo, en cambio, aquellos otros en los que no tendría significación práctica alguna.²⁶⁸

Cuando con sujeción a la nueva ley es posible imponer al reo una pena igual a la que se estableció en la "sentencia de término", pero también, *facultativamente*, una más benigna, el juez no está obligado a efectuar la modificación de oficio; pero tendrá cuando menos que revisar el fallo si así lo solicita la parte.²⁶⁹

d) Limitación a los efectos de la norma sobre aplicación retroactiva de la ley más favorable

Según el inc. cuarto del art. 18, la aplicación retroactiva de la ley más favorable tiene dos limitaciones.

aa) En primer lugar, no "modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas". Aunque la disposición está encabezada en términos generales ("la aplicación de este artículo"), su redacción posterior evidencia que sólo se refiere a la situación regulada en el inciso precedente, pues presupone la existencia de una "sentencia primitiva". Por "indemnizaciones" deben entenderse tanto éstas como las "restituciones", pero en ningún caso las multas, pues estas últimas tienen carácter punitivo y no tienden al simple restablecimiento de la situación civil. Es discutible la cuestión relativa a las costas personales y procesales. En mi opinión, participan del carácter indemnizatorio y están, por consiguiente, incluidas.²⁷⁰

bb) La misma regla se aplica en lo que toca a "inhabilidades", un concepto poco claro que no parece corresponder al de las penas restrictivas de delitos denominadas "inhabilitaciones" y que más bien se refiere a ciertas consecuencias civiles o administrativas de algunos delitos, como las que se contemplan, por ejemplo, en el art. 372 del C.P.

e) La ley intermedia

En relación con la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable, suscitan un problema especial las llamadas *leyes intermedias*.

Ley intermedia es aquella que se ha promulgado después de ejecutado el hecho y ha cesado de regir antes de que se pronuncie la sentencia de término. Ahora bien,

²⁶⁸ Idem.

²⁶⁹ Idem.

²⁷⁰ Así, también, ETCHEBERRY, I, pág. 147; y GARRIDO, I, 7, XI, pág. 116.

la cuestión consiste en si tal norma debe recibir aplicación al caso, cuando resulta más favorable para el reo, no obstante que carecía de vigencia en el momento de la perpetración del delito y tampoco la tiene ya cuando se dicta el fallo.

La opinión dominante se pronuncia en sentido afirmativo, fundándose, sobre todo, en consideraciones humanitarias y, entre nosotros, en que el art. 18 del C.P. sólo exige, para disponer la aplicación retroactiva de la ley más favorable, que ésta haya sido *promulgada* con posterioridad a la comisión del hecho punible, sin reclamar, en cambio, que prosiga en vigencia cuando se pronuncia la sentencia.²⁷¹ Este es, a mi juicio, el punto de vista correcto.²⁷²

f) La ley temporal

Se entiende por ley temporal aquella que es dictada para que rija durante un período de tiempo predeterminado en ella misma (por ejemplo, “desde el 1° de enero de 1982 hasta el 31 de diciembre de 1983”) o mientras subsistan unas circunstancias que son las que determinan su promulgación (por ejemplo, “durante el período de epidemia”). Concluido el término de vigencia, por consiguiente, recobra imperio la legislación común, para la cual el hecho respectivo puede ser impune o estar sometido a una sanción más benigna. El problema consiste, pues, en decidir si también en estos casos debe aplicarse la disposición del art. 18, incs. segundo y tercero del C.P., de suerte que al hecho cometido mientras se encontraba en vigor la ley temporal habría de castigárgelo con arreglo al derecho común si la sentencia de término es pronunciada después de que aquélla cesó de regir, o, supuesto que el fallo se dicte vigente todavía la ley temporal, habría que modificarlo luego de que dicha norma termine de imperar.

