

RESPONSABILIDAD DE LOS SUPERIORES POR LOS DELITOS COMETIDOS POR SUS SUBORDINADOS
CON OCASIÓN DEL “ESTALLIDO SOCIAL” EN CHILE

Sabrina Alejandra Perret Neilson¹

Palabras claves: *Estallido social; responsabilidad de altos mandos; deber de investigar y sancionar; deber de investigar diligentemente; diligencia en la investigación; criminalidad compleja.*

Síntesis

Las protestas que comenzaron el 18 de octubre de 2019 en Chile y que dieron origen a lo que se denominó el “estallido social”, fueron escenario de graves violaciones a los derechos humanos, durante la represión de los mismos por parte de las fuerzas de orden y seguridad. Ante esas vulneraciones ha surgido un cuestionamiento respecto a su relevancia jurídica y la eventual responsabilidad internacional del Estado frente a esas violaciones. Resulta de suma importancia, en ese sentido, determinar la responsabilidad individual no sólo de los autores directos o ejecutores de los delitos, sino también –o especialmente– respecto de las autoridades o mandos de las instituciones estatales involucradas que pudieron haber fallado en evitar o controlar adecuadamente a sus subordinados, debiendo hacerlo. Como se verá, tratándose de organizaciones jerarquizadas es en particular relevante el manejo y la reacción de sus miembros superiores –o altos mandos– frente a la comisión de delitos por parte de sus subordinados, en especial si se trata de instituciones estatales armadas. Un control deficiente de sus miembros permite la instauración de un clima de tolerancia respecto de conductas antijurídicas y –si se trata de fenómenos repetitivos y masivos– puede desembocar en el reemplazo de valores institucionales –y patrones de comportamiento– por otros nuevos de carácter criminal. El grave atentado a los derechos humanos que la comisión de este tipo de delitos implica, torna en particular relevante la respuesta del sistema criminal frente a las causas que actualmente se tramitan en el país, pues es deber del Estado investigar, juzgar y sancionar esta clase de hechos.

I. Introducción:

Existe una responsabilidad internacional del Estado chileno frente a violaciones a los derechos humanos y, por tanto, tiene la obligación de investigar, juzgar y sancionar cuando esas vulneraciones se producen.

El sistema de justicia de nuestro país se ha visto enfrentado los últimos años a una diversidad de casos en los cuales se ha cuestionado el actuar policial de las fuerzas armadas de orden y seguridad, así como de algunas autoridades. De manera masiva, luego del denominado “estallido social” y ante el actuar, a veces desmedido y reñido con la legalidad, de las fuerzas de orden y seguridad en funciones represivas, se iniciaron procesos a miembros de dichas instituciones y de sus mandos superiores, así como a algunas autoridades políticas del país. El *Informe* ha dado cuenta en años anteriores del deficiente avance de esas causas, y de la reacción general del sistema ante las mismas. Los retrasos y falta de actuar –en el ámbito estatal,

¹ Investigadora adjunta, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, abogada y máster en Derecho Penal y Procesal Penal UDP. Doctora en Derecho UDP, Santiago de Chile y Hu-Berlín, Alemania.

administrativo y penal— son, en especial, problemáticos si se considera que estamos frente a casos de violación de derechos fundamentales frente a los cuales el Estado tiene la obligación internacional de investigar, juzgar y sancionar.² Desde el punto de vista de los derechos humanos, una vulneración de los mismos no puede ocurrir con el apoyo o la tolerancia del poder público ni quedar en la impunidad, lo cual es una consecuencia básica del deber del Estado de respetar y garantizar los derechos fundamentales de toda persona.³

En este sentido, el Estado tiene la obligación de prevenir e investigar seriamente, con los medios a su alcance, las vulneraciones que afecten los derechos humanos de las personas, a fin de identificar a los responsables e imponerles las sanciones pertinentes, asegurando una adecuada reparación de las víctimas. Si el Estado actúa de modo que la vulneración quede impune, incumple su deber de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos de las personas consagrados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales suscritos por el país.⁴ Por supuesto, la obligación de investigar y de prevenir son de medios y no necesariamente de resultados, sin embargo son compromisos que deben emprenderse con seriedad y proactividad por parte del Estado y no como una simple formalidad condenada a la infructuosidad de antemano.⁵ En este punto, resulta relevante considerar la proactividad en la práctica de diligencias investigativas, las que debieran ejecutarse de manera oportuna, así como en la estrategia de investigación que se adopta.⁶

En este caso, respecto a la investigación y sanción de hechos complejos, un tema relevante es el de los diferentes niveles de responsabilidad en función de las distintas hipótesis de participación en un delito, y por los disímiles niveles jerárquicos de los funcionarios. En este sentido, resulta de especial relevancia la consideración de la complejidad del caso, del hecho que haya sido cometido por integrantes de fuerzas de orden y seguridad y de la responsabilidad que le pudo haber cabido a distintos miembros de las mismas por la ejecución o falta de control de sus subordinados. En relación a lo anterior, es preciso considerar que sólo últimamente la investigación de estos casos comenzó a abarcar la conducta de los mandos superiores o de autoridades con responsabilidades de prevención y supervisión al momento de comisión del delito. Dada la dinámica de la criminalidad de este tipo (que se expondrá en el apartado siguiente), enfocarse solo o primordialmente en la identificación de los autores ejecutores individuales, como medio investigativo del ente persecutor, es condenar los procesos a su infructuosidad, en particular, en aquellos casos en que vulneraciones han sido cometidas por miembros de instituciones estatales. En esas circunstancias no será infrecuente, como se verá, la dificultad de recabar pruebas o identificar a los ejecutores materiales precisos de los hechos. Por lo señalado, es necesario —tanto desde el punto de vista de la prevención como de la

² Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*, 29 de julio de 1988, párrs. 173 y ss.; Corte IDH, *caso Tiu Tojin contra Guatemala*, 26 de noviembre de 2008, párr. 77.

³ Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos "Pacto de San José de Costa Rica", 22 de noviembre de 1969, Art. 1.1. Ver Corte IDH, *Caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*, 29 de julio de 1988, párr. 173.

⁴ Corte IDH, *caso Rochac Hernández y otros contra El Salvador*, 14 de octubre de 2014, párrs. 171 y s.; ver también Corte IDH, *caso González y otras ("campo algodón") contra México*, 16 de noviembre de 2009, párr. 602, ver punto 5; Corte IDH, *caso González y otras ("campo algodón") contra México*, 16 de noviembre de 2009, párr. 236, sobre la obligación de garantía de los derechos y la necesidad de prevenir, investigar, juzgar y sancionar sus vulneraciones.

⁵ Corte IDH, *caso Velásquez Rodríguez contra Honduras*, 29 de julio de 1988, párr. 174 y ss.

