Impacto de la globalización en la normativa sustantivo-penal nacional durante los gobiernos de Aylwin, Frei y Lagos[1]

Joaquín Ignacio Nilo Valdebenito
Juez Oral del Tribunal Oral en lo Penal de Rancagua

Sumario. I. Introducción. II. Sistematización de los Tratados Internacionales publicados en el período. 1. Tratados Internacionales que contienen obligaciones concretas de criminalizar y cómo se plasma aquello en el derecho interno. Expresión casuística. 2. Tratados Internacionales que contienen obligaciones más o menos facultativas, y cómo se plasma aquello en el derecho interno. Expresión casuística. II. Relación de influencia de los Tratados Internacionales hacia el Derecho Penal nacional, según la materia regulada. 1. De la globalización como causa de la expansión. Planteamiento de Silva Sánchez. 2. La globalización como causa de la expansión en la realidad nacional. III. Conclusiones.

Palabras clave. Globalización - Tratados Internacionales - expansión del Derecho Penal.

I. Introducción

La globalización económica y la integración supranacional, constituyen multiplicadores del fenómeno de la expansión del Derecho Penal, según el planteamiento del profesor español Jesús María Silva Sánchez, detallado en su obra "La expansión del Derecho Penal",[2] y son propios de sociedades post-industrializadas. En particular, se caracteriza a la globalización[3], como un fenómeno que es, en

[1] El presente artículo se extractó y adecuó para esta versión a partir del trabajo de tesis titulado *Normativa sustantivo-penal durante los gobiernos de Aylwin, Frei y Lagos. Chile: ¿Un caso de expansión o intensificación del Derecho Penal?,* que dirigió el Dr. Jean Pierre Matus Acuña en el contexto de obtención del Grado de Magíster en Derecho Penal del autor.

[2] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del Derecho Penal. Aspecto de la política criminal en las sociedades postindustriales,* 2ª edición, Editorial Civitas, (Madrid, 2001).

[3] TAVARES, Juárez, *Globalización, Derecho Penal y Seguridad Pública,* en: BACIGALUPO, Silvina; CANCIO, Manuel (Coords.), *Derecho penal y política transnacional,* (Barcelona, 2005), pp. 305-318, en que trata la relación entre derecho penal y globalización. Refiere que lo que se resalta del Derecho penal, no es propiamente su dogmática neutra e imparcial –como se podría esperar de la discusión general y mundial–, sino que las transformaciones que se dan en función de la eficacia del mismo frente a la seguridad pública, pues la sensación de inseguridad viene dada por la pérdida de libertad que se produce. Cfr a BECK, Ulrich, "El mundo después del 11", *Foro,* Trad. LÓPEZ, Ramón, diciembre (2001), pp. 22, en que refiere: "Si nos vemos ante la

principio económico, y que se distingue por la eliminación de restricciones en las transacciones y por la ampliación de los mercados.[4]

Planteada así la temática, y de partida haciendo un primer punto de diferenciación con la realidad nacional, en cuanto a que nuestro país no ha vivido una era post-industrializadora, en el período objeto de estudio [períodos presidenciales de los gobiernos de Patricio Aylwin, Eduardo Frei y Ricardo Lagos], sí es posible ponderar que a partir del retorno del sistema democrático, efectivamente Chile se abre al mundo, y a la apertura política sigue a la par, una de carácter económica que se caracteriza por la ampliación de los mercados y la aceleración de los contactos multilaterales con otros países, lo que lleva, entre otras situaciones, a una "globalización de las comunicaciones".

Pues bien, es a partir de este último factor, que es posible superar nuestro natural aislamiento físico, el que es consecuencia de nuestra ubicación geográfica, resultando por ello relevante de analizar aquello que es en nuestro caso la expresión normativa de tal globalización, como son los Tratados Internacionales suscritos con otros Estados entre el 11 de marzo de 1990 al 11 de marzo de 2006. [Fracción temporal correspondiente a los períodos presidenciales de los gobiernos de Patricio Aylwin, Eduardo Frei y Ricardo Lagos].

De este modo, intentaremos determinar, por un lado, si es que ellos [Tratados Internacionales bilaterales como multilaterales] han influido o no en la normativa penal de carácter interna que se dictó en esos años y una vez definido lo anterior en forma afirmativa, determinar si tal proceso es consecuencia de la globalización, como multiplicadora de la "expansión" del Derecho penal.

II. Sistematización de los Tratados Internacionales publicados en el período

Por de pronto se dirá que en el trabajo de sistematización de los instrumentos internacionales, quedan fuera todas aquellas normas que tengan un eminente objetivo persecutorio-penal, es decir, sólo se integran los de índole sustantivo-penal, y a ellas se procurará ligar la normativa interna que se origine a consecuencia de la obligación suscrita por el Estado de Chile.

De este modo, parece útil agrupar los Tratados Internacionales más relevantes conforme a la materia que regulan. Así, en el período, objeto de este estudio, se publicaron en nuestro país Tratados Internacionales en materias relativas a la

necesidad de elegir entre la libertad y la supervivencia, entonces ya es demasiado tarde, porque siendo realistas, la mayoría de la gente optará contra la libertad".