En las actuales circunstancias, ya el solo enunciado de la cuestión pone de manifiesto que la respuesta ha de ser negativa. De otra manera, las leyes temporales carecerían de sentido—salvo si se las dicta para que permanezcan en vigor por lapsos sumamente prolongados—, pues la disposición del art. 18, inc. tercero las privaría casi de toda posibilidad de surtir efectos prácticos. Todo el que ejecute el hecho incriminado en ella sabrá que, incluso si se lo condena mientras la norma temporal está aún en vigor, podrá solicitar luego la modificación de la sentencia tan pronto concluya su período de vigencia. Eso equivale a anularla.

Pero aun prescindiendo de esta consideración hay motivos más profundos para descartar en este caso la aplicación retroactiva de la ley más favorable. Esta se

²⁷¹ COUSIÑO, I, 36, pág. 125; ETCHEBERRY, I, págs. 147 y 148, con la limitación de que, a su juicio, “el argumento es válido sólo en caso de que la tercera ley sea tan rigurosa como la primera o más que ella”, “porque si la tercera ley es más rigurosa que la segunda, pero siempre más favorable al reo que la primera, cumpliría con todas las exigencias legales (...) y el solo texto del art. 18 no permitiría inclinarse por ninguna de las dos leyes posteriores”; GARRIDO, I, 7, VI, pág. 111; JESCHECK, 15, IV, 5, pág. 126; JIMENEZ DE ASUA, II, 722, págs. 656 y sigts.; LABATUT, I, 52, pág. 90; MAURACH, I, 12, III, A, págs. 144 y 145; NOVOA, I, 138, pág. 199; RODRIGUEZ DEVESA, I, pág. 209; RODRIGUEZ MUNOZ, notas a MEZGER, I, pág. 115; POLITOFF, 4, 3, B, págs. 187 y 188, con referencia a la jurisprudencia; SOLER, I, 17, IX, pág. 194. La opinión de MEZGER varía: es favorable a la aplicación de la ley intermedia en I, 8, III, pág. 113; se pronuncia contra ella en *Libro de estudio*, I, 12, II, pág. 73; vuelve a darle acogida MEZGER-BLEI, I, 13, 3, pág. 45; en esto ha seguido las vicisitudes de la ley alemana.

²⁷² Contra, CERESO, I, pág. 225, con bibliografía.

funda, en efecto, en una *revaloración del hecho*, que ha conducido a desincriminarlo o tratarlo en forma más benigna, a causa de que su reprobabilidad social ya no se juzga tan intensa. En el caso de las leyes temporales, esto no sucede. Lo que en ellas determinó el elevado disvalor de la conducta fueron las *circunstancias* en las cuales se la ejecutó, y el hecho de que la norma haya cesado de regir se debe a una modificación de tales circunstancias, no a una revaloración del hecho que se perpetró cuando ellas todavía persistían.²⁷³ Por eso, en este caso faltan los presupuestos de fondo para la aplicación del art. 18, incs. segundo y tercero del C.P. *El delito perpetrado durante la vigencia de la ley temporal debe ser castigado, pues, en conformidad a lo que ella dispone, cualquiera sea el tiempo en que se pronuncie la sentencia y sin que ésta sea susceptible de modificación posterior.*²⁷⁴

En la literatura suele afirmarse, a causa de esto, que las leyes temporales tienen efecto ultractivo.²⁷⁵ La fórmula es incorrecta. Para que pudiera hablarse de ultractividad sería preciso que la ley temporal rigiera también hechos ejecutados después de que ella ha cesado de estar en vigor. Es manifiesto, sin embargo, que aquí no se trata de eso.

Por último, esta solución se deduce también de la letra del propio art. 18 incs. segundo y tercero, pues éstos, en efecto, presuponen la promulgación de una nueva ley más favorable al reo y a la cual ordenan acordar efecto retroactivo. En el caso de las leyes temporales esa promulgación no existe: cuando ellas cesan de regir, recupera simplemente su vigencia el derecho común contenido en la ley antigua que nunca ha sido derogada.

