

CHILE

José Luis Guzmán Dalbora

1 • Introducción *

La situación de Chile en el marco del proceso de adopción e implementación del Estatuto de Roma en los distintos ordenamientos nacionales continúa dejando al país en un lugar decididamente rezagado. Mientras la mayoría de los Estados de América Central y del Sur han ratificado el Estatuto,¹ y en algunos se dan pasos decididos para adecuar a él sus legislaciones,² el de Chile no consigue superar la fase de ratificación, que requerirá una reforma constitucional.

La representación chilena participó desde un comienzo en los trabajos que condujeron a la sanción supraestatal del Estatuto. Parecidamente a otras naciones de Iberoamérica, algunas iniciativas internacionales prohijadas por el Estado de Chile respecto de la persecución y el castigo de los crímenes contra el derecho de gentes, así como la dura experiencia vivida por el país durante el régimen militar que imperó desde 1973 y las orientaciones de la coalición de partidos que pasó a gobernarle

* Este acápite reproduce con algunas adaptaciones y actualiza el preparado por el autor como introducción a su anterior informe sobre Chile, en el volumen *Dificultades jurídicas y políticas en la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, editado por Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006, pp. (171-195) 171-175.

¹ Véase al respecto el panorama sinóptico que ofrece Polo Gálvez, "Procesos constitucionales para la ratificación del Estatuto de Roma en los países latinoamericanos", en el *Anuario de Derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2002, pp. 435-447, especialmente p. 446.

² Véase Ambos y Malarino, "Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina. Conclusiones preliminares", en el volumen colectivo, editado por estos autores, *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003, pp. (577-589) 588, con referencia a los casos de Argentina y Brasil.

COOPERACIÓN Y ASISTENCIA JUDICIAL CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

ininterrumpidamente a partir de 1990, hacían presagiar el respaldo del Poder Ejecutivo al establecimiento del tribunal acordado en Roma, como parte y “continuación de la línea política seguida en el plano internacional por los Estados de la región, encaminada a repudiar la comisión de los crímenes internacionales y buscar un consenso sobre los mecanismos necesarios para su eficaz represión”.³ Con todo, tampoco se deben silenciar los rasgos tímidos de esa línea en el derecho chileno. Por circunscribirnos nada más que a una tríada de ejemplos entresacados del conjunto de materias que hacen a la regulación sustancial y adjetiva plasmada en el Estatuto, el derecho penal del país, tanto el codificado como el contenido en leyes subordinadas, contiene muy pocos delitos internacionales, y es aun más escueto el catálogo de aquellos que guardan relación con los de competencia de la Corte Penal Internacional,⁴ lo que vale en especial para el genocidio y los crímenes contra la humanidad, que están todavía a la espera de tipos delictivos que capten sin circunloquios su contenido de injusto. Asimismo, la falta en él de reglas específicas acerca de la teoría de tales delitos, sus penalidades y la extinción de las responsabilidades oriundas de ellos⁵ es otro aspecto que testimonia el recato y, si se quiere, lo relativo del interés vernáculo por articular una política coherente y maciza de persecución de estos actos delictuosos. Un tercer factor concierne a la inexistencia de una ley especial sobre la extradición, cuya sustancia ha quedado por entero librada a doctrina y jurisprudencia, las que han debido suplir el vacío acudiendo a ciertos tratados multilaterales que obligan a Chile con otros países del área, un mecanismo que redundo, a veces, en consecuencias indeseables. Todo lo cual, sumado a la vetustez del Código Penal en el tema y a otros elementos, que luego nos ocuparán y son de carácter político, nos pone sobre la pista de lo trabajoso del proceso legislativo de ratificación del Estatuto, la nula resonancia de este en las actuales transformaciones del derecho interno y las fundadas dudas de que la Corte Penal Internacional reciba en el futuro reconocimiento formal. Es más: supuesto que el Estatuto se torne alguna vez operante de cara a la legislación punitiva de Chile, tal vez el tema más delicado será la cooperación y asistencia judiciales.

Tras su suscripción el día 11 de septiembre de 1998, el presidente de la República envió a la Cámara de Diputados un mensaje, fechado el 4 de enero siguiente,

³ Ídem, p. 578.

⁴ Véase Guzmán Dalbora, en *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, o. cit., informe relativo a Chile, pp. (163-200) 164.

⁵ P. ej., Chile no ha ratificado la Convención de las Naciones Unidas de 26 de noviembre de 1968 sobre la imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y contra la humanidad. Ídem, véase p. 166.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

con el que dio inicio al procedimiento de ratificación. El artículo único del proyecto de acuerdo indicaba simplemente que el Poder Legislativo presta su aquiescencia a lo negociado en Roma.⁶ La exposición de motivos del proyecto daba cuenta del origen del Estatuto y de las aristas más importantes de su contenido, poniendo énfasis en aquellas que se adivinaba serían controvertidas, como el principio de complementariedad, en cuya virtud “la Corte [...] no sustituye a los tribunales nacionales ni se convierte en una instancia de apelación de sus resoluciones”, pues “en la medida en que el sistema judicial de un Estado se atenga a las normas internacionales y sancione real y efectivamente a los autores de los delitos dentro de su competencia”, aquélla “no debería inmiscuirse en el funcionamiento de los tribunales nacionales ni cuestionar sus procedimientos”, el principio de cooperación y la asistencia judiciales y, en fin, las numerosas disposiciones que sería preciso sancionar posteriormente para dar cumplimiento al Estatuto, visto que “no todas las normas de este instrumento son autosuficientes, en términos de que una vez incorporadas al orden interno pueden ser directamente aplicables”. A su vez, la ausencia de una argumentación relativa a impedimentos de superior jerarquía normativa revela que el gobierno no pensó en, o por lo menos no estimó imprescindible, una reforma a la Constitución política, como presupuesto del acto de aprobación.

Si en ello el autor del mensaje no iba descaminado —también en la generalidad de los países hispanoamericanos se ha descartado la exigencia de modificar sus Constituciones—, tampoco lo estaría la Cámara Baja. En una votación cerrada, sin abstenciones, el 22 de enero de 2002 una apreciable mayoría de diputados aprobó el texto sometido a su consideración, con lo que este pasó a su segundo trámite legislativo, en el Senado. Sin embargo, durante la discusión de aquel día, y aun antes, en los informes y debates de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia de la Cámara, se dejaron oír voces discrepantes, las que aludieron a graves vulneraciones de la Constitución, la soberanía nacional, la posición autónoma y de igualdad del país en el concierto de las naciones, etcétera, como fundamento para rechazar la iniciativa gubernamental, en la forma y el modo en que había sido presentada. A juicio de la disidencia, esta requería un quórum mayor de votación que el de una ley común y, en el fondo, una reforma constitucional.

⁶ “Apruébase el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, adoptado en dicha ciudad el 17 de julio de 1998, contenido en el acta final de la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el Establecimiento de una Corte Penal Internacional, y el acta de rectificación del Estatuto Original de la Corte Penal Internacional, de fecha 10 de noviembre de 1998”. Véase el boletín n° 2293-10, de la Cámara de Diputados de Chile.

COOPERACIÓN Y ASISTENCIA JUDICIAL CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

De hecho, casi los mismos diputados⁷ formularon el 4 de marzo del propio año un requerimiento ante el Tribunal Constitucional,⁸ con el objeto de lograr una declaración de completa inconstitucionalidad del Estatuto de Roma y, de pasada, imponer una proporción especialmente alta de votos para poder ratificarle, cuestión tanto más importante cuanto que, siendo la Constitución chilena sobremedida rígida, la tarea de alcanzar el quórum previsto para su reforma —en el presente caso, por las materias comprometidas, dos terceras partes de los diputados y senadores en ejercicio—⁹ se torna en extremo compleja cuando no de imposible consecución para cualquier agrupación política interesada en ello, por considerable que sea su representación parlamentaria. El requerimiento se verá prestamente coronado con el éxito. El Tribunal Constitucional, de predominante composición conservadora, dictó fallo el 8 de abril de 2002. Recogiendo varios de los fundamentos esgrimidos por los recurrentes y luego de desestimar las observaciones que hizo en su defensa el presidente de la República, resolvió que no pocos términos del Estatuto eran inconciliables con la Constitución y que, en consecuencia, su ratificación exige una reforma de la Carta fundamental.¹⁰

Dejando por el momento de lado las críticas que esta sentencia suscitó de inmediato dentro y fuera del medio jurídico chileno, el hecho vino a plantear una seria cortapisa a la empresa impulsada por el Poder Ejecutivo, condicionando de pasada las posibilidades de los cuerpos colegisladores en el desempeño de su función y, en suma, al entero espectro de las autoridades representativas de la voluntad popular. Como sea, pocos días después de conocerse la decisión, el gobierno se plegó a ella y presentó al Senado el 16 de abril un segundo proyecto, precedido de una exposición de motivos más extensa que la de 1999 y encaminado ahora a la enmienda de la Constitución. En sentir del Ejecutivo, la declaración del Tribunal Constitucional y las opiniones manifestadas en el Parlamento por los diputados que la provocaron no representan un obstáculo definitivo e insalvable para la ratificación del Estatuto de

⁷ En número de treinta y cinco. Todos conservadores y varios de ellos vinculados o sinceros adherentes al régimen militar nombrado *supra*.

⁸ Téngase presente que este tribunal ejerce un control de constitucionalidad sobre las leyes en ciernes, es decir, un control preventivo. Véase Guzmán Dalbora, "Relaciones del derecho penal con el derecho constitucional, y su concreción en la Constitución política chilena (1980)", en el *Anuario de filosofía jurídica y social*, Valparaíso, Edeval, n.º 12, 1994, pp. 165-199.

⁹ Artículo 127 de la Constitución, según el texto reformado por la ley 20050, de 22 de septiembre de 2005.