[4] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *La expansión del Derecho Penal. Aspecto de la política criminal en las sociedades postindustriales,* ob. cit., p. 85.

represión y financiamiento del terrorismo,[5] a la delincuencia organizada trasnacional [6] y la prevención, represión y sanción de la trata de personas,[7] tráfico ilícito de migrantes[8] y el tráfico ilícito de armas;[9] la corrupción;[10] de los denominados por las Naciones Unidas como relativos a los "derechos humanos";[11] además, los relativos a delitos de tráfico ilícito de estupefacientes,[12] la "trata de personas",[13] de los atentados a naves u otras estructuras situadas en el mar;[14] y por último, tratados de carácter sectorial que, eventualmente, contienen disposiciones que obligan a una penalización, como sucede en ciertos tratados del medio ambiente[15] y la pornografía y prostitución infantil,[16] como asimismo en materia de protección a los derechos del niño[17] y de los derechos de la mujer.[18]

Con este caudal de Tratados Internacionales, ordenados según materia, se comprobó que algunos de ellos integraban a su articulado, obligaciones concretas de criminalizar– en específico, la obligación de establecer delitos en el derecho interno– y el resto contenían obligaciones más o menos facultativas, no vinculantes, que quedaban sometidas a la decisión del Estado suscriptor, sobre su incorporación o no en el derecho nacional.[19]

De esta forma, en el primer caso, se estará frente a una norma de *hard law*, que imponga estrictamente la obligación de establecer figuras penales y en el segundo, ante una de *soft law*, cuya concreción se deja entregada a la voluntad de los Estados, pudiendo un instrumento internacional contener normas de uno y otro tipo,

---

[5] Véase anexo Nº 1.

[6] Véase anexo Nº 2.

[7] Véase anexo Nº 3.

[8] Véase anexo Nº 4.

[9] Véase anexo Nº 5.

[10] Véase anexo Nº 6.

[11] Véase anexo Nº 7.

[12] Véase anexo Nº 8.

[13] Véase anexo Nº 9.

[14] Véase anexo Nº 10.

[15] Véase anexo Nº 11.

[16] Véase anexo Nº 12.

[17] Véase anexo Nº 13.

[18] Véase anexo Nº 14.

[19] Siguiendo la forma de clasificación contenida en MATUS ACUÑA, Jean Pierre, ORELLANA CRUZ, Marcos, Acerca de la existencia de obligaciones internacionales de establecer delitos medio-ambientales, contempladas en los Tratados suscritos por la República de Chile, en: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t XCVIII, Nº 4 (2001), pp. 97-100.

debiendo siempre tratarse de normativa penal sustantiva que tenga consagración en una ley del derecho nacional.

1. Tratados Internacionales que contienen obligaciones concretas de criminalizar y cómo se plasma aquello en el derecho interno. Expresión casuística

Son expresión de normas de *hard law*, aquellas previstas en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, publicada en el Diario Oficial el 20 de agosto de 1990, que en su artículo 3.1.a) letra i) establece una serie de conductas que se ordenan tipificar en el ordenamiento jurídico interno, y que tienen que ver con la producción, fabricación, extracción, preparación y oferta de estupefacientes o sustancias psicotrópicas en contra de lo dispuesto en la Convención de 1961, en su forma enmendada o en el Convenio de 1971. Respecto de tal mandato existe concreción en la normativa nacional tanto en la Ley Nº 19.366, publicada el día 30.01.1995, en el artículo 6º, que sanciona "la producción, fabricación, elaboración… de precursores o sustancias químicas esenciales, a sabiendas de que su finalidad es la preparación de drogas estupefacientes o sustancias psicotrópicas…" como en la Ley Nº 20.000, publicada el 16.02.2005, en el inciso primero del artículo 2º, como en los 5º y 8º de esta normativa. También se contiene en el instrumento internacional en su letra iii), la orden de tipificación de la conducta de posesión o la adquisición de cualquier estupefaciente o sustancia psicotrópica, plasmada en el derecho interno en la Ley Nº 20.000, tanto en los artículos 3º y 4º; por su parte, en la letra iv) se prohíbe la fabricación, el transporte o la distribución de equipos, materiales o de las sustancias enumeradas en los Cuadros I y II, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, tal como en la Ley Nº 20.000, que en su artículo 11 sanciona al financista, que facilita sus bienes raíces o muebles "a sabiendas" de que serán destinados a la comisión de alguno de los delitos contemplados en los artículos 1º, 2º, 3º u 8º del compendio especial de drogas. Además, en el 3.1.c) letra iii) de la Convención penaliza la instigación o inducción destinados a la comisión de alguno de los delitos asociados al tráfico de drogas y en el iv), la participación en alguno de los delitos, la asociación y la confabulación para cometerlos como su tentativa; sobre tales puntos en la Ley Nº 19.366, en su artículo 22 se tipifica la asociación ilícita para la comisión de alguno de los tipos penales de la Ley de Drogas, y el artículo 24, primera parte, expresa: "Los delitos de que trata esta ley se sancionarán como consumados desde que haya principio de ejecución". También el artículo 18 de la Ley Nº 20.000 posee una disposición del mismo tenor del artículo antes citado.

