



UNIDAD DE CORTE

INFORME EN DERECHO N ° 1 / 2009 / MAYO

“LA EXTRADICIÓN PASIVA EN CHILE”

Claudia Cárdenas Aravena

Consultar sobre la versión oficial de este documento a:

ucorte@dpp.cl

La extradición pasiva en Chile¹

Introducción

El tema de la extradición se inserta dentro del de la cooperación judicial internacional en materia penal, y, más ampliamente, dentro del derecho penal (y procesal penal) de trascendencia internacional.²

Al darse un derecho penal, cada Estado decide autónomamente qué conductas son punibles en el derecho que aplica.³ Con todo, para hacer efectivo ese derecho penal se requiere, en ciertos casos, la existencia de un mecanismo jurídico que permita la entrega de personas de un Estado a otro a fin de que sean enjuiciados. Esto es útil porque para que un Estado pueda ejercer legítimamente su *ius puniendi* debe hacerlo respetando ciertas garantías procesales mínimas, entre las que se cuenta la proscripción del juicio en ausencia, ya que la presencia del imputado considerada como un presupuesto necesario para que pueda ejercer su derecho de defensa.⁴ De allí que, en los casos en que el imputado no se encuentre en el territorio del Estado que pretende ejercer jurisdicción sobre él, este deba solicitar su entrega a fin de poder llevar adelante un proceso penal legítimo. Para este efecto es necesaria la institución jurídica de la extradición.

Puede suceder asimismo que una persona haya sido legítimamente condenada por un delito y no se encuentre en el Estado donde debe cumplir su condena. También en este caso puede emplearse la extradición como mecanismo jurídico para que un Estado pueda solicitar a otro la entrega de la persona a fin de que cumpla la condena penal que se le ha impuesto.

¹ Informe en Derecho elaborado por Claudia Cárdenas Aravena para la Defensoría Penal Pública.

² Cfr. WERLE, Gerhard. Tratado de Derecho Penal Internacional, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 89 y ss.

³ Con la salvedad de ciertos mandatos de punibilidad con fuente en el derecho internacional.

⁴ Consagra el derecho de manera explícita el art. 14 para. 3 d) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, e indirectamente, garantizando el derecho de defensa, los pactos regionales sobre derechos humanos (art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 7 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales).

La importancia del juzgamiento y el castigo efectivo de los delitos para el buen funcionamiento del sistema penal,⁵ hace que tal vez la institución más relevante dentro de la cooperación judicial internacional en materia penal sea la extradición, que puede definirse como una institución jurídica que regula la entrega de un individuo por un Estado a otro, que lo reclama ya sea para juzgarlo penalmente o para ejecutar una pena ya impuesta.⁶

Hay consenso en la doctrina chilena en que la extradición es una institución jurídica y no solamente un procedimiento,⁷ pues comprende diversas consideraciones de orden material y opera aun a falta de regulación específica en tratados, conforme a principios de derecho internacional.

El presente trabajo tratará en particular acerca de la extradición pasiva, vale decir, se examinará la situación jurídica respecto de Chile como país que eventualmente es llamado a entregar a una persona a otro Estado, ya sea para que se siga un proceso en su contra o para que se le pueda aplicar la pena a la que ya se le ha condenado.⁸

El presente informe se estructurará del siguiente modo: una primera parte estará dedicada al derecho aplicable en los distintos aspectos de la extradición pasiva, deteniéndose en los principios de derecho internacional aplicables y terminando con una referencia al así

⁵ Como señalara ya Beccaria, para lograr un efecto preventivo del delito, más importante que la crueldad de la pena prevista es la seguridad de que se aplicará. BECCARIA, Cesare. *Dei Delitti e delle Pene*: Con note di diversi scrittori e ricerche informo alla natura dello stile, Turín, Stamperia Dell'Unione Tipografico-Editrice, 1874, p. 59.

⁶ Definiciones similares se encuentran en NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal chileno, parte general, tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2005, p. 171; ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General, tomo I*, tercera edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 134; CURY URZÚA, Enrique. *Derecho Penal, Parte General*, Ediciones Universidad Católica, octava edición ampliada, septiembre 2005, p. 218; GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Tomo I, parte general*, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, 2007, p. 144; BULLEMORE GALLARDO, Vivian / MACKINNON ROEHERS, John. *Curso de Derecho Penal, tomo I, parte general*, Lexis Nexis, segunda edición 2007, p. 115; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio / MATUS ACUÑA, Jean Pierre / RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. *Lecciones de Derecho Penal Chileno, tomo I parte general*, segunda edición 2004, Editorial Jurídica de Chile, p. 143. Un concepto análogo se encuentra en la doctrina extranjera, cfr. MONROY C. Marco. *Régimen jurídico de la extradición*. Bogotá, Temis, 1987, p. 3 y s.; QUINTANO RIPOLLÉS, *Tratado de Derecho Penal Internacional e internacional penal*, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto "Francisco de Vitoria", Madrid, 1957, tomo II, p. 153.

⁷ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. *Derecho Penal, Parte General, tomo I*, tercera edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 136; GARRIDO MONTT, Mario. *Derecho Penal. Tomo I, parte general*, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, 2007, p. 143, con más referencias; FONTECILLA GALLARDO, Ricardo. "Los delitos políticos en la extradición". Tesis Universidad de Chile, 1981, p. 2.

⁸ La extradición recibe la denominación de "activa" respecto del Estado solicitante.

llamado principio de legalidad en materia de extradición. Una segunda examinará el procedimiento de la extradición pasiva en Chile; y le seguirán referencias a la extradición de nacionales, a la legitimación activa para solicitar la extradición y a la procedencia de la extradición en menores de edad.

I. Derecho aplicable en Chile en materia de extradición pasiva

Este tema no carece de complejidad, puesto que si bien hay ciertas fuentes que se aplican por igual a todos los casos de extradición pasiva, otras variarán según el Estado de que se trate o incluso la según del delito de que se trate, en virtud de diversos tratados de extradición.

Las fuentes en juego son el derecho interno – entre las que resalta por su importancia el Código Procesal Penal – los tratados internacionales y los principios de derecho internacional en materia de extradición.

1. El derecho interno

En general, y para todos los casos, se aplican el Código Procesal Penal (en lo sucesivo CPP) y la demás legislación chilena, en cuanto hay remisión a ella o en cuanto rige supletoriamente.

2. Los tratados internacionales en materia de extradición

Entre las fuentes de derecho aplicable a considerar están los tratados internacionales en materia de extradición ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Sin perjuicio de la necesidad de examinar en cada caso concreto los tratados atinentes por las regulaciones especiales que puedan contener, hay ciertas materias en las cuales nuestra legislación interna se remite expresamente a ellos:

- Son la primera fuente para determinar si el delito que se le imputa a la persona cuya extradición se requiere o aquél por el cual se le hubiere condenado es de aquellos que autorizan la extradición.⁹
- Para la detención previa, tratada *infra*, prima la eventual regulación que contenga un tratado entre el Estado requirente y Chile (art. 442 CPP). El tratado determina también su duración, aunque existe norma supletoria en el Código Procesal Penal.
- Los tratados serán la primera fuente de requisitos para decretar medidas cautelares personales, supletoriamente rige el CPP (art. 466 CPP).
- Si en los tratados se garantizan ciertos derechos, su infracción sustancial mediante la tramitación del juicio y el pronunciamiento de la sentencia constituyen una causal del recurso de nulidad contra la sentencia que falla la petición de extradición (art. 450 CPP, art. 373 a) CPP).

El siguiente cuadro presenta los Estados con los que nos vincula un tratado de extradición.¹⁰

Estado	Tratados bilaterales ¹¹	Tratados multilaterales	
		Código de Bustamante ¹²	Tratado de Montevideo ¹³
Argentina			X
Australia	X ¹⁴		
Bélgica	X ¹⁵		

⁹ Los tratados más antiguos suelen incluir una lista de delitos por los que procede la extradición. Contemporáneamente ya no se utilizan listas, sino que basta con que el hecho tenga las características necesarias para fundar la extradición conforme a los principios de derecho internacional en materia de extradición.

¹⁰ Lamentablemente, la información acerca de qué tratados están vigentes puede resultar confusa en nuestro medio, de allí que se anexen a este trabajo los tratados actualmente vigentes.

¹¹ Conforme a información del Ministerio de Relaciones Exteriores, a 23 de enero de 2009.

¹² Ratificado por Chile en 1933, con la reserva de que el derecho interno de Chile prevalecerá sobre el tratado “con relación a los conflictos que se produzcan entre la legislación chilena y alguna extranjera”. El tratado regula la extradición el título tercero del libro IV, arts. 344 a 381.

¹³ Convención sobre Extradición, aprobada en la Séptima Conferencia Panamericana de Montevideo el 26 de diciembre de 1933. Ratificada por Chile y promulgada el 6 de agosto de 1935 (Decreto Supremo N° 942, del Ministerio de Relaciones Exteriores) publicada en el Diario Oficial de 19 de agosto de 1935.

¹⁴ Tratado de extradición suscrito en Canberra el 6 de octubre de 1993, promulgado el 27 de diciembre de 1995, publicado en el Diario Oficial el 20 de febrero de 1996.

¹⁵ Tratado de Extradición suscrito con Bélgica de 29 de mayo de 1899, promulgado el 13 de marzo de 1904 y publicado en el Diario Oficial de 5 de abril de 1904, ampliado por convención suscrita el 25 de febrero de

Bolivia	X ¹⁶	X (con reservas)	
Brasil	X ¹⁷	X (con reservas)	
Canadá	X ¹⁸		
Colombia	X ¹⁹		X
Corea	X ²⁰		
Costa Rica		X (con reservas)	
Cuba		X	
Ecuador	X ²¹	X (con reservas)	X (con reservas)
España	X ²²		
Estados Unidos	X ²³		X (con reservas)
El Salvador		X (con reservas)	X (con reservas)
Guatemala		X	X
Haití		X (con reservas)	
Honduras		X	X (con reservas)
México			X (con reservas)
Nicaragua	X ²⁴	X	X
Panamá		X	X
Paraguay	X ²⁵		
Perú	X ²⁶	X	
Reino Unido de Gran	X ²⁷		

1935, promulgada por Decreto N° 795, de 11 de julio de 1935, y ampliado por Cambio de Notas de 28 de abril y 5 de mayo de 1958 (Memoria del Ministerio de Relaciones Exteriores año 1958, tomo II, pág. 486).

¹⁶ Tratado de extradición suscrito con Bolivia el 15 de diciembre de 1910, aclarado por Cambio de Notas entre el Ministerio y la Legación de Bolivia de 27 de abril de 1931, promulgado por Decreto N° 500, de 8 de mayo de 1931, y publicado en el Diario Oficial de 26 de mayo de 1931.

¹⁷ Tratado sobre extradición suscrito con Brasil en Río de Janeiro el 8 de noviembre de 1935, promulgado por Decreto N° 1.180, de 18 de agosto de 1937, y publicado en el Diario Oficial de 30 de agosto de 1937.

¹⁸ Es aplicable el tratado con el Reino Unido.

¹⁹ Tratado sobre extradición suscrito con Colombia el 16 de noviembre de 1914, promulgado por Decreto N° 1.472, de 18 de diciembre de 1928, y publicado en el Diario Oficial de 7 de enero de 1929.

²⁰ Tratado de extradición entre la República de Chile y la República de Corea, suscrito en Seúl el 21 de noviembre de 1994, promulgado por Decreto N° 1417 de Relaciones Exteriores, de 1 de septiembre de 1997, publicado en el Diario Oficial el 23 de octubre de 1997.

²¹ Tratado de extradición suscrito con Ecuador el 10 de septiembre de 1897, promulgado por Decreto de 27 de septiembre de 1897, promulgado por Decreto de 27 de septiembre de 1899 y publicado en el Diario Oficial de 9 de octubre de 1899.

²² Tratado de extradición y asistencia judicial en materia penal entre la República de Chile y el Reino de España, suscrito el 14 de abril de 1992, promulgado por Decreto Supremo N° 31 de Relaciones Exteriores de 10 de enero de 1995, publicado en el Diario Oficial de 11 de abril de 1995, que reemplaza al Tratado de Extradición suscrito con España el 30 de diciembre de 1895 y a su Protocolo Complementario, suscrito el 1° de agosto de 1896, promulgado el 3 de abril de 1897 y publicado en el Diario Oficial de 3 de de 1897.

²³ Tratado de extradición suscrito con Estados Unidos el 17 de abril de 1900 y su Protocolo Complementario, suscrito el 15 de junio de 1901, promulgado por Decreto de 6 de agosto de 1902, y publicado en el Diario Oficial de 11 de agosto de 1902.

²⁴ Tratado de extradición y asistencia judicial en materia penal. Suscrito en Santiago el 28 de diciembre de 1993, promulgado el 8 de junio de 2001, publicado en el Diario Oficial el 20 de agosto de 2001.

²⁵ Tratado de extradición suscrito con Paraguay el 22 de mayo de 1897, promulgado por Decreto de 2 de octubre de 1928, y publicado en el Diario Oficial de 13 de noviembre de 1928.

²⁶ Tratado de Extradición suscrito con Perú el 5 de noviembre de 1932, promulgado por Decreto N° 1.152, de 11 de agosto de 1936, y publicado en el Diario Oficial de 27 de agosto de 1936.