¹⁰ Expresa lo resolutivo del fallo: "Se acoge la petición de inconstitucionalidad planteada en el requerimiento de fojas 1 y se declara que el Tratado que contiene el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, materia de estos autos, para su aprobación por el Congreso Nacional y su posterior ratificación por el Presidente de la República, requiere de reforma constitucional previa". Véase el boletín n.º 2293-10, de la Cámara de Diputados.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

Roma, sino simplemente una condición —la reforma constitucional— que, una vez satisfecha, deja abierto el camino para que el Estado chileno se haga parte de él. Es más, sostiene allí el presidente que los reparos constitucionales formulados por el Tribunal “no suponen, bajo ningún respecto, un rechazo *per se* de la Corte Penal Internacional, ni podrán constituir argumentos válidos para su cuestionamiento futuro en la medida que una reforma constitucional permita la aprobación y ratificación del tratado de Roma”, de lo que colige que el fallo debe ser entendido “como un mandato a enmendar la Carta para incorporar la Corte Penal Internacional a nuestro sistema constitucional”, mandato al que no podrán restarse los diputados de la oposición, quienes tampoco habrían hecho explícitos en sus intervenciones motivos ideológicos en contra de la existencia y las actividades de la Corte. El proyecto pondera los mismos modelos extranjeros de reforma constitucional que el Tribunal invocó en su pronunciamiento y, para evitar una complicada e innecesaria modificación de diversos pasajes de la Constitución vigente, se decanta en definitiva por una cláusula genérica, semejante a la adoptada en Francia y Luxemburgo, que se agregaría a su articulado como disposición transitoria, destinada a desaparecer junto al cierre del proceso de ratificación.¹¹

El proyecto yace todavía en el Senado, en premiosa tramitación que a finales de 2004 no arrojaba siquiera el dictamen de la comisión senatorial a que fue confiado. Promediando 2005, su texto fue incorporado a otro proyecto de reforma constitucional, de contenido heterogéneo y origen más antiguo, cuya sanción se produce en agosto, pero sin incluir la cláusula que nos interesa, que se perdió en los últimos debates parlamentarios.¹² Hubo que retomar, pues, la iniciativa de 2002, considerando a la vez que en abril de 2004 dos senadores presentaron una moción de reforma constitucional “destinada a permitir el reconocimiento de la jurisdicción de tribunales internacionales”, muy defectuosa en técnica jurídica y redacción castellana.¹³ La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado resolvió

¹¹ Su texto es el siguiente: “Artículo único. Introdúcese la siguiente disposición transitoria a la Constitución Política de la República: Cuadragésima primera. El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional de acuerdo a las condiciones previstas por el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional. Las disposiciones de esta Constitución no serán obstáculo para la aprobación y ejecución del Tratado a que se refiere el inciso anterior”. Véase el boletín n.º 2912-07, de la Cámara de Diputados. Las citas precedentes del texto están tomadas de esta última fuente.

¹² Puede consultarse en el boletín n.º 2526-07, de la Cámara de Diputados. Cristalizó en la ley n.º 20050, citada *supra*, nota 9.

¹³ Véase el boletín n.º 3491-07, de la Cámara de Diputados.

COOPERACIÓN Y ASISTENCIA JUDICIAL CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

tratarlas conjuntamente. Su informe general de 11 de octubre de 2005 es un trasunto de haberse renovado en la Cámara alta las objeciones de soberanía y autoridad de los tribunales chilenos, ya abundantemente discutidas en la de Diputados y durante el procedimiento de inconstitucionalidad. El texto engendrado a raíz de ello, como solución de consenso en la Comisión, recoge la propuesta gubernamental, pero le adiciona una plétora de párrafos, vástagos de aquellos reparos, algunos de los cuales van más allá de la disposición de transición contenida en el artículo 124 del Estatuto y, sobre todo, puede estimarse que representan una reserva prohibida por el artículo 120 de la Carta de Roma.¹⁴ Siendo así, se comprenderá cuán distante columbramos un éxito feliz al cabo de todo este farragoso trance.

¹⁴ La Comisión propuso al pleno del Senado aprobar una disposición vigésimo primera transitoria de la Constitución, con el siguiente tenor: “El Estado de Chile podrá reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el tratado aprobado en la ciudad de Roma, el 17 de julio de 1998, por la Conferencia Diplomática de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de dicha Corte. Al efectuar este reconocimiento, el Estado de Chile considera que un caso será inadmisble ante la Corte Penal Internacional cuando haya sido juzgado o esté siendo investigado o juzgado por los órganos competentes nacionales. Chile reafirma la primacía de su jurisdicción penal en relación a los crímenes de competencia de la Corte. Ninguna persona será entregada por Chile a la Corte Penal Internacional en tanto los órganos competentes del Estado de Chile tengan la oportunidad de investigar y juzgar la presunta comisión de un crimen de competencia de la Corte Penal Internacional, en que, al mismo tiempo, tengan jurisdicción los tribunales chilenos. En este último caso, se aplicará lo dispuesto en el inciso anterior. La cooperación entre las autoridades nacionales y la Corte Penal Internacional, especialmente entre el Ministerio Público y el Fiscal de dicha Corte, se sujetará a lo que disponga la ley chilena respectiva. Ninguna persona podrá ser arrestada o detenida en conformidad a una solicitud expedida por la Corte Penal Internacional, sino a través de una orden de funcionario público chileno expresamente facultado por la ley nacional. La jurisdicción de la Corte Penal Internacional, en los términos previstos en su Estatuto, sólo podrá ejercerse respecto de los crímenes de su competencia cuyo principio de ejecución sea posterior a la entrada en vigor en Chile del Estatuto de Roma. El Estado de Chile se reserva el derecho de aceptar o rechazar cualquier modificación a la tipificación de los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional. En particular, ello se refiere a la disposición que defina el crimen de agresión y a cualquier otro que se quiera incorporar a su competencia”. Ahora bien, la cuestión de la admisibilidad de la competencia de la Corte ante casos de *litis pendencia*, en los que exista cosa juzgada o “tengan la oportunidad de investigar y juzgar” órganos chilenos, debe resolverse sólo a la luz de los artículos 17, 18 y 19 del Estatuto, por lo que una de dos: o los incisos segundo y tercero están de sobra, o bien comportan una modificación inadmisble del principio de complementariedad. A su turno, parece redundante, de cara una posible enmienda al Estatuto, efectuada en conformidad a su artículo 121, decir que Chile se reserva el derecho de aceptar o rechazar la reforma de los tipos delictivos. La detención y entrega de una persona requerida por la Corte debe realizarse por las autoridades y siguiendo los procedimientos del derecho interno (arts. 89 y 91 del Estatuto); en consecuencia, el inciso quinto es parejamente innecesario. Luego, subordinar la jurisdicción de aquélla a crímenes “cuyo principio de ejecución” sea posterior a la vigencia local del Estatuto representa una muestra de mala conciencia por las causas sobre los llamados detenidos-desaparecidos, en que con razón sostiene la jurisprudencia nacional que el período consumativo de secuestros prolongados hasta el punto de no saberse con certeza si el plagiado resultó muerto o no, dota de *permanencia* al evento típico. Pulsa aquí una lectura asaz inquieta del artículo 11 del Estatuto —se diría que propia de los que oyen a cada instante el canto desapacible de las Erinias. En verdad, lo único de interés jurídico en el proyecto del Senado es la indicación de que la cooperación con la Corte tendrá como principal protagonista al ministerio público.

2. Asistencia judicial interestatal

2.1. La extradición

2.1.1. Concepto, naturaleza y fuentes; tratados internacionales que a ella se refieren, y su importancia

Se define en Chile la extradición como *la entrega que un Estado hace a otro de un individuo acusado o condenado, que se encuentra en el territorio de aquél, para que en éste se le enjuicie penalmente o se ejecute una pena ya impuesta*.¹⁵ “En el primer caso se puede hablar de extradición para perseguir el delito y en el segundo de extradición para hacer efectiva la condena”.¹⁶ Pero la nitidez de esta distinción, como la que diferencia las extradiciones activa y pasiva, no va acompañada de parigual claridad respecto de otras especies del instituto, a raíz de las deficiencias de la legislación interna, como en seguida se verá.

En la doctrina prevalece el entendimiento de que su *naturaleza* reside en una forma de colaboración jurídica internacional, que impone a los Estados un deber de asistencia recíproca en la persecución de los delincuentes y el castigo de sus fechorías.¹⁷ Idéntico parecer se aprecia en la jurisprudencia. La Corte Suprema de Justicia, el único órgano competente en materia de extradición pasiva —y, poco tiempo ha, también para la extradición activa—, tiene resuelto que “la finalidad de este instituto es evitar la impunidad de los delitos” y que “su justificación se apoya en el principio moderno del *auxilio mutuo* que deben prestarse los Estados para la consecución de este fin”.¹⁸ Tal es, asimismo, el punto de vista del Código de Derecho Internacional Privado en sus disposiciones sobre el tema.¹⁹ En consecuencia, la reciprocidad, que

¹⁵ Obsérvese que el fundamento en cuya virtud el Estado requirente ejerce su *ius puniendi* no queda reducido, según los términos de la definición, al principio territorial, de lo que se sigue que el individuo reclamado pudiera serlo en mérito a los principios personal, real o universal, reserva hecha de que el Estado de Chile, tratándose de la extradición pasiva, sea también competente para juzgarle.

¹⁶ Así, Politoff Lifschitz, *Derecho penal*, tomo I (único publicado), Santiago de Chile, Editorial Jurídica ConoSur, 1997, p. 164.

¹⁷ *Ibidem*. Véase, además, Cury Urzúa, *Derecho penal*, parte general, 7ª ed., ampliada, Santiago de Chile, Universidad Católica de Chile, 2005, p. 218.

¹⁸ Sentencia de 14 de junio de 1962, publicada en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, de Santiago de Chile, tomo LIX, 2ª parte, sección 4ª, p. 90. Al respecto, véase Cousiño Mac Iver, *Derecho penal chileno*, parte general, 3 vols. publicados, t. I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1975-1992, p. 201.

¹⁹ Artículo 344.

COOPERACIÓN Y ASISTENCIA JUDICIAL CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

en otros países y épocas se estimó como la teoría apropiada para explicar la índole de la extradición, en Chile ocupa el más modesto plano de una fuente subordinada, operante a falta de tratados, y, por ende, se la mira como condición de procedencia, en situaciones específicas, de la entrega del *extraditurus*. Esto aparte, el carácter político, no jurídico, del principio de reciprocidad, es blanco de críticas en el medio nacional, que propugna hace algunas décadas su abandono.²⁰

Sabido es que en pocos códigos penales se habla de la extradición, y que en la mayoría de las legislaciones el asunto es objeto de leyes especiales o de disposiciones contempladas en códigos de procedimiento.²¹ Pues bien, Chile comparte con varios países hispanoamericanos la imperfección de haber descuidado sobremanera las *fuentes* respectivas. Ni la Constitución política ni el Código Penal dicen palabra sobre el particular. Tampoco hay una ley que aborde los requisitos de fondo, es decir, las condiciones propiamente penales a que se subordina la entrega. Sólo el derecho formal de extradición recibe cumplido tratamiento en el Código de Procedimiento Penal, de 1906 (arts. 635-656), y el vigente Código Procesal Penal, de 2000, cuyas disposiciones (arts. 431-454) mejoran las de comienzos del siglo XX.