Dentro de esta misma estructura de delitos de tráfico de drogas, en los Tratados de esta índole, de carácter bilateral, se encuentran como expresión de obligación concreta de criminalización, los denominados Acuerdos sobre prevención, control,

fiscalización y represión del uso indebido y tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y sus precursores como de productos químicos específicos, celebrados por nuestro país con la Repúblicas de El Salvador, Uruguay, Jamaica y Costa Rica en que se previene la obligación de los Estados contratantes de decomiso de los medios de transporte de sustancias ilícitas, lo que tiene como expresión más novedosa de tal mandato el artículo 45 de la Ley Nº 20.000.

Por otra parte, en otro orden de materias, el Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en base continental, publicado el 06 de agosto de 1994, en su artículo 2º, tipifica una serie de conductas de carácter ilícito, que más que la orden de criminalización en el derecho interno, son tipos penales por ellos mismos, que no tienen necesidad de ser remitidos a una figura típica del derecho nacional[20], pero que se incorporan en este estudio por representar una normativa internacional de naturaleza sustantivo penal.

De otro lado, sí corresponde a una expresión de obligación concreta de criminalización en el derecho nacional, la Convención Interamericana contra la corrupción, publicada el 02 de febrero de 1999, en su artículo VI con relación al artículo VII, en cuanto a la designación de ciertas conductas como actos de corrupción; además, en el artículo VIII, que contiene la obligación de castigar el soborno trasnacional, como también en el artículo IX, la tipificación de la figura del enriquecimiento ilícito, del incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos. Así, en nuestro derecho, es en la Ley Nº 19.645, publicada el 11.12.1999, que se sancionan delitos de corrupción; en efecto, se incorpora el artículo 240 bis del Código Penal, de negociaciones incompatibles a través del ejercicio de influencias; el artículo 241 del mismo cuerpo normativo, de exacciones ilegales o consunción; el artículo 247 bis del Código penal, de uso de información privilegiada; el artículo 248 bis del Código Penal, la ilicitud de cohecho pasivo propio agravado; el artículo 249 del texto sustantivo Penal, de cohecho pasivo impropio y el artículo 250 del cuerpo legal antes citado, de cohecho activo o soborno. Además, en la Ley Nº 19.829, publicada el 08.10.2002, se incorpora un nuevo artículo 250 bis a), al compendio sustantivo penal, con la tipificación del denominado "cohecho transnacional".

En otro orden de materias, se cuenta con el Convenio internacional para la represión de financiación del terrorismo, publicado el 13 de septiembre de 2002, que en su artículo 4º con relación al artículo 2º, ordena la tipificación de conductas específicas en el derecho interno con penas acordes a la gravedad de los hechos. Como depositaria de tal mandato está la Ley Nº 19.906, publicada el 13.11.2003, con un nuevo artículo 8º.

[20] MATUS ACUÑA, Jean Pierre, La Política Criminal de los Tratados Internacionales, en: *Revista Ius et Praxis*, Nº 1 (2007), p. 271, en relación a las normas auto-ejecutables de un Tratado.

En el tópico del comercio y utilización ilícita de menores, se cuenta con el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, publicado el día 6 de septiembre de 2003, que en su artículo 3º establece un catálogo, como margen mínimo de sanción de ciertas conductas; primero, en cuanto a la venta de niños, su explotación sexual, y a la adopción de ellos con infracción de los instrumentos jurídicos aplicables en materia de adopción; y también, como segundo punto, en el caso de la producción de pornografía infantil, y la sanción a personas jurídicas dedicadas a la comisión de este tipo de ilicitudes. De este modo, como concreción de los mandatos anteriores se encuentra la Ley Nº 19.927, publicada el 14.01.2004, en cuanto modifica el artículo 30 de la Ley Nº 19.846, sobre Calificación de la Producción Cinematográfica, que sanciona la participación en obras de carácter pornográfico de menores de dieciocho años y penaliza de esta forma, la comercialización, importación, exportación, distribución o exhibición de dicho material, según los artículos 366 quinquies, 374 bis y 374 ter, todos del Código Penal. También, ya no en el ámbito de la producción pornográfica, la modificación en la redacción de los artículos 366 quáter, 366 quinquies, 367 y 367 ter, son demostraciones de protección a los menores vulnerables del fenómeno de la prostitución infantil.

Además, normas de *hard law* se encuentran en la Convención Interamericana contra la fabricación y el tráfico de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, publicada el 18 de febrero de 2004, en su artículo IV 1., que establece la obligación de tipificar como conducta punible la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego, como la participación en la comisión de ellas, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, como también la asistencia, incitación, facilitación o el asesoramiento en relación a su comisión. Así, en nuestra normativa interna encontramos la Ley Nº 20.014, publicada el 13.05.2005, que introduce modificaciones en la Ley Nº 17.798, sobre Control de Armas, e incluye nuevos artículos, los 9º a) y 17 a), con una serie de presupuestos novedosos no contemplados con anterioridad. Destaca especialmente la enmienda del artículo 3º, con la inclusión de un nuevo inciso tercero, que prohíbe la posesión o tenencia de armas de fabricación artesanal transformadas respecto de su condición original, sin la autorización de la Dirección de Movilización Nacional y en la misma disposición se sitúa una hipótesis nueva, cual es el porte de armas que son de uso bélico o de aquellas establecidas en el inciso final del artículo 3º de la ley.