⁶ Ver Corte IDH, *caso González y otras ("campo algodón") contra México*, 16 de noviembre de 2009, párr. 452 s. y 454, refiriéndose a la obligación de investigar, sancionar y juzgar, lo que incluye patrones de actuación conjunta y consideración de los distintos niveles de responsabilidad de distintos agentes.

necesaria seriedad de la investigación—, centrar la atención en los mandos superiores y autoridades responsables.⁷

Este enfoque lo ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sucesivas sentencias, estableciéndose que las investigaciones han de valorar y constatar, en particular, la presencia de patrones sistemáticos que pudieron haber permitido la violación de derechos humanos, y que descartan su carácter de fenómeno aislado.⁸ Se considera también esencial determinar si se omitieron medidas para detener esos patrones de conducta y, en el peor de los casos, la existencia de órdenes para que los subordinados aplicaran un uso excesivo de la fuerza. Cuando los delitos son cometidos desde un ente del Estado o en el marco de operativos de agentes estatales, una investigación diligente ha de reflejar la complejidad de los hechos, los patrones que explican su comisión, el complejo de personas a distintos niveles de la estructura que pudieron estar involucradas o resultar responsables, así como el contexto de comisión de los ilícitos. Las líneas de investigación que se adopten han de ser claras y lógicas respecto a la recolección de la evidencia de estos elementos. Asimismo, deben realizarse indagaciones oportunas con el objeto de recabar la prueba necesaria.⁹ En este sentido, periodos de inactividad o la falta de promoción de la investigación, sobre todo en las primeras etapas, comprometen la seriedad y debida diligencia con que deben llevarse a cabo las mismas.¹⁰

Así, la Corte Interamericana considera que “el incumplimiento del deber de iniciar una investigación *ex officio* en el presente caso, la ausencia de líneas de investigación claras y lógicas que hubieran tomado en cuenta el contexto de los hechos y la complejidad de los mismos, los largos períodos de inactividad procesal, la negativa de proporcionar información relacionada con los operativos militares, la falta de diligencia y exhaustividad en el desarrollo de las investigaciones por parte de las autoridades a cargo de las mismas, así como la falta de coordinación entre los diversos órganos estatales”, llevan a la conclusión de que no han existido los recursos efectivos para garantizar los derechos establecidos por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.¹¹ Examinando la debida diligencia, se ha de tener presente, en particular, el número de personas que participaron en el delito, la cooperación y aquiescencia de autoridades y agentes estatales, los grupos u organizaciones involucradas y sus vínculos con la fuerza pública, así como la reacción de las autoridades frente a los crímenes.¹²

⁷ Consultar al respecto, Corte IDH, *caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco contra México*, 28 de noviembre de 2018, párrs. 291 y s. y 294 y ss., señalando que es obligación del Estado investigar, juzgar y, en su caso, sancionar respecto a la participación de agentes federales, considerando la responsabilidad de la cadena de mando y las diversas hipótesis de autoría que pudieron resultar relevantes; Corte IDH, *caso Tiu Tojín contra Guatemala*, 26 de noviembre de 2008, párr. 78.

⁸ Corte IDH, *caso Radilla Pacheco contra Estados Unidos Mexicanos*, 23 de noviembre de 2009, párr. 206; Corte IDH, *caso Rochac Hernández y otros contra El Salvador*, 14 de octubre de 2014, párr. 150 y ss.; Corte IDH, *caso Anzualdo Castro contra Perú*, 22 de septiembre de 2009, párr. 154; Corte IDH, *caso Tiu Tojín contra Guatemala*, 26 de noviembre de 2008, párr. 78.

⁹ Corte IDH, *caso Rochac Hernández y otros contra El Salvador*, 14 de octubre de 2014, párrs. 150 y ss; Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela contra Colombia*, 11 de mayo de 2007, párr. 155; Corte IDH, *caso Anzualdo Castro contra Perú*, 22 de septiembre de 2009, párr. 154.

¹⁰ Corte IDH, *caso Rochac Hernández y otros contra El Salvador*, 14 de octubre de 2014, párr. 159; Corte IDH, *caso Radilla Pacheco contra Estados Unidos Mexicanos*, 23 de noviembre de 2009, párr. 212; Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela contra Colombia*, 11 de mayo de 2007, párr. 155.

¹¹ Corte IDH, *caso Rochac Hernández y otros contra El Salvador*, 14 de octubre de 2014, párr. 171.

¹² Corte IDH, *Caso de la Masacre de La Rochela contra Colombia*, 11 de mayo de 2007, párr. 157.

Respecto de lo acontecido en Chile durante el “estallido social” y considerando el desenvolvimiento de los hechos, era lógico considerar el contexto, el “clima” político-jurídico, así como la postura y el actuar de las autoridades nacionales, supuestamente combatiendo un “enemigo poderoso e implacable”.¹³ No era difícil adelantar que los acontecimientos se enmarcaban en un determinado contexto y modo de operar que trascendía la particularidad de cada hecho aislado y que podía resultar relevante verificar la responsabilidad que le cabían a diversos agentes, en distintos niveles de responsabilidad, Esto, sobre todo, considerando la falta de prevención y control de los hechos, y la implementación o no de medidas generales y específicas de evitación de actos constitutivos de violaciones a los derechos humanos, en especial una vez que los mismos se desencadenaron de manera pública.¹⁴

Los superiores que presencian la comisión de delitos por parte de sus subordinados no pueden permanecer impávidos frente a hechos de carácter criminal. Es su deber controlar y mantener la organización dentro de los márgenes de la legalidad, sancionando a los involucrados. Tanto el ámbito administrativo como el penal proveen de herramientas a los superiores y jefes para