Bretaña e Irlanda del Norte			
República Dominicana		X (con reservas)	X
Uruguay	X ²⁸		
Venezuela	X ²⁹	X (con reservas)	

En nuestro medio, Novoa Monreal ha sostenido que para que proceda la aplicación de un tratado de extradición “es necesario que éste haya estado vigente tanto en el momento en que tuvo lugar el hecho como en el momento en el que se decreta la entrega del delincuente.”³⁰ Sin embargo, siendo los tratados sobre extradición acuerdos de cooperación internacional en materia penal que no contemplan la tipificación de delitos ni el establecimiento de sanciones, no se ve por qué habría de hacerse extensiva a esta materia la garantía de la irretroactividad penal, tan vinculada al principio de legalidad penal, que rige para la descripción de conductas constitutivas de delito y el establecimiento de penas para el evento de que se cometan. Todo esto, claro, a menos de que el mismo tratado contenga una cláusula que expresa que sólo se aplicará a delitos cometidos luego de su entrada en vigor. En todo caso, tal cláusula no necesariamente resguardaría los derechos del imputado, que eventualmente podrían quedar mejor resguardados aplicando el tratado que por la sola aplicación de los principios de derecho internacional en materia de extradición y de la ley interna.

Además de los tratados reseñados en la tabla, Chile es parte en tratados sobre materias específicas que contemplan disposiciones acerca de la extradición. Los más importantes son

²⁷ Tratado de Extradición suscrito con Gran Bretaña, promulgado por Decreto de 14 de abril de 1898, y publicado en el Diario Oficial de 22 de abril de 1898. Por Cambio de Notas de 29 de diciembre de 1927 se hizo extensivo a los territorios bajo mandato británico. Por Cambio de Notas de 12 de abril y 7 de agosto de 1928 relativo a la autoridad de Samoa Occidental. Por Cambio de Notas de 28 de junio y 13 de julio de 1934 se hizo extensivo a varios Estados Malayos Federados y no Federados. El Estado de Malawi continúa este Tratado en virtud de Notas de 6 de enero y de 8 de junio de 1967, y el Estado de Swazilandia aceptó las responsabilidades derivadas de este Tratado por Cambio de Notas de 1970. Por Cambio de Notas de 7 de marzo y 29 e mayo de 1978 se hizo extensivo al Estado de Las Bahamas y por Nota de 11 de septiembre de 1979 se hizo extensivo a la República de Kirbati.

²⁸ Tratado de Extradición suscrito con Uruguay el 10 de mayo de 1897, promulgado por Decreto de 23 de noviembre de 1909, y publicado en el Diario Oficial de 30 de noviembre de 1909.

²⁹ Tratado de Extradición suscrito con Venezuela el 2 de junio de 1962, promulgado por Decreto N° 355, de 10 de mayo de 1965, y publicado en el Diario Oficial de 1° de junio de 1965.

³⁰ NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal chileno, parte general, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2005, p. 173.

la Convención Interamericana contra la Corrupción³¹, que principalmente asegura la calidad de extraditable de los delitos que señala; la Convención sobre la Prevención y el Castigo de los Delitos contra las Personas Internacionalmente Protegidas, inclusive agentes diplomáticos,³² la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas³³ y la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.³⁴ Cabe por último hacer referencia a tratados que establecen derechos que pudieran eventualmente verse vulnerados por una extradición, como puede suceder, en ciertos casos, con la Convención sobre los Derechos del Niño.³⁵ Ellos también serán fuente de derecho, aunque no se refieran específicamente a la extradición.

3. Los principios de derecho internacional en materia de extradición

3.1 Ámbito de aplicación, supletoriedad

El art. 373 b) CPP dispone que para determinar si el delito que se le imputa al *extraditurus* o aquél por el cual se le hubiere condenado es de aquellos que autorizan la extradición, a

³¹ Art. XIII: “Extradición: 1. El presente artículo se aplicará a los delitos tipificados por los Estados Partes de conformidad con esta Convención. 2. Cada uno de los delitos a los que se aplica el presente artículo se considerará incluido entre los delitos que den lugar a extradición en todo tratado de extradición vigente entre los Estados Partes. Los Estados Partes se comprometen a incluir tales delitos como casos de extradición en todo tratado de extradición que concierten entre sí. 3. Si un Estado Parte que supedita la extradición a la existencia de un tratado recibe una solicitud de extradición de otro Estado Parte, con el que no lo vincula ningún tratado de extradición, podrá considerar la presente Convención como la base jurídica de la extradición respecto de los delitos a los que se aplica el presente artículo.” Son Estados partes de esta Convención: Argentina, Antigua y Barbuda, Bahamas, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, San Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela (fuente: ><http://www.oas.org/Juridico/spanish/firmas/b-58.html>< [visitado el 18 de enero de 2009].

³² Son relevantes los arts 7 y 8. El art. 7 establece una obligación alternativa para el país donde se encuentre al presunto culpable de estos crímenes: o los extradita o los juzga (*aut dedere aut iudicare*). Cuenta con 171 Estados partes, el listado puede revisarse en ><http://treaties.un.org/doc/publication/mtdsg/volume%20ii/chapter%20xviii/xviii-7.en.pdf>< [visitado el 18 de enero de 2009].

³³ Particularmente relevante es su art. 6. Tiene 183 Estados parte, la lista puede revisarse en ><http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=170&chapter=6&lang=en>< [visitado el 18 de enero de 2009].

³⁴ Es relevante el art. VII. Cuenta con 140 Estados parte, el listado puede revisarse en ><http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&id=318&chapter=4&lang=en>< [visitado el 18 de enero de 2009].

³⁵ Cfr. *infra*.

falta de norma expresa en un tratado con el Estado de que se trate, se aplican los principios de derecho internacional.

Esta supletoriedad de los principios frente al tratado es la regla general, siempre que los principios no sean de aquellos que son imperativos (*ius cogens*), caso en el cual tienen más alta jerarquía normativa que los tratados en el sistema de fuentes del derecho internacional.³⁶ Si existe una norma de *ius cogens* en juego, cualquier tratado que la contradiga es nulo en cuanto lo haga, por lo que se aplicaría esa norma con preferencia al tratado.³⁷

3.2 Distinción de otras fuentes de derecho internacional

En cuanto a la determinación de los principios de derecho internacional en materia de extradición, nuestra jurisprudencia ha entendido que ellos pueden extraerse de los tratados, en particular de los dos tratados multilaterales más importantes que ha suscrito Chile en materia de extradición: el denominado Código de Bustamante (conocido en Chile como Código de Derecho Internacional Privado, en adelante CB) y el Tratado de Montevideo.³⁸

Sin perjuicio de que nada se opone a que dichos principios de derecho internacional en materia de extradición se condigan con las normas contenidas en tratados, sino muy por el contrario, no es correcto identificar ciegamente a estos principios con las normas de tratados de ya 80 años de antigüedad, pues implicaría petrificar tales principios en una época incluso anterior al reconocimiento universal de los derechos humanos; ni menos cabe

³⁶ BROWNLIE, Ian. Principles of Public Internacional Law, Oxford, Oxford University Press, fifth edition, 1998, p. 514 y ss. BASSIOUNI, M. Cherif. International Crimes: Jus Cogens and Obligation Erga Omnes, Law and Contemporary Problems 59 (1996), 63-74. BYERS, Michael. Conceptualising the Relationship between Jus Cogens and Erga Omnes Rules, Nordic Journal of International Law 66 (1997), 211-239. HAOPEI, Li, Jus cogens and international law, en: Yee, Sienho/Tieya, Wang (ed.), International Law in the post-Cold War world, Essays in Memory of Li Haopei, Londres (2001), 499-522.

³⁷ Esto no queda del todo claro del Informe de Fiscal en caso Fujimori, que al referirse a las fuentes (p. 17) parece dar preferencia a los tratados en todo caso.

³⁸ Cfr. v. gr. sentencia de la Corte Suprema de 9 de septiembre de 1944, Revista de Ciencias Penales, tomo 8, p. 34; Gaceta de los Tribunales, 1947, primer semestre, sentencia N 31, p. 265, considerando 4 y ss.; RDJ tomo 51, año 1954, segunda parte, sección cuarta, p. 186, considerando 5 y ss.; RDJ tomo LIX, año 1962, p. 88 y ss., considerando 5. Más recientemente, sentencia de 30 de marzo de 2006, rol 688-2006, en que la segunda sala de la Corte Suprema confirma una sentencia de primera instancia, considerando 6 y 7.

confundir a los principios de derecho internacional con otras fuentes de derecho internacional, como lo son la costumbre y las convenciones internacionales.³⁹

3.3 Principios de derecho internacional para determinar si un delito es extraditable

Esta materia es tratada sin grandes diferencias por todos los autores que se han ocupado de la extradición.⁴⁰ Los principios aplicables son el de doble incriminación, el requisito de una cierta gravedad mínima del delito, la proscripción de la extradición para los denominados delitos políticos y militares, y la necesidad de que respecto del delito por el que se concede la extradición no haya operado alguna causal de extinción de la responsabilidad penal ni exista un obstáculo procesal para su persecución penal.

3.3.1 Doble incriminación

En aplicación de este principio, el hecho de que se trata debe ser constitutivo de delito tanto conforme al derecho del Estado requirente como conforme al derecho del Estado requerido.⁴¹ Naturalmente un Estado tendrá interés en cooperar con otro en obtener el castigo penal de una conducta sólo si esta es considerada punible por ambos. Esta idea es recogida en los tratados bilaterales, en el art. 353 del Código de Bustamante y en el art. 1 letra b) de la Convención de Montevideo.

En cuanto al momento en que debe existir esta doble incriminación, siendo la extradición una institución de cooperación internacional, este momento no puede ser otro que aquel en el que la cooperación se solicita. Con todo, en nuestra doctrina, Novoa Monreal ha señalado que la doble incriminación debe existir al momento en que se cometió el delito y subsistir hasta que se haga entrega de la persona cuya extradición se ha concedido.⁴² Al respecto sólo cabe señalar el peligro de caer en la confusión de pensar que el requisito de doble

³⁹ Cfr. BROWNLIE, Ian. Principles of Public International Law, Oxford, Oxford University Press, fifth edition, 1998, p. 18 y s. Queda hecha esta salvedad pues esta confusión se encuentra en documentos de difusión pública. Cfr. el boletín del Ministerio Público N° 21, de diciembre 2004, titulado “la extradición en el nuevo proceso chileno”.

⁴⁰ Cfr., por todos, NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal chileno, parte general, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2005, p. 174 y ss.

⁴¹ Un ejemplo de la aplicación de este principio lo encontramos en Fallos del Mes N° 441, 1995, p. 1061.

⁴² NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal chileno, parte general, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2005, p. 174.

incriminación implica que la conducta en la que se funda la solicitud de extradición hecha por otro Estado debe ser actualmente punible en Chile. Al efecto hay que tener en cuenta que, aunque la conducta hubiese estado descrita como delito en Chile al momento de cometerse el delito, no será actualmente punible en Chile al momento de que deba resolverse la solicitud de extradición, salvo los casos en que se autoriza la aplicación extraterritorial del derecho chileno⁴³ y en los que se solicite la extradición por delitos cometidos en Chile en que el Estado requirente pretenda aplicar extraterritorialmente su derecho penal. Pretender entonces igualar el requisito de doble incriminación con la existencia de un requisito de actual punibilidad de la conducta en Chile equivale a pretender que sólo en los casos de (potencial) ejercicio extraterritorial de la jurisdicción penal podrá otorgarse la extradición. Ya que esta conclusión no se condice con la teoría ni con la práctica de la extradición, habrá que afirmar que no hay razón para sostener la necesidad de que la conducta por la cual se solicita la extradición haya sido punible en Chile al momento de los hechos que dan motivo a la solicitud de extradición. Resulta comprensible que la conducta debe haber sido constitutiva de delito en el lugar y tiempo en que se cometió, pero en cambio no se entiende por qué el autor en comento sostiene que la conducta debe haber sido constitutiva de delito en el Estado requerido desde el momento de la comisión del delito. Siendo la extradición de una institución de cooperación internacional, no se divisa que alguna garantía pueda verse vulnerada si la conducta que sirve de base a la solicitud de extradición no era constitutiva de delito con anterioridad a la solicitud de extradición en el Estado donde se encuentra el imputado, siempre que el hecho punible no hubiese tenido lugar allí.

Politoff, Matus y Ramírez, por su parte, señalan⁴⁴ que “la doble incriminación debe ser juzgada en abstracto, el país requerido no debe 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.” Parece sin embargo que el requisito de la doble incriminación no se cumpliría si de los antecedentes que se acompañan al proceso resulta que la persona actuó en legítima defensa, o se trataba

⁴³ Cfr. *infra*.

⁴⁴ POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio / MATUS ACUÑA, Jean Pierre / RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno, tomo I parte general, segunda edición 2004, Editorial Jurídica de Chile, p. 147.

de un niño de 13 años al momento de los hechos, ya que el hecho no sería constitutivo de delito en Chile.⁴⁵ Con esta afirmación no se pretende que en cada caso de extradición deba comprobarse más allá de toda duda razonable que la conducta fue típica, antijurídica y culpable para extraditar – pues no estamos ante un juicio que atribuye responsabilidad penal – pero si de los antecedentes disponibles resulta que tal responsabilidad no existe en el derecho nacional, mal podría entregarse legítimamente a una persona a otro Estado que pretende hacerla efectiva cumpliendo con el requisito de la doble incriminación.