Por otra parte, existe la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Trasnacional,[21] publicada el 16 de febrero de 2005, que en

[21] GRACIA, Luis, *Modernización del Derecho Penal y Derecho Penal del enemigo*, primera parte, Idemsa, (Lima, 2007), pp. 66-67. En la criminalidad tradicional, se trata de autores individuales o incluso grupos que actúan espontáneamente, en el marco de ninguna actividad institucionalizada. En cambio, en la delincuencia económica en general, y dentro de ella la que se asocia a la

sus artículos 5.1.a) y 5.1.b), ordenan la tipificación de conductas consistentes en la comisión de ilicitudes, realizadas por grupos delictivos organizados y en los artículos 6.1.a) y 6.1.b), el blanqueo del producto del delito; además, en los artículos 23 se ordena la penalización de la figura de obstrucción a la justicia y en el mismo instrumento se sanciona la corrupción, con tipos penales específicos en los artículos 8.1, 8.2 y 8.3. Finalmente, se encuentran en el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada trasnacional, en el artículo 6º, la tipificación de conductas del tráfico de migrantes y en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, en su artículo 3º con relación al artículo 5º la penalización de dichas conductas.

Sobre los instrumentos internacionales anteriores debe señalarse, que conforme al límite temporal del presente estudio, es posible constatar que al menos al 11 de marzo de 2006, no existe normativa interna –temporalmente posterior a dichos tratados– que sea depositaria de mandatos específicos, sin perjuicio de que, el fenómeno en sí, tiene consagración en la regulación de los delitos de tráfico de drogas, delitos terroristas y de corrupción, con la sanción a grupos o entidades organizativas asociadas para delinquir, y el financiamiento y lavado de activos.

Como acápite final, se destaca en el ámbito de la legislación medioambiental, el artículo 13.1 del Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, publicado el 18 de febrero de 1998, que señala que "cada Parte tomará medidas adecuadas en el ámbito de su competencia para asegurar el cumplimiento de este Protocolo, incluyendo la adopción de leyes y reglamentos, actos administrativos y medidas coercitivas", lo que parece no dejar lugar a otras medidas distintas de la adopción de una legislación penal en el orden interno,[22] lo que sin embargo, no tiene correspondencia en el ordenamiento jurídico interno. En efecto, sólo se considera expresión aislada de tal mandato al artículo 136 de la Ley General de Pesca, que castiga con penas de multa y prisión al que negligentemente o dolosamente "introdujere o mandare introducir en el mar, ríos, lagos o cualquier otro

globalización, como indica Albrecht, existe una "organización permanente y estable". Agrega que puede diferenciarse la criminalidad económica y empresarial no internacionalizada, de la llamada criminalidad organizada, en que la primera se desarrolla en un contexto institucionalizado, con actividad *ab inicio* lícitas, con mercados en principio legales y en la segunda, las actividades son ilícitas desde el comienzo y operan en mercados criminales ilegales. Sin embargo, agrega que ya no es posible distinguir a ambas, pues la criminalidad organizada tradicional, del mercado de la droga, inmigración, prostitución, blanqueo de capitales precisan, como opina Albrecht, "de una gran logística y de un *Management*" y para ello se ofrecen las formas de la "economía legal".

[22] MATUS, Jean Pierre; ORELLANA, Marcos, *Las obligaciones internacionales de establecer delitos medioambientales*, en: MATUS, Jean Pierre (Ed.), *Derecho penal del medio ambiente: estudios y propuestas para un nuevo derecho penal ambiental chileno*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile (2004), p. 38.

cuerpo de agua, agentes contaminantes químicos, biológicos o físicos que causen daño a los recursos hidrobiológicos, sin que previamente hayan sido neutralizados para evitar tales daños".[23] La tenue consecuencia en la legislación penal interna de tales mandatos internacionales es producto de un fenómeno mayor de desregulación penal en esta área, dada la poca relevancia que se le otorga a la materia.

2. Tratados Internacionales que contienen obligaciones más o menos facultativas, y cómo se plasma aquello en el derecho interno. Expresión casuística

Un segundo grupo de normas que denominaremos *soft law*, está referida a compromisos más o menos facultativos de los Estados parte, que imponen obligaciones generales no concretadas, esto es, obligaciones "de buena voluntad", cuyo valor jurídico de dichas declaraciones, resoluciones y recomendaciones de los organismos internacionales, no pasa más allá del de "una invitación a observar un comportamiento determinado".[24] Estos pueden ser de dos vertientes: la primera, en cuanto "dependen exclusivamente de la opinión que tiene el deudor de la obligación del comportamiento que debe adoptar para conformarse a esa obligación" y, en segundo lugar, aquellas que imponen obligaciones de desarrollo discrecional, "que tienen un objeto concreto bien definido, evaluable desde el exterior, pero cuya puesta en práctica depende de una apreciación subjetiva que el contrayente se ha reservado desarrollar de manera más o menos discrecional".[25]

Sin embargo, para la sistemática utilizada en este trabajo, no hace falta subclasificar este grupo y sólo bastará enunciar las demostraciones de obligaciones de desarrollo discrecional para cada Estado y constatar si se le puede ligar a normas penales de carácter interno. A saber constituyen ejemplificaciones de *soft law*, las siguientes: a) Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, publicada en el Diario Oficial el 20 de agosto de 1990, en su artículo 12. 1., en que se ordena a las partes suscriptoras adoptar las medidas que estimen adecuadas para evitar la desviación de sustancias que figuran en los Cuadros I y II, utilizadas en la fabricación ilícita de estupefacientes o sustancias sicotrópicas, y en el artículo 13, en cuanto a la adopción de

[23] MATUS ACUÑA, Jean Pierre, ORELLANA, Marcos, *Las obligaciones internacionales de establecer delitos medioambientales,* ob. cit., p. 49.

