

El Principio Territorial, Juzgamiento Penal y Estricta Jurisdiccionalidad

Mario Rojas Sepúlveda

Profesor de Derecho Procesal*

UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Introducción

La globalización o mundialización de los diversos tipos de relaciones sociales constituye, en los días que corren, una constatación fáctica de evidencia, impuesta por la realidad. Poco tiempo atrás, la idea de la extensión de la órbita de influencia de un sujeto, hasta más allá de las fronteras territoriales sujetas al fenómeno de la unidad de un poder organizado y potencialmente ejecutivo, constituía una vivencia de escasa frecuencia, en la medida que suponía, casi necesariamente, un traslado físico, usualmente dificultoso. Actualmente, en notable contraste, una persona emplazada en una remota nación, al sur del mundo, como la nuestra, puede generar múltiples y complejas manifestaciones de voluntad en reducido lapso y comunicarlas, en todo tipo de direcciones, a través de medios prácticamente instantáneos, e, incluso, conectados a redes mundiales interactivas de transmisión.

Esta realidad de hecho avanza con una progresividad que supera, con mucho, a todo proceso reflexivo y todavía a uno de mínima profundidad, pese a la obvia relevancia de sus consecuencias en el campo de las relaciones humanas.

Así, verbigracia, se ha dicho entre nosotros que la mundialización, lejos de conducir a una interacción humana plena, puede llevar a la asociación de soledades individuales. Para constatarlo, piénsese en los medios de comunicación pública, que tienden a la formación de cadenas mundiales de información. El fenómeno es de evidente necesidad, toda vez que, en una sociedad globalizada, es menester que las personas conozcamos los hechos que ocurren en los más variados lugares. Pero esa necesidad impone, a la vez, una imprescindible y extrema síntesis de los hechos, toda vez que mientras más hechos necesitamos que sean conocidos, menor es el tiempo que a esa aprehensión intelectual podemos dedicar. La síntesis del hecho humano transmitido tiene, entonces, la ventaja de la cantidad de hechos que podemos conocer. Presenta, sin embargo, una notable debilidad: el hecho no puede ser conocido y aprehendido en su plenitud humana vivencial.

* Artículo escrito con colaboración del profesor ayudante don Julián Muñoz Riveros.

En otra perspectiva, el modo de vida actual nos otorga la posibilidad de comunicarnos, en poco tiempo, con muchísimas más personas de aquellas con que nuestros ancestros podían tomar contacto en extensos lapsos de su vida. Pero, por lo mismo, la riqueza y contenido del contacto humano disminuye en inversa proporción. Estas y otras connotaciones similares del proceso que vivimos puede llevar, como se venía diciendo, en contrario de cuanto podía esperarse de la mundialización, a la concepción de la vida como una simple asociación de soledades individuales. ¿Qué consecuencias podemos esperar para las relaciones humanas?

Otra cuestión de especial importancia se orienta hacia las repercusiones en el entendimiento y alcance de la idea de la diversidad de nacionalidades y consecuente organización de unidades sociales, emplazadas dentro de territorios determinados, sujetos a poderes soberanos y equivalentes entre sí. Porque parece palmario que, en un contexto mundializado, la intensidad del principio puede tender a un progresivo debilitamiento, en la medida que a un grupo de individuos emplazado, por ejemplo, en Francia, le interesará en mayor dimensión lo que ocurra, verbigracia, en Bolivia, que en un tipo de sociedad integrada en menor proporción. Y, desde siempre, el concepto de interés sirve de cimiento al de mandato obligatorio, que, en síntesis, lo tutela. De esta idea se derivan enormes problemáticas. Primero, ¿tiene verdadero sentido el debilitamiento del principio de nacionalidad y de su proyección jurídica en organizaciones soberanas, independientes y equivalentes entre sí? Segundo, si lo tiene, ¿puede llegar a tener sentido, incluso, la destrucción del principio? Tercero, ¿qué traumas y conflictos habrán de ser enfrentados en este camino y qué reacciones nacionalistas podemos esperar? Y, cuarto, ¿qué puede esperarse de este tipo de procesos para la libertad del hombre, la igualdad de oportunidades y la satisfacción de las necesidades espirituales y materiales, esto es, en resumen, para el bien humano?

Hemos querido comenzar la exposición con estas ideas, porque sentimos que la globalización o mundialización de las relaciones sociales, que es una cuestión de hecho, evidente a todos los ojos, ha venido dando lugar a la introducción de una serie de ideas, que no se encuentran necesaria y conceptualmente asociadas, pero que se vienen asumiendo sin reflexión, sin meditación, como una moda que invade las conciencias, adormeciéndolas. El fenómeno es parecido a otro coetáneo y probablemente ligado: cada día contamos con mayores cantidades de información y de conocimiento, en inversa proporción a aquella en que reflexionamos y meditamos en torno a esas bases. Así, actualmente, el Congreso Nacional debate acerca de la aprobación o rechazo del Tratado Internacional de Roma, acordado el 17 de julio de 1998, que erige el Estatuto de una Corte Penal Internacional, que deriva, obviamente, en una relevante transferencia de las soberanías nacionales.