Pese a la notoria insuficiencia de este régimen,²² son dignos de nota dos importantes sucedáneos. Primero, que la ley procesal toca indirectamente ciertos requisitos sustantivos de la extradición, conforme indicaremos después, y nombra, también de pasada pero esta vez sin circunloquios, sus fuentes, a saber, “los tratados vigentes o, a falta de éstos, [...] los principios de derecho internacional” (art. 449, letra b). La referencia a estos últimos repercute en lo primero, puesto que el máximo tribunal ha suplido las insuficiencias de las condiciones básicas de la entrega según el derecho interno, acudiendo, precisamente, a la doctrina y costumbre supraestatales, e incluso ha declarado en repetidas ocasiones que el Tratado de Montevideo y el Código de Bustamante, a los que en seguida se aludirá, contendrían una suerte de *ius communis*

²⁰ En este sentido, Politoff Lifschitz, Matus Acuña y Ramírez Guzmán, *Lecciones de derecho penal chileno*, parte general, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2003, véanse pp. 147-148, con cita de la jurisprudencia. No obstante, la Corte Suprema, hasta la entrada en vigor del Código de Derecho Internacional Privado, en 1933, empleó la reciprocidad a título de fundamento exclusivo de las fuentes chilenas de la extradición. Sólo más tarde empezó a calificarla como sustituto del tratado. Véase Cousiño Mac Iver, o. et vol. cit., p. 208. Defiende el principio en cuestión Novoa Monreal, *Curso de derecho penal chileno*, parte general, 2 vols., 2ª ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica Ediar-ConoSur, 1985, t. I, véase p. 185. En todo caso, véase lo que se indica a continuación en el texto.

²¹ Jiménez de Asúa, *Tratado de derecho penal*, 7 vols. publicados, t. II, 2ª ed., Buenos Aires, Losada, 1950, véase p. 907.

²² Con todo, tampoco es muy abundosa su crítica en quienes, con razón, lo cuestionan, como Politoff Lifschitz, o. et vol. cit., p. 165, y Cury Urzúa, o. et ed. cit., p. 218.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

extraditionis, no obstante vincular, siquiera en amplio espectro, nada más que a Estados americanos.²³ Segundo, la mención de las fuentes determina, además, cierta ordenación jerárquica, al hilo de la secuencia tratado-ley interna-principios de derecho internacional, orden que no puede ser alterado por el órgano jurisdiccional, y, por otra parte, franquea la posibilidad de extraditar a un individuo en defecto de pactos entre Chile y el Estado que le reclame o al que se solicite su entrega. Siendo así, es comprensible que no arraigase en el país la máxima *nulla traditio sine lege*, postulada con afán legalista y vuelos liberales por Jiménez de Asúa, con arreglo a la cual la ley aplicable al delincuente que escapa al extranjero es el tratado, de modo que en ausencia de este —o de ley interna— no habría facultad para extraditarle.²⁴ Por cierto, si existe un tratado bilateral o multilateral de extradición, se desprenden para él los mismos corolarios del principio de legalidad de delitos y penas en el derecho nacional, entre otros, que el acuerdo ha de estar vigente tanto en el momento en que ocurrió el hecho delictivo como en el instante en que se decreta la entrega del presunto responsable —irretroactividad, aunque también la eventual retroactividad de un pacto ulterior más benigno.²⁵ En este sentido resulta verdadero que el tratado se yergue como *Charta Magna* del extraído. Pero no más allá: la alusión, que antes trajimos a cuento, del Código de procedimientos a los principios del ordenamiento internacional, como derecho supletorio, informa el extendido criterio de que el *do ut des*, en cuanto elemento de las relaciones internacionales, permite extraditar a habitantes, incluso paisanos —cual de hecho ha sucedido—, siempre que el Estado requirente con el que no existen convenios ofrezca una promesa seria de reciprocidad, o demuestre que sus autoridades no desconocen ni rechazan las resoluciones de los tribunales chilenos.²⁶

²³ Véase Cousiño Mac Iver, o. et vol. cits, p. 207.

²⁴ *Ibidem* pp. 910 y 947-948. Sólo le sigue Cousiño Mac Iver, o. et vol. cits., p. 204.

²⁵ Así, Novoa Monreal, o., vol. et ed. cits., p. 183, y Cousiño Mac Iver, o. et vol. cits., pp. 209-210.

²⁶ La sentencia de la Corte Suprema de 18 de octubre de 1994, citada por Politoff Lifschitz, Matus Acuña y Ramírez Guzmán, o. cit., véase p. 148, establece que la demanda de reciprocidad formulada a Chile debe cumplir como trasfondo una pareja de requisitos: la falta de información relativa a que el Estado extranjero haya dejado de cumplir algún fallo de tribunales nacionales, y la existencia de compromisos entre los dos países en orden a la persecución común de la criminalidad, aunque no se trate de tratados de extradición en la acepción estricta del término.

COOPERACIÓN Y ASISTENCIA JUDICIAL CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

La República ha suscrito una escueta gama de *tratados de extradición*, que en su mayor parte han sido invocados y aplicados en concretos procesos de esta naturaleza. Tienen carácter bilateral los que ahora presentamos, en cronología inversa, con los siguientes países:²⁷ Nicaragua (2001), Corea del Sur (1997), Australia (1996), España (1995),²⁸ México (1993), Venezuela (1965), Brasil (1937),²⁹ Perú (1936), Bélgica (1935),³⁰ Bolivia (1931), Uruguay (1930), Colombia (1929), Estados Unidos de Norteamérica (1902), Ecuador (1899) y Gran Bretaña (1898). Perdió fuerza vinculante, por denuncia del Estado de Chile, su tratado más antiguo en la materia, con Francia (1860). Particularmente grave, por la condición limítrofe y el ingente tránsito de personas entre ambos países, es la carencia de lazo contractual con la Argentina. Los tratados de 1869 y 1898 dejaron de regir; los de 1894 y 1910 no fueron ratificados en Buenos Aires, y el convenio de 1919 se limita a regular las cuestiones de policía fronteriza, si bien con frecuencia la actividad coordinada de la policía de fronteras precave la necesidad de extraditar a fugitivos que buscan pasar de un lado al otro de los Andes.³¹

Especial significación revisten los pactos multilaterales, de los hay que consignar tres: el Tratado de Extradición entre Bélgica, Brasil, Chile, Gran Bretaña, Paraguay, Portugal y Uruguay, que es el más antiguo (1898); la Convención sobre Extradición de Montevideo, suscrita en 1933 por Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Cuba, Chile, Ecuador, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela, y ratificada por Chile en 1935, y el Código de Derecho Internacional Privado (llamado comúnmente *De Bustamante*, en homenaje a su redactor, el jurista cubano Antonio Sánchez de Bustamante), acordado en la ciudad de La Habana el 20 de febrero de 1928 entre Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de Norteamérica, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, vigente en Chile desde 1933.³² Estos textos imperan en los casos, asaz cuantiosos,

²⁷ Las fechas que figuran entre paréntesis corresponden al año en que entraron a regir en Chile.

²⁸ Este pacto derogó una convención anterior, de 1895, que estuvo en vigor desde 1897.

²⁹ Hubo otro tratado con la Federación brasileña, en 1897, vigente desde 1900.

³⁰ Se trata de una convención adicional al tratado de extradición suscrito entre Chile y Bélgica en 1899, vigente desde 1904.

³¹ Acerca del punto, véanse Jiménez de Asúa, o., vol. et ed. cit., p. 921, y Cousiño Mac Iver, o. et vol. cit., pp. 205-206. El problema se complica por cuanto la nación trasandina tampoco aprobó el Código de Bustamante, y recién en 1956 prestó ratificación al Tratado de Montevideo, de 1933.

³² Repárese, empero, en que una cantidad no indiferente de los Estados suscriptores de los Tratados de Montevideo y La Habana se han abstenido de ratificarlos.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

donde no se dispone del respaldo provisto por el convenio bilateral. De particular interés es el nombrado en tercer lugar, tanto porque la Corte Suprema tiende a leer en sus preceptos verdaderos principios de derecho internacional —aun a riesgo de imponerlo a Estados que nada tienen que ver con él—, cuanto porque en los artículos 344 y siguientes del Código se despliega un abanico de reglas por entero faltantes en el ordenamiento vernáculo. Dado que en los próximos apartados haremos breve notación de las que conciernen a los requisitos y formas del instituto, sean nombradas ahora nada más que estas: extradición de tránsito (art. 375), concurso de demandas de extradición (arts. 347-350), derechos del acusado (arts. 368 y 369), entrega de objetos y pruebas, accesoriamente a la extradición (arts. 370 y 371), y abono de la prisión preventiva (art. 379).

2.1.2. *Condiciones a que se subordina, respecto al delito, al delincuente y a la penalidad*

Consignemos, por lo pronto, como singularidad de la praxis chilena, que la tricotomía enunciada se reduce, en verdad, a una dualidad, al no haber limitaciones en punto a la persona reclamada. En efecto, entre los requisitos del derecho interno para la extradición pasiva, no figura que el *extraditurus* carezca de nacionalidad chilena. La ausencia de semejante restricción, propia de sistemas (los anglosajones) que en esto muestran analogía con el de Chile y la cual se acomoda a pedir de boca al principio de territorialidad, disfruta del respaldo de la doctrina, que le es decididamente partidaria,³³ y la jurisprudencia: en numerosos procesos la Corte Suprema ha entregado a chilenos para su juzgamiento en el extranjero.³⁴ Es más, se procura que los tratados pertinentes no resten al Estado semejante atribución, por ejemplo, el pacto entre Chile y España (art. 7.º). Asimismo, es irrelevante la calidad de la intervención en el delito, como autor o partícipe; pero esto no lo expresa la ley interna, sino los vínculos supraestatales.³⁵

³³ Véase, por todos, Politoff Lifschitz, o. et vol. cit., p. 175: “salvo si se trata de Estados donde no exista un régimen jurídico confiable”.

³⁴ Hasta 1944 la práctica era la opuesta. Sin embargo, ese año se accedió a la entrega de un chileno a la Argentina, basándose el máximo tribunal en el Código de Bustamante, que establece una cláusula facultativa (artículo 345: “Los estados contratantes no están obligados a entregar a sus nacionales”). A partir de entonces forman legión las sentencias proclives a la extradición de paisanos.

³⁵ Especialmente el artículo 352 del Código de Derecho Internacional Privado, que extiende la extradición a los autores, cómplices y encubridores, dicción idéntica al anticuado régimen chileno de la codelinuencia, en el artículo 14 del Código Penal.