¹³ Prensa presidencia. Comunicado. Discurso público del presidente Piñera, transmitido en cadena nacional el 20 de octubre de 2019. Disponible en <https://www.cnnchile.com/pais/pinera-estamos-en-guerra-contra-un-enemigo-poderoso-20191021/>. En efecto, y sólo a modo de muestra, tuvieron que ser de relevancia y tener repercusión en el clima político institucional las sucesivas declaraciones de la máxima autoridad nacional de la época, el presidente Sebastián Piñera, quien señaló desde el primer momento: “Estamos en guerra contra un enemigo poderoso, implacable, que no respeta a nada ni a nadie y que está dispuesto a usar la violencia y la delincuencia sin ningún límite, incluso cuando significa la pérdida de vidas humanas, con el único propósito de producir el mayor daño posible” (...); identificando a los manifestantes como “aquellos que quieren destruir nuestra democracia, nuestras libertades, nuestro estado de derecho y atentar contra sus vidas, su tranquilidad, su libertad y sus derechos (sic)”. O, asimismo, las declaraciones dadas durante las semanas posteriores, en las cuales sigue utilizando un discurso inflamatorio y que generaliza a los participantes de las protestas como delincuentes y enemigos que actúan de manera organizada y violenta y que requieren una reacción enérgica, relativizando la comisión de delitos por parte de las fuerzas de orden. Así, señaló, por ejemplo: “En estas semanas hemos visto estallar ese clamor, y también hemos visto una ola de violencia, de destrucción, provocada por grupos criminales organizados. (...) Decía que en esta ola de violencia participan grupos muy organizados que antes no conocíamos en Chile, a la cual se suman la delincuencia tradicional, el narcotráfico, los anarquistas y muchos más. Demostraron voluntad de destruirlo todo, sin respetar a nada ni a nadie. (...) En 15 minutos, de forma coordinada y simultánea, incendiaron siete estaciones de Metro. De 136 estaciones, 80 fueron quemadas, vandalizadas o destruidas. Eso no es algo espontáneo ni casual. Es la obra de grupos criminales organizados... (...) La situación era tan compleja, había tantos atentados en tantos lugares distintos, con tanta potencia, con tanta planificación, con tanta maldad, que no se pudo controlar el orden público”. Asimismo, agregó que “He recibido mucha información, alguna de ella de origen externo, que afirma que aquí hubo intervención de Gobiernos extranjeros. Pero quiero ser prudente, hemos entregado esa información a la Fiscalía, que es la que por mandato de la ley debe investigar los delitos en Chile”. Estas son declaraciones del día 9 de noviembre de 2019, en una entrevista al diario español *El País* (se puede acceder a parte de esta información en: El mostrador.cl: “Piñera a la prensa internacional: ‘He recibido mucha información sobre intervención de gobiernos extranjeros’”, 10 de noviembre de 2019. <https://www.elmostrador.cl/dia/2019/11/10/pinera-a-la-prensa-internacional-he-recibido-mucha-informacion-sobre-intervencion-de-gobiernos-extranjeros/>). El 28 de Noviembre insistiría en el uso de esta retórica en una ceremonia de graduación de detectives de la Policía de Investigaciones: “Aquí no hay que dar espacio ni a la tibieza ni la ambigüedad ni mucho menos a la debilidad; estamos enfrentando a un enemigo poderoso e implacable que no respeta a nada ni a nadie, que no respeta la vida de los seres humanos, que no respeta a nuestros héroes (...)”. Se puede revisar la declaración completa en: El Desconcierto: “Tras 42 días Piñera no cambia su discurso: ‘Estamos frente a un enemigo poderoso e implacable’”, 28 de noviembre de 2019. <https://www.eldesconcierto.cl/nacional/2019/11/28/tras-42-dias-pinera-no-cambia-su-discurso-estamos-frente-a-un-enemigo-poderoso-e-implacable.html>.

¹⁴ Ver Corte IDH, *caso González y otras (“campo algodoner”) contra México*, 16 de noviembre de 2009, párrs. 165 ss. y 236, respecto a superiores que no adoptaron previsiones para prevenir o hacer cesar los delitos y a la obligación del Estado de adoptar medidas específicas de prevención; Corte IDH, *caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco contra México*, 28 de noviembre de 2018, ver especialmente párr. 165 acerca de las diversas medidas que se pudieron haber adoptado como la posibilidad de haber regulado de manera efectiva a los cuerpos de seguridad, capacitarlos adecuadamente en el cuidado del orden público y, una vez desatados los hechos virulentos, tener la capacidad de detener y controlar los abusos que se puedan estar cometiendo.

mantener la disciplina jerárquica dentro de los organismos, cuya legalidad deben permanentemente vigilar, además de estar ellos mismos sujetos a tales medidas. En los casos de uso excesivo de fuerza, tortura, o tratos inhumanos y degradantes hubiera resultado relevante la utilización de herramientas –administrativas y/o penales– para excluir y prevenir la conducta criminal por parte de sus subalternos. Como se verá a continuación, existen una serie de herramientas penales para valorar esta clase de hechos desde el punto de vista jurídico. Este capítulo presentará a continuación dichas herramientas, comenzando por una sección general que se referirá a los peligros de este tipo de criminalidad, la manera en que se desenvuelve y la grave amenaza que representa para los derechos humanos.

Respecto de la existencia de patrones sistemáticos que pueden estar presentes en la organización y posibilitar la ocurrencia de esta clase de crímenes –más allá de la comisión de delitos individuales–, es crucial observar el actuar de los altos mandos y autoridades, quienes detentan el poder y el deber de controlar el accionar de sus subordinados, en especial ante la comisión de delitos o frente a la presencia de patrones delictivos. El presente capítulo se centra sobre todo en este último punto, presentando y analizando varias herramientas que el sistema penal provee para este tipo de casos y que podrían resultar relevantes. Este trabajo pretende, de manera prioritaria, destacar la importancia de que se exija y promueva un estándar de conducta mínimo a autoridades y superiores frente a la comisión de crímenes de parte de sus subordinados. La ausencia de una reacción adecuada por parte de los superiores de las instituciones involucradas, así como de otras autoridades con poder o deberes de control –administrativo o penal– sobre ellas, sólo empeora la situación, contribuyendo a generar un clima de tolerancia ante la conducta criminal. Esta situación, cuando se produce al interior de una organización jerarquizada, termina por cambiar los valores y patrones de conductas legítimos por otros nuevos de carácter antijurídico. En efecto, las dinámicas de la criminalidad “organizada” o cometida en el seno de organizaciones –en este caso estatales– han de ser tenidas en cuenta en este tipo de casos, tanto desde el punto de vista procesal –en relación a las medidas que se adoptan– como sustantivo –en la focalización de la responsabilidad penal individual en los superiores. No está demás reiterar, en este sentido, que es deber del Estado investigar de manera diligente las violaciones a los derechos humanos cometidas en contra de su población, juzgando y sancionando con el fin de prevenir esta clase de conductas.

II. Dinámica y peligros de la criminalidad cometida por miembros de organizaciones

La denominada criminalidad “organizada”, así como la criminalidad internacional, se caracterizan por el hecho de que la comisión de delitos se realiza en el contexto de una organización estructurada. Al margen de la discusión de si está presente o no el “elemento internacional” (que revisaremos en la siguiente sección), existen ciertos rasgos de la criminalidad organizada o internacional que se deben tener presentes en consideración a la dinámica con que esta se desenvuelve, así como de sus peligros específicos. Estos elementos han de tenerse en cuenta tanto desde el punto de vista de la prevención, como de la investigación, juzgamiento y sanción de esta clase de hechos.

Como ya se mencionó, en los crímenes organizados los agentes actúan coordinados al amparo de una asociación estructurada y no meramente agrupados con un plan criminal, como en los

casos de la criminalidad común.¹⁵ El medio ambiente organizacional provee una estructura para la coordinación y actuación de los diferentes miembros que operan como agentes de dicha organización. En efecto, un aspecto crucial de este tipo de crímenes (internacionales, organizados o sistemáticos), es que existen diferentes sujetos que actúan coordinados y estructurados de una cierta manera que trasciende la mera actuación individual. Esta permanencia y disposición de medios, herramientas y valores, que funciona como trasfondo o plataforma delictiva, dota a los sujetos, que desde ella actúan, de un aparataje especialmente peligroso del cual la criminalidad común –individual o grupal– carece.