¿Hemos reflexionado y meditado en Chile acerca de las implicancias de su aprobación o rechazo? ¿Tiene sentido que algunos parlamentarios lo justifiquen simplemente sobre la base de la realidad de hecho de la “globalización”? La mundialización jurídica ¿se cimienta en una identidad valórica fundamental o, en vez de ello, implica la imposición de los valores de unas nacionalidades más poderosas sobre otras más débiles y, por ende, constituye la antítesis del fenómeno jurídico, que, en nítido contraste, debiera conducir al equilibrio entre unas y otras?

Las líneas que aquí se contienen deben entenderse, entonces, como una revisión de los criterios tradicionales en el orden de la eficacia en el espacio de las normas penales y del alcance de la jurisdicción interestatal asociada y una alusión a sus convulsiones actuales, en la pretensión de contribuir, entre nosotros, a unos procesos reflexivos que estimamos urgentes e imprescindibles.

II. El Caso Penal Multinacional, Derecho Penal Internacional y Derecho Internacional Penal

En términos clásicos de teoría general, una relación o situación jurídica constituye un caso multinacional en la medida que se haya vinculado a una pluralidad de sistemas jurídicos nacionales, en razón de factores que pueden revestir naturaleza subjetiva –atención a características personales de los sujetos involucrados, sean ellas permanentes o accidentales– u objetiva –conexión a otra clase de elementos.¹

Cuestión diversa es que la multinacionalidad del caso pueda o no, en relación con una determinada soberanía nacional, implicar alguna consecuencia substantiva o procesal, circunstancia que depende, también en términos tradicionales, del contenido de las reglas que fijen el ámbito de aplicación de su aparato jurisdiccional y de su normativa material. Empero, el caso jurídico es multinacional cada vez que tiene lugar la anotada vinculación a una pluralidad de sistemas jurídicos nacionales.

La aludida caracterización, en la medida que corresponde a un concepto de teoría general de derecho, tiene plena aplicación en el orden de los hechos jurídicos criminales, toda vez que éstos pueden imbricarse, a la vez, con diversas soberanías nacionales, por razón de nacionalidad, domicilio, residencia o habitación de partícipes y víctimas, o bien por causa del lugar de ejecución de la conducta o, digamos por ahora, del bien jurídico tutelado o interés jurídico protegido.

¹ Boggiano, Antonio. *Derecho Internacional Privado*. Abeledo-Perrot. Buenos Aires. Páginas 1 y ss.

Pues bien, el caso jurídico multinacional tiene pertinencia con dos tipos de sistemas jurídicos, siendo ellos los de orden nacional y los de esfera internacional.²

En cuanto a lo primero, a cuyo contexto limitamos estas reflexiones, cada poder soberano puede generar su propio ordenamiento penal sustantivo, y fijar, por medio de normas indirectas de atribución de eficacia, que seleccionan determinados factores de conexión, el ámbito de su aplicación, determinando, igualmente, el espacio de alcance de sus órganos de investigación y juzgamiento criminal. Se trata, entonces, de los sistemas jurídicos internos de las colectividades soberanas, que son esencialmente nacionales y que originan, en terminología tan habitual como discutida, la disciplina jurídica del Derecho Penal Internacional, cuya denominación se atribuye originariamente a Bentham.³

En esta órbita, cada ordenamiento penal nacional fija el alcance de su eficacia sustantiva y jurisdiccional y su aplicación efectiva dependerá de una cuestión de hecho, determinada por posibilidades prácticas de coerción directa, o bien indirecta, esto último por medio del auxilio judicial internacional. La multinacionalidad, entonces, es resuelta, en uno u otro sentido y en principio, por los criterios propios de cada Estado.

En cuanto a lo segundo, el Derecho Internacional Penal "tiene por misión crear tipos penales internacionales (delitos contra la humanidad, crímenes de guerra, etcétera) y proveer a su castigo, de preferencia a través de una jurisdicción internacional (por ejemplo, el Tribunal Militar Internacional de Nuremberg, que contaba incluso con un recinto carcelario en Spandau, o el actual Tribunal Internacional para conocer de los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia, constituido por decisión de las Naciones Unidas y con sede en La Haya)".⁴ En lo que dice relación a esta disciplina, la multinacionalidad del caso penal, en los cánones tradicionales, resulta abandonada, desde que la cuestión se enfoca en otra perspectiva. El caso tiene multinacionalidad por razón de la internacionalidad de las fuentes jurídicas de que deriva –acuerdos entre Estados– y de la universalidad del interés jurídico protegido, que se estima esencialmente vinculado a la comunidad supranacional y, por ende, desvinculado de la individualidad de una u otra soberanía.

Evidentemente, la disciplina del Derecho Internacional Penal, en una formulación estable y permanente, origina diversas perplejidades, desde

² Politoff L., Sergio. *Derecho Penal*. Ediar Conosur. Tomo I. Página 137.

³ Díez S., Juan. *El Derecho Penal Internacional*. Colex. Madrid. Página 15.