Cuando se dicta una ley penal en blanco que favorece al reo, debe serle aplicada retroactivamente. Lo mismo sucede si se modifica la norma complementaria de una ley en blanco impropia. En cambio, las disposiciones complementarias de leyes en blanco propias se han confiado a una instancia legislativa de inferior jerarquía, precisamente porque se refieren a materias cuya regulación debe variar cada cierto tiempo, de acuerdo con circunstancias también cambiantes. Por tal motivo, esas normas se comportan de la misma manera que una ley temporal y respecto de ellas no es aplicable la regla sobre retroactividad de la ley más favorable al reo.²⁷⁶ Sin embargo, existen también situaciones en las cuales la derogación o modificación de una disposición complementaria obedece sólo a que la instancia legislativa encargada de formularla reevalúa la situación y considera que la vigente con anterioridad no era adecuada tampoco para regular la situación concreta que debía regir. En estos casos debe recuperar eficacia el principio general que ordena aplicar retroactivamente la nueva ley más benigna. La decisión relativa a cuando ocurre una a otra cosa depende de una cuidadosa interpretación teleológica.²⁷⁷

²⁷³ BAUMANN, 6, IV, 2, pág. 73; JESCHECK, 15, IV, 6, pág. 126.

²⁷⁴ ETCHEBERRY, I, pág. 150; GARRIDO, 7, VI, pág. 111; NOVOA, I, 137, pág. 198. Otra opinión en COUSIÑO, I, 38, pág. 132 y POLITOFF, 4, 3, B, págs. 188 y sigts.

²⁷⁵ Así, por ejemplo, NOVOA, I, 137, pág. 198 (“las leyes temporales deben regir ultractivamente”). También emplea la expresión COUSIÑO, I, 38, pág. 131 (“se afirma la ultractividad de estas leyes”), y LABATUT, I, 52, pág. 52.

²⁷⁶ Con detalle, CURY, *La ley penal en blanco*, cit., 31, b), págs. 122 y sigts.

²⁷⁷ Esta salvedad se omitió en el texto citado en la nota anterior.

232

g) Carácter obligatorio del efecto retroactivo de la ley más favorable

En el régimen de nuestro ordenamiento jurídico la aplicación retroactiva de la ley penal más favorable es imperativa para el juez. Esto, que constituía opinión unánime ya antes de la reforma de 1972, ha quedado fuera de toda duda con la introducción en el art. 18 del inc. tercero, que obliga a modificar de oficio la sentencia pronunciada en caso de promulgarse una ley más benigna.

h) Irretroactividad de los cambios jurisprudenciales

En aquellos países en que la jurisprudencia es muy constante e, incluso, disponen de mecanismos procesales destinados a preservar su uniformidad, se ha desarrollado en los últimos tiempos un criterio según el cual las modificaciones de ella no deben aplicarse retroactivamente cuando son desfavorables para el reo, aunque la ley, en sí misma, permanezca inalterada.²⁷⁸ Así, por ejemplo, si se ha resuelto siempre que un hecho determinado no constituye estafa y, en cierto momento, la Corte Suprema decide cambiar ese punto de vista y sancionarlo como tal, esta alteración no debería afectar a las conductas de esa clase ejecutadas con anterioridad a tal sentencia, la cual, incluso, no surtiría efectos respecto del caso sobre el cual se está pronunciando y constituiría únicamente una "advertencia" para el futuro.

Desde el punto de vista teórico, esta concepción se basa en la de KELSEN, de conformidad con la cual las resoluciones judiciales constituyen la última concreción de las normas. En la práctica es atractiva, porque constituye una reafirmación de la seguridad jurídica. Sin embargo, su punto de partida doctrinario es dudoso pues, en un sistema de derecho legislado, la función de la norma escrita consiste en trazar un marco de referencia que aspira a orientar en general —y no caso por caso— la conducta de los ciudadanos. Por tal motivo, quien toma el riesgo de comportarse en la proximidad de la frontera más específica delineada por los fallos de los tribunales, asume también el de que éstos cambien, aprehendiendo su conducta. Prácticamente, a su vez, el criterio expuesto crea un peligro de que la jurisprudencia tienda a rigidizarse de manera inconveniente.