3.3.2 Gravedad del delito

Este requisito pretende reservar esta forma de cooperación internacional para conductas particularmente reprobables dentro del sistema jurídico, no se trata de una institución aplicable a todo delito. Siendo la naturaleza y duración de la pena asignada a un delito el principal indicador de la gravedad que el Estado asigna a la conducta, son estos los principales parangones para determinar el requisito de gravedad. Éste se encuentra regulado en nuestro derecho nacional, en el art. 440 CPP, que exige que en el país requirente los individuos se encuentren “imputados por un delito o condenados a una pena privativa de libertad superior a un año”.⁴⁶ Esta es la redacción textual del Código, que no es particularmente clara. El criterio de un año como duración mínima de la pena privativa de libertad es seguido por el Código de Bustamante (art. 354: “se exigirá que la pena [...] no sea menor de un año de privación de libertad”) y la Convención de Montevideo (art. I letra b); “con la pena mínima de un año de privación de libertad”. En cuanto a los grados de participación en el delito, puede extraditarse a procesados o condenados como autores o como partícipes.⁴⁷

⁴⁵ En este mismo sentido se encuentran disposiciones como el art. IV para. 5 del tratado entre Australia y Chile, conforme al cual “[l]a extradición no será concedida: 5. Cuando la persona buscada no pueda ser [...] declarada culpable en razón de alguna limitación [...] impuesta por las leyes de cualquiera de los dos Estados contratantes.

⁴⁶ Se denegó la solicitud de extradición solicitada por parte de Argentina de una persona que había sido condenada, siendo menor de edad, a la medida de libertad asistida por el término de un año, como medida de tratamiento. Se consideró, para fundamentar la denegación, que esta resolución no tendría el carácter de sentencia definitiva. La medida de libertad asistida “no basta para satisfacer los estándares penales que hacen precedente un pedido de extradición” (sentencia del Ministro Nivaldo Segura de 28 de enero de 2008 en causa rol N°476-2008, considerando duodécimo).

⁴⁷ El art. 352 del Código de Bustamante se refiere a autores, cómplices y encubridores, el tratado con el Reino Unido a autores y partícipes (art. II para. 2); algunos tratados bilaterales se refieren a autores y cómplices (ej.

El requisito de una pena privativa de libertad con un mínimo de un año se repite en varios tratados bilaterales⁴⁸ Otros contemplan duraciones mínimas distintas. Así, para las extradiciones entre Chile y Ecuador, Uruguay o Paraguay, conforme al art. 2 de los respectivos tratados, la pena debe ser privativa de libertad superior a tres años, según las leyes del requirente. En el caso de una extradición a Estados Unidos, el requisito es que según la ley chilena la conducta de que se trate tenga pena de presidio u otra superior y en Estados Unidos sea una felonía. Hay, en fin, tratados que ofrecen una solución diferenciada: en el caso de las extradiciones para juzgar, la pena máxima no debe ser inferior a un año, mientras que en las extradiciones que se soliciten para cumplir condena, deben restar al menos seis meses por cumplir.⁴⁹

Aunque estas reglas son en apariencia bastante simples, su aplicación en la práctica puede suscitar dudas. Estas pueden darse por varias razones. Puede ser, en primer lugar, que del concurso de normas no resulte claro si la pena ha de tener como mínimo un año (regla general en los convenios) o más de un año (como lo señala la ley interna). Podría incluso algún intérprete estimar que conforme a la ley chilena bastaría con que la persona se encuentre imputada de un delito, sin más, para que proceda la extradición. Sin embargo, de una interpretación sistemática – teniendo en consideración el art. 431 del Código Procesal Penal⁵⁰ y las normas internacionales sobre la materia – no resulta que esa sea la interpretación más plausible.

En caso de que se produjera una discusión sobre ese punto, desde el punto de vista del derecho internacional al Estado de Chile no le sería lícito apoyarse en su derecho interno para incumplir un tratado internacional⁵¹, por lo que debiese preferirse el plazo del tratado aunque sea menor que el previsto en la ley. En caso de que algún convenio bilateral

tratado con Bélgica, art. V N° 2; tratado con Bolivia, art. I; tratado con Ecuador, art. 1). Con todo, antes de sacar conclusiones apresuradas en cuanto a que en estos casos se excluye a los encubridores habrá que examinar qué clases de participación criminal se conocen en el otro Estado parte del tratado, pues bien puede ser que se le de al término “cómplice” un significado más amplio que el usual para nosotros.

⁴⁸ V. gr. los tratados con Bélgica, Brasil, Colombia, en sus respectivos arts. 2, Gran Bretaña art. 5 inc. 2, los tratados con Australia y Corea, art. II para. 1.

⁴⁹ Ej. los tratados con España y Nicaragua, art. 2 para. 1 y 2 y el tratado con México art. 2, con la salvedad de que la pena que se arriesga por el delito que se quiere juzgar debe tener un mínimo superior a un año.

⁵⁰ Que referido a la extradición pasiva establece como requisito que la duración mínima de la pena privativa de libertad ha de exceder de un año.

⁵¹ Según dispone el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, ratificada por Chile el 9 de abril de 1981.

contemple penas mínimas que tengan mayor duración que el mínimo señalado en el Código Procesal Penal, habrá que estarse al tenor del tratado: si éste dispone que solamente en esos casos podrá proceder una extradición, habrá de denegarse la extradición en los demás casos, si en cambio no excluye la extradición en otros casos, puede aplicarse el mínimo establecido en nuestra legislación interna. En este último caso, la fuente de la extradición ya no será el tratado, sino los principios de derecho internacional en materia de extradición. De actuar de otra forma, la existencia de un tratado bilateral de extradición implicaría, en ocasiones, dar un trato menos favorable al Estado contraparte del tratado que a un tercer Estado, habida cuenta de que sería nuestra contraparte en el tratado la que solicitaría la extradición.

Otro punto de discusión, que puede resultar algo más complejo, es el determinar el modo en que ha de considerarse cumplido el requisito respecto de los casos en que se solicite la extradición para juzgar a una persona. El problema se circunscribe a la extradición para juzgar porque si existe una condena que cumplir, estará ya específicamente determinada la pena en su duración exacta, por lo que se podrá revisar sin inconvenientes si es privativa de libertad superior al mínimo o no lo es. En cambio, si es que la persona cuya extradición se solicita va a ser juzgada, el intérprete tiene a su haber solamente un marco de pena, no la pena determinada. De allí que surja la disyuntiva de si el mínimo de pena requerido para que el delito sea extraditabile ha de cumplirse respecto de la duración mínima del grado o si basta con que la persona arriesgue una pena de hasta el mínimo exigido, según las circunstancias del caso. Mayoritariamente, nuestra jurisprudencia considera que se puede otorgar la extradición siempre que el marco legal contemple la pena de un año o superior.⁵² La doctrina nacional sigue el mismo criterio.⁵³ Con todo, un argumento basado en una aproximación sistemática de la regulación sobre extradición otorga un convincente argumento en contra: al referirse a los requisitos de extradición activa, el art. 431 CPP: exige que se trate de “un delito que tuviere señalada en la ley una pena privativa de libertad

⁵² Puede consultarse, a modo de ejemplo de esta tendencia, RDJ tomo 54, sección cuarta, 1957, p. 197. Esta línea sin embargo no es uniforme. Un ejemplo de jurisprudencia contraria puede encontrarse en Fallos del Mes, tomo 3, sección criminal N°2, p. 1330.

⁵³ GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Tomo I, parte general, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, 2007, p. 146; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio / MATUS ACUÑA, Jean Pierre / RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno, tomo I parte general, segunda edición 2004, Editorial Jurídica de Chile, p. 148.

cuya duración mínima excediere de un año”. No parece haber razones para que el requisito para solicitar la extradición sea más exigente que para otorgarla. De allí que habrá que entender que, conforme a la legislación chilena, podrá otorgarse la extradición para juzgar a una persona por delitos para los que estén prevista la pena de presidio o reclusión en su grado medio o una superior (que comienza en 541 días).

El punto da pie para que continúe siendo controvertido, dado que, si se acepta que basta con que el máximo de la pena exceda del año de privación de libertad, podría darse la situación de que se extradite por un delito que, en definitiva, amerite una pena menor que esa, con lo que no se cumpliría con el objetivo del principio de dejar fuera del régimen de extradición a los delitos que no cumplan con ciertos estándares de gravedad. Por otra parte, si se considera que el mínimo de la pena debe exceder de un año de privación de libertad, se estaría dejando fuera del régimen de extradición a personas que han cometido delitos que en el caso concreto ameritarían una pena mayor de un año. En cualquier caso, este dilema puede dirimirse aplicando el principio *pro reo*, en el sentido de que el riesgo de incumplir la regla extraditando a una persona que no debía ser extraditada debe ser tomado como uno más grave que el de denegar la extradición respecto de una persona respecto de la cual en principio hubiese procedido.

3.3.3 Debe tratarse de delitos comunes

Al tratar este requisito suele señalarse que representa un ejemplo de los vaivenes que ha experimentado esta institución jurídica, puesto que en sus orígenes la extradición existía solamente para los delitos políticos, que hoy quedan fuera de su ámbito de aplicación. Actualmente, conforme a los principios de derecho internacional en materia de extradición, no son extraditables los delitos políticos ni los militares.

a) Delitos políticos

Para decidir si estamos ante delitos comunes o ante delitos políticas se distinguen tradicionalmente dos criterios: uno subjetivo y uno objetivo. Mientras el subjetivo hace hincapié en los fines perseguidos por el agente – si el fin es político o altruista el delito lo

es – conforme al criterio objetivo lo determinante para establecer la naturaleza política del delito es la naturaleza del derecho lesionado.⁵⁴

Nuestra jurisprudencia ha seguido una teoría ecléctica, exigiendo ambos requisitos: en lo objetivo se requiere lesión o peligro para la organización política o la normalidad constitucional; en lo subjetivo se debe actuar con móviles altruistas y patrióticos.⁵⁵

Con todo, se suele excluir de la categoría de delitos políticos a los graves crímenes contra las personas. Nuestra jurisprudencia, siguiendo este criterio, considera que los delitos de extorsión, homicidio y robo con violencia son comunes, sin importar su finalidad.⁵⁶ Este es también el fundamento de la denominada “cláusula Belga”,⁵⁷ conforme a la cual “no se reputará delito político ni hecho conexo con delito de esa naturaleza el atentado contra la persona del jefe extranjero, o contra de los miembros de su familia, cuando este atentado constituya homicidio, asesinato o envenenamiento”.⁵⁸ En un sentido análogo, el art. 9 inciso final de la Constitución Política de la República excluye la posibilidad de que las conductas terroristas puedan ser consideradas delitos políticos.

En doctrina se distingue entre delitos políticos puros, complejos y conexos. Se denomina delitos políticos puros a aquellos que atentan contra la estructura política del Estado, se denominan delitos políticos complejos o relativos a aquellos que atentan, además, contra bienes jurídicos comunes (ej. magnicidio) y son, por último, conexos, los delitos no

⁵⁴ Cfr., por todos, NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal chileno, parte general, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2005, p. 243 y s.

⁵⁵ Cfr. sentencia de 24 de septiembre de 1957, considerando quinto, citada en NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal chileno, parte general, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2005, p. 178.

⁵⁶ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. Derecho Penal en la Jurisprudencia I, 29, p. 52, IV, 491, p. 19. Cfr. como manifestación de este principio el art. 3 del tratado con Perú: “No podrá concederse la extradición por delitos políticos [...] pero se concederá, aún cuando el culpable alegue un motivo o fin político si el hecho por el cual ha sido reclamado constituye principalmente un delito común, como homicidio, envenenamiento, mutilaciones, heridas graves voluntarias y premeditadas, atentados a la propiedad pública o privada, por incendios, explosión, inundación y robos. / Para la aplicación de las reglas que preceden, no se reputan delitos políticos los actos criminales o de anarquismo dirigidos contra las bases de toda organización social.”

⁵⁷ La denominada “cláusula belga” recibe ese nombre por haber sido establecida por primera vez en una ley belga de 1856, y establece una excepción al principio de que los delitos políticos no son extraditables, en el sentido de que hace obligatorio entregar al delincuente que haya atentado contra la vida del jefe de Estado o de miembros de su familia. Cfr. MONROY, Marco. Régimen jurídico de la extradición. Bogotá, Temis, 1987, p. 47 y s.

⁵⁸ Tratado con Bélgica art. 3. También se contiene en el art. 357 del Código de Bustamante “homicidio o asesinato del jefe de un Estado contratante o de cualquier persona que en él ejerza autoridad”.

políticos que se lleva a cabo para facilitar la comisión de un delito político.⁵⁹ Solamente respecto de los primeros existe consenso en que no procede la extradición.