⁴ Politoff. Obra citada. Página 137

que viene a constituir un nuevo orden jurídico, cuya formación viene emprendiéndose aceleradamente, con especial relevancia a partir del Tratado Internacional de Roma de 1998. Recién en 1990 se escribía: “Es incontestable la ausencia de disposiciones penales dictadas por la Comunidad Internacional y con ello la ausencia, en sentido estricto, de delitos y penas internacionales o de Derecho Internacional, y menos aún la existencia de órganos supranacionales capaces de sostener una hipotética Justicia Internacional”.⁵

III. Derecho Penal Internacional

III.1. Principio de Inescindibilidad del Ambito de Eficacia de la Ley Penal Substantiva y del Alcance de la Jurisdicción Penal. Orden Público Nacional y Estricta Jurisdiccionalidad como Fundamentos Jurídicos del Principio.

Como se enseña uniformemente, “a diferencia de lo que ocurre en Derecho Internacional Privado,⁶ nunca un Estado aplicará directamente, por medio de sus Tribunales, un Derecho Penal Extranjero”,⁷ conformándose, así, el principio de inescindibilidad de la eficacia de la ley penal substantiva y de la potestad jurisdiccional de la soberanía que la genera.

Esta inescindibilidad substantiva y jurisdiccional deriva de dos órdenes de consideraciones.

En primer lugar, el método indirecto, que consiste en la elección de una u otra ley nacional, por medio de variados criterios de atribución o conexión, propio de la técnica clásica del Derecho Internacional Privado,⁸ y que supone, ergo, la hipotética aplicación de un ordenamiento jurídico extranjero, tiene una limitación, constituida por la defensa del orden público interno, que surge claramente con la Escuela Estatutaria Holandesa del

⁵ Díez. Obra citada. Página 18.

⁶ Esta observación del Profesor Etcheberry corresponde a los entendimientos clásicos, a cuya conformidad el Derecho Internacional Privado es un conjunto de reglas indirectas de atribución o conexión normativa, en términos tales que supone la posibilidad que un juez de determinado Estado pueda aplicar un ordenamiento jurídico extranjero, de modo que esa disciplina queda definida por un método, que lo es de la regla de conflicto. Contemporáneamente, se ha entendido que el Derecho Internacional Privado queda definido por su objeto jurídico, constituido por la regulación jurídica del caso multinacional, que puede resolverse a través de métodos indirectos o directos y estos últimos no suponen que el Juez aplique un ordenamiento jurídico extranjero, puesto que el caso puede regularse, también, a través de normas jurídicas materiales, de origen internacional o nacional.

⁷ Etcheberry O., Alfredo. *Derecho Penal*. Jurídica. Tomo I. Página 117.

⁸ Aunque en teoría general de derecho lo es de toda disciplina de fijación de ámbito de eficacia normativa, como el Derecho Intertemporal.

Siglo XVI⁹ y que resulta, en síntesis, en que “se empezará por rechazar la aplicación de la ley extranjera (efecto negativo), para luego aplicar a la cuestión la ley del Tribunal, la *lex fori* (efecto positivo), la que, recuperando la plenitud de su competencia, sustituirá a la ley extranjera no aplicada”.¹⁰

Pues bien, en la medida que las normas penales nacionales constituyen la ultima ratio en la defensa de los bienes jurídicos fundamentales de las colectividades nacionales, lo son, por definición, de orden público interno. De consiguiente, en el orden criminal, el juez nacional habrá de aplicar siempre la *lex fori*, desde que no es concebible, por razón de orden público, la hipótesis de eficacia de un ordenamiento jurídico extranjero. La anotada inescindibilidad, entonces, tiene uno de sus fundamentos en el concepto jurídico del orden público estatal.

En segundo lugar, como recuerda Ferrajoli, en moderno e interesantísimo desarrollo, “la principal garantía procesal, que constituye el presupuesto de todas las demás, es la de jurisdiccionalidad, expresada en el axioma *nulla culpa sine iudicio*”,¹¹ de modo que la operación punitiva de la regla penal supone imprescindiblemente la previa formación jurisdiccional del juicio de derecho. De este modo, agrega, “la correlación biunívoca entre garantías penales y procesales es el reflejo del nexo específico entre ley y juicio en materia penal”.¹²

La operación de la pena, que constituye una institución jurídica única e indivisible, tiene, entonces, unos presupuestos substantivos y otros presupuestos procesales, entre los que existe un nexo necesario, y, por ende, han de quedar atribuidos a una sola soberanía. Si así no fuere, por un lado, quedaría quebrada la obvia indivisibilidad jurídica de la pena, y, por el otro, se arriesgarían las garantías que la alejan del arbitrio.

Así, entonces, el principio de inescindibilidad que comentamos encuentra su segundo fundamento en el axioma de jurisdiccionalidad de la sanción penal.

El principio que analizamos tiene, entonces, sólidos fundamentos jurídicos, atinentes, en una óptica, a la tutela de bienes jurídicos fundamentales que informan a la norma penal, y, de otra, a las garantías del juzgamiento penal, de modo que no hay razones para introducir variaciones, mientras tengan subsistencia las soberanías nacionales y dentro de sus marcos propios.