Por último, esa concepción es inaprovechable en nuestro medio, a causa del carácter errático que hasta ahora se observa en las sentencias de los tribunales.²⁷⁹

III. IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES SOBRE MEDIDAS DE SEGURIDAD Y CORRECCIÓN

Durante largo tiempo ha prevalecido en doctrina, práctica y legislaciones una tendencia a sustraer las leyes que establecen medidas de seguridad y corrección a la limitación de irretroactividad que es propia de las leyes penales. El fundamento de este criterio consiste en que tales medidas no constituyen sanciones, sino que obran en beneficio del afectado.

Ya JIMENEZ DE ASUA, sin embargo, llamó la atención sobre el hecho de que muchas veces las medidas de seguridad están destinadas predominantemente a proteger la sociedad contra las tendencias peligrosas del sujeto, en tanto que por su naturaleza tienen poco que ver con la resocialización de éste. Por eso propone diferenciar las situaciones, otorgando efecto retroactivo a las leyes creadoras de medi-

²⁷⁸ Véase BACIGALUPO, 11, b), 2, IV, pág. 93, con bibliografía, y supra, 7, III, b) y V. STRASSBURG, *Rückwirkungsverbot and Änderung der Rechtsprechung*, cit., III, 4, b), págs. 965 y 966.

²⁷⁹ Supra, 8, IV, e).

das en las cuales prevalece la finalidad curativa y educadora y negándose cuando las que instituyen tienen principalmente objetivos aseguradores.²⁸⁰

De acuerdo con el criterio que he sustentado aquí, las medidas de seguridad y corrección, en cuanto importan una intromisión coactiva en la libertad del individuo —a veces más enérgica que la de la pena—, participan de un carácter punitivo que es inútil tratar de soslayar.²⁸¹ Y esto no sólo es verdad respecto de las que son aseguradoras, sino también de las que persiguen resocializar al afectado. No en vano se ha visto en el presente a gobiernos autoritarios desembarazarse de sus opositores mediante el subterfugio de someterlos a medidas aparentemente curativas, cosa que subraya de manera dramática la potencialidad sancionadora de tales recursos.

Por estas razones, pienso que las leyes creadoras de medidas de seguridad y corrección son penales —no administrativas, como a veces se sostiene por sectores de la doctrina²⁸²— y, en consecuencia, debe sometérselas al principio sobre *irretroactividad* de tales normas.

Quando MAURACH sostiene que las medidas de seguridad y corrección se encuentran establecidas en consideración a la peligrosidad del autor —no a su culpabilidad— y que, por consiguiente, respecto de su imposición sólo es decisiva la ley vigente al momento de la condena²⁸³ su razonamiento es impecable si se lo considera desde el punto de vista de la mayor o menor eficacia para la remoción del peligro. Pero aquí, como en cualquier otro aspecto del análisis jurídico, la discusión sobre la eficacia sólo puede desarrollarse dentro de ciertos límites impuestos por criterios éticos que, en múltiples ocasiones, obligan a sacrificarla, incluso en su propio beneficio, pues lo que la colectividad y el afectado experimentan como una arbitrariedad jamás alcanza los resultados esperados.²⁸⁴

IV. EL TIEMPO DE EJECUCIÓN DEL DELITO

Para la aplicación de las reglas sobre eficacia temporal de las leyes penales es indispensable determinar el momento en que se entiende ejecutado el delito.

En los delitos instantáneos, éste se corresponde con el de la *realización del último acto de ejecución*, no con el de la producción del resultado consumativo.²⁸⁵ En los delitos continuados, permanentes y habituales, todos compuestos por una pluralidad de actos vinculados en *unidad jurídica*, debe aplicarse, por eso, la ley más favorable de entre las que hayan estado vigentes durante la realización de la serie.²⁸⁶ En los delitos de omisión decide el momento en que el autor debiera haber actuado.²⁸⁷

²⁸⁰ JIMENEZ DE ASUA, *La ley y el delito*, 107, págs. 157 y 158.

²⁸¹ Supra, 1, III, c), dd).

²⁸² Supra, 4, IV, B.

²⁸³ MAURACH, I, 12, III, B, pág. 145.

²⁸⁴ Como en el texto, POLITOFF, 4, 3, B, pág. 195.