El art. 355 de Código de Bustamante dispone que “[e]stán excluidos de la extradición los delitos políticos y conexos, según la calificación del Estado requerido”. Una norma de similar tenor está contenida en el art. III letra e) de la Convención de Montevideo⁶⁰ y en varios convenios bilaterales.⁶¹

El art. 356 de código de Bustamante dispone que tampoco tendrá lugar la extradición si se probare que la petición de entrega se ha hecho con el fin de juzgar y castigar al acusado por un delito de carácter político. Disposiciones análogas se encuentran en algunos tratados bilaterales.⁶² Este precepto, que parece dar lugar a la averiguación y prueba de los motivos del Estado para solicitar la extradición, parece innecesaria a la luz de los efectos de la extradición: ya que la persona extraditada sólo podrá ser juzgada por el delito por el cual fue extraditada, si el delito por el que se le extradita no tiene carácter político, no podrá ser juzgada en el país solicitante por otro de ese carácter, salvo que permanezca allí voluntariamente, lo que ya escapa al poder de control del Estado requerido.

Se suele señalar que el fundamento para no extraditar por delitos políticos estaría dado porque ellos solamente afectan al régimen político de un Estado, no así al Estado al que se solicita la extradición.⁶³ En definitiva, contemporáneamente se busca que un Estado no esté

⁵⁹ Garrido pone como ejemplo el robo de un automóvil, cfr. GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Tomo I, parte general, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, 2007, p. 149. Trata también esta distinción CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal, Parte General, Ediciones Universidad Católica, octava edición ampliada, septiembre 2005, p. 221 y s.

⁶⁰ Con el matiz de que los Estados partes de esta convención “no están obligados” a conceder la extradición en estos casos.

⁶¹ El mismo principio de reproduce en Convenios bilaterales: Chile-Bélgica: art. II N° 2, Chile-Bolivia art. 3, Chile-Brasil art. 4 letra a), Chile-Colombia, art. III, Chile-Ecuador art. II y art. VI N° 1, Chile-España art. II y art. VI N° 1, Chile-Estados Unidos art. VI, Chile-Gran Reino Unido art. VI, Chile-Paraguay art. II y art. VI N° 1, Chile-Perú art. III, Chile-Uruguay art. II y art. VI N° 1, Chile-Venezuela art. VI N° 1.

⁶² Tratado con Estados Unidos, art. 6: “No será entregado” en fugitivo al que se le imputa un delito de carácter político o respecto del cual se prueba la intención de enjuiciarlo y castigarlo por un delito de ese carácter. Cfr, también el art. 6 del tratado con el Reino Unido y el art. 4 del tratado con Venezuela, que excluye el expresamente genocidio, los actos terroristas y el atentado contra la vida del jefe de Estado.

⁶³ NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal chileno, parte general, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2005, p. 177; QUINTANO RIPOLLÉS, Tratado de Derecho Penal Internacional e internacional penal, Consejo superior de investigaciones científicas, Instituto “Francisco de Vitoria”, Madrid, 1957, tomo II, p. 231: “el delito político es nacional”, mediante él “se vulnera o arriesga un orden localmente predeterminado”, de suerte que un mismo hecho será considerado criminal en un Estado y no en otro.

obligado a entregar a personas que son políticamente perseguidas al Estado que las persigue.⁶⁴

b) Delitos militares

Tampoco se consideran extraditables los delitos militares,⁶⁵ entendidos como conductas que son punibles solamente si son cometidas por militares en servicio, infracción puramente de deberes militares.⁶⁶ El art. 4 del tratado de extradición entre Chile y Venezuela señala que “se considerarán delitos puramente militares las infracciones que consisten en acciones u omisiones ajenas al derecho penal común y tendientes al mantenimiento del orden y la disciplina de las mismas”.⁶⁷

Su exclusión del régimen común se explicaría porque estos son delitos especiales, y para el país requerido la persona ya no tendrá la calidad de sujeto activo calificado. Ese argumento sin embargo, no es del todo convincente, ya que hay consenso en que los delitos cometidos por funcionarios públicos, a los que podría aplicarse el mismo razonamiento, son extraditables, existiendo incluso a ese respecto la Convención Interamericana contra la Corrupción, que vincula a Chile.

⁶⁴ Cfr., con más referencias, GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Tomo I, parte general, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, 2007, p. 149. Un ejemplo de este espíritu se encuentra en un tratado de los más recientes, el que nos vincula con Corea, en su art. 3 para. 4: “No se otorgará la extradición en virtud del presente tratado[...]: 5. Cuando la parte requerida tiene razones fundadas para suponer que la solicitud de extradición ha sido presentada con miras a someter a proceso o castigar a la persona cuya extradición se pretende a causa de su raza, religión, nacionalidad o credo político”.

⁶⁵ Este principio está recogido en el art. III de la Convención de Montevideo: “El Estado requerido no está obligado a conceder la extradición cuando se trate de [...] delitos puramente militares”. Los tratados con España, con Nicaragua y con México establecen expresamente que no se aplican a delitos estrictamente militares (art. 6 de los dos primeros y art. 5 del último).

⁶⁶ NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal chileno, parte general, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2005, p. 179; ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. Derecho Penal, Parte General, tomo I, tercera edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 137; FONTECILLA GALLARDO, Ricardo. “Los delitos políticos en la extradición” Tesis Universidad de Chile, 1981, p. 55.

⁶⁷ Cfr. también el art. V para 5 del Tratado entre Chile y Australia, que faculta a denegar la extradición cuando se persiga castigar delitos militares.

3.3.4 No ha de haber operado alguna causal de extinción de la responsabilidad penal, ni ha de existir obstáculo procesal para la persecución penal

Este requisito, que resulta ser complementario del de doble incriminación – no basta con que la conducta sea constitutiva de delito en el Estado requirente y en el requerido, debe además poder asegurarse que no haya operado a su respecto alguna causalidad de extinción de la responsabilidad penal ni hay obstáculo a la persecución penal – cuenta con varias manifestaciones más concretas. Así, en virtud de él no deben estar prescritas la acción penal ni la pena en el Estado requirente ni en el Estado requerido, y la persona cuya entrega se solicita no ha de haber cumplido condena ni haber sido absuelto por los mismos hechos. El mismo fundamento puede esgrimirse para exigir que la persona cuya entrega se solicita no se encuentre procesada en el país requerido con fundamento en las conductas por las cuales se solicita la extradición.

a) Ausencia de prescripción de la acción penal y la pena

Para el caso de que se solicite la extradición para la persecución penal de una persona, será relevante la ausencia de prescripción de la acción penal, en tanto la ausencia de prescripción de la pena será relevante más bien para los casos en que se solicite la extradición para el cumplimiento de la pena.

El requisito de la ausencia de prescripción está recogido en los dos principales convenios multilaterales de extradición suscritos por Chile, aunque con ciertos matices. El art. 359 del Código de Bustamante exige que no estén prescritas la acción penal o la pena en el Estado requirente o en el Estado requerido, mientras el art. III de la Convención de Montevideo, por su parte, establece que el Estado no está obligado a conceder la extradición “a) cuando estén prescritas la acción penal o la pena, según las leyes del Estado requirente y del requerido con anterioridad a la detención del individuo inculcado”. El asunto es tratado, también de manera diferente, por distintos tratados bilaterales. Mientras algunos optan por exigir que no exista prescripción en el Estado requerido⁶⁸ y otros exigen que no exista en el

⁶⁸ Tratados con Bélgica art. 3 N° 2, con Estados Unidos art. 7, con Colombia y con Perú, ambos art. 5 N° 2.

requirente,⁶⁹ la mayoría se inclina por exigir que no exista ni en el requerido ni en el requirente.⁷⁰

Esta disparidad de criterios hace que sea plausible que a falta de tratado se presente la discusión acerca de cuál o cuáles legislación(es) se ha de tener en cuenta a la hora decidir sobre la extradición.⁷¹ En definitiva ha de tomarse en cuenta, en todo caso, la legislación sobre prescripción del Estado requirente. Habida cuenta de que se discute si se entregará a una persona precisamente para que sea juzgada o para que cumpla su condena, resulta del todo ilógico extraditar a una persona a un Estado que no podrá juzgarle o castigarle, por encontrarse prescritas la acción legal o la pena conforme a su legislación. En cuanto a la legislación del Estado requerido, el hecho de que en varios tratados se requiera consultarla en materia de prescripción parece ligado en cierta forma al requisito de gravedad. Normalmente el tiempo de prescripción es proporcional a la gravedad del delito – mientras más grave se considere al delito más extenso es el plazo de prescripción y viceversa, por lo que si el Estado requerido contempla plazos de prescripción breves respecto de un delito es consecuencia de que no lo considera tan grave. Ello otorga un argumento para considerar también la legislación del Estado requerido en la decisión de extraditar. Teniendo en cuenta que si la conducta hubiese sido cometida en el Estado requerido éste ya no tendría interés en perseguir en razón del tiempo transcurrido, decae asimismo el interés de ese Estado en cooperar con que otro Estado pueda perseguir la responsabilidad penal por esa conducta.

Otro punto que suele reseñarse es la aplicabilidad o del art. 100 del Código Penal⁷² para los efectos del cómputo del plazo de prescripción en materia de extradición. La jurisprudencia actual⁷³ lo considera aplicable, lo que parece congruente. Si hay que determinar la prescripción para el Estado de Chile, es lógico que se apliquen todas las normas que sobre la materia rigen en el Estado.

⁶⁹ Tratados con Paraguay, con Ecuador y con Uruguay art. 6 N° 4; Tratado con Bolivia art 5 para. 2.

⁷⁰ Tratados con Gran Bretaña art. 5, con España art. 9 c), con Corea art. 3 N° 3, con Australia art. IV N° 5, con Brasil art. 4 letra c), con México art. 9, con Venezuela art. 4 N° 2, con Nicaragua art. 9 letra c).

⁷¹ SÁNCHEZ MAGNONI, Alejandro. Doctrina de la Fiscalía de la Corte Suprema en relación con la extradición pasiva y el recurso de inaplicabilidad. Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1970, p. 17 y ss.

⁷² Art. 100 del Código Penal: “Cuando el responsable se ausentare del territorio de la República sólo podrá prescribir la acción penal o la pena contando por uno cada dos días de ausencia, para el cómputo de los años.”

⁷³ Cfr. considerando undécimo de fallo de segunda instancia en caso Fujimori.

b) Que la persona no haya cumplido condena ni haya sido absuelta por los mismos hechos

Se trata de un reconocimiento internacional de la excepción de *ne bis in idem*, recogida en el art. 358 del Código de Bustamante.⁷⁴ El principio *ne bis in idem*⁷⁵ es una garantía ampliamente reconocida a favor de toda persona que ha sido juzgada por un delito que impide que sea sometida nuevamente a un proceso penal por la misma conducta, sin importar si fue condenada o absuelta.

Conforme a este principio está prohibido tanto reiterar el castigo por una conducta – en caso de que la persona haya cumplido su pena luego de ser condenada⁷⁶ – como también reiterar la persecución penal.⁷⁷ El *ne bis in idem* está reconocido como derecho fundamental en varios tratados,⁷⁸ lo que ha dado pie a que parte importante de la doctrina considere que ha de aplicarse no solamente para procesos dentro del mismo Estado, sino también en otros tribunales, sea extranjeros o internacionales.⁷⁹

En Chile, *Novoa Monreal*⁸⁰ parece plantear restricciones a este principio, al acotar su aplicación sólo a las condenas cumplidas o absoluciones pronunciadas en el Estado requerido. No excluye entonces expresamente la posibilidad de que se le pueda otorgar la extradición a un Estado que requiera a una persona por hechos respecto de los cuales ésta ya ha sido absuelta o ha cumplido condena, sea en el mismo estado requirente o en un tercer Estado. Al respecto, parece oportuno señalar que no sería sostenible que sometiera a una

⁷⁴ También en tratados bilaterales, como el tratado con Corea, art. 3 para. 3 y art. 16; y el tratado con España. Art. 9 letra d).

⁷⁵ Que corresponde ampliamente, si bien no de manera idéntica, a la prohibición de *double jeopardy* del *common law*. Cfr. FRIEDLAND, Martin. *Double Jeopardy*, Oxford, Clarendon Press, 1969.

⁷⁶ Nuestra Corte Suprema ha decidido acoger la alegación del extraditatus que ha sido condenado por un tercer Estado y ha cumplido la pena impuesta. Cfr. sentencia de 5 de junio de 1995, Rol N° 10-1993, redactada por el Ministro Marcos Aburto.

⁷⁷ Con más antecedentes, SCHROEDER, Friedrich-Christian, *Die Rechtsnatur des Grundsatzes “ne bis in idem”*, *Juristische Schulung* (1997) p. 227 y ss.

⁷⁸ Art. 14 para. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 8 para. 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 1 para. 4 del Séptimo Protocolo del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

⁷⁹ Cfr., por todos, VAN DEN WYNGAERT, Christine/STRESSENS, Guy. *The international Non Bin in Idem Principle: resolving some of the unanswered questions*. 48 *International and Comparative Law Quarterly* (1999), 779, 781. También existen autores que sostienen que el principio solamente tiene vigencia para persecuciones o condenas dentro de un mismo Estado, cfr. SPECHT, Britta. *Die zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes ne bis in idem*, Berlín et al., Springer, 1999, p. 54.