⁹ Guzmán L., Diego. *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Jurídica. Página 226.

¹⁰ Guzmán. Obra citada. Página 381.

¹¹ Ferrajoli, Luigi. *Derecho y Razón*. Trotta. Página 538.

¹² Ferrajoli. Obra citada. Página 538.

III.2. Carácter Nacional de la Fijación del Ambito de Eficacia de la Ley Penal Substantiva y del Alcance de la Jurisdicción Penal. Limitaciones en la Determinación Competencial. Derecho Internacional Público. Derecho Público Interno. Mecanismos de Solución de Controversias Jurisdiccionales.

Es principio comúnmente aceptado, derivado de la plenitud de las soberanías nacionales, atribuidas a los Estados, el que conduce al carácter nacional de la determinación del ámbito de eficacia substantiva y jurisdiccional de cada ordenamiento jurídico. Cada Estado, de consiguiente, puede fijar los límites internacionales de las potestades de sus propios órganos jurisdiccionales, así como los que circunscriben el alcance de sus reglas materiales, cuyas órbitas, en el orden que analizamos, como se ha dicho, son inescindibles. Es en este sentido que Welzel anotaba que “las reglas... de Derecho Penal Internacional... no son ‘Derecho Penal Internacional’, sino Derecho Nacional”.¹³

En el ejercicio de este criterio, verbigracia, el ordenamiento jurídico chileno ha forjado las reglas previstas en los artículos 5° y 6° del Código Penal, 6° del Código Orgánico de Tribunales, 3° del Código de Justicia Militar, 106 del Código Penal, 1° de la Ley N° 5.478, y en la Ley N° 12.927.

El caso que actualmente ocupa a la doctrina jurídica internacional, que ha afectado al General del Ejército de Chile don Augusto Pinochet Ugarte, ha venido a poner de moda la cuestión de la eventual existencia de limitaciones jurídicas, sean ellas de carácter metapositivo o positivo,¹⁴ a la potestad de que venimos tratando.

Así, Quintano Ripollés, en España, se ha referido a la figura del abuso de derecho en la determinación competencial, que impone la interdicción de reglas invasoras del ámbito de soberanía de otro Estado,¹⁵ en términos tales que la referida potestad nacional encuentra su límite, en concepto de este autor, sólo en la circunscripción del interés jurídico estatal en la punición y de su coordinación con otros intereses nacionales de jerarquía equivalente.

En nuestro concepto, debe distinguirse un ámbito de Derecho Internacional Público y otra órbita de Derecho Público Nacional.

En el ámbito del Derecho Internacional Público, se ha entendido que nos encontramos, con la sola excepción de aquellos ámbitos regulados por

¹³Welzel, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Jurídica. Página 45.

¹⁴Anunciamos uno y otro tipo de eventuales limitaciones, sin pronunciarnos aquí acerca de tendencias jusfilosóficas.

¹⁵Citado por Díez. Obra citada. Página 17.

Tratados Internacionales de Derecho Jurisdiccional, frente a la ausencia de una formulación normativa y, con mayor claridad todavía, de órganos interestatales de jurisdicción necesaria.

Pero de lo expresado resultan dos principios fundamentales. Primero, es posible entender que la potestad de determinación competencial queda sujeta a limitaciones derivadas de los principios de interés estatal y de sujeción a la doctrina del debido proceso, que impone garantías de racionalidad y justicia en el juzgamiento, puesto que un entendimiento contrario implicaría, por definición, la negación del fenómeno propiamente jurídico. La cuestión es antigua e implica opciones jusfilosóficas en que no profundizaremos: como enseña Hart, "no hay manera de saber qué soberanía tienen los Estados hasta que conocemos cuáles son las formas del Derecho Internacional y si ellas son o no meras formas vacías".¹⁶ Segundo, la posibilidad de cautela efectiva de esas limitaciones, de entenderse a éstas existentes, suponen el consenso directo entre los Estados o la atribución por éstos de jurisdicción a órganos internacionales, como la Corte Permanente de Justicia de La Haya. En defecto, la cuestión queda gobernada por los hechos, esto es, por el poder político y económico internacional de cada nación interesada.

En la órbita del Derecho Público Nacional, la cuestión presenta bastante interés, en función del principio de jerarquía de fuentes jurídicas, toda vez que los ordenamientos jurídicos constitucionales contemporáneos consagran garantías de juzgamiento, con diversas formulaciones normativas, relacionadas con la conocida doctrina del debido proceso. Así, en Chile, el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política del Estado impone al legislador el deber de asegurar un procedimiento judicial dotado de garantías de racionalidad y justicia, fórmula con la que el constituyente quiso recoger la doctrina del debido proceso legal. En España, los artículos 9 y 24 de la Constitución de 1978 establecen las garantías de interdicción de la arbitrariedad, esto es, del mero capricho, y de tutela judicial efectiva. La cuestión es relevante, toda vez que el principio fundamental de territorialidad, como se verá, en nuestro entendimiento, se justifica en razón de motivos de posibilidades de un juzgamiento adecuado de la conducta concreta del imputado. Si ello es así, puede sostenerse que las bases constitucionales de los ordenamientos nacionales imponen la necesidad de cautela de unas garantías procesales que quedan arriesgadas por criterios exagerados de extraterritorialidad y de ese razonamiento puede colegirse la inconstitucionalidad de normas legales de excesiva extensión, así como la necesidad de interpretar las reglas legales, a la hora de la aplicación casuística, con sujeción a tal criterio supremo. Evidentemente, la solución

¹⁶ *El Concepto de Derecho*. Abeledo-Perrot. Página 276.

de esta clase de cuestiones corresponde a los órganos internos de decisión de controversias acerca de límites internacionales de la propia jurisdicción.