Este contexto puede darse en una organización ya existente o tener un origen puramente delictivo. En efecto, la organización puede operar de manera singular y aislada, o bien “enquistada” en una organización más amplia ya existente, como el Estado, el Ejército o un área específica de la administración estatal. En este último caso, la asociación como un subsistema comienza a (re)organizar los objetivos y recursos de la institución en contra de la autoridad legal, reemplazando los antiguos valores y prácticas por otros nuevos, de carácter ilegal, cambiando la cultura institucional hacia conductas violentas que no respetan el imperio del derecho ni los derechos individuales. En organizaciones de características ilegales, autoritarias o abusivas, el imperio del derecho comienza a abandonarse (en todo, o más comúnmente en parte), generando un subsistema de obediencia a otros patrones y normas criminales.¹⁶

En este tipo de contextos, el establecimiento, formación o surgimiento de la organización criminal como tal, así como sus límites, puede ser difícil de establecer toda vez que el nacimiento del plan criminal y la pérdida de autoridad del derecho tiende a ocurrir de manera difusa y en completo anonimato: “Con frecuencia no sabremos quién fue el primero en dictar el inicio de las nuevas estructuras de la organización ilegal”.¹⁷ Normalmente, lo que ocurre es una transformación del ambiente o “clima normativo” al interior del colectivo que resulta en una erosión de las inhibiciones morales en contra de la comisión de crímenes. En este sentido, en fenómenos de criminalidad masiva, la comisión de delitos al interior de la organización puede verse como un mecanismo de “adaptación” al grupo y su “subcultura”. En este tipo de situaciones la conducta criminal comienza a ser regular y no una excepción al interior de la organización. Desde el punto de vista de la conducta individual, la existencia de un grupo con sus propias reglas, autoridades y referentes de conducta determina e influencia la actuación de los diferentes agentes, condicionándola hacia determinados valores. En ámbitos altamente regulados –como el Estado, el Ejército o las policías– la facultad de juicio o de elección se ve afectada o de frentón está ausente en estas situaciones. Esto sucede porque en un ambiente con altos niveles de control y regulación se tiende a automatizar la acción, suspender el juicio y, eventualmente, oscurecer la distinción entre conductas correctas e incorrectas como se entendía antes del surgimiento de la organización criminal.¹⁸

¹⁵ Como se verá, en el ámbito del Derecho Penal Internacional, la presencia del denominado elemento contextual es un requisito de entrada de la responsabilidad internacional individual Helmut Satzger, *Internationales und Europäisches Strafrecht. Strafanwendungsrecht. Europäisches Straf- und Strafverfahrensrecht. Völkerstrafrecht* (8ª edición), Baden-Baden, Nomos, 2018, p. 361.

¹⁶ Acerca del fenómeno de la “macrocriminalidad” y las dinámicas de la criminalidad de grupo, ver Herbert Jäger, *Makrocriminalität: Studien zur Kriminologie kollektiver Gewalt*, Frankfurt del Meno, Suhrkamp, 1989, pp. 132 ss.

¹⁷ En este sentido Hannah Arendt, *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Alianza Editorial, 2007, p. 503.

¹⁸ Desde el punto de vista de las ciencias sociales, los mecanismos de adaptación individuales a la presión del grupo y las “técnicas de neutralización” en contra de la resistencia al crimen, tales como el establecimiento de un

Si indagamos en el Derecho Penal Internacional y en su historia, podemos ver, de cierta manera, que al interior de organizaciones jerárquicas los estándares morales y valores del sistema pueden cambiar de la noche a la mañana y lo que subsiste es el mero hábito de aferrarse a algo, a las prácticas colectivas, a las dinámicas del grupo. En efecto, en estos ambientes el raciocinio individual es una de las primeras cualidades en desaparecer: “una vez que el sujeto ha sido admitido al grupo, caerá bajo el hechizo de las prácticas del colectivo”.¹⁹ Este hallazgo nos ayuda a ilustrar un aspecto crucial de este tipo de criminalidad: hay una predisposición entre los miembros de la organización a cometer delitos, dado al “clima normativo” que los rodea, en especial cuando la asociación está inmersa en un medio ambiente de tolerancia o aquiescencia respecto a la violencia o las conductas ilegales. Esto sucede, con frecuencia, si existen prácticas regladas que –aunque no ordenen expresamente un plan violento– deshumanizan a las víctimas, toleran la violencia o están asociadas a algún tipo de adoctrinamiento o entrenamiento especial de fuerzas armadas en contra de “enemigos peligrosos” internos o externos.²⁰

III. La responsabilidad de los superiores jerárquicos en la Ley 20.357

El contexto en que se comete este tipo de delitos puede ser también relevante desde el punto de vista dogmático, cuando los hechos podrían revestir la calidad de “crímenes internacionales”. Como es sabido, ya desde los primeros días de la ocurrencia del denominado “estallido social” surgió la pregunta –y el debate– en torno a si las vulneraciones a los derechos humanos por parte de agentes del Estado caían o no en la categoría –o calidad– de crímenes internacionales.²¹ Esta interrogante todavía permanece abierta a falta, hasta ahora, de un pronunciamiento del sistema judicial al respecto. El carácter de crimen internacional y la posible aplicación de las normas de Derecho Penal Internacional al caso, depende justamente de la existencia de un determinado contexto o elemento organizacional, el que se ha de juzgar con independencia de la existencia de delitos específicos. El referido elemento no es sólo un requisito de entrada respecto de la responsabilidad internacional, sino que también un requisito objetivo del delito que debe establecerse en adición a los requisitos materiales típicos de cada crimen individual.²²

sistema de valores paralelo, dinámicas de grupo paralelas y la influencia de las mismas en la conducta individual, así como el fenómeno de la “difusión de responsabilidad”, es típico de estos escenarios. Su importancia para el Derecho Penal y el establecimiento de los elementos materiales del delito, Herbert Jäger, 1989, op. cit., pp. 132 y ss. También acerca de la transformación del “clima normativo” típico de esta clase de criminalidad sistemática, ver André Nollkaemper and Harmen Van Der Wilt, *System Criminality in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 5 s.; asimismo la descripción de estos crímenes como “crímenes de obediencia”, en los cuales los mismos tienen lugar no sólo en contra de las autoridades y normas del colectivo, sino que también conforme a las mismas, ver Herbert Kelman, “The Policy context of International crimes”, en André Nollkaemper and Harmen Van Der Wilt (eds.), *System Criminality in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009 pp. 26 ss.

¹⁹ Desarrollando este punto en el ámbito del derecho penal André Nollkaemper and Harmen Van Der Wilt, 2009, op. cit., p. 6 s.

²⁰ Ver así André Nollkaemper and Harmen Van Der Wilt, 2009, op. cit., pp. 6 s., acerca del surgimiento de la organización delictiva y el contexto necesario para la perpetración de crímenes internacionales.

²¹ Ver la discusión entre los profesores Mañalich y Ambos, disponible en: CIPER Chile.cl: Juan Pablo Mañalich, “Los crímenes de lesa humanidad bajo la Ley 20.357: una respuesta a Bascuñán y Ambos”, 3 de diciembre de 2019. <https://www.ciperchile.cl/2019/12/03/los-crimenes-de-lesa-humanidad-bajo-la-ley-20-357-una-respuesta-a-bascunan-y-ambos/>. Visitado por última vez el 17 de agosto de 2023.