⁸⁰ NOVOA MONREAL, Eduardo. *Curso de Derecho Penal chileno, parte general*, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2005, p. 181.

persona bajo la jurisdicción chilena a las restricciones de derechos que implica el procedimiento de extradición, máxime cuando se hace con miras a sufrir un nuevo procedimiento penal en su contra y/o una nueva condena.⁸¹ Si Chile colaborara con que el mismo Estado juzgue dos veces a una persona por la misma conducta, estaría colaborando a todas luces con el incumplimiento de un derecho respecto de una persona que se encuentra en su territorio, lo que no resulta presentable habida cuenta del deber del Estado de respetar y garantizar los derechos de todas las personas. Aún en los casos en que la absolucón en un tercer Estado pueda atribuirse a una mera parodia de juicio,⁸² sería discutible que un Estado, en igualdad jurídica con los demás, pueda iniciar un proceso por un hecho respecto del cual ya existe sentencia firme de otro Estado.⁸³

c) Que la persona no se encuentre procesada en el país requerido por los mismos hechos que motivan la solicitud de extradición

Este requisito también se encuentra recogido en el art 358 del Código de Bustamante,⁸⁴ e implica el reconocimiento internacional de la excepción de litis pendencia, antesala del *ne bis in idem*.

Ahora bien, aún respecto de un delito distinto del que motiva la solicitud de extradición, si el sujeto lo ha cometido en Chile antes de la solicitud de extradición, el Estado chileno puede perseguirlo y condenarlo, y extraditarlo una vez cumplida la condena. Si en cambio el sujeto comete un delito en Chile después de la solicitud de extradición, puede ser extraditado, y a su vez Chile puede solicitar la extradición una vez que el sujeto haya sido sometido a juicio y eventualmente cumplido su condena en el extranjero.

⁸¹ Cfr. ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. Derecho Penal, Parte General, tomo I, tercera edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 139.

⁸² Casos que sí se contemplan como excepciones nominales al principio *ne bis in idem* por ejemplo en el Estatuto de la Corte Penal Internacional y normalmente también en los derechos internos (como el art. 743 letra e) CPP).

⁸³ Claro está que esto supone que la sentencia extranjera conste con las formalidades debidas en el proceso, no sería exigible que el tribunal de oficio esté obligado a averiguar, para cada caso, si en algún Estado existe alguna sentencia respecto de los hechos.

⁸⁴ También en tratados bilaterales, como el tratado con Corea, art. 3 para. 3.

4. El llamado principio de legalidad en materia de extradición

Hemos pasado revista a las fuentes de derecho aplicables en materia de extradición. Este acápite tiene por finalidad detenerse sucintamente en una materia que no debe llamar a confusiones.

En materia de extradición se menciona tradicionalmente un así denominado principio de legalidad, que, como primera prevención, cabe distinguir claramente del principio de legalidad en materia penal sustantiva.⁸⁵ Este último, uno de los principales límites al *ius puniendi* estatal, que se alza por lo mismo como garantía para las personas reconocida con rango constitucional y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, importa que nadie puede ser castigado penalmente por una conducta que no haya tenido carácter punible al momento de ejecutarla en el lugar donde se llevó a cabo, y que no se puede aplicar como consecuencia de una conducta descrita como punible otra pena que la prevista. El principio de legalidad en materia penal sustantiva, en los países de tradición jurídica continental, como lo es Chile, alcanza entonces a dos aspectos: la descripción de las conductas – debe estar descrito en la ley al menos el núcleo de la conducta – y las penas, que deben estar descritas en la ley al menos en cuanto a su naturaleza, mínimo y máximo.⁸⁶

En materia de extradición, en tanto, lo que tradicionalmente se conoce como principio de legalidad significa reconocer que sólo se podrá conceder la extradición conforme a una ley o a un tratado y por los delitos previstos en ellos, vale decir, toda extradición ha de tener una base jurídica y, *a contrario sensu*, no ha de otorgarse una extradición al margen del derecho.

En la práctica jurídica, este principio fue particularmente relevante en la época en que la extradición se concedía sólo excepcionalmente, y aun en los casos en que existían tratados

⁸⁵ Se hace especial hincapié en esta distinción, puesto que nuestra jurisprudencia no contribuye a esclarecer el punto. Cfr. la sentencia de la Corte Suprema de 18 de octubre de 2005 en causa rol N° 4309-2005.

⁸⁶ Esta garantía se entiende flanqueada por otras, entre las que destacan la garantía de jurisdicción y la garantía de ejecución. Conforme a la primera de ellas, la declaración de la existencia de un delito debe ser hecha por un órgano jurisdiccional competente y con respeto de ciertas garantías mínimas. Conforme a la segunda, la garantía de ejecución, la forma de cumplir las penas debe estar prevista en una ley, no en normas de rango menor.

de extradición, éstos contenían listas de delitos respecto de los cuales la extradición procedía.⁸⁷

Actualmente, en Chile la extradición se sigue concediendo con base jurídica, conforme a los tratados o la ley, y en ese sentido el denominado principio de legalidad en materia de extradición no se ha dejado de lado. Sin embargo, cabe tomar nota del cambio en el contenido de las fuentes a las que hace referencia: así, en lo que a los tratados respecta, desde los celebrados en la década del 1930 en adelante se afirmó definitivamente la tendencia de dejar atrás el sistema de *numerus clausus* en cuanto a los delitos respecto de los cuales la extradición procede, regulándose, al revés, los casos excepcionales en los que puede no otorgarse o derechamente no procede, en consonancia con los principios de derecho internacional en materia de extradición a los que ya se ha pasado revista. En tanto, en lo que respecta a la ley como fuente de la extradición, la legislación chilena vigente manda que, comprobándose ciertas circunstancias, “el tribunal concederá la extradición” (art. 449 del Código Procesal Penal). Respecto los delitos por cuales procede la extradición, el requisito legal señala:

“que el delito [...] sea de aquellos que autorizan la extradición según los tratados vigentes o, a falta de éstos, en conformidad con los principios de derecho internacional.”⁸⁸

Estos principios a los que la ley refiere, conforme lo revisado *supra*, informan un sistema en el que se ha reducido considerablemente el número de casos en los que, conforme a derecho, la extradición puede legítimamente no concederse o es derechamente improcedente.

En suma, la progresiva apertura respecto de la procedencia de la extradición que ha tenido lugar en el último siglo no obsta a que ésta haya de otorgarse con una base jurídica, sino que tiene como consecuencia que el énfasis del examen acerca de los delitos respecto de los

⁸⁷ Podemos observar, a título ilustrativo, las listas que contienen nuestros tratados bilaterales sobre extradición más antiguos: el art. II del tratado con Gran Bretaña (firmado en 1897, canje de ratificaciones, promulgación y publicación en 1898); el art. I del tratado con Bélgica (firmado en 1899, canje de ratificaciones y promulgación en 1904); el art. II. del tratado con Estados Unidos (firmado en 1900 y 1901, canje de ratificaciones, promulgación y publicación en 1902); art. II del tratado con Colombia (firmado en 1914, canje de ratificaciones y promulgación en 1928, publicación en 1929), art. II del tratado con Bolivia, (firmado en 1910, canje de ratificaciones, promulgación y publicación en 1931).

⁸⁸ Artículo 449 letra b) del Código Procesal Penal.

cuales la extradición procede ha dado un vuelco: si hace 100 años conforme a los tratados y leyes vigentes un punto relevante del examen consistía en examinar respecto de qué Estados y delitos casos procedía excepcionalmente, hoy, también conforme a los tratados y leyes vigentes, lo relevante es examinar respecto de qué delitos puede no concederse o no procede, todo esto conforme a las fuentes que se han revisado en esta primera parte del trabajo. Como resultado de este desarrollo, contemporáneamente la invocación del denominado principio de legalidad en materia de extradición cobra importancia práctica preponderantemente en los casos en los que la ley o el tratado prohíben la extradición.

II. El procedimiento de la extradición pasiva

El procedimiento aplicable a la extradición pasiva está regulado en los artículos 440 y siguientes del Código Procesal Penal (en adelante CPP), en el párrafo II de su libro IV.

El procedimiento puede esquematizarse como sigue:

- Eventualmente, antes de recibirse la solicitud formal de extradición: detención previa (art. 442 CPP)
- Procedimiento de una solicitud formal de extradición
 - i. El Ministerio de Relaciones Exteriores recibe una solicitud de extradición.
 - ii. El Ministerio de Relaciones Exteriores remite la petición y sus antecedentes a la Corte Suprema.
 - iii. La Corte designa a un Ministro para que conozca del procedimiento como tribunal de primera instancia.
 - iv. El Ministro fija día y hora para la audiencia pública de extradición.
 - v. Si se quiere rendir prueba documental, testimonial o pericial se debe presentar una solicitud, con al menos tres días de anticipación (art. 444 CPP).
 - vi. Audiencia pública de extradición pasiva.

- vii. Fallo de extradición pasiva (art. 449 CPP): se dictará por escrito dentro de quinto día de terminada la audiencia.
- viii. Recursos contra la sentencia (art. 450 CPP): apelación y nulidad fundada en una de las causales previstas en el art. 373 letra a) y 374. Corresponderá conocer de estos recursos a la Corte Suprema.

A continuación se tratará cada uno de las actuaciones reseñadas con algo más de latitud.

1. La detención previa

Según dispone el art. 442 CPP, eventualmente, aún antes de recibirse la solicitud formal de extradición, cualquier Estado puede solicitar la detención de una persona que se encuentre en el territorio nacional si:

- i) así se estipula en un tratado con ese Estado, o
- ii) la solicitud contiene las siguientes menciones:⁸⁹
 - identificación del imputado
 - existencia de una sentencia condenatoria para el imputado o de una orden privativa o restrictiva de la libertad en su contra
 - calificación del delito que motiva la resolución
 - lugar y fecha de comisión del delito que motiva la resolución
 - declaración de que se solicitará formalmente la extradición

Con estos antecedentes, un Ministro de la Corte Suprema podrá decretar una detención de hasta por dos meses desde que el Estado extranjero es notificado de la detención. Este plazo de dos meses es supletorio, si un tratado entre los Estados involucrados establece otro plazo, éste prefiere al plazo legal.

⁸⁹ Cabe hacer notar que en nuestra legislación actual no tiene como requisito la reciprocidad, a la que tanta importancia se le otorgaba tradicionalmente por los tratadistas.

El tiempo previsto en un tratado como máximo para la detención sin que se presente formalmente la solicitud de extradición puede mayor que los dos meses⁹⁰ o de menor duración.⁹¹

En cualquier caso, la posibilidad de privar de libertad a una persona por un periodo prolongado de tiempo sin que se prevea que siguiera se oiga al imputado no está exenta de problemas, más aún cuando en esta etapa tampoco se exige que se revise si *a priori* existen los requisitos para hacer viable la extradición (ej. no se exige que se cumpla con la doble incriminación). Haría falta que se regularan de mejor manera garantías para este periodo, sobre todo en cuanto al derecho de defensa.

Con todo, si bien no está expresamente regulado el artículo que trata de esta medida, nada excluye que en esta etapa pueda solicitarse la libertad del imputado, basándose en el derecho de toda persona, garantizado en la Constitución, a la libertad personal y la seguridad individual. Al igual de como sucede para la prisión preventiva, en este caso la medida de detención solamente sería procedente si no lo es otra menos gravosa que cumpla igualmente el objetivo de asegurar las finalidades del procedimiento de extradición. Al efecto puede invocarse, aparte de las normas de superior rango, el art. 447 CPP,⁹² conforme al cual las medidas cautelares personales pueden modificarse, revocarse o sustituirse en cualquier estado del procedimiento, debiendo tomarse los resguardos pertinentes para evitar la fuga del imputado.

⁹⁰ El Tratado de extradición entre Chile y Bélgica prevé en su art. VI un arresto previo a la solicitud oficial de extradición, hasta por 70 días, el tratado con España prevé una duración máxima de 80 días de privación de libertad sin que se concrete la solicitud de extradición (art. 21 para. 4). Hay tratados que prevén plazos de 60 días, que, según los casos, al menos conforme al derecho chileno pueden en el caso concreto llegar a ser más cortos o más largos que el plazo de dos meses que establece el Código. Este plazo máximo de 60 días lo encontramos en el tratado entre Chile y Australia (art. XIII para. 4), en el tratado entre Chile y Venezuela (art. 11 para. 3) y en el tratado entre Chile y Nicaragua (art. 21 para. 4).

⁹¹ El tratado con Paraguay, en su art. IV inc. 1, establece el plazo de un mes; el tratado con Corea, por su parte (art. 12 para. 4), establece un plazo máximo de 50 días.

⁹² De hecho, el art. 447 se agregó en el Senado, al igual que la detención previa, que tampoco estaba contemplada en el anteproyecto de ley. Cfr ><http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-19696/HL19696.pdf>< [visitado el 28 de enero de 2009], segundo trámite constitucional, oficio de Cámara revisora a Cámara de origen, p. 1845 y 1847.

2. Procedimiento a partir de la recepción de la solicitud de extradición

2.1 Recepción del la solicitud por el Ministerio de Relaciones Exteriores

El Ministerio de Relaciones Exteriores recibe una solicitud de otro Estado para extraditar a una persona.

Una vez presentada la solicitud, el Estado requirente puede solicitar prisión preventiva u otras medidas cautelares personales (art. 446 CPP).

2.2 Remisión de antecedentes a la Corte Suprema, designación de Ministro

El Ministerio de Relaciones Exteriores remite la petición y sus antecedentes a la Corte Suprema⁹³ siempre que (art. 340 CPP)

- se solicitare la extradición de personas que se encuentran en el territorio nacional y
- los individuos se encuentren “imputados por un delito o condenados a una pena privativa de libertad superior a un año”.⁹⁴

La Corte designa a un Ministro para que conozca del procedimiento como tribunal de primera instancia.