COOPERACIÓN Y ASISTENCIA JUDICIAL CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

Quedan, pues, las condiciones relativas al delito y a la penalidad, en todo lo cual Chile se atiene a criterios clásicos o, lo que viene a ser lo mismo, legalistas y liberales. El *delito* debe serlo tanto en el Estado requirente como en el requerido. El principio de la doble incriminación afecta exclusivamente a la adecuación típica del acto y, por tanto, impide “entrar a examinar la procedencia de eventuales causales de justificación o de exculpación que, en el caso concreto, pudieran hacer desaparecer la antijuridicidad del hecho o la culpabilidad del hechor”.³⁶ Frente al silencio de la ley interna,³⁷ nuevamente tienen la palabra los tratados de extradición.³⁸ Sólo los más antiguos (con Bélgica, Bolivia, Colombia, Estados Unidos de Norteamérica y Gran Bretaña) contienen repertorios de infracciones que la hacen viable, generando a veces la necesidad de desempolvar la advertencia de no ser determinante el *nomen iuris*, sino los elementos del hecho. La inmensa mayoría y, desde luego, todos los recientes se atienen a un enunciado genérico basado en la gravedad del maleficio, medida por la naturaleza y duración de la pena. El segundo desdoblamiento de la máxima *nulla traditio sine lege*, o sea, el principio de especialidad, es también materia del derecho internacional convencional.³⁹ Otro tanto dígase de la circunscripción del objeto de la demanda a delitos comunes. Los de signo político quedan exceptuados en el plexo de los tratados bilaterales, muy especialmente aquellos con países de Hispanoamérica,⁴⁰ algo harto comprensible si se piensa en las turbulencias de esta clase que han aquejado a la región, con la consiguiente diáspora de quienes defendieron sin éxito un orden democrático o lucharon por derrocar regímenes dictatoriales, y, por cierto, con impecable fórmula, en el Código de Derecho Internacional Privado: “Están excluidos de la extradición los delitos políticos y conexos, según la calificación del Estado requerido”.⁴¹

³⁶ Politoff Lifschitz, Matus Acuña y Ramírez Guzmán, o. cit., p. 149. Hemos quitado las cursivas del original.

³⁷ De algún modo la impropriamente denominada “identidad de la norma” (porque queda mejor llamarla identidad *del precepto*) está recogida en uno de los elementos cuya comprobación es necesaria para otorgar la extradición del acusado, a saber, “que el delito que se le imputare o aquel por el cual se le hubiere condenado sea de aquellos que autorizan la extradición según los tratados vigentes [...]” (artículo 449, letra b, del Código Procesal Penal). También se deducía del artículo 647, n.º 2.º, del derogado Código de Procedimiento Penal, siempre a propósito de la extradición pasiva. Véase Novoa Monreal, o., vol. et ed. cit., p. 185.

³⁸ Sobre todo, el artículo 353 del Código de Derecho Internacional Privado.

³⁹ La salvedad contemplada en el artículo 377 del Código de Bustamante, a la prohibición de que el Estado que obtuvo la entrega extienda el juicio por delitos distintos de aquellos que la motivaron, esto es, “que consienta en ello el Estado requerido”, debe interpretarse en el sentido de que dicha aquiescencia tiene que ser el resultado de una nueva demanda y un nuevo proceso de extradición, con todos sus trámites. Véase Politoff Lifschitz, o. et vol. cit., p. 172, y Cury Urzúa, o. et ed. cit., p. 225. De otra guisa la garantía de la especialidad, establecida a favor del reo, sería burlada en beneficio ilimitado del país que ahora lo detenta.

⁴⁰ P. ej., el artículo 4.º del concluido con la Unión brasileña.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

La doctrina comparte el pensamiento subyacente, que el llamado delincuente político, antes que tal, es un vencido.⁴² La extradición tampoco alcanza a los delitos militares en sentido estricto, *servata distantia* de la ayuda simplemente administrativa en la detención de marineros desertores de una nave extranjera y su rápida entrega a los correspondientes agentes consulares. En fin, la gravedad del delito que permite la extradición está predeterminada en el derecho interno: para la extradición activa, ha de tener señalada en la ley una pena privativa de la libertad cuya duración mínima exceda de un año, si el propósito es enjuiciar, o superior a un año de cumplimiento efectivo, si se busca aplicarla al ya condenado; en la pasiva la regla es una sola, que se persiga un delito amenazado con pena privativa de la libertad superior a un año, o bien irrogarla cuando menos por idéntico término (arts. 431 y 440 del Código Procesal Penal).⁴³

En cuanto a la *penalidad*, genera controversias el requisito de la vigencia de la acción penal y de la pena, supuesto que Chile sea el Estado requerido y se sospeche que delito o pena han prescrito.⁴⁴ Esto, porque los tratados que vinculan al país adoptan, sin orden ni concierto, los criterios de ceñirse a la legislación del Estado requirente, a la del requerido o a las de ambos simultánea o alternativamente —como el Código de Derecho Internacional Privado, cuyo lapidario tenor impide extraditar si delito o punición prescribieron en cualquiera de los dos (art. 359). La doctrina mayoritaria se inclina por la actual posibilidad de persecución al compás del derecho chileno, puesto que se da por descontado que un Estado extranjero no perderá tiempo ni recursos en demandar la entrega por situaciones fenecidas en su propia legislación.⁴⁵ Un nuevo “germen potencial de graves dificultades”,⁴⁶ también oriundo de la falta de una ley completa en el tema, radica en determinar qué ordenamiento, si el nacional o el extranjero, debe imperar ante una posible interrupción o suspensión de los plazos. Estos y otros escollos se mostraron en su tremenda dimensión durante el

⁴¹ Artículo 355. El 356 se hace prudente cargo de la oscura propensión a escamotear una acusación política bajo los ropajes de un delito común, y deniega la extradición en tales casos. Sin embargo, no merece plácemes, por su rigidez y amplitud, la excepción de los magnicidas, en el artículo 357, ya que quien mata a un jefe de Estado contratante o “a cualquiera persona que en él ejerza autoridad” no debiera ser extraditado si atentó contra un tirano, ejerciendo el derecho de resistencia legítima. Sobre el particular, Jiménez de Asúa, o., vol. et ed. cit., p. 1018.

⁴² Cetera caracterización de Labatut Gléna, *Derecho penal*. 2 vols. t. I (parte general), 7.º ed., actualizada por el profesor Julio Zenteno Vargas, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1976, p. 69.

⁴³ Tales plazos valen parejamente para los grados imperfectos del *iter criminis*, en que la extradición es también procedente, como recalca Cury Urzúa, o. et ed. cit., p. 220.

⁴⁴ Véanse, al respecto, Politoff Lifschitz, o. et vol. cit., pp. 175-176, y Cousiño Mac Iver, o. et vol. cit., pp. 218-219.

⁴⁵ Véanse Novoa Monreal, o., vol. et ed. cit., p. 193, y Cury Urzúa, o. et ed. cit., p. 223.

⁴⁶ En la expresión de Cousiño Mac Iver, o. et vol. cit., p. 220.

COOPERACIÓN Y ASISTENCIA JUDICIAL CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

proceso contra Walter Rauff, al que reservamos ulterior acápite. Menos conflictiva es la pareja de requisitos restantes. Un medio internacionalmente reconocido para combatir la pena de muerte y las perpetuas privativas de la libertad consiste en que se condicione la entrega a que el Estado requirente, de consultarlas en su legislación para el delito de que se trate, se comprometa a no aplicarlas. El Código de Derecho Internacional Privado emplea la fórmula condicional, mas sólo mienta el máximo suplicio (art. 378), algo que marcha al ritmo del draconiano sistema penal chileno, que recién en 2001 suprimió la capital para el derecho penal común y mantiene todavía el presidio perpetuo. Tratados bilaterales de última data, por ejemplo, con Nicaragua (art. 10), subordinan la entrega a que el Estado solicitante dé seguridades en orden a que la pena máxima por cumplir será la inmediatamente inferior al encierro de por vida. Siendo Chile el país que solicita al *extraditurus*, y como sus jueces de fondo no podrían vulnerar el precepto que imponga tales castigos, la única solución sería el ejercicio gubernamental del derecho de gracia, en la forma de conmutación o indulto parcial.⁴⁷ Por último, el *ne bis in idem*, en sus flexiones de causa pendiente de fallo y causa juzgada, plasma en el Código tantas veces citado: “No será concedida la extradición si la persona reclamada ha sido ya juzgada y puesta en libertad, o ha cumplido la pena, o está pendiente de juicio, en el territorio del Estado requerido, por el mismo delito que motiva la solicitud” (art. 358); y “negada la extradición de una persona, no se puede volver a solicitar por el mismo delito” (art. 381).

2.1.3. Derecho formal de extradición; situación jurídica y derechos del extraído

De los sistemas reguladores de la competencia y los procedimientos de extradición en el derecho comparado, esto es, el angloamericano, el francés y el mixto o belga-holandés,⁴⁸ Chile ostenta el mérito de haber escogido el primero, del que acentúa el tinte jurisdiccional y las posibilidades de defensa del reo. Por eso ha merecido elogios dentro y fuera del país.⁴⁹ Expresado de otra manera: si la entrega obtenida o concedida representa un acto de soberanía estatal, por cuyo motivo el único camino

⁴⁷ Así, también, Cousiño Mac Iver, o. et vol. cit., p. 227.

⁴⁸ Ídem, véanse pp. 210-211.

⁴⁹ Confróntese los lisonjeros juicios que le dedica Jiménez de Asúa, en o., vol. et ed. cit., p. 1035.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

que debe seguirse es el diplomático, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, eso nada quita ni pone al hecho de que la decisión determinante está reservada al Poder Judicial. Lo que este resuelva, en sentido afirmativo o denegatorio, no puede ser modificado en caso alguno por el gobierno, y la Cancillería ha de limitarse a realizar las gestiones necesarias para que se cumpla lo fallado por los jueces, entregando materialmente a la persona al país ganancioso u obteniendo su entrega del que la hospede. En resumen, el sistema está diseñado para que no se infiltre la política. Pero apremia hacer constar que el celo de los tribunales, por demás encomiable, en su prerrogativa de examinar y valorar los antecedentes probatorios presentados durante la tramitación del juicio, torna difícil extraer a los que buscan refugio en tierras chilenas.⁵⁰

El Código Procesal Penal divide el rito según se trate de la extradición activa o pasiva, en el título VI de su libro IV (arts. 431-439 y 440-454, respectivamente).⁵¹ Considerando que en el presente contexto interesa más bien la segunda, a ella se contrae el panorama sinóptico que figura a continuación.

La extradición pasiva se tramita en dos instancias, la primera confiada a uno de los ministros de la Corte Suprema, como órgano unipersonal, y la segunda, a una de las salas en que se divide para su funcionamiento colegiado el máximo tribunal (arts. 441 y 450). La solicitud de extradición, con los antecedentes que la justifiquen, debe remitírsela el Ministerio de Relaciones Exteriores, no bien este la reciba del gobierno extranjero que la formuló. El ministro designado por la Corte puede decretar la detención del imputado incluso antes de llegarle el pedido de extradición, “si así se hubiere estipulado en el tratado respectivo”, o si el Estado extranjero lo requiere mediante un pliego que debe identificar al extraído, mencionar la sentencia condenatoria firme o la orden privativa o restrictiva de la libertad emanadas en su contra, calificar el delito que motiva la solicitud, con su lugar y fecha de perpetración, y declarar que se pedirá formalmente la entrega. La detención durará lo que determine

⁵⁰ Maguer muestra reluctancia a comentar procesos todavía no afinados, conjeturamos que esta ha de haber sido una de las razones por las que el ex presidente Alberto Kenya Fujimori decidió entrar al país, el 6 de noviembre de 2005, como pródromo de su “retorno gradual al Perú”, a sabiendas de que la vecina República proseguiría en Chile el empeño por extraditarle, como efectivamente empieza a suceder con la demanda de 3 de enero de 2006.