[24] Citando a Virally, MATUS ACUÑA, Jean Pierre, ORELLANA, Marcos, *Las obligaciones internacionales de establecer delitos medioambientales,* ob. cit., p. 24.

[25] Citando a Fernández de Casadevante Romaní, quien sigue a Virally, MATUS ACUÑA, Jean Pierre, ORELLANA CRUZ, Marcos, *Acerca de la existencia de obligaciones internacionales de establecer delitos medioambientales, contempladas en los Tratados suscritos por la República de Chile,* ob. cit., p. 99.

medidas que se consideren adecuadas para impedir el comercio y la desviación de materiales y equipos destinados a la producción o fabricación ilícita de estupefacientes, de todo lo cual es expresión vigente la Ley Nº 20.000, en su artículo 2º, que sanciona el desvío de precursores y sustancias químicas esenciales, entre otras disposiciones; b) Convención sobre los Derechos del Niño, publicada en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990, en su artículo 11, señala que los Estados adoptarán medidas para luchar contra los traslados ilícitos de niños al extranjero y la retención ilícita de niños en el extranjero, así como en el artículo 19.1, ordena procurar las medidas legislativas necesarias para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o forma de abuso sexual, lo mismo que en el artículo 34, sobre el fomento a la prostitución de menores y explotación del niño en espectáculos o material pornográfico. De esta manera, son expresiones de la recomendación anterior, la Ley Nº 19.617, publicada el 12.07.1999, que incluye una nueva descripción típica del artículo 366 bis Código Penal, del abuso sexual impropio y la ilicitud de exposición del menor a actos de significación sexual en el artículo 366 quáter del cuerpo legal antes citado. Otra demostración determinada de este desarrollo discrecional, es la Ley Nº 19.846, publicada el 4.01.2003, sobre calificación de la producción cinematográfica, en el inciso segundo del artículo 30, en cuanto crea una nueva ilicitud. Asimismo, en el artículo 35 de la Convención de Derechos del Niño, como *soft law* se ordena adoptar las medidas que sean necesarias para impedir la trata de niños y el secuestro, lo que se recoge en Ley Nº 19.409, publicada 7.09.1995, que agrega el artículo 367 bis al Código Penal y tipifica la trata de personas, con una especial agravación de pena si la víctima de la promoción o facilitación de la entrada o salida de personas al país para ejercer prostitución es un menor de edad; c) Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica, publicada en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991, que en su artículo 6.1., impide la trata de mujeres en todas sus formas, lo que en parte se recoge anteriormente, y en el artículo 11.1, 11.2 y 11.3 de la Convención, que establece la protección de la honra y dignidad de las personas, lo que se recoge en la Ley Nº 19.423 publicada el 20.11.1995, normativa en que se agregan ilicitudes, relacionadas a delitos contra el respeto y protección a la vida privada y pública de la persona y su familia, en los nuevos artículos 161 A y 161 B del texto sustantivo penal. También es consagración del artículo 7º de la Convención en todos sus numerales, en cuanto al derecho al derecho a la libertad personal, la Ley Nº 19.567, publicada el 01.07.1998, que modifica el Código de Procedimiento Penal y el Código Penal en lo relativo a la detención, y dicta normas de protección a los derechos del ciudadano, específicamente el artículo 150 de esta normativa, destinado para el que "…decrete o prolongue indebidamente la incomunicación de una persona privada de libertad…" y al "… que arbitrariamente hiciera arrestar o detener en otros lugares que los establecidos por la ley"; d) Acuerdo con el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos sobre