III.3. Principio de Territorialidad. Examen de sus Fundamentos Jurídicos. Soberanía. Debido Proceso y Derechos Humanos. Limitaciones a las Excepciones de Extraterritorialidad, sobre la base del Derecho al Debido Proceso. Supletoriedad de la Jurisdicción Interestatal.

Con la excepción de algunas tesis radicales, el principio de territorialidad como factor de atribución de competencia en el orden jurisdiccional penal, "representa el punto de partida, el criterio de conexión fundamental y básico para la aplicación de las normas penales en el espacio",¹⁷ cuestión que no admite mayores discusiones en la doctrina contemporánea, basada en los ordenamientos jurídicos generados con posterioridad a la Revolución Francesa,¹⁸ que establecieron los principios de *lex certa* y de legalidad del juzgamiento penal.

Interesa especialmente la determinación del fundamento jurídico en que el principio se asienta, toda vez que si aquél se relaciona con garantías procesales de juzgamiento recogidas por ordenamientos constitucionales o por convenciones internacionales de derechos humanos, entonces es posible sostener la existencia de limitaciones jurídicas al alcance de las excepciones de extraterritorialidad.

La doctrina ha puesto usualmente énfasis en la justificación de la territorialidad en el planteamiento político jurídico de la soberanía. Así, enseña Polaino Navarrete, reflejando el sentir de la doctrina dominante: "En cuanto el Derecho Penal es esencialmente emanación de la soberanía estatal, su vigencia aparece condicionada a la extensión del territorio de cada Nación, manifestando precisamente su ámbito de validez dentro del marco territorial de referencia respecto del conjunto de actos delictivos en el mismo realizados por cualesquiera delincuentes, tanto nacionales como extranjeros".¹⁹ En realidad, esta aseveración no admite discusiones razonables.

Sin embargo, la doctrina admite otros fundamentos al principio, que presentan gran interés, como se verá, a la hora de enfocar las eventuales limitaciones jurídicas a las excepciones de extraterritorialidad del orden jurídico penal nacional.

¹⁷ Díez. Obra citada. Página 31.

¹⁸ Polaino N., Manuel. *Derecho Penal*. Tomo I. Bosch. Página 452.

¹⁹ Obra citada. Página 452.

En este sentido y en cuanto puede resultar atinente a estas últimas, agrega Polaino Navarrete que el principio se asienta igualmente en “razones de carácter puramente empírico, aludiéndose en este plano pragmático a la práctica facilitación de la posibilidad y, en todo caso, a la mejor exactitud en la verificación de las pruebas requeridas en el proceso para la garantía de un correcto enjuiciamiento, precisamente en el lugar de comisión de los hechos delictivos, en que la inmediata tangibilidad de la comprobación y valoración de los actos de significación penal propicia un adecuado servicio a la justicia penal”.²⁰

Esta clase de justificaciones son calificadas por la doctrina como simplemente “prácticas” o “utilitarias”,²¹ calificación que, en nuestro concepto, como se verá, es notablemente errónea.

En relación con las limitaciones jurídicas a las excepciones de extraterritorialidad, el fundamento en la soberanía impide determinar claramente su existencia y circunscripción, desde que las concepciones de la soberanía siempre han admitido la vigencia de otros criterios de conexión del orden penal y jurisdiccional de los Estados,²² fundadas en pautas de personalidad, de defensa de intereses jurídicos específicos y de universalidad. Empero, como el contenido político jurídico de la noción de soberanía es cuestión siempre discutida y discutible, también lo es su alcance, en términos que imposibilitan o al menos dificultan sensiblemente la fijación de claras limitaciones.

En cambio, la consideración de la fundamentación que la doctrina usualmente llama “pragmática” o “utilitarista”, sí permite, en nuestro concepto, advertir horizontes más claros.

En efecto, para reflejarla hemos citado a Polaino Navarrete, entre otros muchos doctrinadores, porque su párrafo demuestra que su calificación en orden a tratarse de unos motivos “puramente empíricos” no es coherente con las ideas que expresa a renglón seguido, toda vez que manifiesta claramente que tienen que ver: i) con la mejor exactitud en la verificación de las pruebas requeridas en el proceso para la garantía de un correcto enjuiciamiento, que admite precisamente el forjamiento del juicio en el lugar de comisión de los hechos delictivos; y, ii) con la adecuada valoración de los actos de significación penal, relacionada con un correcto servicio a la justicia penal.