⁵¹ No conoce el Código las demás formas del instituto, en particular la extradición de tránsito y la reextradición. Para la voluntaria, que allí se denomina “extradición pasiva simplificada”, el artículo 454 dispone que si la persona, debidamente informada de sus derechos y de la protección que le brinda el proceso de extradición, expresa su conformidad en ser entregada al Estado solicitante, el órgano judicial la concederá sin más trámite. Reextradición, extradición de tránsito y extradición voluntaria suelen comparecer en los tratados bilaterales, p. ej., con Nicaragua (art. 17).

COOPERACIÓN Y ASISTENCIA JUDICIAL CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

el tratado aplicable o, en su defecto, no más de dos meses (art. 442). A diferencia del viejo Código de Procedimiento Penal, que no admitía la libertad provisional del encausado, la ley vigente permite modificar, revocar o sustituir la prisión preventiva y otras medidas de cautela personal (art. 447). El procedimiento mismo, oral, público y contencioso, tiene como partes al Estado requirente y al reo o condenado. El interés del primero lo sustenta el ministerio público o el representante nombrado por el Estado extranjero; el del segundo, un defensor penal público o el abogado de su confianza (art. 443). La audiencia de cognición es celebrada con la asistencia de los mandatarios y del reo. Tres días antes, pueden estos ofrecer prueba testimonial, pericial o documental, que se rinde acto seguido de que el requirente relate los antecedentes en que se funda el libelo. El imputado es libre de prestar declaración, pero puede ser interrogado a su vez por el demandante. La audiencia termina con las conclusiones de las partes (arts. 448 y 445). El fallo favorable a la extradición pende de que “de los antecedentes del procedimiento pudiere presumirse que en Chile se deduciría acusación en contra del imputado por los hechos que se le atribuyen” (art. 449). O sea, aunque no está prevista una investigación propiamente dicha, pues se tiene por tal la efectuada ya por los órganos de la persecución penal del país requirente, el juez de la causa accederá a la entrega sólo si se demuestra que hay un fundamento serio para el enjuiciamiento del imputado según las reglas generales (art. 248), y de ahí que, cuando sea preciso, el demandante puede completar, con prueba producida en Chile, los antecedentes reunidos antes de la demanda. El fallo es susceptible de apelación y nulidad (casación) y, una vez firme, el sentenciador pondrá al sujeto a disposición del Ministerio de Relaciones Exteriores para la materialización de la entrega (arts. 450 y 451). Siendo denegatorio, se le libera de inmediato, comunicándose oficialmente al Ministerio el resultado final del procedimiento si el tribunal superior confirma o aprueba lo resuelto (art. 542).

De lo anterior se desprende que la *situación jurídica y los derechos del extraído* son los mismos de cualquier ciudadano que verse en el trance de comparecer a juicio penal. Su defensa, la facultad de prestar declaración o guardar silencio, los recursos disponibles: el entero espectro de garantías encapsuladas en el debido proceso tiene como base una ley que se las reconoce convenientemente. Dado que, además, si hay tratado de extradición la condena debe apoyarse en que el delito esté contemplado entre los que habilitan la entrega —según la terminante dicción del antes recordado artículo 449, letra *b*, del Código Procesal Penal—, resulta que el interesado puede

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

argumentar y eventualmente producir la anulación del fallo cuando en el proceso fueron transgredidas las formas del convenio. Este, pues, no es un acto de alta administración que sólo liga a las naciones contratantes, sino que pasa a integrar el ordenamiento interno, por lo que el extraído puede ampararse en él como si invocase preceptos del Código Penal. Nada distinto prevé el de Derecho Internacional Privado, en sus artículos 368 y 369.

2.1.4. *Jurisprudencia en crímenes internacionales*

La Corte Suprema ha generado una copiosa jurisprudencia de extradición, especialmente en la pasiva y sus condiciones de procedencia. Sin embargo, es muy menguada cuando de crímenes internacionales se trata. No se olvide la falta de tipificación de estos en el derecho interno. Los procesos que han tenido lugar fueron o son sustanciados a partir de delitos comunes, satisfaciendo con su contenido de injusto las exigencias del principio de la doble incriminación.

De ellos, ninguno sobrepasa en importancia al juicio contra Walther Rauff, tramitado a principios de los años sesenta de la pasada centuria por petición de la República Federal de Alemania. Todas las insuficiencias del régimen interno de entrega de criminales perseguidos en el extranjero quedaron de manifiesto en ese procedimiento, que causó inmenso revuelo nacional e internacional. La extradición de Rauff, en su hora alto funcionario de la Oficina Central de Seguridad del antiguo *Reich* alemán y diseñador del mecanismo de asfixia colectiva de judíos mediante la inhalación de monóxido de carbono expelido por motores de combustión interna, fue negada en abril de 1963, a raíz de que los delitos que se imputaba al *extraditurus* —nada menos que noventa y siete mil asesinatos—, en opinión del alto tribunal, estaban prescritos conforme a la legislación del Estado requerido. Así se consumó la “impunidad de un nazi”,⁵² posibilitada por los ripios de la legislación interna y el talante burocrático con que los jueces de segunda instancia abordaron la cuestión del carácter imprescriptible del genocidio en el derecho internacional.⁵³ Ante la inexistencia

⁵² Novoa Monreal, “El caso de Walther Rauff. La impunidad de un nazi”, en su obra *Grandes procesos*, Santiago de Chile, Ediciones Bat, 1988, pp. 58-105. Este autor representó como abogado al Estado alemán en el juicio correspondiente.

⁵³ Véase Guzmán Dalbora, “De la extinción de la responsabilidad penal”, en *Texto y comentario del Código Penal chileno*, tomo I (único publicado), obra dirigida por Sergio Politoff Lifschitz y Luis Ortiz Quiroga, con la coordinación de Jean Pierre Matus Acuña, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. (433-487) 465. El fallo de primera instancia, redactado por don Rafael Fontecilla Riquelme, uno de los mayores penalistas chilenos del siglo XX, había concedido la extradición del siniestro personaje.

COOPERACIÓN Y ASISTENCIA JUDICIAL CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

de tratado entre Chile y Alemania, el proceso concluyó con la imposición a un Estado europeo, enteramente ajeno al Código de Bustamante, de un cuerpo legal que liga tan sólo a ciertos países de América hispana. En la fórmula alternativa del artículo 359 del Código⁵⁴ se encontró la disposición propiciatoria.⁵⁵ Por lo demás, el problema de la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales sigue siendo un acertijo insoluble en Chile.⁵⁶

En nuestros días, el fallo de 23 de agosto de 2005 declina la entrega de dos ciudadanos chilenos acusados en la Argentina de haber intervenido en el asesinato del general Carlos Prats González y su consorte, Sofía Cuthbert Chiarleoni, quienes perecieron en Buenos Aires, durante la primavera austral de 1974, a manos de agentes del aparato represivo del gobierno militar de la sazón, como parte de un plan de exterminio de adversarios políticos. El motivo de la Corte Suprema parece esta vez inobjetable: la *litis pendencia* y que el Tratado de Montevideo libera al Estado requerido de conceder la extradición si el *extraditurus* ha sido o está siendo juzgado en él. Para un delito “a distancia” como este, los tribunales chilenos tienen efectivamente jurisdicción.

2.2. Otros tipos de asistencia judicial previstos en el derecho interno

El valor de cosa juzgada de las sentencias penales extranjeras, sean absolutorias o condenatorias, goza hoy de expreso reconocimiento legal (art. 13 del Código Procesal Penal). El obstáculo, fundado en tradicionales motivos de soberanía, al mérito ejecutivo de condenas foráneas, se ha relajado medianamente en el último tiempo, ya que su cumplimiento aquende las fronteras es posible si existe un tratado internacional. Mas los pasos emprendidos en esta orientación son todavía insuficientes. Se cuenta apenas con un tratado chileno-brasileño (1999) y con la adhesión a la alicorta Convención Iberoamericana para el cumplimiento de condenas penales en el extranjero, suscrita por los miembros de la Organización de Estados Americanos en Managua,

⁵⁴ Quedó consignada *supra*, II, a, apartado dos.

⁵⁵ Rauff continuó en paz su vida en Chile hasta su deceso, ocurrido en 1984. Al final del sepelio los restos fueron despedidos con el saludo nacionalsocialista.

⁵⁶ Nos extendemos sobre ello en nuestro trabajo “Crímenes internacionales y prescripción”, publicado en el volumen *Temas actuales de derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, edición de Kai Ambos, Ezequiel Malarino y Jan Woischnik, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, pp. 103-115, y, en versión portuguesa, “Crimes internacionais e prescrição”, en *Tribunal penal internacional. Possibilidades e desafios*, obra organizada por Kai Ambos y Carlos Eduardo Adriano Japiassú. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, pp. 185-197.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

en 1993.⁵⁷ Chile se ha plegado además (también en 1999) a la Convención sobre el traslado de personas condenadas, que adoptó el Consejo de Europa en 1983. Naturalmente, en ninguno de tales supuestos hay menester del *exequátur*.

La ejecución interna de las demás resoluciones pronunciadas por tribunales extranjeros se somete a la autorización de la Corte Suprema (arts. 247 del Código de Procedimiento Civil y 52 del Código Procesal Penal). Sin embargo, el *placet* dejó de ser imprescindible a partir de noviembre de 2005, al introducirse un precepto con arreglo al cual las solicitudes emanadas de autoridades competentes de otro país para que se practiquen diligencias en Chile, se remiten directamente al ministerio público, organismo que requerirá la intervención del juez de garantía del lugar en que deban realizarse, cuando quiera que la naturaleza de las actuaciones entrañe privar, restringir o perturbar el ejercicio de alguno de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución (arts. 20 *bis* y 70 del Código Procesal Penal).

Diversos pactos bilaterales contemplan formas complementarias de asistencia judicial. Asimismo, Chile es miembro desde 1946 de la Organización Internacional de Policía Criminal.

3. La cooperación con la Corte Penal Internacional

En tanto que el proyecto sobre ratificación del Estatuto de Roma permanezca en el Parlamento, tampoco habrá iniciativas legales tendentes a adecuar el derecho chileno a las exigencias de cooperación y asistencia judiciales con la Corte Penal Internacional. Por esta razón, en lo que viene nos limitaremos a esbozar algunas directrices de la regulación del punto, teniendo en cuenta las normas existentes para la cooperación interestatal, que examinamos en el acápite anterior.

⁵⁷ Alicorta, pues permite el cumplimiento, en Estado distinto del que las pronunció y siempre que lo solicite o acepte el nacional condenado, de penas privativas o restrictivas de la libertad, pero sólo en un régimen de libertad vigilada, condena de ejecución condicional "u otras formas de supervisión sin detención" (como la libertad condicional), durante un período mínimo de seis meses.