cooperación para combatir el narcotráfico y la fármaco-dependencia, publicada en el Diario Oficial el 26 de diciembre de 1991, se impone la obligación general no concretada en el artículo II, letras d) y h,) de embargar o incautar bienes, instrumentos y otros elementos y destruir instalaciones en donde se proceda a la elaboración ilícita de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, lo que posee concreción tanto en la Ley Nº 19.366 como en la Ley Nº 20.000; e) Acuerdos bilaterales entre los gobiernos de Chile con Venezuela, Uruguay, Jamaica y Costa Rica sobre prevención, control, fiscalización y represión del consumo indebido y tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, ordena adoptar de acuerdo con sus legislaciones internas, las medidas que sean procedentes para perseguir y sancionar la facilitación, organización y financiamiento de actividades relacionadas con el tráfico de estupefacientes. Con respecto al consumo la concreción de su sanción tiene una importancia menor, primero con la falta del artículo 41 de la Nº 19.366 y luego con la figura del artículo 50 de la Ley Nº 20.000, pues lleva pena el consumo de drogas realizado en lugares públicos, de tal modo que el mandato de represión sobre éste se relativiza; f) Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, publicada el 17 de junio de 1994, a pesar de la referencia hacia los efectos civiles del secuestro en la designación del objetivo perseguido por esta regulación, se busca integralmente proteger a los niños contra los efectos perjudiciales del traslado y retención ilícita de ellos, lo que tiene sin duda un alcance penal en la legislación relativa al fenómeno de trata de personas; g) Convenio Internacional para la Represión de Financiación del Terrorismo, publicado el 13 de septiembre de 2002, en el artículo 8º, como obligación de carácter discrecional, se encuentra el decomiso de los fondos asignados o destinados a la comisión de dichos delitos y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, publicado el día 6 de septiembre de 2003, que su artículo 7º, contiene la obligación de cada Estado de incautar y confiscar los bienes y los medios utilizados en la comisión de estos delitos como de las utilidades que provengan de ello, funciones las anteriores, que deben contar con un órgano adecuado para su pesquisa, que es la Unidad de Análisis Financiero, creada por Ley Nº 19.913, publicada el 18.12.2003, que ataca el sustento de financiamiento de esta criminalidad; h) En la Convención Interamericana contra la fabricación y el tráfico de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, publicado el 18 de febrero de 2004, en su artículo VII, señala las medidas que deben adoptar los Estados tendientes a confiscar y decomisar las armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, como asimismo, se deben asegurar que ellas no lleguen a manos de particulares o del comercio por vía de subasta, venta u otros medios, lo que tiene consagración en la obligación de decomiso de las armas incautadas una vez configurada la ilicitud.

II. Relación de influencia de los Tratados Internacionales hacia el Derecho penal nacional, según la materia regulada

Conforme a la sistematización realizada es innegable que sí existe influencia en la regulación de ciertas materias, con relación a la tipificación de ciertas ilicitudes en el derecho interno como de otras modificaciones penológicas, las que son consecuencia, como se ha evidenciado casuísticamente, de los mandatos concretos o discrecionales contenidos en los Tratados Internacionales, suscritos y publicados por nuestro país. Por lo demás, se destaca, tanto con respecto a las normas contenidas en los instrumentos internacionales propias del *hard law* como del *soft law,* que en una y otra modalidad, la legislación interna las asume e incorpora como normas nacionales, es decir, sean imperativos o discrecionales los mandatos internacionales, de igual forma se incluyen por el legislador nacional, no siendo definitivo para su incorporación el distinto tinte de obligatoriedad que posean.

Se aprecia, además, un acrecentamiento de normas jurídico-penales destinadas al combate de la "criminalidad organizada", no en su regulación específica como tal, sino en cuerpos especiales como los de tráfico de drogas, terrorismo y corrupción.

Por el contrario, no existen ejemplificaciones legislativas relevantes en la regulación de una delincuencia económica propiamente tal, lo que distingue el sello clasista del Derecho Penal Moderno.[26] Así, derechamente, lo que no existe es una regulación distinta e independiente plasmada en el Derecho Penal económico y preocupada del delito económico como tal, que se caracteriza por constituir la defraudación de una expectativa normativa de conducta en el sector económico y para cuya restabilización normativa se necesita de la imposición de una sanción penal.[27]

[26] PAREDES, José, Recensión; Gracia Martín, Luis. Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia, en: *Polít. crim., Nº 2 (2006), R7*, p. 22. En crítica al profesor Gracia, por relacionar al Derecho Penal moderno con un determinado ideario político y modelo de Estado, específicamente, con el "Estado Social y Democrático de Derecho". Por el contrario, si es dable realizar alguna conexión instrumental de las figuras delictivas que se engloban al "Derecho Penal moderno", según Gracia, ella ha de realizarse más bien con el desarrollo del capitalismo, con la creciente multiculturalidad, con el desarrollo de las tecnologías y con la globalización.

[27] GARCÍA, Percy, *Derecho penal económico, Parte General,* (Piura, 2003), p. 43. Véase, además, el planteamiento de este autor, en que define el ámbito del Derecho Penal económico, para la regulación de las estructuras esenciales del libre mercado y la ordenación económica del Estado. Deja fuera a los delitos patrimoniales, a los delitos contra el medio ambiente, informáticos y funcionarios. GARCÍA, Percy, *Derecho penal económico, Parte General,* ob. cit., pp. 54-66.

1. De la globalización como causa de la expansión. Planteamiento de Silva Sánchez

La globalización, como causa de expansión del Derecho Penal, entronca con ciertas constataciones que se realizan, que en primer lugar, dicen relación con la existencia real de demandas fundamentalmente prácticas, en el sentido de un abordaje más eficaz de la criminalidad, en cuanto se trata de responder a las exigencias del poder político y judicial, impotentes en la lucha contra la criminalidad transnacional,[28] y en segundo lugar, con el rasgo distintivo de corresponder la delincuencia de la globalización a una de carácter económico,[29] sea en su modalidad empresarial o en la llamada macro-criminalidad (terrorismo,[30] narcotráfico o criminalidad organizada). De este modo, se trata finalmente de ilicitudes que tienen una regulación insuficientemente asentada y una dogmática pendiente de elaboración y al catalogárseles como de carácter económicas, se les asigna menos garantías por la menor gravedad de sus sanciones, y si se refiere a la denominada legislación "excepcional", se le otorgan asimismo menos garantías por su potencial peligroso,[31] lo que lleva además, en general, a un manifiesto abandono del mandato de determinación en los tipos[32] que configuran el Derecho penal de la criminalidad transnacional, como asimismo del principio de culpabilidad,[33] en cuanto a la per-

[28] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, ob. cit., p. 82.