²⁰ Obra citada. Páginas 452 y 453.

²¹ Ver, por todos, Díez. Página 36 y la bibliografía que cita.

²² Goldschmidt, Werner. *Derecho Internacional Privado*. Depalma. Página 524.

De esto resulta que los motivos de que venimos tratando no son sólo “empíricos”, “utilitaristas” o “prácticos”. En contrario, tienen que ver con la aptitud de formación idónea del raciocinio jurisdiccional de derecho penal que ha de contenerse en la sentencia definitiva, y, por lo mismo, con la garantía de estricta jurisdiccionalidad, que se imbrica, por su parte, en la doctrina del debido proceso legal. La aplicación de la pena supone un proceso judicial previo, pero no cualquier proceso: ha de tratarse de uno dotado de garantías orgánicas y procesales de idoneidad en la formación del juicio de hecho y de derecho.

Siendo así, la fundamentación del principio de territorialidad, en esta perspectiva, se encuentra, a nuestro juicio, en la doctrina garantística del debido proceso legal, y, por lo mismo, entronca directamente en la defensa de los derechos humanos, enfocados en el área jurisdiccional, que tiene una especial relevancia en el orden penal, en razón del ya aludido axioma *nulla culpa sine iudicio*, en términos tales que el proceso judicial es presupuesto imprescindible en la operación de la sanción criminal.

En el Derecho Contemporáneo, entonces, no puede afirmarse que se trate de una cuestión de segundo orden, meramente “práctica”, “empírica” o “utilitarista”.

Postulamos, entonces, el rescate de esta fundamentación del principio de territorialidad, como un elemento del debido proceso jurisdiccional, en el orden de la defensa de los derechos humanos procesales.

En efecto, el juicio jurisdiccional que ha de preceder necesariamente a la pena, como anota la doctrina española, no puede constituirse en “una farsa o simulacro”,²³ desde que esta última concepción es incompatible con los valores superiores de libertad, justicia, igualdad y pluralismo.²⁴

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, abierto a firma, ratificación y adhesión en diciembre de 1966, en su artículo 14 asegura a todas las personas la igualdad ante los Tribunales y Cortes de Justicia y el derecho a ser oído públicamente y con las debidas garantías por un Tribunal competente, independiente e imparcial, esto es, por un órgano jurisdiccional apto para formarse idóneo juicio fáctico y jurídico. En nuestro concepto, el principio de territorialidad de la jurisdicción penal tiende a la consecución efectiva del derecho a la igualdad procesal del imputado y a la idónea formación del juicio de derecho punitivo, esto es, al juzgamiento con las debidas garantías.

²³ Esparza L., Iñaky. *El principio del proceso debido*. Ed. Bosch. Página 174.

²⁴ Esparza. Obra citada. Página 175.

En efecto, la inserción de la o las personas que sirven el Tribunal en el ambiente histórico y normativo en que las conductas tuvieron lugar permite una idónea acreditación de los hechos constitutivos del presunto ilícito y de las eventuales causas de exculpación, en función de las posibilidades amplias y ciertas y no meramente formales de recogida de pruebas, así como posibilita una adecuada ponderación de credibilidad de las probanzas –cuestión sujeta a la inteligencia y sentido crítico del Magistrado– y de los elementos de valoración jurídica que son imprescindibles en el proceso penal.

Durante este siglo, la doctrina y la jurisprudencia han avanzado notablemente en la profundización del juicio jurídico penal, por la vía de situar al ser humano imputado en el ambiente histórico en que obró y en las particulares vicisitudes que pudieron influir en sus decisiones volitivas, así como en las percepciones psicológicas precedentes: sólo de este modo puede forjarse adecuadamente el juicio de reproche que implica la sanción penal.

Piéñese, en similar perspectiva, en la valoración de los elementos normativos del tipo penal o del examen de antijuridicidad de la conducta y de lesividad del resultado, que constituyen juicios de ponderación. Si las personas obramos en determinados ambientes valorativos –que son distintos en cada una de la pluralidad de naciones, muy especialmente al relacionarlos con la casuística– y sobre la base de éstos generamos nuestras decisiones volitivas, ¿cómo podemos ser juzgados por personas enteramente ajenas a esos mismos ambientes, que corren, por ende, el riesgo de ponderar sobre la base de valoraciones que el imputado no pudo tener en cuenta al decidir y obrar?

En síntesis, retornando a las ideas introductorias, nosotros entendemos que la idea de globalización o mundialización que frecuentemente se esgrime para justificar la extensión de los criterios de conexión extraterritorial de la jurisdicción penal, trasunta necesariamente un notable riesgo de superficialidad en el forjamiento del juicio de reproche, tanto desde el punto de vista acreditativo, desde que dificulta la recogida de pruebas y el examen crítico de su credibilidad, como en la perspectiva estrictamente jurídico ponderativa, porque impide la ubicación del juez en el ambiente histórico en que los hechos se produjeron. Esta tendencia, ergo, se inserta en un camino contrapuesto a la garantía de estricta jurisdiccionalidad, en que la doctrina venía avanzando con rigor. Con ello, se atenta en contra de la doctrina del debido proceso y del estatuto internacional de los derechos humanos.