3.1. Alcance y fuente de la implementación; la jurisdicción

La reforma de la legislación procesal del país es obligatoria. Lo ordena rotundamente el artículo 88 del Estatuto a los Estados partes. Pero para que el de Chile ofrezca suficiente garantía de que preverá los procedimientos aplicables a todas las formas de cooperación reunidas en el tratado de Roma, lo primero que hay que decidir es el *alcance* que debe asumir la implementación y la *fuentes* jurídica que la amadriegue.⁵⁸

La tradición legalista del país torna inviable una implementación limitada y, por otra parte, la implementación completa basada en una remisión en bloque al Estatuto, sea que se reproduzcan o no las disposiciones respectivas, iría presumiblemente en contra de las aprensiones de jurisdicción y soberanía surgidas en los cuerpos legisladores y el Tribunal Constitucional. En consecuencia, parece recomendable el modelo de la codificación. Aquí se ofrecen dos caminos formales: una ley especial o bien la reforma de los Códigos en vigor. El primero, más práctico y de sencillo ajuste, tiene el inconveniente de estimular el galopante proceso de descodificación que corroe al derecho penal chileno, y, sobre todo, no imprime al tema esa vocación de estabilidad, permanencia y realce ante los ojos de la comunidad que sólo pueden procurar los códigos. Contra el segundo, en cambio, no se elevan esos reparos, si bien demanda la prolija revisión de un crecido número de textos. Ahora bien, de los cinco que entran en consideración (los códigos Penal, Procesal Penal, Orgánico de Tribunales y de Justicia Militar, y la ley n.º 19640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público), sólo el segundo y el quinto son recientes y, por ende, de fácil adaptación; en cambio, modificar los restantes será tarea asaz compleja, salvo en un aspecto, crucial por demás: la *jurisdicción*. Sobrentendido que se dará prioridad a la jurisdicción nacional —el debate de constitucionalidad y los criterios reinantes en el derecho político no permiten aventurar otra cosa—, la reforma debiera enunciar, al interior de una lista nominativa de crímenes regidos por el principio de justicia universal —lo que no

⁵⁸ Sobre los modelos conocidos al respecto en el panorama comparado, a saber, implementación completa (por remisión al Estatuto o bien mediante una codificación propia) e implementación limitada (sólo de normas de procedimiento para la cooperación con la Corte y la adecuación de los delitos contra la administración de justicia), véase Ambos, "La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania", traducción de Pablo Galain Palermo y Oliver Büchl, en *Dificultades jurídicas y políticas en la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, o. cit., pp. (15-46) 19-21.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

hace hoy el artículo 6.º del Código Órgánico de Tribunales—, que quedan sometidos a la ley penal chilena los contemplados en el Estatuto de Roma, a menos que el culpable se encuentre en el extranjero y el hecho sea objeto de persecución por la Corte Penal Internacional o por el Estado en que hubiere sido cometido.⁵⁹ Si, paralelamente, se mantiene inalterados los artículos 5.º y 6.º del Código Penal, se obtendría, primero, la reafirmación del carácter prioritario de la jurisdicción nacional cuando el delito fue perpetrado en Chile —principio territorial—,⁶⁰ y su aplicación subsidiaria, con preferencia de la extranjera o la de la Corte, cuando la comisión ocurrió fuera de las fronteras chilenas —principio universal. Tal sería el sentido interno de la frase “el Estado que tiene la jurisdicción”, en el artículo 17 del Estatuto.

3.2. Órganos competentes

Naturalmente, la competencia para la persecución penal nacional ha de ostentarla el ministerio público.

Este organismo está estructurado en una fiscalía nacional y varias fiscalías regionales, las que, a su turno, actúan mediante fiscalías locales. Un piélago de disposiciones de la ley n.º 19640, especialmente sus artículos 18 y 19, muestran que, frente a delitos de particular gravedad o de complejo esclarecimiento, el fiscal nacional puede asumir de oficio la investigación y ejercer directamente la acción penal, o bien disponer que se encargue de ello un determinado fiscal regional.⁶¹ Concentrar estas

⁵⁹ Una fórmula semejante, aunque no idéntica, a la del parágrafo 153f de la Ordenanza procesal penal, en relación con el parágrafo primero del Código Penal internacional alemán. Véanse Ambos, “Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional”, en *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, o. cit., pp. (26-31) 27, y *La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania*, en loc. cit., pp. 25-26.

⁶⁰ El proyecto gubernamental de reforma a la Constitución se inclina claramente por esta alternativa, en la forma de una preocupación por la actual falta de prioridad del Estado para juzgar crímenes internacionales cometidos en su territorio. En la exposición de motivos se lee que mientras Chile no ratifique el Estatuto y adecue la legislación, “cualquiera de sus nacionales puede ser juzgado ante una jurisdicción estatal extranjera, incluso por delitos cometidos dentro del territorio nacional, por el simple hecho de su captura o detención en ese Estado, en virtud del principio de universalidad y de las tendencias imperantes en el orden internacional”; “el Estado a cuya nacionalidad pertenece el inculpado o en cuyo territorio se cometió el ilícito carece [actualmente] de una garantía de preferencia para el juzgamiento de los hechos y, por ende, aun cuando reclame primacía para su jurisdicción interna, no existe reconocimiento explícito en el derecho internacional para ello”. “A fin de cuentas —continúa la exposición de motivos—, es en virtud de la complementariedad entre la CPI y las jurisdicciones estatales que los Estados adquieren competencia para perseguir la responsabilidad penal internacional y, de ese modo, dar satisfacción al interés de la sociedad mundial involucrado en su sanción. Del mismo modo, es en virtud de ese principio que los Estados obtienen un derecho preferente, consagrado normativamente en el derecho internacional, para ejercer sus jurisdicciones nacionales respecto de estos delitos. Por último, de este principio emana también el reconocimiento de la capacidad de un Estado para materializar la responsabilidad penal internacional por medio de la actividad jurisdiccional estatal o interna”.

⁶¹ De hecho, la Fiscalía nacional ha echado mano de esta facultad de avocación en el enjuiciamiento de delitos comunes, sin trascendencia internacional, por su gravedad interna o la investidura de las personas involucradas.

COOPERACIÓN Y ASISTENCIA JUDICIAL CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

actividades en la cabeza del servicio, cuando se trate de crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional, reúne en su favor entrambos argumentos, no menos que el de la necesidad de poner a tono la envergadura de semejantes procesos con la ordenación jerárquica del ministerio público y la aplicación uniforme de la ley en el marco total de la administración de justicia. La facultad de abstenerse de iniciar la investigación, por no constituir delito los hechos denunciados o porque los antecedentes permitan establecer la extinción de la responsabilidad penal del imputado, se sometería a la aprobación del juez de garantía. El archivo provisional de investigaciones en las que no haya antecedentes que permitan desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos, se sustrae a la aprobación judicial. Por su parte, la atribución de no iniciar la persecución penal o de abandonar la ya comenzada, sobre la base del principio de oportunidad, está básicamente excluida, puesto que los actos de que hablamos tienen señaladas penas superiores a las que franquean el arbitrio (arts. 167, 168 y 170 del Código Procesal Penal).⁶² La jurisdicción propiamente dicha debiera corresponder a un tribunal oral en lo penal de la región metropolitana, o sea, la capital del país, donde tiene su sede el fiscal nacional.

Desde la perspectiva jurisdiccional de la Corte, las solicitudes de cooperación y asistencia podrían remitirse directamente al ministerio público para que este las haga cumplir, lo mismo que se predica hoy de las peticiones de tribunales extranjeros, a menos que se trate de un procedimiento de entrega, en cuyo caso entendemos que la demanda tendría que emplear el conducto del Ministerio de Relaciones Exteriores, como en la extradición.

3.3. Detención y entrega de personas

La *solicitud* de detención y entrega puede sujetarse a los requisitos de la extradición pasiva. Recibida a través del Ministerio de Relaciones Exteriores, este la remitirá a la Corte Suprema para la designación del ministro correspondiente. El *procedimiento* para la entrega diferirá según se cuente o no con la aquiescencia del requerido, de suerte que sólo la entrega forzosa determine la audiencia de cognición, la producción de pruebas y la valoración de éstas en la sentencia. El examen material de los antecedentes presentados parece insoslayable, ya que detención y entrega entrañan

⁶² Al respecto, véase nuestra contribución citada *supra*, nota 4.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

consecuencias iguales, por su injerencia en los derechos del acusado o condenado, a las actuaciones correspondientes del procedimiento de extradición. La *detención previa* a la formulación de la solicitud de entrega sería factible en los mismos términos que conocemos, es decir, siempre que la petición identifique al imputado, nombre los delitos que se le atribuyen, con su calificación jurídica, y declare que se pedirá formalmente la entrega. La prisión preventiva podrá prolongarse hasta el plazo señalado en las Reglas de Procedimiento y Prueba, pudiendo ser revocada o sustituida por otras medidas cautelares que aseguren que el sujeto no se sustraerá al tribunal, no obstaculizará el procedimiento ni constreñirá a las partes o terceros del pleito a proceder deslealmente. También en esto sus *derechos* serían los de cualquier extraído, en particular, los de ser presentado sin dilación ante el magistrado que lo juzgará y contar desde el principio con defensa letrada. Las *consultas* con la Corte Penal Internacional sobre los documentos, testimonios y otras informaciones necesarios para acordar la entrega las evacuaría la Corte Suprema por conducto de la Cancillería. En fin, como la ley interna no regula el problema de las *solicitudes concurrentes* de extradición, sería indicado prohiar íntegramente el artículo 90 del Estatuto, dando preferencia a la Corte en la entrega del acusado, si se cumplen los presupuestos previstos allí.

3.4. Principio de especialidad

Sabida es la limitación que éste experimenta en el Estatuto de Roma, que si lo reconoce en línea de máxima, pues “quien haya sido entregado a la Corte [...] no será procesado, castigado o detenido por una conducta anterior a su entrega [...]”, seguidamente vuelve sobre sus pasos para mutilarle, en la medida en que la Corte puede pedir al Estado requerido que la dispense de acatar ese precipitado de la legalidad penal (art. 101). Anotamos en su momento que la especialidad no comparece en la ley interna de Chile, sino en los tratados suscritos por el país a propósito de la extradición. Como el sentido de este principio finca en proteger a la persona de un abuso de poder por sus jueces, consideramos que la solicitud de ampliación planteada por la Corte ha de tramitarse como una nueva demanda de entrega, que especifique los delitos y adjunte los antecedentes a que se extenderá el enjuiciamiento.⁶³

⁶³ Véase lo que consignamos *supra*, nota 39, y, adicionalmente, Cousiño Mac Iver, o. et vol. cit., p. 226, para el cual en estos casos hay que exigir la reunión copulativa de dos requisitos: “aceptación por parte del Estado requerido y del reo”.

3.5. Traslado del detenido

Equivalente a la extradición de tránsito, tampoco contemplada en el derecho interno, recomendamos regularla al hilo del artículo 89, número 3, del Estatuto, incluida la posibilidad de una detención provisional en caso de aterrizaje forzoso de la aeronave en que se conduzca al individuo.