[29] En Chile, ver aspectos dogmáticos de los delitos socio-económicos, en BUSTOS, Juan, *Obras Completas, Control social y Otros estudios,* Tomo II, Ara Editores, (Lima, 2005), pp. 599-604.

[30] BECK, Ulrich, El mundo después del 11, Foro, Trad. LÓPEZ, Ramón, diciembre (2001), pp. 22-24, en que señala que la amenaza terrorista global nos anticipa una muestra de los conflictos a los que el mundo se ve abocado de la mano de la globalización y abre una nueva era de cooperación transnacional y multinacional, que el autor denomina "Estados transnacionales cooperantes".

[31] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, ob. cit., p. 99.

[32] En otro sentido MATUS, *La Política,* cit. nota Nº 21, pp. 276-277 y p. 279, para quien en los Tratados Internacionales, en relación a los delitos de trascendencia internacional, las descripciones típicas que proponen los Estados Parte, son en extremo detallista, por lo que no parece aplicable el temor de que en su implementación se lesione el principio de determinación o tipicidad. Además, se minimizan los riesgos de la expansión, consistente en la introducción de reglas de imputación más laxa en el Derecho penal de la globalización respecto de la omisión, si es que se acepta la comisión por omisión, sin disposición legal expresa. Así, la flexibilización de los criterios de imputación en este tipo de delitos, será tan laxa como la dogmática del Estado que lo autorice, *ni un centímetro más* (la cursiva es mía). Por último, afirma que el temor sobre la desaparición entre la diferenciación del dolo eventual y la culpa consciente, no es propia de la globalización, pues ya ocurre en la dogmática continental de raigambre alemana.

[33] SCHÜNEMANN, Bern, *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales,* Trad. SILVA SÁNCHEZ, Jesús, Editorial Tecnos, (Madrid, 1991), pp. 159 y 172. Para su enfoque preventivo del Derecho penal la intervención penal del Estado no la puede desencadenar la culpabilidad por sí sola, sino únicamente la necesidad preventiva de pena. Así, la finalidad preventiva fundamenta

tinencia del error de prohibición, de la responsabilidad de las personas jurídicas, y por la dificultad de rechazar figuras que impliquen una presunción de culpabilidad. Además, a lo anterior, se suma la afectación del principio de proporcionalidad[34] dada la proliferación de tipos de peligro como de sanción de conductas meramente imprudentes en relación con bienes jurídicos colectivos.[35]

2. La globalización como causa de la expansión en la realidad nacional

Puede plantearse que el fenómeno de la globalización antes caracterizado, si bien tiene expresión en el caso chileno dada la existencia de normativa interna referida al tráfico de drogas, a los delitos de carácter sexual contra menores o al terrorismo, como una forma de abordar más eficazmente la criminalidad a gran escala, a *contrario sensu* no se presenta legislación que sea consecuencia de los Tratados Internacionales publicados, que se relacione a una delincuencia de carácter económica, que represente justamente la materia regulada que distingue a la globalización,[36] y que norme la libre competencia entre empresas dentro del mercado, y que asegura en dicho escenario, la debida protección a los consumidores

---

la necesidad de pena y el principio de culpabilidad limita su admisibilidad *mas no la fundamenta* (la cursiva es mía), por ello, según mi opinión, no se encuentra una problemática insalvable entre el principio de culpabilidad y los criterios de imputación de la delincuencia empresarial. Véase lo anterior tratado en SCHÜNEMANN, Bern, *Delincuencia empresarial: cuestiones dogmáticas y de Polítca Criminal.* Trad. SPÍNOLA, Beatriz; MARISCAL DE GANTE, Margarita, FD editor, (Buenos Aires, 2004), pp. 17-125.

[34] KÜNSEMÜLLER, Carlos, Los principios cardinales del *ius puniendi* a la luz de algunos delitos contra la propiedad contemplados en el Anteproyecto de Código Penal redactado por el Foro Penal, en: *Polít. crim.* Nº 1 (2006), A3, p. 4. Se refiere al principio de proporcionalidad de la pena, como un principio limitativo de máxima relevancia, requirente de una vinculación, correspondencia o adecuación que debe darse entre la magnitud del injusto típico y la magnitud de la reacción penal del Estado. Véase, además, en este artículo la defensa irrestricta a otros principios limitativos del *ius puniendi* como el principio de lesividad u ofensividad como el de legalidad y culpabilidad.

[35] SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, ob. cit., p. 101.