²⁸⁵ Contra, NOVOA, I, 140, págs. 200 y 201. Véase la argumentación de ETCHEBERRY, que resuelve como en el texto, en II, págs. 70 y 71; JESCHECK, 15, IV, 2, b), pág. 123. Como en el texto también COUSIÑO, I, pág. 523; situándolo más temprano GARRIDO, I, 7, págs. 114 y 115. Prefiere, en cambio, una solución caso a caso, POLITOFF, 4, 3, B, págs. 198 y sigs.

²⁸⁶ ETCHEBERRY, II, pág. 70; NOVOA, I, 140, pág. 201.

²⁸⁷ JESCHECK, 15, IV, 2, b), pág. 123.

Con el delito habitual existe una dificultad que destaca ETCHEBERRY.²⁸⁸ La acción propia de éste, en efecto, no se perfecciona con la sola ejecución material de los distintos actos, sino con la configuración del requisito subjetivo de la habitualidad, que usualmente se presentará después de la realización de varios hechos y en ningún caso antes del segundo de ellos. Por esto, ETCHEBERRY estima con razón, que para los efectos de la ley aplicable sólo podrá considerarse aquella que esté vigente al momento de perfeccionarse ese elemento del delito y las que sean "promulgadas" posteriormente.

Finalmente, en los casos de autoría mediata, el momento de la comisión es aquel en que se actúa sobre el instrumento.²⁸⁹

§ 11. LOS EFECTOS DE LA LEY PENAL RESPECTO DE LAS PERSONAS

I. PRINCIPIO FUNDAMENTAL DE IGUALDAD ANTE LA LEY PENAL

El principio rector, no sólo en relación con el derecho penal sino con todo el ordenamiento jurídico, es el de la igualdad de las personas ante la ley. Se encuentra contemplado de manera amplia en el art. 14 del C.C. y reiterado casi textualmente en la primera parte del art. 5° del C.P.

Este es, por lo demás, uno de los fundamentos sobre los que descansa la organización del Estado democrático, de modo que prevalece como un imperativo político primordial. Por esto mismo, sin embargo, sólo rige en forma generalizada desde el triunfo de las ideas liberales, a principios del siglo XIX. Hasta ese momento las legislaciones reconocían numerosas diferencias que obedecían a desigualdades de clase social, fortuna, nacionalidad, raza, sexo, etc. Generalmente se considera a la Revolución Francesa como el punto de partida en la evolución, pero es posible que ya antes se hubieran efectuado progresos parciales, sobre todo en el ámbito del derecho anglosajón. En todo caso, la situación tiende a consolidarse durante el período de las grandes codificaciones que se desarrolla en la primera mitad del siglo XIX. Históricamente, por lo tanto, se trata de una conquista reciente.

En rigor, este principio no reconoce excepciones auténticas, pues no existen individuos que se encuentren excluidos del derecho punitivo en atención a sus calidades personales. Lo que sucede más bien en algunos casos es que resulta preciso poner al margen de una posible persecución penal a quienes ejercitan ciertas funciones, en consideración a la naturaleza e importancia de éstas. Por consiguiente, se trata de excepciones *funcionales* y *relativas*, que sólo amparan al sujeto en tanto ejercita el cargo respectivo.

Algunas de estas situaciones se hallan establecidas en normas de derecho internacional y otras en disposiciones de derecho interno, fundamentalmente de carácter constitucional. En los apartados siguientes uno y otro grupo se consideran por separado.

²⁸⁸ ETCHEBERRY, II, pág. 70.

²⁸⁹ JESCHECK, I, IV, 2, b), pág. 185. Sobre autoría mediata, véase infra, 38, I b) y II b).