Así, en nuestro concepto, el principio de territorialidad encuentra relevante fundamento en la doctrina del debido proceso legal, y, por ende, en el

ámbito de los derechos humanos del imputado, de manera que las excepciones de extraterritorialidad tienen un límite preciso, en el sentido que podrán tener lugar sólo en la medida que el distanciamiento del juez respecto del lugar de ocurrencia de los hechos resulte ser uno de tal carácter que no ponga en riesgo la labor de recogida de pruebas de cargo y descargo, el examen de su credibilidad y la necesaria inserción del magistrado en el ambiente histórico de ponderación normativa y psicológica en que obró el imputado.

Esta noción permite encontrar también sustento al carácter supletorio de la jurisdicción penal extraterritorial, toda vez que, siendo evidente que el derecho humano del imputado a un adecuado forjamiento del juicio jurisdiccional de reproche o exculpación se respeta de mejor manera por el *iudex loci*, sólo puede acudir a la jurisdicción interestatal en virtud de imposibilidad de juzgamiento en el lugar de ejecución de las conductas cuestionadas.

III.4. Enunciación de Criterios de Conexión Extraterritorial. Comentarios al Principio de Universalidad. Limitaciones Jurídicas a su Operación.

Como antes se dijo, las conexiones de extraterritorialidad que conocen los sistemas jurídicos nacionales, se estructuran, con mayor o menor alcance, sobre tres principios fundamentales, que lo son el de personalidad –que puede ser activa, pasiva o mixta–, el de defensa, o real o de protección de determinados intereses, y el de justicia universal.

La legislación chilena, por ejemplo, admite estas tres categorías, en los artículos 6° del Código Penal, 6° del Código Orgánico de Tribunales, 3° del Código de Justicia Militar, 106 del Código Penal, 1° de la Ley N° 5.478 y en algunas disposiciones del Código de Justicia Militar.

Formularemos algunos comentarios al principio de justicia universal o de universalidad, como criterio de conexión interestatal de las jurisdicciones penales, sobre la base de consideraciones generales de Derecho Comparado, desde que no es nuestra pretensión ingresar al análisis dogmático y particularizado de uno u otro sistema jurídico nacional.

En primer lugar, la operatividad del principio “no persigue la represión universal de cualquier tipo de infracciones que puedan cometerse en el extranjero”,²⁵ sino de aquellas que reúnan dos características fundamentales : i) en lo formal, la definición de infracciones determinadas

²⁵ Díez. Obra citada. Página 173.

en “acuerdos internacionales”,²⁶ es decir, en convenciones internacionales entre Estados; y, ii) en lo substantivo, la protección de “ciertos bienes jurídicos de carácter internacional o universal, cuya infracción lesiona o pone en peligro, no el específico marco de un valor estatal o individual, sino, por el contrario, el amplio espectro de intereses jurídicos reconocidos y amparados por la comunidad internacional”.²⁷

En segundo lugar, la represión delictiva cosmopolita encuentra su fundamento en la naturaleza de los bienes jurídicos afectados –*delicta iuris gentium*–, en relación con la solidaridad internacional, que redundaría en la representación por órganos de cualquiera nacionalidad de intereses jurídicos universales y en la consecuente jurisdicción del juez del lugar de aprehensión del imputado. Por ende, la legitimación de la figura supone una “otorgada por la comunidad internacional para actuar como representante de ella en defensa de bienes jurídicos en cuya protección existe un interés común de todos los Estados”.²⁸ El principio encuentra sustento, así, en la idea de cooperación internacional, que supone, por ende, la fuente formal de autorización interestatal. Por ello, supone la fuente formal de la descripción y autorización en convenciones internacionales, ideas que recoge estrictamente, en Chile, el artículo 6° de nuestro Código Orgánico de Tribunales.

En tercer lugar, la doctrina anota que “esta potestad del *iudex de apprehensionis* debe matizarse en la medida en que se considere el carácter secundario o supletorio de la misma”,²⁹ toda vez que “debe preferirse que sea el Estado del lugar de comisión quien juzgue y aplique sus leyes, utilizando para ello, verbigracia, la extradición”,³⁰ puesto que lo contrario constituiría “un derecho penal por representación”.³¹ Por ello, parece evidente que es necesario “restringir la aplicación del principio de justicia universal cuando existan posibilidades de utilizar otros mecanismos de colaboración interestatal, que depuren con mejores garantías la responsabilidad del sujeto”,³² como resulta de los Códigos Penales alemán, italiano y portugués.

En cuarto lugar, la doctrina anota que la operación del principio de universalidad no puede poner en riesgo las garantías substantivas y procesales del juzgamiento, peligro derivado de “la distinta configuración

²⁶ Díez. Obra citada. Página 173.

²⁷ Díez. Obra citada. Página 173.

²⁸ Díez. Obra citada. Página 176.

²⁹ Díez. Obra citada. Página 176.