²² Así, el elemento contextual sería un elemento objetivo adicional que ha de establecerse junto a la conducta, el resultado, la causalidad y otras circunstancias relevantes para la tipicidad. Ver al respecto, Helmut Satzger, , 2018, op. cit., p. 361.

Sumado a lo anterior, respecto de cada delito corresponderá determinar la responsabilidad individual, lo que se realiza conforme a las reglas correspondientes, en este caso las establecidas en la Ley 20.357 que implementa en Chile el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, especialmente sus artículos 1º, 2º y 35. Ambos aspectos serán tratados a continuación, comenzando por el denominado “elemento internacional” para revisar a continuación las reglas de responsabilidad del superior contenidas en el artículo 35 de la referida ley.

3.1. El elemento internacional

La existencia de crímenes internacionales implica, en primer lugar, su comisión por parte de una asociación de ciertas características, entre ellas la más crucial es la existencia de una estructura jerárquica que opere en base a los principios de autoridad y obediencia.²³ Las entidades colectivas u organizaciones involucradas en crímenes de derecho internacional pueden tomar variadas formas, desde constituir pequeños grupos de individuos, hasta regímenes que se extienden en diferentes áreas de un Estado. Asimismo, el grado de organización puede ser alto (como sucedió con la burocracia de la Alemania nazi) o más bien informal (como en el caso de los crímenes internacionales cometidos en algunos países de África).²⁴

Conviene tener presente que cuando la organización que comete crímenes está “enquistada” en una organización más grande, como se ha señalado, será difícil constatar su estructura específica y los detalles de su surgimiento. En estos casos, los miembros de la organización comienzan a desviar o utilizar sus medios y recursos de forma criminal, reemplazando la autoridad del Derecho por una nueva e ilegal.²⁵ Cómo es posible que una política así tome poder en contra del Derecho y dé lugar a un “clima” en el cual la comisión de delitos comienza a tolerarse y –de cierta manera– esperarse, es difícil de responder. Esta duda nos advierte acerca de las limitaciones de toda organización y la importancia que tiene la reacción oportuna de las autoridades y miembros de la organización –estatal– más amplia. Los superiores que no han participado activamente u ordenado la comisión de delitos deben tomar medidas activas ante la comisión de delitos por parte de sus subordinados, y no pueden –cumpliendo con sus deberes legales– permanecer impávidos cuando parte de la organización está comportándose de manera criminal.

El límite entre contribuciones activas y omisivas en un medio ambiente organizacional es especialmente difícil de establecer: mientras que algunos agentes se verán envueltos de manera directa y obvia en acciones criminales, otros realizarán labores que contribuyan en forma menos

²³ Acerca del elemento organizacional, la existencia de una política y la asociación como agrupación de personas caracterizada por la existencia de una estructura que permite coordinar la acción hacia objetivos criminales más allá de la comisión de situaciones específicas concretas, ver en el derecho penal internacional: Gerhard Werle y Boris Burghardt, “Do Crimes Against Humanity Require the Participation of a State or a ‘State-Like’ Organization?”, *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, pp. 1156 s. y 1163. Sobre el “contexto político” y la caracterización de estos crímenes como “crímenes de obediencia”, ver Herbert Kelman, 2009, op. cit., pp. 26 ss.

²⁴ André Nollkaemper and Harmen Van Der Wilt, 2009, op. cit., pp. 18 y 19.

²⁵ Ver la caracterización de la organización como un “Estado dentro de un Estado”, en consonancia con el requisito de que la organización se encuentre “al margen del Derecho”, lo que implica que la estructura tiene su propia autoridad organizada en contra de la autoridad del Derecho, ver Claus Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft* (10th Edition), Berlín, Boston, De Gruyter, 2019, p. 277 s.; acerca de la concurrencia de un sistema normativo paralelo con sus propios valores y patrones de conducta, así como la existencia de técnicas de neutralización en contra de la comisión de crímenes, ver Herbert Jäger, 1989, op. cit., p. 191.

directa. La conducta criminal de los miembros más altos de la cadena será difícil de identificar y podría ser percibida como si no pasara el umbral de una contribución activa.²⁶

La casuística del derecho penal internacional enseña que en general, respecto a altos mandos, solo encontraremos signos vagos de apoyo, que no permitirán establecer claramente sustento o contribución, pero es en este nivel en el cual podemos percibir el surgimiento de la “política”. En efecto, en el plano de la “formación de la política”, en general, no encontraremos órdenes criminales, sino que, en primera instancia, el surgimiento de un discurso vago y poco preciso, aunque peligroso, acerca de la necesidad de “protección” de la sociedad o del Estado en contra de amenazas y “enemigos poderosos” que afectan su seguridad, integridad o valores. La práctica de la violencia es justificada entonces para mantener el estado de derecho, el orden o la seguridad de la comunidad. En una segunda etapa, este discurso puede ser complementado con técnicas de entrenamiento o adoctrinamiento especial. Por último, estas acciones, discursos y prácticas, que no son explícita o directamente criminales, son complementadas por el “etiquetamiento” de un cierto grupo como “enemigo”: al interior del sistema, entonces, y sin la necesidad de órdenes o de un plan explícito, este auténtico “reseteo” de valores se transmite a las cadenas inferiores de mando y se traduce en la comisión de acciones violentas y crímenes concretos.²⁷

En un contexto de esta naturaleza –y sobre todo cuando los agentes tienen a su disposición los medios y recursos de la organización (que están utilizando para acciones criminales)– es absolutamente crucial la respuesta que reciben de los miembros superiores de la organización o cómo se comporta el medio ambiente organizacional en respuesta a sus actos criminales. Las autoridades que presencian la ejecución de estos delitos están obligadas jurídicamente a impedir la comisión de los mismos por parte de sus subordinados y a sostener el imperio de la ley. Los superiores son quienes deben frenar en seco la comisión de crímenes y la nueva regularidad criminal que comienza a imponerse dentro de la organización. Cuando, por el contrario, esto no ocurre y los superiores son tolerantes y, peor aún, alientan, aunque sea vagamente los actos, no es de extrañarse que la organización crezca en miembros y medios, conquistando y ampliando sus límites.

3.2. La responsabilidad del superior en el artículo 35 de la Ley 20.357

a) Elementos materiales del delito

El artículo 35 de la Ley 20.357 establece en Chile la responsabilidad de los superiores por omisión por los crímenes internacionales cometidos por sus subordinados. Dicha norma implementa el Artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (o Estatuto de Roma, en adelante), constituyendo a su respecto una “implementación modificatoria”, en el sentido de desarrollar a su homólogo internacional de una manera diferenciada.²⁸ De acuerdo a dicho artículo 35, las autoridades, jefes militares o aquellos que actúan efectivamente como tales

²⁶ Gerhard Werle y Florian Jessberger, *Völkerstrafrecht*, (4th Edition), Oxford, Oxford University Press, 2020, p. 265, resaltando la categoría omisiva de responsabilidad del superior como relevante para lidiar con conductas que parecieran no pasar el umbral de la participación activa directa.