2.3. Primeras actuaciones del Ministro de Corte Suprema

Si se han solicitado medidas cautelares personales que haya realizado el Estado requirente conforme al art. 446 CPP, el Ministro de Corte Suprema debe conocer de las solicitudes. Estas medidas se decretarán si se cumplen los requisitos:

- del tratado, o
- en su defecto, los previstos en el título V del libro primero, referido a las medidas cautelares personales en general.

⁹³ Chile sigue el sistema jurisdiccional – existen también el administrativo y el mixto – respecto de cuál es la entidad que decide sobre la extradición. Cfr. MONROY, Marco. Régimen jurídico de la extradición. Bogotá, Temis, 1987, p. 15 y s.

⁹⁴ Cfr. al respecto *supra*, en el apartado I, 3.3.2.

Vale decir, si algún tratado estableciera requisitos más exigentes que la ley chilena para la procedencia de cautelares, habrá que estarse a ellas. Si en cambio estableciere requisitos menos exigentes, habrá que examinar si son compatibles con el deber del Estado chileno de garantizar los derechos humanos que limitan la soberanía del país (entre otras cosas para suscribir o ejecutar tratados que los contravengan).

En todo caso, las medidas cautelares personales pueden modificarse, revocarse o sustituirse en cualquier Estado del procedimiento conforme a las reglas generales, encargándose el Ministro de Corte Suprema de tomar las medidas que estimare necesarias para evitar la fuga del imputado (art. 447 CPP).

Independientemente de resolver acerca de la eventual solicitud de medidas cautelares, en todo caso el tribunal deberá

- a) fijar día y hora para la audiencia pública de extradición
- b) poner la petición y sus antecedentes en conocimiento de
 - el imputado, y
 - el representante del Estado requirente: el Ministerio Público actúa como tal a falta de otro, que el Estado extranjero puede designar hasta antes de la audiencia pública.

La notificación al imputado no se realizará si se hubieren solicitado medidas cautelares personales en su contra. En ese caso, la comunicación se retarda hasta que se decreta la medida (art. 441 CPP) o – entendemos aunque no se señale expresamente – hasta que se resuelva no decretar la medida. En esta ocasión ha de informarse a la persona cuya extradición se requiere de su derecho a un procedimiento formal de extradición y de la protección que éste le brinda, con asistencia letrada. Si luego de ello la persona cuya extradición se solicita expresa ante el Ministro de Corte Suprema – con asistencia letrada – su conformidad en ser entregada al Estado solicitante, el Ministro concederá sin más trámite la extradición conforme al art. 454 CPP, que regula esta denominada “extradición pasiva simplificada”.

2.4 Solicitud de rendir prueba

Si el Estado requirente o el imputado quisieran rendir prueba documental, testimonial o pericial deben presentar una solicitud, al menos tres días antes de la audiencia, en la que individualicen a los testigos, si los hubiere (art. 444 CPP).

2.5 Audiencia pública de extradición pasiva

La audiencia transcurre como sigue, conforme dispone el art. 448 CPP:

- A su inicio, el representante del Estado dará breve cuenta de los antecedentes en que se funda la petición de extradición. Si fuere el Ministerio Público, hará saber también los hechos y circunstancias que obran en beneficio del imputado (para respetar el principio de objetividad que debe regir su actuar).
- A continuación, se rendirá la prueba testimonial, pericial o documental que las partes hubieran ofrecido en la oportunidad que establece el art. 444 CPP.⁹⁵
- Si el imputado lo deseara podrá prestar declaración y, de hacerlo, podrá ser contrainterrogado. A este respecto no debe perderse de vista que el prestar declaración es un derecho del imputado (art. 445 CPP), no un deber o una carga procesal, por lo que el hecho de que pueda ser interrogado libremente tanto por el representante del Estado como por su defensor no lo obliga a contestar, y si no contesta no ha de derivarse un perjuicio para él.
- En caso de que se haya rendido prueba o de que el imputado haya declarado, se concederá la palabra al representante del Estado requirente, para que exponga sus conclusiones.
- Luego se le concederá la palabra al imputado para que, personalmente o a través de su defensor, efectúe las argumentaciones que estime procedentes.

⁹⁵ La Defensoría ha presentado la alegación de que los antecedentes que el Estado acompaña para fundar la solicitud de extradición debiesen ser acompañados durante esta audiencia, lo que ha sido desechado, ya que la misma ley dispone que se pongan en conocimiento del tribunal y de los intervinientes con anticipación. Cfr. sentencia de 28 de enero de 2008, dictada por el Ministro Nivaldo Segura en causa rol N° 5358-2007, considerandos cuarto y siguiente.

2.6 Fallo de extradición pasiva

El art. 449 CPP dispone que el fallo de la extradición pasiva se dictará por escrito dentro de quinto día de terminada la audiencia.

El tribunal debe otorgar la extradición si considera comprobadas las siguientes circunstancias:

- La identidad de la persona cuya extradición se solicita.
- Que el delito que se le imputa o aquel por el que se le hubiere condenado sea de aquellos que autorizan la extradición según los tratados vigentes o, a falta de éstos, de conformidad a los principios del derecho internacional.⁹⁶
- 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.

Según el art. 248 letra c) CPP, este último requisito implica que de los antecedentes debe aparecer un fundamento serio para el enjuiciamiento. Este es un juicio que en un procedimiento penal ordinario le corresponde al Ministerio Público, ahora en cambio es el tribunal el llamado a determinar el estándar. En cualquier caso, como lo ha señalado nuestra jurisprudencia, este requisito no importa en caso alguno tener plena convicción de que se condenará al imputado si es que la extradición se sigue para llevar adelante un juicio en su contra.⁹⁷

Llama la atención la ausencia de un estándar diferenciado según la extradición se solicite para enjuiciar o para que se cumpla una condena ya impuesta. El estándar que se regula parece ser más apto para la primera de las variantes, no así para la segunda, pues en cierta forma implica que el Estado de Chile ha de revisar el fundamento de una sentencia condenatoria de otro Estado soberano, si bien en un nivel bastante básico, ya que no se examina si hay prueba como para condenar, sino como para acusar.

El tenor mandatorio de la norma en cuanto al deber de conceder la extradición si se dan los requisitos (“concederá”) implica que cumpliéndose con esos requisitos no puede denegarse

⁹⁶ Al respecto cfr. *supra* el acápite “derecho aplicable”.

⁹⁷ Sentencia de la segunda sala de la Corte Suprema de 24 de marzo de 2008 en causa rol N° 5358-2007, considerando quinto.

la extradición, por lo que no es admisible que el Estado chileno exija requisitos adicionales para otorgarla.

2.7 Recursos contra el fallo de extradición pasiva

Esta materia está regulada en el art. 450 CPP. Los recursos que proceden son

- recurso de apelación
- recurso de nulidad fundado en una de las causales previstas en el art. 373 letra a) y en el art. 374 CPP.

Corresponderá conocer de estos recursos a la Corte Suprema, conforme al procedimiento habitual para ellos.

En el evento de interponerse ambos recursos, deben deducirse en forma conjunta en un mismo escrito, uno en subsidio del otro y dentro del plazo previsto para el recurso de apelación.

2.8 Desistimiento

Si en cualquier Estado del procedimiento el Estado requirente se desiste, el caso se sobresee definitivamente (art. 453 CPP).

2.9 Recursos en el procedimiento de extradición

Los recursos que proceden contra la sentencia que decide la extradición han sido referidos más arriba. Contra las demás resoluciones dentro del procedimiento procede el recurso de reposición, que puede interponerse por el interviniente agraviado, según las reglas generales del CPP:

- Contra las sentencias interlocutorias, autos y decretos dictados fuera de las audiencias, dentro de tercero día y fundadamente (art. 362 CPP), y
- Contra las resoluciones pronunciadas en la audiencia, siempre que no hayan sido precedidas de debate, durante la misma audiencia (art. 363 CP).

Si bien el párrafo relativo a la extradición pasiva no contempla expresamente una referencia a este recurso, no es necesaria tal referencia para aplicar las normas del libro tercero del CPP a los procedimientos del libro cuarto.

Así como fue necesario regular especialmente la procedencia de los recursos de apelación y nulidad, pues en esas materias la regulación del libro III del CPP hace referencia a resoluciones dictadas por el juez de garantía o al juicio oral, lo que no se corresponde con el procedimiento en comento, no es en cambio necesario regular especialmente el recurso de reposición, que se aplica simplemente conforme a las reglas generales, como queda dicho, pues este recurso está regulado expresamente para sentencias interlocutorias, autos y decretos dictados fuera de audiencias y para resoluciones dictadas en audiencias, resoluciones todas que pueden tener lugar en el marco de un procedimiento de extradición.

A mayor abundamiento, este recurso no está regulado a propósito del procedimiento ordinario (libro segundo CPP), sino que en un libro aparte, el libro tercero del CPP.

2.10 Extradición pasiva simplificada

El art. 454 CPP presenta una posibilidad de obviar todas las etapas del procedimiento de extradición en los casos en los que la persona cuya extradición se solicite está de acuerdo con ser extraditada. Se dispone que:

“Si la persona cuya extradición se requiriere, luego de ser informada acerca de sus derechos a un procedimiento formal de extradición y de la protección que éste le brinda, con asistencia letrada, expresa ante el Ministro de la Corte Suprema que conociere de la causa, su conformidad en ser entregada al Estado solicitante, el Ministro concederá sin más trámite la extradición”

3. Efectos de la resolución que decide sobre la extradición

Hay que distinguir los efectos de la resolución que decide sobre la extradición dependiendo de si esta es denegada o concedida.

3.1 Efectos de la resolución que deniega la extradición

Desde que se dicta la resolución que deniega la extradición, cesan las medidas cautelares personales. Una vez ejecutoriada, debe ser notificada al Ministerio de Relaciones Exteriores y produce el efecto de cosa juzgada.

3.1.1 Efecto inmediato de la resolución

Si se resuelve denegar la extradición, el Ministro de Corte Suprema dispondrá el cese de toda medida cautelar personal, aunque la sentencia no esté ejecutoriada.

3.1.2 Efectos de la resolución ejecutoriada

a) Deber de notificar al Ministerio de Relaciones Exteriores

Una vez ejecutoriada la sentencia, el juez comunicará al Ministerio de Relaciones Exteriores el resultado del procedimiento, incluyendo copia autorizada de la sentencia (art. 452 CPP).

b) Cosa juzgada

En virtud del efecto de cosa juzgada de la sentencia que se pronuncia sobre la extradición, denegada que haya sido la extradición de una persona, no puede volver a solicitarse su extradición por los mismos hechos. Esta regla, recogida en el art. 381 CB, es aplicación del principio *ne bis in idem*.

3.2 Efectos de la resolución que concede la extradición

Como efectos de la resolución que concede la extradición se cuentan la entrega del extraditado y el efecto de especialidad.

3.2.1 Entrega del extraditado

Una vez ejecutoriada la resolución que concede la extradición, el Ministro de la Corte Suprema pondrá al sujeto requerido a disposición del Ministerio de Relaciones Exteriores, a fin de que sea entregado al Estado que hubiere solicitado la extradición (art. 451 CPP).

3.2.2 Especialidad

Desde el punto de vista del Estado requirente cobra importancia el efecto – también denominado principio – de especialidad, que tiene distintas manifestaciones según se trate de solicitudes de extradición para juzgar o de una solicitud de extradición para hacer cumplir condena.

- a) Al Estado requirente que ha obtenido la extradición para aplicar una pena a una persona ya condenada, no le está permitido aplicar al condenado una pena diferente de la invocada para la extradición.⁹⁸
- b) Por otra parte, el Estado que ha obtenido la extradición y como consecuencia de ella recibe a una persona para ser juzgada, solamente puede juzgarle por el o los delitos que fueron materia de la solicitud de extradición, y no por otros delitos. El Estado que desee juzgar a la misma persona por otros delitos debe solicitar, por otro procedimiento, la extradición respecto de ellos, y estará o no legitimado para juzgarla dependiendo de lo que disponga la sentencia que recaiga sobre esta nueva solicitud.⁹⁹

⁹⁸ Cfr., en la doctrina nacional, NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal chileno, parte general, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2005, p. 182; GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Tomo I, parte general, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, 2007, p. 152; ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. Derecho Penal, Parte General, tomo I, tercera edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 139; CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal, Parte General, Ediciones Universidad Católica, octava edición ampliada, septiembre 2005, p. 225. En los casos en los que se extradite para juzgar, la exigencia respecto de la pena se satisfaría con que no se aplique la pena de muerte o penas infamantes. Cfr., respecto de este último punto, en la doctrina nacional, ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. Derecho Penal, Parte General, tomo I, tercera edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 139; GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Tomo I, parte general, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, 2007, p. 152 y s; BULLEMORE GALLARDO, Vivian / MACKINNON ROEHERS, John. Curso de Derecho Penal, tomo I, parte general, Lexis Nexis, segunda edición 2007, p. 119.