[36] NOVOA, Eduardo, *La Legislación Penal en Materia Económica,* Editorial Universidad Católica, (Santiago, 1962), pp. 11 y p. 18. Aboga por la creación –ya en 1962– de una legislación penal relacionada con la actividad económica, pues existen "normas, principios e instituciones jurídico –económicas cuya vulneración tiene una repercusión importante en los intereses de la colectividad" y asume que en la realidad mundial que le toca vivir, pocos son los códigos penales que contienen en su articulado capítulos o secciones destinados a atentado contra la economía pública (códigos búlgaro y mejicano) y la mayoría lo hace regulando tales materias en leyes especiales. Relacionado a lo anterior, en España, GRACIA, Luis, ob. cit., p. 30, conecta justamente la preocupación dogmática de la doctrina en tales delitos, a un momento histórico preciso y determinado: la entrada en vigencia del Código Penal español de 1995, pues antes de ello, constituye sólo un objeto de *lege ferenda*, que cambia al poseer una forma codificada en el Título XIII: "De los delitos contra el patrimonio y contra *el orden socio-económico*".

o que, en definitiva, se erija en la regulación que se hace cargo de los costos de un sistema productivo sustentado en la competitividad y el lucro.

III. Conclusiones

A partir del estudio de los Tratados Internacionales que se publicaron en Chile en el período, resultó innegable concluir que sí existió influencia de parte de éstos en la regulación de ciertas materias dentro del derecho nacional, siendo indistinto si el mandato provenía de una norma internacional propia del *hard law* o una del *soft law*, pues en la normativa interna se asumen ambas como órdenes concretas y taxativas, aun cuando se traten de meras recomendaciones o consejos.

Así, conforme a la legislación sustantivo penal existente, se hace evidente la existencia de características propias de un Derecho penal de la globalización, sin embargo, ello no permite afirmar que sea en la realidad nacional una causa multiplicadora del fenómeno de "expansión", pues signos como la flexibilización de las reglas de imputación y la relativización de las reglas político-criminales y sustantivas, se asocian más bien con una criminalidad organizada y no con ilicitudes correspondientes a una delincuencia económica propiamente tal, factor este último primordial en la globalización como causa de expansión en la visión de Silva Sánchez.

Anexo

Nº 1) Convenio internacional para la represión de financiación del terrorismo, publicado el 13 de septiembre de 2002.

Nº 2) Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada trasnacional, publicado el 16 de febrero de 2005.

Nº 3) a) Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, publicado el día 6 de septiembre de 2003; b) Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, publicado el 16 de febrero de 2005.

Nº 4) Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, por tierra, mar y aire, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada trasnacional, publicado el 16 de febrero de 2005.

Nº 5) Convención Interamericana contra la fabricación y el tráfico de armas de fuego, municiones, explosivos y otros materiales relacionados, publicado el 18 de febrero de 2004.

Nº 6) a) Convención Interamericana contra la corrupción, publicado el 2 de febrero de 1999; b) Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia

organizada trasnacional, en cuanto penaliza la corrupción publicado el 16 de febrero de 2005.

Nº 7) Convención Americana sobre Derechos Humanos, denominada Pacto de San José de Costa Rica. Decreto Nº 873 que promulga convención, publicado en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991.

Nº 8) a) Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, publicado el Diario Oficial el 20 de agosto de 1990; b) Acuerdo con el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos sobre cooperación para combatir el narcotráfico y la fármaco-dependencia, publicado en el Diario Oficial el 26 de diciembre de 1991; c) Acuerdo entre los gobiernos de las Repúblicas de Chile y de El Salvador sobre prevención, control, fiscalización y represión del uso indebido y tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y sus precursores y productos químicos específicos, publicado el 29 de diciembre de 1993; d) Acuerdo entre los gobiernos de las Repúblicas de Chile y de Venezuela sobre prevención, control, fiscalización y represión del consumo indebido y tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, publicado el 26 de enero de 1994; e) Acuerdo con Uruguay sobre prevención, control, fiscalización y represión del consumo indebido y tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y sus precursores y productos químicos específicos, publicada 2 de marzo de 1994; f) Acuerdo entre el gobierno de la República de Chile y el gobierno de Jamaica sobre prevención, control, fiscalización y represión del consumo indebido y tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y sus precursores y productos químicos específicos, publicada el 25 de abril de 1994; g) Acuerdo con Costa Rica sobre prevención, control, fiscalización y represión del uso indebido y tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas y sus precursores y productos químicos específicos, publicada el 3 de enero de 1996.

Nº 9) a) Convención sobre los Aspectos Civiles del secuestro internacional de niños, publicada el 17 de junio de 1994; b) Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, publicado el día 6 de septiembre de 2003.

Nº 10) Protocolo para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de las plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, publicado el 6 de agosto de 1994.

Nº 11) Convención marco de las Naciones Unidas, sobre el cambio climático, publicado el 13 de abril de 1995; Convenio sobre la diversidad biológica, publicado el 6 de mayo de 1995; Protocolo para la protección del Pacífico sudeste contra la contaminación radiactiva, publicado el 17 de agosto de 1995; Protocolo al Tratado Antártico sobre Protección del Medio Ambiente, publicado el 18 de

febrero de 1998; Promulga el Convenio de Estocolmo sobre contaminantes orgánicos persistentes y sus anexos, publicado el 19 de mayo de 2005.

Nº 12) Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, publicado el día 6 de septiembre de 2003.

Nº 13) Convención sobre los Derechos del Niño. Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990.

Nº 14) Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, publicado el 11 de noviembre de 1998.