²⁷ Acerca del surgimiento de una “política” en general, tomando casos específicos de tortura, ver Herbert Kelman, 2009, op. cit., p. 26 ss.

²⁸ Acerca de los tipos de implementación del Derecho Penal Internacional en los ordenamientos nacionales, ver Gerhard Werle y Florian Jessberger, 2020, op. cit., pp. 184 ss.

pueden ser hechos responsables criminalmente por la comisión de un crimen por parte de otro, cuando no lo impidieron, pudiendo hacerlo. Adicionalmente –y de forma claramente separada (cuestión que no ocurre en el ordenamiento internacional)– se establece la responsabilidad de aquellos que omitieren dar aviso oportuno, a las autoridades competentes, de los delitos de los cuales hubieren tenido conocimiento. La legislación chilena sólo establece la responsabilidad para casos de comisión dolosa, alejándose en este punto de su par internacional que establece hipótesis negligentes de responsabilidad. Dado que se trata de una ley incorporada recientemente al ordenamiento nacional y cuyo origen es el derecho internacional, para su desarrollo se utilizará especialmente doctrina de esta última área, que desarrolla en forma específica esta clase de responsabilidad.²⁹

Desde el punto de vista material u objetivo, diversos elementos deben probarse. En primer lugar, y como ya fue mencionado con anterioridad, en crímenes internacionales el denominado elemento contextual es un elemento material u objetivo del delito que, como tal, debe ser probado. Nos remitimos en este punto a lo ya examinado previamente acerca de cuándo puede considerarse que este elemento está presente, teniendo en mente que sólo ante este supuesto contextual, puede tener aplicación la responsabilidad penal en los términos del Art. 35 de la Ley 20.357. Adicionalmente, como primer elemento material de esta clase de responsabilidad ha de probarse la existencia de una relación de autoridad y subordinación o relación “superior subordinado”. En efecto, a pesar de que la norma se remite a señalar que la autoridad o jefe responden por delitos cometidos “por otro”, en el Derecho Penal Internacional se afirma como un requisito básico de esta clase de responsabilidad la existencia de una relación de subordinación,³⁰ lo cual implica por parte del superior, la capacidad de dar órdenes válidas a los subordinados que están cometiendo delitos.³¹ La identificación de los superiores relevantes dependerá del control efectivo que tengan dentro de la organización, pero se ha señalado que un superior puede ser cualquier miembro de la cadena de mando, desde aquella autoridad inmediatamente superior al ejecutor directo, hasta los miembros más altos de esa cadena, si es que es posible establecer su efectivo control sobre los mandos ejecutores del ilícito. Asimismo, se ha definido en la jurisprudencia internacional que la identificación de los autores precisos no es necesaria en estos contextos masivos para imputar responsabilidad al superior, mientras conste, considerando la cadena de mando, que los autores pertenecían a la misma unidad u organización.³²

Un segundo requisito objetivo de esta clase de responsabilidad por omisión es la capacidad de actuar o adoptar medidas.³³ En efecto, y como sucede en general con la responsabilidad por

²⁹ Sobre el recurso al derecho penal internacional para interpretar la ley nacional que lo implementa, ver Claudia Cárdenas, “La aplicabilidad del Derecho Internacional por tribunales chilenos para interpretar la ley N°20.357”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 20-No 1, 2013, pp. 121-145, pp. 130 y ss; y Claudia Cárdenas, “¿Qué actos pueden constituir un ataque contra una población civil en la tipificación de crímenes de lesa humanidad de la ley N°20.357?”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (LV)*, 2º semestre de 2020, pp. 131-155, pp. 136 y s.

³⁰ Acerca de la necesidad de una relación “superior-subordinado” en el Derecho Penal Internacional, ver Gerhard Werle y Florian Jessberger, 2020, op. cit., pp. 268 ss.; Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, Volumen I, Oxford, Oxford University Press, 2013, p. 208; y Helmut Satzger, 2018, op. cit., p. 382.

³¹ Acerca de la capacidad de dar órdenes y el deber de obediencia como elementos centrales de la relación superior-subordinado, ver en la literatura internacional, Chantal Meloni, *Command responsibility in international criminal law*, La Haya, TMC Asser Press, 2010, pp. 155 ss.; y Kai Ambos, 2013, op. cit., p. 209.

³² En este sentido, Cour Pénale Internationale, Bemba Trial Judgment, párr. 187, e [International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia](#), ICTY, Judgment, Blaškić, párr. 217.

³³ Acerca de este requisito en el Derecho Penal Internacional, ver Kai Ambos, 2013, op. cit., pp. 217 s; Chantal Meloni, 2010, op. cit., pp. 114 s.

omisión, se exige que la ejecución de la acción mandatada haya sido posible para el agente en el momento en que ocurrieron los hechos. Lo anterior implica la verificación de medidas disponibles para los superiores al momento en que los hechos estaban siendo cometidos y considerando su posición respecto de los riesgos. El superior no está obligado a lo imposible, ni tampoco a realizar toda medida imaginable a posteriori, sino sólo aquellas que resultaban posibles y razonables al momento de ocurrencia de los hechos.³⁴ La verificación de este requisito es, por ende, fáctica y caso a caso, basada en la evidencia y no meramente en ejercicios hipotéticos realizados por el juez a posteriori.³⁵ A la hora de juzgar la existencia de este elemento, convendrá tener en cuenta el desenvolvimiento de los acontecimientos delictivos, si su ocurrencia fue pública o evidente, la cercanía de los superiores con los mismos, los medios a su disposición, y la efectividad de su autoridad para con sus subordinados.

Un tercer requisito de esta clase de responsabilidad, en su variante de falta de evitación (y no de falta de denuncia), es la capacidad de evitar el resultado o requisito causal. En efecto, dado que se reprocha al superior no haber impedido los crímenes de sus subordinados, es necesaria la verificación de que dichos delitos eran en efecto evitables dadas las circunstancias del hecho y las posibilidades del superior al momento de su ocurrencia.³⁶ Como ha desarrollado la jurisprudencia internacional, un aspecto crucial a observar, respecto de este elemento, es la efectiva autoridad del superior y la obediencia de sus subordinados hacia las órdenes que emite. La averiguación fáctica necesaria, desde el punto de vista de la causalidad, dice relación con la posibilidad de que los subordinados hayan en efecto acatado las órdenes de sus superiores en contra de los crímenes, constatando así la efectividad de su autoridad.³⁷ Si existe, entonces, evidencia de la aptitud y poderes necesarios para poder dirigir la conducta de los subordinados hacia la legalidad, evitando los hechos delictivos, podrá afirmarse la capacidad de actuar y evitar los crímenes por parte del superior.