⁹⁹ Cfr., en la doctrina nacional, ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. Derecho Penal, Parte General, tomo I, tercera edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 140; GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Tomo I, parte general, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, 2007, p. 152; NOVOA MONREAL, Eduardo. Curso de Derecho Penal chileno, parte general, tomo I, Editorial Jurídica de Chile, tercera edición, 2005, p. 182; CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal, Parte

Puede alegarse que este deber del Estado solicitante de no perseguir por otro delito o no aplicar otras condenas, según los casos, cesa si es que la persona en cuestión permanece voluntariamente en ese Estado luego de haber terminado en juicio, si hubiese sido absuelta, o, en su caso, luego de haber cumplido su condena. Lo mismo podría predicarse si la persona sale del Estado que obtuvo la extradición, pero luego vuelve voluntariamente. El tratado de Bustamante recoge esta excepción en su art. 377, fijando el plazo de tres meses de permanencia voluntaria para que cese esta limitación para el Estado requirente.

El principio de especialidad no obsta a que el Estado requirente pueda investigar y juzgar eventuales delitos cometidos después de la extradición.

Abogar por el respecto de este principio corresponderá a la defensa del extraditado en el país requirente. El hecho de que en la solicitud de extradición se mencionen más delitos que aquellos en cuyo mérito la extradición se solicita no es un antecedente que baste para denegarla por esta causa.¹⁰⁰ Es más, puede que se solicite la extradición por varios delitos y en definitiva sólo se la conceda respecto de algunos de ellos.¹⁰¹ El parámetro para aplicar el principio de especialidad es en todo caso el (o los) delito(s) o la(s) condena(s), respecto del cual o de los cuales se concedió la extradición.

III. La extradición de nacionales

Tradicionalmente los Estados no extraditaban a sus nacionales, y aún hoy en día existen Estados que conservan esta disposición en sus derechos internos.¹⁰² En Chile, empero, no hay norma que proscriba la entrega de un nacional, ni nuestra Constitución ni nuestras leyes

General, Ediciones Universidad Católica, octava edición ampliada, septiembre 2005, p. 225; POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio / MATUS ACUÑA, Jean Pierre / RAMÍREZ GUZMÁN, María Cecilia. Lecciones de Derecho Penal Chileno, tomo I parte general, segunda edición 2004, Editorial Jurídica de Chile, p. 153.

¹⁰⁰ Cosa distinta es que el procedimiento que se esté llevando o se haya llevado a efecto en el país requirente no esté siendo o haya sido llevado adelante conforme a los imperativos de un debido proceso o que existan razones humanitarias para denegar la extradición, cfr. *infra* este informe.

¹⁰¹ Célebre ejemplo de ello es la sentencia por el caso Fujimori, causa rol N° 5646-2005, de 11 de julio de 2007.

¹⁰² Ej. Alemania, conforme al art. 16 de su Ley Fundamental.

contemplan esta excepción. En la práctica se ha extraditado por consiguiente a chilenos, “para que no sufra menoscabo la justicia con la impunidad de los delincuentes y dar satisfacción a los derechos que impone la comunidad jurídica internacional”.¹⁰³

El Código de Bustamante, en su art. 345, establece la regla de que si bien los Estados partes no están obligados a entregar a sus nacionales, para el caso en que no lo hagan, quedan obligados a juzgarlos (*aut dedere aut iudicare*). Lo mismo dispone el art. II de la Convención de Montevideo. Tampoco en tratados bilaterales se encuentran normas que proscriban la extradición de nacionales. De hecho, también varias convenciones bilaterales recogen el *principio aut dedere aut iudicare* para el caso de que se deniegue la extradición de un nacional.¹⁰⁴ En virtud de este principio, Chile quedaría entonces obligado a juzgar a todo chileno que no extradite, cumpliéndose los requisitos para extraditar, aún cuando el caso concreto quede fuera de los casos en los que el Estado de Chile es competente según el Código Orgánico de Tribunales. Para parte importante de la doctrina nacional,¹⁰⁵ la fuente de su jurisdicción en este caso serían precisamente los arts. 345 y 341 del Código de Bustamante, aunque, respecto de los Estados partes de las convenciones mencionadas, igualmente podría invocarse el art. 6 N° 8 del Código Orgánico de Tribunales (serían casos “comprendidos en tratados celebrados con otras potencias”). Para Estados que no tengan un tratado vigente con Chile que contenga una norma como la señalada, el Estado de Chile en principio debiese extraditar, ya que no existe norma de carácter general que exceptúe a los nacionales chilenos de ser extraditados por Chile.

¹⁰³ Sentencia de 5 de septiembre de 1944, publicada en Revista de Ciencias Penales, tomo 8, pág. 34.

¹⁰⁴ Cfr. los tratados bilaterales entre Chile y España, Uruguay, Paraguay, Ecuador, Bolivia, Colombia, Perú y Brasil.

¹⁰⁵ ETCHEBERRY ORTHUSTEGUY, Alfredo. Derecho Penal, Parte General, tomo I, tercera edición revisada y actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 138; CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal, Parte General, Ediciones Universidad Católica, octava edición ampliada, septiembre 2005, p. 233; GARRIDO MONTT, Mario. Derecho Penal. Tomo I, parte general, Editorial Jurídica de Chile, reimpresión de la segunda edición, 2007, p. 150.

IV. Legitimación activa para solicitar la extradición

Se mencionarán aquí brevemente aspectos relevantes relacionados con el Estado requirente de la extradición: si es necesario que ese Estado ofrezca reciprocidad, si es necesario que el delito de que se trata se haya cometido en su territorio y si es necesario que el proceso penal que se lleve o haya llevado a cabo allí cumpla con ciertas garantías mínimas. Asimismo se hará una breve referencia a la posibilidad de denegar la extradición por razones humanitarias.

1. Reciprocidad

Por mucho tiempo el principio rector para decidir si el Estado requirente estaba legitimado como tal, a falta de tratado de extradición, fue el de reciprocidad. Si se había obtenido cooperación por parte del Estado de que se trate o si éste ofrecía reciprocidad, eran antecedentes muy importantes al valorar la procedencia de la extradición.

Actualmente, en la legislación chilena que regula la procedencia de la extradición no hay referencia alguna a la reciprocidad, por lo que no es un aspecto a considerar, a pesar de que los tratadistas nacionales que abordan la materia sigan refiriéndose a él en mayor o menor extensión. Se ha dado entonces un paso en no percibir ya a la extradición como un favor político, sino como una herramienta jurídica para la cooperación judicial en materia penal.

2. Relevancia del principio que se invoque para fundar la jurisdicción

De manera análoga a lo que sucede en materia de reciprocidad, tradicionalmente se entendía que solamente podía ser Estado requirente aquel donde se cometió el delito, lo que se explica fácilmente con la preeminencia que históricamente ha tenido el principio de territorialidad para fundar la competencia de un Estado en materia penal.

Actualmente el derecho en esta materia ha evolucionado, y se acepta que los Estados pueden aplicar su derecho de manera extraterritorial conforme a alguno de los principios

reconocidos que lo permiten,¹⁰⁶ entre los que se cuentan el de la personalidad activa, el de la personalidad pasiva y el de protección, además del de universalidad, aceptándose por la doctrina mayoritaria que en la actualidad no existe un orden de prelación jurídico entre estos principios.¹⁰⁷

Así las cosas, cada Estado tiene jurisdicción para juzgar los delitos cometidos en su territorio, además de la existencia eventual de normas que lo faculten para juzgar conductas de sus nacionales en el extranjero, o conductas que tengan como sujetos pasivos a sus nacionales, o que atenten contra o pongan bajo amenaza su existencia, según los principios antedichos. Igualmente, todo Estado tiene competencia para juzgar para delitos que atentan gravemente contra los bienes jurídicos fundamentales del derecho internacional conforme al principio de universalidad.¹⁰⁸

No será entonces una razón para denegar la extradición el hecho de que el Estado que solicita la extradición invoque un principio distinto del de territorialidad para ejercer su

¹⁰⁶ Más en detalle sobre estos principios, CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 277 y ss.; REYDAMS, Luc. *Universal Jurisdiction. International and Municipal Perspectives*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 21 y ss.; ZIEHER, Wolfgang. *Das sog. Internationale Strafrecht nach der Reform*, Berlín, Duncker und Humblot, 1977, p. 75 y ss.. Existe además el denominado principio de representación, conforme al cual un Estado es competente en los casos en los que aquel al que le correspondería ejercer la competencia no puede hacerlo, ya sea por razones jurídicas o fácticas. Este último principio solamente goza de reconocimiento masivo en Europa continental.

¹⁰⁷ Cfr. HENZELIN, Le principe de l'universalité en droit pénal international – Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité, Munich et al., Helbing & Lichtenhann, 2000, 228 y ss.; LAGODNY, Otto. Viele Strafgewalten und nur ein transnationales ne-bis-in-idem? En: Donatsch / Forster / Schwarzenegger (eds.), *Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte. Festschrift für Stefan Trechsel zum 65. Geburtstag*, Zurich, Schulthess, 2002, 253, 255; WERLE, Gerhard / JESSBERGER, Florian. *Grundfälle zum Strafanwendungsrecht, Juristische Schulung* (2001) p. 36.

¹⁰⁸ Cfr., por todos, CASSESE, Antonio. *International Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 284 y s.; MERKEL, Reinhard. *Universale Jurisdiktion bei völkerrechtlichen Verbrechen*, en: Lüderssen, Klaus (ed.), *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?* tomo III. Francfort del Meno, Nomos, 1998, p. 252. BASSIOUNI, Cherif. *Introduction to International Criminal Law*. Nueva York, Transnational Publishers, 2003, 31 y s.; BASSIOUNI, Cherif. *Universal jurisdiction for international crimes: Historical perspectives and contemporary practice*. *Virginia Journal of International Law* 42, 2001, p. 88; BASSIOUNI, Cherif / NANDA, Ved P. *A Treatise on International Criminal Law*, tomo II, Springfield, Charles C. Thomas, 1973, p. 32 y s.; BANTEKAS, Ilias/NASH, Susan/MACKAREL, Mark. *International Criminal Law*, Londres, Cavendish, 2001, p. 28; COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Punishing Violations of Humanitarian Law at the National Level*, 2001, p. 40; KRESS, Claus. *Völkerstrafrecht und Weltrechtspflegeprinzip im Blickfeld des Internationalen Gerichtshofs. Zum Votenstreit der Richter des IGH im Haftbefehlsfall* (Demokratische Republik Kongo gegen Belgien), *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 114 (2002) p. 836 y ss.; OEHLER, Dietrich. *Internationales Strafrecht*, 2a ed. Colonia, Carl Heymanns Verlag, 1983, p. 541; TALLGREN, Immi. *Completing the "International Criminal Order" – The Rhetoric of Repression and the Notion of Complementarity in the Draft Statute of an International Criminal Court*, *Nordic Journal of International Law* 67 (1998) p. 112 y s.; WERLE, Gerhard. *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 125 y ss.

jurisdicción, esto sin perjuicio de que varios tratados contienen normas para resolver conflictos entre solicitudes concurrentes en las que se prefiere al Estado territorial,¹⁰⁹ ya que esto era lo usual hasta la primera mitad del siglo pasado.¹¹⁰ Así, para los Estados partes del Código de Bustamante, según dispone el su artículo 347, si varios Estados solicitan la extradición, prefiere aquel en el cual el delito se cometió.¹¹¹ Tratados más recientes, como el tratado con Australia (art. XVI) y el tratado con Corea (art. 14), dejan de lado la primacía del principio de territorialidad.

Si un tratado bilateral regulara solamente la extradición solicitada invocando el principio de territorialidad (como sucede por ejemplo con en tratado entre Chile y Gran Bretaña, art. 1), podría otorgarse la extradición de quien persiga en virtud de otros principios conocidos, ya no en aplicación del tratado, sino según las normas generales. Distinto es el caso de un tratado que proscriba la extradición en ciertos supuestos, como el tratado entre Chile y Uruguay, que en su art. VI proscribe la extradición “N°3: cuando los delitos perseguidos hubiesen sido cometidos en el país de refugio.” En casos como ese, otorgar la extradición importaría una vulneración del tratado. Algo análogo ocurre si en tratados bilaterales de extradición se prevé que si la conducta tuvo lugar fuera del territorio de los Estados contratantes, puede otorgarse la extradición siempre que ambos Estados reconozcan el ejercicio extraterritorial de jurisdicción para esa infracción.¹¹²

3. Requisitos mínimos del proceso en el Estado requirente

Es un obstáculo para otorgar la extradición el hecho de que el procedimiento que se esté llevando o se haya llevado a efecto en el país requirente no esté siendo o haya sido llevado adelante conforme a los imperativos de un debido proceso. Así por ejemplo, si una persona ha sido condenada mediando un juzgamiento *in absentia* o por tribunales *ad hoc*, la

¹⁰⁹ Y de que de que en los hechos, quien solicita la extradición será usualmente el Estado territorial, por razones prácticas de cercanía con las pruebas, sobre todo.

¹¹⁰ Aunque tampoco entre las convenciones de la primera mitad del siglo pasado el criterio es unánime (cfr. tratado con Colombia, art. VIII).

¹¹¹ Por su parte, la Convención de Montevideo, en su art. VII para. 2 da preferencia a aquel Estado en cuyo territorio se hubiere cometido el delito que tenga pena mayor, lo mismo que el art. X del tratado con Ecuador.

¹¹² Es el caso del tratado de extradición entre Chile y Brasil, art. 3, y del el tratado entre Chile y Australia, art. III, para. 2.

extradición no procederá,¹¹³ pues se estaría colaborando no con la justicia, sino con la vulneración de derechos esenciales.