II. EXCEPCIONES DE DERECHO INTERNACIONAL

a) Con arreglo a lo preceptuado por el art. 297 del C. Bustamante, que recoge una idea aceptada por las costumbres sobre la materia, la ley penal chilena no es aplicable a los *Jefes de Estado extranjeros que se encuentren de visita en el territorio nacional*. La excepción constituye un reconocimiento y respeto a la soberanía del otro Estado, que se considera encarnada en la persona de quien encabeza su gobierno. Aunque la doctrina se inclina a exigir que el Jefe del Estado se encuentre en visita oficial, la norma del C. Bustamante no introduce esa limitación.

b) Asimismo, de conformidad con el art. 298 del C. Bustamante, gozan de una exención semejante los representantes diplomáticos de Estados extranjeros, "así como sus empleados extranjeros y las personas de la familia de los primeros, que vivan en su compañía". La disposición recibe una aplicación amplia, pues se halla prácticamente reproducida en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, promulgada por Decreto 666, publicado en el Diario Oficial de 4 de marzo de 1968.

Por otra parte, los funcionarios consulares, que antes se encontraban al margen de la inmunidad, disfrutaban ahora de una inviolabilidad personal relativa en relación con infracciones comunes, y de inmunidad de jurisdicción respecto de actos ejecutados en el ejercicio de sus funciones, según lo dispuesto por la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, promulgada por Decreto 709, publicado en el Diario Oficial de 5 de marzo de 1968.

Además de esto, existen diversas convenciones multilaterales que acuerdan a un grupo considerable de funcionarios pertenecientes a organizaciones internacionales un régimen de inviolabilidad semejante al de los representantes diplomáticos.²⁹⁰

III. EXCEPCIONES DE DERECHO INTERNO

a) De acuerdo con lo establecido en el art. 58 de la C.P.R. de 1980, "los diputados y senadores sólo son inviolables por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos, en sesiones de sala o de comisión".

Esta inmunidad de los parlamentarios se encontraba consagrada en el art. 32 de la C.P.E. de 1925, según el cual "los diputados y senadores son inviolables por las opiniones que manifiesten y los votos que emitan en el desempeño de sus cargos". A causa de esto, se produjo una viva discusión sobre su extensión, pues mientras algunos sostenían que únicamente alcanzaba a los votos y opiniones dados durante el curso de las sesiones de sala y comisión, el criterio contrario consideraba que debía aplicársela también a las manifestaciones hechas por el parlamentario en otros actos de significación política, tales como reuniones oficiales de su partido, proclamaciones electorales, etc. En doctrina y jurisprudencia tendía a prevalecer el primero de estos puntos de vista, si bien con ligeras variantes que moderaban su esquematismo.²⁹¹

²⁹⁰ Con algún detalle, COUSIÑO, I, 41, págs. 145 y 146.

²⁹¹ Véase COUSIÑO, I, 41, pág. 151, que expresa la opinión más ortodoxa al respecto; ETCHEBERRY, 2ª edición, I, pág. 105; NOVOA, I, 114, 4, págs. 208 y 209.

El texto del art. 58 de la C.P.R. de 1980 intenta resolver el problema, pronunciándose, al parecer, por el criterio restringido. Sin embargo, su redacción es desafortunada, pues sugiere más bien la idea de que existen otras oportunidades, aparte de las sesiones de sala y comisión, en las cuales el parlamentario también se encuentra desempeñando su cargo. En tales condiciones, lejos de subsanar la cuestión, presenta nuevas dificultades al intérprete.

El fundamento de la inviolabilidad parlamentaria a que aquí nos referimos no sólo es de un carácter funcional, sino que atiende además a la naturaleza del acto constitutivo del delito. Con ella quiere preservarse la independencia de votos y opiniones del representante, poniéndolo a salvo de cualquier amenaza que pudiera coartarla.

b) El art. 76 de la C.P.R. de 1980, cuyo inc. primero reproduce con algunas variantes la primera parte del art. 84 de la C.P.E. de 1925, establece que "los jueces son personalmente responsables por los delitos de cohecho, falta de observancia en materia sustancial de las leyes que reglan el procedimiento, de negación y torcida administración de justicia y, en general, de toda prevaricación en que incurran en el desempeño de sus funciones". A su vez, el inc. segundo, refiriéndose ahora de manera expresa a los miembros de la Corte Suprema, dispone que respecto de ellos "la ley determinará los casos y el modo de hacer efectiva esta responsabilidad".