En lo relevante para las vulneraciones analizadas en este capítulo, pueden considerarse –por ejemplo– la vigencia de la autoridad de los mandos de Carabineros de Chile respecto de los subordinados y las medidas que podrían haber evitado delitos concretos. Esto, considerando la tardía reacción, producida varias semanas después de comenzadas las manifestaciones, que logró disminuir significativamente los eventos delictivos, como, sucedió con la limitación en el uso de las escopetas antidisturbios.³⁸ Dichas medidas, de haber sido adoptadas de manera

³⁴ Acerca del carácter “necesario y razonable” de las acciones debidas que eran posibles para el superior al momento de los hechos, ver Kai Ambos, 2013, op. cit., p. 218; y Gerhard Werle y Florian Jessberger, 2020, op. cit., p. 274; Chantal Meloni, 2010, op. cit., p. 120, p. 274, ver la Corte Penal Internacional en Bemba Appeals Judgment, párrs. 167 y ss.

³⁵ Resaltando el carácter “material” o fáctico de este elemento, Kai Ambos, 2013, op. cit., pp. 218 s; Chantal Meloni, 2010, op. cit., p. 121; Gerhard Werle y Florian Jessberger, 2020, op. cit., p. 273.

³⁶ Acerca de la necesidad de una conexión causal entre la *omission* y los delitos de los subordinados en el sentido de la *aptitude* de la acción para su evitación, ver en el derecho penal internacional, Chantal Meloni, 2010, op. cit., pp. 175 s.

³⁷ Acerca del control efectivo del superior y la obediencia de sus subordinados como elemento central de la causalidad o capacidad de evitar los resultados en el derecho penal internacional, ver Bemba Trial Judgment, párr. 188 ss. Hadzihasanovic and Kubura (IT-01-47-A), Appeals Chamber, 22 de abril de 2008, párr. 192 y 225 ss.

³⁸ Considerar, por ejemplo, el Informe sobre la misión a Chile de la Oficina del alto comisionado para los derechos humanos de Naciones Unidas, de 30 de octubre-22 de noviembre de 2019. Disponible en línea: https://www.ohchr.org/Documents/Countries/CL/Report_Chile_2019_SP.pdf. En ese Informe se establece que “las autoridades tenían información sobre el alcance de las lesiones causadas en este contexto desde el 22 de octubre. Sin embargo, las medidas tomadas no fueron inmediatas y efectivas para poner fin al uso de armas menos letales, especialmente de las escopetas antidisturbios con perdigones. La pronta acción de Carabineros podría haber evitado que otras personas sufrieran heridas graves.”

oportuna, podrían haber alterado significativamente el curso de los hechos durante las primeras semanas de mayor ocurrencia de delitos por parte de funcionarios de Carabineros.

b) Elementos subjetivos: conocimiento por parte del superior de la perpetración de ilícitos cometidos por subordinados

A diferencia del Art. 28 del Estatuto de Roma, la norma de implementación chilena contempla sólo una alternativa de estándar subjetivo de responsabilidad penal, correspondiente al dolo, exigiendo el conocimiento de la perpetración de los crímenes por parte del superior. De esta manera el Art. 35 de la Ley 20.357 deja de lado las hipótesis negligentes de intervención, sin embargo, de todas formas podrían castigarse considerando la comisión por omisión y su variante negligente, como veremos en la siguiente sección (IV).

En el caso de la responsabilidad de los superiores, el conocimiento debe incluir todos los elementos objetivos o materiales del tipo específico.³⁹ El superior ha de estar enterado del riesgo de comisión de crímenes por parte de sus subordinados; de las circunstancias fácticas que lo obligan a controlar el riesgo, así como de su capacidad de actuar adoptando medidas posibles para que no se produzcan los ilícitos. Asimismo, respecto de la posibilidad de evitar los delitos, el superior ha de saber que el abanico de acciones de que dispone le permitirían evitarlos.⁴⁰ Para establecer este requisito no es necesario un conocimiento detallado sobre cada delito individualmente perpetrado. La información acerca de la identidad de víctimas específicas, o los medios precisos para la comisión de delitos, así como la identidad de los perpetradores, no son necesarios, de acuerdo a la literatura comparada, mientras el superior sí conozca la comisión de delitos castigados por el derecho internacional que hayan cometido sus subordinados.⁴¹

Además de los elementos materiales del delito, el superior ha de conocer el denominado “elemento contextual”. Como fue señalado más arriba, el componente internacional o contextual no sólo es un prerrequisito para la responsabilidad internacional, sino que es un hecho que integra el tipo objetivo y, como tal, ha de ser conocido por el agente para que surja la responsabilidad penal.

Un aspecto crucial respecto del elemento subjetivo o el dolo, es la evidencia o prueba del mismo. Hay acuerdo en la literatura internacional de que el dolo puede ser concluido de evidencia circunstancial y no directa, pero no puede ser presumido.⁴²

Desde cierto punto de vista, muchas veces respecto de acciones masivas como las producidas durante el “estallido social”, la prueba del conocimiento no representará un especial desafío de evidencia, toda vez que la escala y magnitud de los crímenes los hace difícil de ignorar o negar.⁴³ Esto es precisamente lo que podemos observar en el caso de las vulneraciones a los derechos humanos durante el llamado “estallido social”, dado que los hechos fueron de público conocimiento y denunciados prontamente por organismos de derechos humanos y otras organizaciones de la sociedad civil. Además, los canales de comunicación internos de Carabineros permiten afirmar que existía información en tiempo real (incluidas imágenes y videos) que llegaba a mano de las autoridades relevantes.

³⁹ Ver Kai Ambos, 2013, op. cit., p. 221 y Ana María Garrocho, *La responsabilidad del Superior por Omisión en Derecho Penal Internacional*, Pamplona, Thomson Reuters, 2016, p. 382.

⁴⁰ En un sentido similar, ver Ana María Garrocho, 2016, op. cit., p. 382.

⁴¹ En un sentido similar, ver Roger O’Keefe, *International Criminal Law*, Oxford, 2015, p. 206.

⁴² Así Kai Ambos, 2013, op. cit., p. 221; Ana María Garrocho, 2016, op. cit., p. 395.

⁴³ Ana María Garrocho, 2016, op. cit., p. 396.

IV. Responsabilidad por el mando en el Artículo 150 letra A y D) del Código Penal

Las vulneraciones a los derechos humanos por parte de agentes del Estado ocurridas en el contexto del denominado “estallido social” pueden tener también relevancia penal de conformidad con el Art. 150 A o D. Ambos Artículos castigan a quien teniendo conocimiento de las conductas activas descritas en la primera parte (apremios ilegítimos o tortura) “no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de aquellas conductas, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo”. Estas figuras son equivalentes, desde el punto de vista funcional,⁴⁴ a las establecidas en el Artículo 35 de la Ley 20.357 –que implementa en Chile el Estatuto de Roma–, específicamente la denominada “Responsabilidad del Superior”.⁴⁵ Respecto a la naturaleza omisiva de esta forma de intervención en el crimen de apremios ilegítimos, puede considerarse que se trata o bien de una “omisión propia” por estar expresamente establecida en la ley,⁴⁶ o de una “omisión impropia” en cuanto –a pesar de estar expresamente descrita– exige la evitación de un resultado (y no meramente la ejecución de una acción).