3.6. Ejecución de sentencias y órdenes

La colaboración en la *ejecución de penas privativas de la libertad* descansa en que el Estado donde se cumplirán manifieste a la Corte su propósito de recibir condenados; pero las condiciones del cumplimiento se rigen por las normas internacionalmente admitidas sobre el trato de los reclusos (arts. 103, letra *a*, y 106, número 1, del Estatuto). Este es un caso en que se yergue un grave impedimento a que condenados por la Corte sean recluidos en prisiones chilenas. El ordenamiento nacional no acata cabalmente el principio de legalidad en el cumplimiento de las penas privativas de la libertad, a causa de la carencia de una ley de ejecución, desigualdades en la irrogación de los castigos —privilegios personales, cárceles de pago, etcétera— y la total sujeción del preso a las autoridades de la administración penitenciaria.⁶⁴ Como la condición del condenado frente a la entidad estatal dista mucho de los caracteres distintivos de una relación jurídica y semeja más una situación unilateral de sometimiento, la asistencia a la Corte será imposible en tanto que no sea reconocido el verdadero estatus jurídico del preso en el derecho penal moderno. Sin embargo, una colaboración en el cumplimiento de las penas de multa y comiso es bajo todo punto factible con arreglo al artículo 109 del Estatuto.

Las otras formas de asistencia a la actividad de la Corte, que no consistan en la entrega de personas (individualización de sujetos e identificación de objetos, práctica de pruebas, interrogación de individuos objeto de enjuiciamiento, traslado provisional de inculpados o testigos, allanamientos, decomisos, etcétera), pueden quedar entregadas a las reglas generales, a saber, que las realice el ministerio público y, si la

⁶⁴ Confróntese nuestro artículo “Consideraciones críticas sobre el Reglamento penitenciario chileno”, en el volumen *De las penas, Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*, Buenos Aires, Depalma, 1997, pp. 271-279, y, antes, en la revista *Gaceta Jurídica*, de Santiago de Chile, n.º 168, junio de 1994, pp. 12-17.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

diligencia involucra el menoscabo de garantías constitucionales, especialmente si hubiere que emplear medios de coerción, que las apruebe un tribunal. Esta colaboración podría extenderse a especies que el Estatuto no nombra expresamente, siquiera la subordinación del ministerio fiscal y de los tribunales al principio de legalidad, requeriría su enunciación pormenorizada en la ley: una mención genérica sería impropcedente.

3.7. Procedimientos de consulta

Las solicitudes de la Corte que planteen problemas de cumplimiento según el derecho interno debieran ser contestadas con la consulta del caso por el ministerio público o la Corte Suprema, dependiendo de que esté en juego o no la entrega de personas.

3.8. Actuación de funcionarios de la Corte en territorio nacional

He aquí uno de los extremos más controvertidos por los impugnantes del Estatuto en el proceso de calificación de constitucionalidad.⁶⁵ Con todo, no bien se allanen los impedimentos que se quiso ver en la Constitución, los funcionarios de la Corte podrían realizar directamente actuaciones en Chile, reserva hecha de impartir medidas de carácter coercitivo.

3.9. Solicitudes del Estado a la Corte

Si es el Estado de Chile el que instruye una investigación o sustancia un juicio por crímenes en que la Corte sería competente, el ministerio público o, en su caso, el tribunal competente, podrían solicitar la colaboración de aquélla, cumpliéndose los requisitos formales y los contenidos indicados en los artículos 93, número 1, y 96, número 2, del Estatuto.

⁶⁵ Véase nuestro informe en el volumen *Dificultades jurídicas y políticas en la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, o. cit., pp. 182-183.

4. Protección penal de la administración de justicia de la Corte

4.1. Panorama general de los delitos contra la administración de justicia en la legislación comparada

En otra obra, a cuyo desarrollo circunstanciado del tema nos permitimos remitir al lector,⁶⁶ hicimos constar que en la perspectiva de la legislación penal comparada los delitos contra la administración de justicia muestran un panorama bastante irregular, donde la única característica que se reitera en una visión de conjunto es una variedad y complejidad extraordinarias. Semejante falta de uniformidad plasma en una batería de manifestaciones concretas y dificulta sobremanera la ordenación sistemática de esta familia de infracciones. Por ejemplo, la cuestión de los delitos contra la administración de justicia que consulta o silencia el articulado de los códigos; ello porque, excepción hecha de ciertas figuras inveteradas, que forman un núcleo relativamente invariable, la extensión cuantitativa de la tutela presenta acusadas diferencias. Sucesivamente, la diversidad de los términos que el legislador aplica para nombrar el espectro global de los delitos, cuando tal designación existe en las rúbricas legales, lo que no siempre se da, sobre todo en los textos antiguos y aun en algunos de nuestros días. En fin, las variaciones de contenido en la estructura íntima de los tipos más comunes constituye, con toda seguridad, el dato más ilustrativo del oscilante y enmarañado espectáculo del grupo en los ordenamientos occidentales.

Por lo mismo, optamos allí por clasificar los principales ordenamientos europeocontinentales e iberoamericanos, siguiendo la pauta de si los códigos destinan un título o epígrafe especiales a la administración de justicia (sistemas de regulación autónoma), o se abstienen de concederle una disciplina diferenciada (sistemas de regulación no autónoma). Siendo exacto que las rúbricas de la ley no pasan de ser simples elementos de la labor hermenéutica y que su valor de ninguna manera resulta vinculante para el intérprete, en la especie, sin embargo, a este criterio debe reconocerse cierta importancia, por la doble razón de que la presencia o, en su caso, ausencia del epígrafe en la letra de la ley, por lo común constituye un indicio de la clase de tutela penal que se acuerda a la administración de justicia, no menos que de la amplitud

⁶⁶ Guzmán Dalbora, *Introducción a los delitos contra la administración de justicia. Objeto, sistema y panorama comparativo*, Managua, Publicaciones del Instituto Centroamericano de Estudios Penales de la Universidad Politécnica de Nicaragua, 2005, pp. 57-59.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

de tal tutela, en general más extensa e intensa en los sistemas de regulación autónoma que en los demás.

4.2. Su presentación en el Código chileno

El Código Penal sancionado en noviembre de 1874 y vigente desde el primero de marzo de 1875 reconoce su fuente principal en el español de 1848-1850, que sobre él ejerció “una influencia casi única y constante”.⁶⁷ En estas circunstancias, no puede mover a extrañeza que prohíje la regulación no autónoma de los textos hispanos del siglo XIX, con el asistematismo y las insuficiencias ingénitos a aquella técnica. Presentaremos resumidamente las figuras al hilo de las formas genéricas de atentar contra este bien jurídico.⁶⁸

a. De las múltiples modalidades de atentar los justiciables contra la supremacía de la jurisdicción haciéndose justicia por mano propia, el Código rescató apenas una, en el artículo 494, número 20.º, que en la actualidad reprime con pena de multa al que “con violencia se apoderare de una cosa perteneciente a su deudor para hacerse pago con ella”.

b. También la disposición concerniente a la usurpación de atribuciones judiciales ha permanecido fiel a su redacción primitiva. El párrafo segundo del artículo 222 establece: “todo empleado del orden administrativo que se arrogare atribuciones judiciales o impidiere la ejecución de una providencia dictada por tribunal competente”, incurrirá en la pena de suspensión del empleo en su grado medio. El Código deja hasta aquí el tema de la usurpación de atribuciones, es decir, se abstiene de dilatar la intervención punitiva para que abrace formas de mera puesta en riesgo del bien jurídico, como las intimaciones dirigidas por funcionarios públicos a autoridades judiciales y concernientes a asuntos de la exclusiva competencia de estas.

c. Dos delitos traducen una infracción de sus deberes especiales para con la administración de justicia por los órganos que la componen y los sujetos que deben prestarle auxilio. En primer lugar, la omisión de denuncia, tipificada en el Código Procesal Penal (arts. 175 a 177), y la prevaricación, de la que el Código Penal describe

⁶⁷ Rivacoba y Rivacoba, *Evolución histórica del derecho penal chileno*, Valparaíso, Edeval, 1991, p. 47.

⁶⁸ Véase, nuevamente, nuestra *Introducción a los delitos contra la administración de justicia*, o. cit., pp. 51-53.

COOPERACIÓN Y ASISTENCIA JUDICIAL CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

sus tres especies (judicial, político-administrativa, y de abogados y procuradores) en un régimen sumamente casuista (arts. 223-232).

d. Los delitos que consisten en quebrantar las partes o los terceros de un pleito las obligaciones especiales que los ligan al órgano jurisdiccional, que son el testimonio, la pericia o interpretación falsos, el perjurio y la presentación de pruebas falsas en juicio, en los artículos 206-212, fueron actualizados poco ha por la ley n.º 20074, de 14 de noviembre de 2005. Digno de interés es que la única especie de participación elevada a tipo autónomo es la nombrada en último lugar. La corrupción de testigos, a su turno, debe castigarse conforme a las reglas de la inducción. Tampoco hay delitos específicos para sancionar a quien obstruye la comparecencia de testigos o adopta represalias por lo que declararon. Estas formas de entorpecer a la justicia sólo pueden encajar en las coacciones, amenazas y otros delitos comunes.

e. Asimismo parco e insuficiente se muestra el Código en la tutela del impulso que debe dar origen al proceso penal. Sólo existen la decimonónica denuncia y querrela calumniosas, en el artículo 211. Son atípicas la simulación de delito y el fraude procesal.

f. En los actos de entorpecimiento a la jurisdicción, “con una vieja técnica condenable, el Código chileno se refiere a los encubridores en el artículo 17, entre las personas responsables de los delitos, a continuación de los autores y de los cómplices, y como una categoría de participación”.⁶⁹ Por si no bastara, los ripios y las limitaciones inherentes a esta técnica, repudiada unánimemente por la doctrina, se han visto acrecentados a raíz de reformas recientes. La receptación está escindida entre el artículo en palabra y, cuando se trate de la adquisición de especies hurtadas o robadas, el 456 *bis* A, en la parte especial. El favorecimiento, en cambio, es siempre un tipo no independiente, ya que tras la reforma de noviembre de 2005 fue derogado el favorecimiento del delito, es decir, la supresión de pruebas causada después de la *notitia criminis*, y en su lugar se dejó la obstaculización grave del esclarecimiento de un hecho punible o de la determinación de sus responsables, mediante aportación de antecedentes falsos al ministerio público, y la conducta del fiscal que a sabiendas oculte, altere o destruya antecedentes probatorios (arts. 269 *bis* y 269 *ter*).