4. Denegación de la extradición por razones humanitarias

Un razonamiento análogo al recién reseñado se emplea para denegar la extradición en caso de que se pueda imponer o ejecutar la pena de muerte o penas que se consideren infamantes. Hay tratados que prevén que la pena de muerte no sea aplicable a quien es extraditado.¹¹⁴ En estos casos, podrá extraditarse a la persona, pues el Estado que la reciba estará obligado a no aplicar esta pena. El problema se plantearía a falta de tratado, si el *extraditatus* arriesga la pena de muerte. En general, puede hablarse de excepciones a la extradición de carácter humanitario,¹¹⁵ donde cabría incluir también esta.

V. La procedencia de la extradición de menores de edad

Con la entrada en vigor en Chile de la ley N° 20.084, que reconoce la responsabilidad de los adolescentes en materia penal, se abrieron un cúmulo de interrogantes sobre la aplicación de este nuevo régimen. En lo que toca al tema de este estudio, cabe dilucidar si es que puede proceder la extradición respecto de menores de edad o respecto de delitos que la persona ha cometido o se imputa haber cometido siendo menor de edad.

¹¹³ Cfr., por ejemplo, el art. III letra d) de la Convención de Montevideo, que no obliga a conceder la extradición cuando el inculcado hubiera de comparecer ante tribunales de excepción, y el art. IV para. 3 del Tratado entre Chile y Australia y al art. 9 letra b) del tratado con Nicaragua, que proscriben la extradición en ese caso. Cfr. igualmente MONROY, Marco. Régimen jurídico de la extradición. Bogotá, Temis, 1987, p. 29 y 52.

¹¹⁴ Cfr. el art. 378 CB y tratados bilaterales, como el art. VII del Tratado entre Chile y Australia, que prohíbe la pena de muerte, la tortura y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; el art. 6 del Tratado entre Chile y Venezuela, que prohíbe además la extradición en caso de privación de libertad de por vida y de penas infamantes, y faculta a denegar la extradición por razones humanitarias. El art. 4 para. 2 del tratado con Corea autoriza a denegar la extradición si el delito está castigado con pena de muerte, salvo que el Estado requirente se comprometa a no aplicarla. Disposiciones similares se encuentran en el tratado con Bolivia, art. XIII; con Colombia, art. XV, con España y con Nicaragua, art. 10, con Venezuela, art. 6.

¹¹⁵ Cfr., por ejemplo, el art. V para. 4 del tratado entre Chile y Australia y el art. 4 para. 4 del tratado con Corea, que facultan a denegar la extradición por razones humanitarias. Cfr. asimismo MONROY, Marco. Régimen jurídico de la extradición. Bogotá, Temis, 1987, p. 52 y ss.

Para llegar a una respuesta respecto de esta interrogante, y no existiendo una norma de aplicación general que resuelva el asunto de manera expresa, habrá que examinar varias cuestiones, conforme a las normas generales en materia de extradición.

1. Tratados

Para determinar si un delito es extraditable, la primera fuente a la que ha de atenderse son los tratados. En el caso chileno existen sólo dos tratados bilaterales que se refieren específicamente a la materia en estudio. Para los demás casos no hay regulación particular, pero existen, sin embargo, otros tratados menos específicos a tener en cuenta, entre los que destaca especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño.¹¹⁶

1.1. Cláusulas específicas en tratados bilaterales

Sólo dos de los tratados bilaterales que Chile ha suscrito se refieren específicamente a la extradición de menores de edad: se trata de los tratados de extradición celebrados con España (firmado en 1992, promulgado y publicado en 1995), y Nicaragua (firmado en 1992, promulgado y publicado en 2001), que regulan con igual tenor la materia, en sus respectivos artículos 11, sobre causas de denegación facultativa de la extradición:

“c) cuando la persona reclamada fuere menor de 18 años en el momento de presentarse la solicitud de extradición, tuviere domicilio o residencia en la parte requerida y ésta considerare que la extradición puede perjudicar su inserción social, sin perjuicio de que adopten las medidas más apropiadas que prevea la ley de la Parte requerida.”

No ha de pasarse por alto que esta regulación particular no se refiere a todos los delitos cometidos por menores de edad, sino a las solicitudes de extradición que se realicen respecto de quienes sean menores de 18 años, por lo que si una persona comete un delito a los 17 años y 11 meses y luego se solicita su extradición siendo mayor de edad, no cabría aplicársela.

¹¹⁶ Adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, suscrita, promulgada, publicada y ratificada por Chile en 1990.

Otro punto importante es que esta regulación faculta al Estado a denegar la extradición en los supuestos descritos, no lo obliga expresamente a hacerlo, previendo que “se adopten las medidas más apropiadas que prevea la ley de la Parte requerida.” En el caso de Chile, conforme al derecho aplicable en el país, si, como supone la disposición, se considera que la extradición puede perjudicar la inserción social del adolescente y éste tiene domicilio o residencia en Chile, la medida más apropiada sería denegar la extradición (art. 40 N° 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño), sin perjuicio de que si se trata de un chileno cuya extradición es solicitada por Nicaragua puede proceder aplicar el *aut dedere aut iudicare* (art. 345 CB y art. II de la Convención de Montevideo).

1.2 La Convención sobre los Derechos del Niño y otros tratados que garantizan derechos a los niños o a todas las personas

En los casos que no estén en el ámbito de aplicación de los tratados recién mencionados no hay norma expresa sobre la extradición de menores de edad, por lo que habrá que examinar si otras normas contenidas en tratados pueden llegar a ser un obstáculo para la extradición de un menor de edad. Cobra entonces importancia el deber de los Estados de respetar el interés superior del niño, principio informador de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), de la que Chile es parte. También nuestro derecho interno conmina a este examen: el art. 2 de la ley N° 20.084 señala que:

“En todas las actuaciones judiciales o administrativas relativas a los procedimientos, sanciones y medidas aplicables a los adolescentes infractores de la ley penal, se deberá tener en consideración el interés superior del adolescente, que se expresa en el reconocimiento y respeto de sus derechos.

En la aplicación de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile que se encuentren vigentes.”

De allí que sea relevante examinar si existen casos en los que la extradición implique la falta de pleno reconocimiento y respeto de tales derechos por parte del Estado chileno, pues en tales casos la extradición debería denegarse. Así, por ejemplo, no podrían mediante la

extradición afectarse los derechos y deberes de los padres de los menores de edad, sus tutores u otras personas responsables de ellos, ni podrían los menores de edad ser separados de ellos salvo que tal separación sea necesaria en interés superior del niño (art. 3 N° 2 y art. 9 N° 1 de la CDN). Aun en caso de separación ha de resguardarse que el niño pueda mantener relaciones y contacto directo con ambos padres, salvo que sea contrario a su interés superior (art. 9 N° 3 CDN). Se señala también en la Convención la importancia de promover la reintegración del niño (art. 40 N° 1). Todo esto deberá tenerlo en cuenta el Estado al decidir sobre una eventual solicitud de extradición.

Cabe recordar aquí lo ya señalado más arriba en cuanto a que si en los tratados se garantizan ciertos derechos, como los que hemos mencionado más arriba, su infracción sustancial mediante la tramitación del juicio y el pronunciamiento de la sentencia de extradición constituyen una causal del recurso de nulidad contra la sentencia que falla la petición de extradición (art. 450 CPP, art. 373 a) CPP).

2. Principios de derecho internacional en materia de extradición

A continuación se mencionarán sólo las particularidades a las que es necesario poner especial atención en los casos en que la solicitud extradición se refiera a menores de edad o a adultos que hayan cometido o se les impute haber cometido un delito siendo menores de edad.

2.1 Doble incriminación

En virtud de esta regla quedan descartadas de plano las solicitudes de extradición fundadas en conductas realizadas por personas menores de 14 años al principiar la ejecución de los hechos.

2.2 Gravedad del delito

Para poder dar lugar a la extradición se requeriría, en este punto, que el *extraditurus* se encuentre imputado por un delito o condenado a una pena privativa de libertad superior a

un año. Con ello, sólo podrá concederse la extradición respecto de delitos para los que en Chile esté prevista la pena de internación, sea en régimen cerrado o semicerrado y en el Estado solicitante vayan a recibir una pena a lo menos equivalente. Remito a lo señalado *supra* en cuanto a si el parámetro de un año de privación de libertad ha de tomarse como mínimo o basta con que esté dentro del marco penal, asunto que cobra particular relevancia práctica dado el sistema de penas previsto en nuestra ley penal para adolescentes.

2.3 Debe tratarse de delitos comunes

No existen particularidades respecto de este punto.

2.4 No ha de haber operado alguna causal de extinción de la responsabilidad penal, ni ha de existir obstáculo procesal para la persecución penal

En este punto, deben tenerse en cuenta los plazos especiales de prescripción del art. 5 de la ley N° 20.084, además lo dispuesto en el art. 4 de la ley N° 20.084, que obsta a perseguir penalmente ciertos delitos sexuales.

3. Consideraciones específicas respecto de los menores de edad cuya extradición se solicita para cumplir una condena

Existen derechos que asisten a los menores de edad particularmente durante el cumplimiento de su condena. A saber, varios sistemas estatales se prevé que la medida adoptada como consecuencia jurídica del delito puede revisarse cada cierto tiempo. Esto conlleva dos problemas a la hora de decidir acerca de una solicitud de extradición: de un lado, cabría preguntarse si es que una resolución que fija una consecuencia penal que puede ser revisada es asimilable a una sentencia condenatoria de las que pueden servir de base a la extradición; y de otro pueden presentarse colisiones entre los derechos de los adolescentes condenados y el principio de especialidad en la extradición.

a) Calidad de la resolución que condena a un adolescente

De este primer punto se ha ocupado ya nuestra jurisprudencia, en el caso de una persona que había sido declarada culpable en Argentina, siendo menor de edad, por tres delitos. Se solicitaba la extradición para cumplir con una medida de libertad asistida por un año, y el juez sostuvo que la resolución en la que se fundaba la medida no tenía el carácter de sentencia definitiva y ejecutoriada, puesto que conforme al sistema jurídico argentino, debía ser revisada, denegando la extradición por este motivo.¹¹⁷ Esta característica de ser

¹¹⁷ Sentencia del Ministro Nivaldo Segura de 28 de enero de 2008 en causa rol N° 476-2008, considerando duodécimo. Llama la atención que no se haya hecho además referencia que la pena no era privativa de libertad, con lo que se incumplía el requisito de gravedad.

revisable que ostenta la resolución que establece la condena es bastante usual en los regímenes contemporáneos de responsabilidad adolescente.

b) Consecuencias del principio de especialidad

El segundo punto tiene fundamentos comunes con el primero. Se trata del efecto de especialidad de la extradición y las consecuencias que puede acarrear al ejercicio de los derechos del imputado adolescente. De concederse la extradición para cumplir una pena privativa de libertad, en virtud del principio de especialidad habrá que hacer cumplir precisamente la condena para cuyo cumplimiento se obtuvo la extradición, y no otra (salvo que se solicite una nueva extradición para ese efecto). Esto significaría que de acceder el Estado de Chile a la extradición de una persona condenada en el sistema penal para adolescentes a una pena privativa de libertad, puede alegarse que se le está privando de su derecho o a lo menos entabando la posibilidad de que la condena se revise y eventualmente se sustituya por una menos gravosa (piénsese en la eventual existencia en el derecho del solicitante de un sistema de sustitución de condena análogo al previsto en el art. 53 de la ley N° 20.084). Podría entonces alegarse que la extradición, por sus efectos, privaría al menor de edad o a la persona que ha cometido un delito siendo menor de edad de un derecho que le asiste, y que redundaría en su interés superior si es menor de edad, lo que puede ser un argumento de peso para denegar la extradición a su respecto, máxime en sistemas que, como el chileno, consideran la sanción penal a adolescentes como parte de una intervención socioeducativa, orientada a una plena integración social (art. 20 ley N° 20.084).

Conclusión

Las materias relacionadas con la extradición se aplica tanto derecho interno como derecho internacional, ya sea en forma de tratados o de principios o de ambos. Esto hace que para cada caso particular el intérprete haya que detenerse, en primer lugar, a determinar cuál es el derecho que procede aplicar.

El procedimiento de extradición está regulado de manera bastante esquemática en el Código Procesal Penal. Vale tener en especial consideración que dicho procedimiento ha de ajustarse a las garantías procesales generales, de cuya aplicación no está exento aquel cuya extradición se pide, puesto que son un derecho inherente a toda persona o individuo de la especie humana.

En el sistema jurídico vigente en Chile no existe impedimento para extraditar nacionales, ni existe impedimento para que se conceda una extradición solicitada por un país que tenga competencia sobre un delito por un principio distinto del territorial siempre que, en todo caso, el proceso en el Estado requirente cuente con ciertas garantías procesales mínimas y no hayan de aplicarse la pena de muerte o penas infamantes.

En lo que toca a la extradición de menores de edad, el régimen especial que les es aplicable en lo penal material y en lo procesal penal y los derechos especiales que les asisten hacen que a su respecto se vea restringida la posibilidad de extraditar.

En fin, la extradición se aparta paulatinamente de su origen como acuerdo o deferencia exclusivamente política para acercarse más bien, también de manera gradual, a constituir un instrumento eficaz de cooperación internacional en materia penal.