³⁰ Miklitzansky, citado por Díez. Obra citada. Página 176.

³¹ Stratenwerth, citado por Díez. Obra citada. Página 176.

³² Díez. Obra citada. Página 178.

de la realidad substantiva y procesal de las legislaciones nacionales".³³ Este último comentario demuestra, como veníamos diciendo, que el principio de territorialidad tiene fundamento en la disciplina garantística del juicio jurisdiccional y no en meras cuestiones "prácticas", "empíricas" o "utilitarias", calificación que, en nuestro sentir, la doctrina ha venido formulando inadvertidamente.

Las ideas que hemos anotado, correspondientes al tratamiento de la cuestión en la doctrina del Derecho Contemporáneo, permiten determinar varias clases de limitaciones jurídicas al principio de represión universal.

La primera deriva de su propio fundamento, radicado categóricamente en las ideas de comunidad internacional de intereses y de colaboración interestatal, en el sentido que el principio no puede aplicarse en aquellos casos en que la pacífica y civilizada convivencia entre las naciones resulte deteriorada, toda vez que tal resultado es contradictorio con el bien que se pretende alcanzar. En síntesis, entonces, la operación de la universalidad carece de sustento allí donde el Estado presuntamente afectado queda categóricamente opuesto, desde que no es razonable, en función de una idea de colaboración jurídica, arribar a situaciones de grave conflictividad interestatal.

La segunda tiene que ver, otra vez, con la defensa de los derechos humanos del imputado, cuestión ya abordada y que puede reproducirse aquí en idénticos términos: no es razonable destituir al imputado del juzgamiento natural en el ambiente histórico territorial en que obró.

Estas dos limitaciones culminan en la idea técnica de supletoriedad o subsidiariedad de la aplicación del principio, que resulta entonces razonable en aquellos eventos en que no es posible el juzgamiento en el lugar natural, verbigracia, en evento de destrucción de la estructura estatal correspondiente. Por lo mismo, la operación resulta improcedente en el caso de subsistencia de esa estructura jurídica, con normal funcionamiento democrático, en el lugar de ejecución de los hechos. Resta anotar que no es imprescindible la solicitud de extradición, del Estado loci, toda vez que ésta tendrá lugar sólo en el evento que sus órganos de persecución penal estimen cumplidos sus requisitos substantivos. Entenderlo en sentido contrario, como se ha sugerido, derivaría en un resultado antinatural, puesto que la ponderación de concurrencia de dichos requisitos, que en Chile son, básicamente, los de *lex certa* y los acreditativos de hechos y participación propios del procesamiento, constituye, precisamente, un acto de ponderación, constitutiva de una fase en la estructuración gradual del juzgamiento.

³³Díez. Obra citada. Página 179.

La tercera se relaciona con la concurrencia de los requisitos previstos en las convenciones internacionales atinentes, como el de supletoriedad o subsidiariedad previsto en algunos tratados, porque, en contrario caso, la jurisdicción nacional obraría con deslegitimación internacional.

Finalmente, interesa poner énfasis en la idea central de este trabajo. Si bien cada ordenamiento nacional puede definir extensiones extraterritoriales de su jurisdicción penal, éstas encuentran siempre límite en la excepcionalidad estricta, toda vez que el juzgamiento por órgano de otra nación pone en riesgo el derecho al debido proceso y, con ello, los derechos humanos del imputado. Efectuando una afirmación de contingencia jurídica, usualmente extraña a los propósitos académicos, pero que creemos sólidamente fundada, no puede, en función de los derechos humanos, violentarse los que naturalmente corresponden al imputado, que ha de ser presumido inocente, como lo manda el propio Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

IV Ideas Finales

Retornando *ad initium*, en el contexto de la mundialización, los días que corren imponen la necesidad de meditar seriamente acerca de una adecuada coordinación internacional de la determinación competencial en el orden penal, sustantivo y jurisdiccional, con imperativa protección de los derechos humanos del imputado. Especialmente, de su derecho a ser juzgado por un órgano jurisdiccional dotado de aptitud práctica de recogida de pruebas, de evaluación crítica de credibilidad de probanzas y de ponderación jurídica conforme a los criterios predominantes en el ambiente histórico en que el imputado decidió y ejecutó la conducta cuestionada.

En nuestro concepto, la globalización, plena en información, conocimiento y comunicación, origina mengua en la profundización de los raciocinios, probablemente porque la necesidad de considerar una multiplicidad de aquéllas, resta tiempo a la acabada reflexión.

La mundialización en el orden del derecho, inadecuadamente concebida y entendida, resta profundidad y sutileza al forjamiento del juicio jurisdiccional, tanto en el orden acreditativo, como en el plano jurídico ponderativo, y, si aquél es esencial a la cautela de la libertad, de la justicia, de la igualdad y del pluralismo, los hombres de derecho, en las diversas latitudes, debemos reaccionar en defensa del principio de estricta jurisdiccionalidad del raciocinio jurídico de reproche o exculpación. En síntesis, debemos accionar con rigor, en cautela de la esencia de justicia y racionalidad, propia del verdadero fenómeno jurídico.