⁶⁹ Peña Wasaff, “Autoría y participación en el delito”, en la *Revista de Ciencias Jurídicas*, n.º 3, diciembre de 1972, Valparaíso, Editorial Jurídica de Chile, pp. (85-128) 105.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

g. Finalmente, están aquellos que retratan una obstaculización o impedición del cumplimiento de resoluciones judiciales. Por lo pronto, el texto no se ocupa para nada de los fallos en lo civil.⁷⁰ Sólo regula el quebrantamiento de condena y la evasión de detenidos. El primero comparece en la parte general (art. 90). En cuanto a la segunda, obsérvese que el detenido y el sujeto a prisión preventiva que se evaden no cometen delito alguno, pero sí quienes se hacen culpables de connivencia en la evasión de detenidos, presos o condenados, los sustraen de donde se hallaren o facilitan su liberación (arts. 299-304).

4.3. Cotejo con los tipos del Estatuto de Roma y criterios para la reforma del Código vigente

La obligación directa de implementación contenida en el artículo 70 del Estatuto de Roma, en el sentido de que los países signatarios extiendan la tutela penal de su administración de justicia a la jurisdicción de la Corte, por modo de posibilitar la persecución penal nacional de los delitos contra ésta cometidos en el territorio del Estado o por sus súbditos, comporta un cambio significativo en la concepción de los límites de la protección de este bien jurídico. Para el derecho chileno, lo mismo que la inmensa mayoría de los ordenamientos occidentales, es válida aún la acotación que Maurach estampó algunas décadas atrás: como los principios fundamentales que yacen en los tipos de los delitos contra el Estado reciben sólo la protección del propio Estado, así también estos delitos protegen únicamente la administración de justicia nacional.⁷¹

En consecuencia, la adecuación de los delitos existentes y la introducción de los que se echa de ver requieren que unos y otros incluyan como objeto de tutela y, a la vez, sujeto pasivo, a la Corte y, en nuestra opinión, también otros tribunales de carácter internacional. Se trata de una modificación sencilla en el caso del falso

⁷⁰ La autoridad de estas resoluciones queda protegida por un tipo peligrosamente abierto, en el Código de Procedimiento Civil, artículo 240.

⁷¹ *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil*, Karlsruhe, Verlag C.F. Müller, 1964, 4^o ed., p. 633. Esta opinión se reitera en Maurach, Schroeder y Maiwald, *Strafrecht. Besonderer Teil*, 2 vols., t. II, Heidelberg, C.F. Müller, 1999, 8^o ed., p. 212, e implica que la tutela no se extiende a las jurisdicciones extranjera e internacional, salvo disposición expresa. Acerca de la situación presente del derecho penal alemán, donde no se ha modificado todavía los delitos respectivos del Código, véase Ambos, *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht-Völkerstrafrecht-Europäisches Strafrecht. Ein Studienbuch*, Múnich, C.H. Beck, 2006, p. 251.

COOPERACIÓN Y ASISTENCIA JUDICIAL CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

testimonio y la presentación de pruebas falsas en juicio, para los que bastaría la añadidura de una simple cláusula o un párrafo adicional. Sin embargo, son precisos tipos nuevos, provistos asimismo de la referencia a la jurisdicción supraestatal, para castigar la corrupción de testigos, la obstrucción de su comparecencia, las represalias contra sus declaraciones, así como el cohecho o la coacción de funcionarios de la Corte y la realización de represalias por sus actuaciones. Sólo el soborno de funcionarios debiera regularse a remolque del cohecho común (arts. 248-250 *bis* B), al paso que los epifenómenos del testimonio y la producción de pruebas falsos no debieran disociarse del hecho principal al que acceden. También parece aconsejable extender los sujetos activos de la prevaricación judicial y el prevaricato de fiscales del ministerio público, a los jueces y funcionarios de tribunales internacionales.

5 • Conclusiones

El derecho interno, cuando menos el legislado, no es reacio por principio a un ajuste adecuado a las exigencias de cooperación y asistencia judiciales con la Corte Penal Internacional. Por lo demás, historia y praxis jurisprudencial evidencian una disposición colaboradora con la jurisdicción extranjera en la persecución de los delitos y el castigo de sus responsables. Las excepciones a esta regla pertenecen a momentos de quiebre del Estado de derecho y sus secuelas ulteriores, y no representan el proceder generalizado de los tribunales. Tal actitud de colaboración pudiera servir como base de las tareas de asistencia a la justicia penal supraestatal, en lo que ha de tenerse presente, empero, el celo de la judicatura chilena a la hora de conceder la entrega de sujetos reclamados por órganos extranjeros y, además, la línea legalista, incluso exegética, del país.

Los obstáculos al proceso de implementación del Estatuto de Roma están más bien enraizados en la Constitución de 1980, atendido su ayuno de normas que permitan la apropiada inserción de Chile como sujeto del vigente derecho internacional y el contraste entre su contenido original y el modificado en 1989 y 2005, reformas que no eliminaron, ni por asomo, el efecto monista y aislacionista del ordenamiento interno respecto del derecho público supraestatal, querido por el constituyente.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

Tampoco se dispone de preceptos legales y conceptos dogmáticos claros, luego susceptibles de proficua aplicación, sobre los crímenes internacionales, sus reglas de imputación y el modo de perseguirlos y sancionarlos. Estas carencias de derecho penal material conspiran contra el manejo formal del tema, en términos de competencia y procedimiento. Asimismo, es altamente probable que el prurito de soberanía, eco de nociones decimonónicas, se deje sentir en el espectro de tareas *de lege ferenda* y entorpezca su progreso, como ya se aprecia en la discusión actual del Senado.

En conclusión, sólo un mudamiento de las circunstancias políticas, cambio apuntalado por un influjo consistente en los poderes públicos de especialistas de probada competencia en la materia, es decir, penalistas concedores del derecho internacional penal e internacionalistas capaces de persuadir a los legisladores acerca de lo insostenible de la posición del ordenamiento nacional ante el mundial —nada de lo cual ha sucedido hasta la fecha—, permitirá una ratificación que haga realidad el Estatuto, libre de reservas o declaraciones prohibidas, y un proceso de implementación semejante al inaugurado en los países de nuestra cultura jurídica. Mientras ello no ocurra, nuestro parecer seguirá siendo el de un año atrás: que todo apunta a que ratificación e implementación tienen por delante un derrotero borrascoso y de éxito incierto.

Bibliografía

- AMBOS, Kai: *Internationales Strafrecht. Strafanwendungsrecht-Völkerstrafrecht-Europäisches Strafrecht. Ein Studienbuch*, Múnich: C.H. Beck, 2006.
- *Implementación del Estatuto de Roma en la legislación nacional*, en Kai AMBOS y Ezequiel MALARINO (eds.): *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2003, pp. 26-31.
- “La implementación del Estatuto de la Corte Penal Internacional en Alemania”, en Kai AMBOS, Ezequiel MALARINO y Jan WOISCHNIK (eds.): *Dificultades jurídicas y políticas en la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Contribuciones de América Latina y Alemania*, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2006, pp. 15-46.
- AMBOS, Kai y Ezequiel MALARINO: “Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina. Conclusiones preliminares”, en *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, o. cit., pp. 577-589.

COOPERACIÓN Y ASISTENCIA JUDICIAL CON LA CORTE PENAL INTERNACIONAL

- COUSIÑO MAC IVER, Luis: *Derecho penal chileno*, parte general, 3 vols. publicados, t. I, (1975), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1975-1992.
- CURY URZÚA, Enrique: *Derecho penal*, parte general, 7.º ed. ampliada, Santiago de Chile: Ediciones de la Universidad Católica de Chile, 2005.
- GÁLVEZ, Polo: "Procesos constitucionales para la ratificación del Estatuto de Roma en los países latinoamericanos", en *Anuario de derecho constitucional latinoamericano*, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2002, pp. 435-447.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis: "Informe sobre Chile", en *Dificultades jurídicas y políticas en la ratificación o implementación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, o. cit., pp. 171-195.
- Informe relativo a Chile en *Persecución penal nacional de crímenes internacionales en América Latina y España*, o. cit., pp. 163-200.
 - "Relaciones del derecho penal con el derecho constitucional, y su concreción en la Constitución política chilena (1980)", en *Anuario de filosofía jurídica y social*, Valparaíso: Edeval, n.º 12, 1994, pp. 165-199.
 - "Crímenes internacionales y prescripción", en Kai AMBOS, Ezequiel MALARINO y Jan WOISCHNIK (eds.): *Temas actuales de derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, pp. 103-115, y, en versión portuguesa, "Crimes internacionais e prescrição", en Kai AMBOS y Carlos Eduardo ADRIANO JAPIASSÚ (org.): *Tribunal penal internacional. Possibilidades e desafios*, Río de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005, pp. 185-197.
 - "De la extinción de la responsabilidad penal", en Sergio POLITOFF LIFSCHITZ y Luis ORTIZ QUIROGA (dir.) y Jean Pierre MATUS ACUÑA (coord.): *Texto y comentario del Código Penal chileno*, tomo I (único publicado), Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 433-487.
 - "Consideraciones críticas sobre el Reglamento penitenciario chileno", en *De las penas, Homenaje al profesor Isidoro de Benedetti*, Buenos Aires: Depalma, 1997, pp. 271-279, y, antes, en revista *Gaceta Jurídica*, de Santiago de Chile, n.º 168, junio de 1994, pp. 12-17.
 - *Introducción a los delitos contra la administración de justicia. Objeto, sistema y panorama comparativo*, Managua: Publicaciones del Instituto Centroamericano de Estudios Penales de la Universidad Politécnica de Nicaragua, 2005.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis: *Tratado de derecho penal*, 7 vols. publicados, t. II, 2.º ed., Buenos Aires: Losada, 1950.
- LABATUT GLENA, Gustavo: *Derecho penal*, 2 vols., t. I (parte general), 7.º ed., actualizada por el profesor Julio ZENTENO VARGAS, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1976.
- MAURACH, Reinhart: *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil*, 4.º ed., Karlsruhe: Verlag C.F. Müller, 1964.

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA

- MAURACH, Reinhart, Friedrich-Christian SCHROEDER y Manfred MAIWALD: *Strafrecht. Besonderer Teil*, 2 vols., 8.º ed., Heidelberg: C.F. Müller, 1999.
- NOVOA MONREAL, Eduardo: *Curso de derecho penal chileno*, parte general, 2 vols., 2.ª ed., Santiago de Chile: Editorial Jurídica Ediar-ConoSur, 1985.
- “El caso de Walther Rauff. La impunidad de un nazi”, en su obra *Grandes procesos*, Santiago de Chile: Ediciones Bat, 1988, pp. 58-105.
- PEÑA WASAFF, Silvia: “Autoría y participación en el delito”, en *Revista de ciencias jurídicas*, n.º 3, diciembre de 1972, Valparaíso: Editorial Jurídica de Chile, pp. 85-128.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio: *Derecho penal*, tomo I (único publicado), Santiago de Chile: Editorial Jurídica ConoSur, 1997.
- POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, Jean Pierre MATUS ACUÑA y María Cecilia RAMÍREZ GUZMÁN: *Lecciones de derecho penal chileno*, parte general, Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de: *Evolución histórica del derecho penal chileno*, Valparaíso: Edeval, 1991.