Entre tanto, el art. 324 del C.O.T., cuyo inc. primero contiene una norma semejante a la del inc. primero del art. 76 de la C.P.R. de 1980, agrega en el inc. segundo que tal "disposición *no es aplicable* a los miembros de la Corte Suprema en lo relativo a la falta de observancia de las leyes que reglan el procedimiento ni en cuanto a la denegación ni a la torcida administración de la justicia". Lo cual, en síntesis, implica establecer para dichos magistrados una auténtica inmunidad en relación con los delitos aludidos, que son prácticamente todos los mencionados por la disposición constitucional, con excepción del cohecho.

Como fundamento de esta situación se ha mencionado una "ficción" de infalibilidad ("infalibilidad convencional")²⁹² en virtud de la cual "es legalmente imposible la existencia de tales delitos", lo que se expresaría, además, en el hecho de no existir un tribunal competente para conocer de ellos. Sin embargo, la constitucionalidad del art. 324 del C.O.T. ya había sido objetada bajo el imperio de la C.P.E. de 1925²⁹³ y me parece tanto más indiscutible cuanto que el mencionado inc. segundo del art. 76 de la C.P.R. no está referido a los jueces en general, como la segunda parte del art. 84 de la C.P.E. de 1925, sino sólo a los integrantes del Tribunal de Casación, lo cual parece subrayar la voluntad de la Carta Fundamental de sujetarlos a una responsabilidad que a la ley sólo corresponde regular pero no excluir.

Por lo que se refiere a la inexistencia de tribunal competente, creo que se trata de un argumento erróneo. Pues, como advierte ETCHEBERRY, aquí no se trata de perseguir penalmente a la Corte Suprema como tal, sino a algunos de sus miembros

²⁹² Cfr. NOVOA, I, 145, pág. 210.

²⁹³ ETCHEBERRY, 2ª edición, I, pág. 105 y 106.

individualmente considerados, y para esos efectos la competencia se encuentra legalmente determinada en los art. 51, 64 y 218 del C.O.T.²⁹⁴

IV. SITUACIONES ESPECIALES EN LAS QUE NO SE CONSAGRA INMUNIDAD

a) En Chile nunca se ha concedido inmunidad penal al Presidente de la República, que, tratándose de delitos comunes, ni siquiera disfruta de un privilegio procesal. La situación no es aconsejable²⁹⁵, pues podría originar trastornos institucionales. Aunque se la había reparado, la C.P.R. de 1980 omitió subsanarla.

b) Con arreglo a la C.P.E. de 1925, modificada en esta parte por la ley 17.284, de 23 de enero de 1970, que entró en vigencia el 4 de noviembre de ese mismo año, los miembros del Tribunal Constitucional gozaban de una inviolabilidad semejante a la de los parlamentarios por las opiniones que manifestaran o los votos que emitieran en el desempeño de sus cargos. La norma ha desaparecido en la C.P.R. de 1980 y, por consiguiente, tal inmunidad ya no existe.

c) Siempre se ha entendido, correctamente, que no constituyen excepción alguna al principio de igualdad personal los procedimientos especiales establecidos para el procesamiento de algunos individuos que ejercen funciones particularmente representativas o delicadas. A esta clase pertenecen los juicios políticos, las reglas sobre desafuero de diputados y senadores así como de intendentes y gobernadores, las querellas de capítulo, etc. El hecho de que, una vez satisfechos los trámites prescritos, se aplican íntegramente al afectado las normas del derecho penal sustantivo, demuestra que en estos casos no existe inviolabilidad alguna.

²⁹⁴ ETCHEBERRY, I, págs. 154 y 155; POLITOFF, 4, 3, C, pág. 204; POLITOFF-ORTIZ y Colaboradores, I, pág. 70. No es del todo claro el criterio de GARRIDO, I, 8, IV, pág. 121.

²⁹⁵ NOVOA, I, 143, pág. 206, seguido por ETCHEBERRY, I, págs. 155 y 156. Otra opinión en POLITOFF, 4, 3, C, pág. 201.