Respecto del disvalor que representa la conducta de no evitación de los apremios, malos tratos o tortura, la norma en comento zanja expresamente que las conductas omisivas se castigan con igual pena que aquellas de naturaleza activa. En efecto, a diferencia de la norma que la precedió, el Art. 150 D establece hipótesis activas y omisivas que se castigan con “igual sanción”. De manera similar al Art. 35 de la Ley 20.357, el legislador tomó una decisión –no clara en el derecho penal internacional y aún discutida respecto de la comisión por omisión– de equiparar las conductas omisivas a las activas.

2.2. Tipicidad objetiva

a) La organización y el sujeto activo del delito

La figura omisiva contenida en el Art. 150 letra D del Código Penal castiga al empleado público que conociendo de la ocurrencia de las conductas de apremios y otros tratos –descritas en dicho artículo–, no las impidiere o no las hiciere cesar, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición de hacerlo. Siendo este un delito de omisión expresamente contemplado en la legislación, no es necesaria la búsqueda previa de una fuente del deber, toda vez que el mismo deriva directamente del tipo penal en comento (Art. 150 A y D del CP). Es cierto que este tipo penal requiere la evitación de un resultado además de la ejecución de una acción, y es, en este sentido, estructuralmente semejante a la comisión por omisión, pero aquí no se requiere, como allá, la búsqueda de la fuente del deber y posición de garante para poder circunscribir el círculo relevante de obligados a actuar, ya delimitado en el tipo penal que estamos analizando. Al respecto, el sujeto especialmente obligado a actuar en este delito de omisión es, en primer lugar, un empleado público. Adicionalmente, el círculo de posibles

⁴⁴ En métodos comparativos, se habla de equivalente o método funcional como técnica para comparar normas desde su estructura y el problema que enfrentan, más allá de la forma o literalidad de las mismas. Al respecto ver Jaime Couso, “Intervención delictiva y organización. Necesidad y complejidades de una comparación funcional entre el Derecho chileno y el derecho internacional y comparado”, *Revista Chilena de Derecho*, 42, 2015, pp. 280 ss.

⁴⁵ Similar respecto a la equivalencia entre la figura omisiva del Artículo 150 letra A) en comento y la responsabilidad del superior en los términos del Artículo 35 de la Ley 20.357, ver Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, *Manual de Derecho Penal Chileno Parte especial, 4ª edición*, Tirant lo Blanch, 2021, p.179.

⁴⁶ Esta es la opinión de Jean Pierre Matus y María Cecilia Ramírez, , 2021, op. cit., pp.179 s., acerca de la figura omisiva del tipo penal de tortura (artículo 150 letra A del CP).

intervinientes se delimita en virtud de la relación del sujeto con el hecho y sus agentes activos. Quienes son llamados a intervenir respecto de los apremios y otros tratos cometidos por empleados públicos son quienes mantienen con ellos una relación de autoridad, aunque también aquellos que, sin ser superiores de los agentes activos, tienen la facultad o posibilidad de evitar los delitos. De esta manera, el Artículo en comento contiene hipótesis de lo que tradicionalmente puede entenderse como responsabilidad del superior o responsabilidad por el mando, que implica un deber de actuar en virtud de la supervisión y el control respecto de los agentes activos del delito. Asimismo incluye hipótesis de responsabilidad para empleados públicos que conociendo de la comisión de los hechos y teniendo la facultad y/o posibilidad de evitar el hecho, no lo hicieren, con independencia de si quienes los cometieron eran efectivamente sus subordinados o no. Si bien esta última hipótesis de responsabilidad (“sin superioridad”) podrá ser más infrecuente (en general, tendrá la facultad y posibilidad de evitar el hecho ejecutado por parte de un empleado público quien tenga autoridad sobre el mismo), no debe ser ignorada, sobre todo en el caso de comisión de hechos constitutivos de apremios y otros tratos por parte de fuerzas o estamentos paralelos. En estos últimos casos, si bien quizás no habrá autoridad de miembros de una institución o estamento sobre otros, sí podrán presentarse casos en que dichos agentes, empleados públicos, tengan facultades y posibilidades para evitar hechos delictivos como los descritos en ambos tipos penales.

Respecto de aquellas hipótesis que impliquen la omisión de un agente con autoridad y posibilidad de evitar el hecho, lo relevante será la relación de subordinación entre el empleado público que comete activamente los hechos y quien tiene autoridad para evitarlos. Este elemento puede equipararse al requisito de una “relación superior-subordinado” contenido en el Art. 28 del Estatuto de Roma y el 35 de la Ley chilena 20.357 de implementación del Estatuto de Roma. En el derecho penal internacional, al ser los superiores responsables de los actos de sus subordinados, un requerimiento básico es la existencia de una relación de subordinación efectiva entre actuante y omitente.⁴⁷ Esta relación se caracteriza en general como un lazo de tipo jerárquico, que implica la existencia de una cadena de mando y un sistema de autoridad caracterizado principalmente por la capacidad de dar órdenes a quienes tienen el deber de obedecerlas, tal como ya fue analizado con anterioridad.

La organización, como tal, es el ambiente natural para este tipo de relación de autoridad y, en el caso del Art. 150 A y D, la misma está delimitada al Estado en general, no sólo al Ejército. El que un “superior” o “autoridad” pueda encontrarse en los poderes civiles o administrativos y no sólo en los militares, operacionales o ejecutivos, es algo que ha sido respaldado de manera fuerte en la misma evolución de la responsabilidad del superior en el derecho penal internacional. En efecto, en esta última área, la codificación más avanzada de responsabilidad del superior por omisión, el Art. 28 del Estatuto de Roma, estableció expresamente la responsabilidad penal de los superiores civiles, de manera equivalente a la de los superiores militares. La implementación chilena (Ley 20.357) en su Art. 35 siguió esta vía, asentando claramente que la responsabilidad aplica a toda clase de superiores, incluyendo civiles. El Art. 150 D, por último, enfatiza esta idea al hablar de “empleado público” genéricamente.

b) Conducta: omisión y capacidad de actuar

La conducta que requieren los tipos penales en comento es la omisión de una acción evitadora de apremios y otros tratos crueles inhumanos y degradantes. Toda omisión implica que se incumplió el deber de ejecutar una acción que podría haber evitado el resultado delictivo.

⁴⁷ Respecto de este elemento, ver en la literatura internacional: Kai Ambos, 2013, op. cit., p. 208 y Helmut Satzger, 2018, op. cit., p. 382.

Primera condición de ese mandato es que ese deber sea posible de ejecutar, lo que se traduce en una indagación fáctica acerca de las circunstancias en las cuales la persona obligada se encontraba inmersa, averiguando especialmente si acaso el mismo tenía a su disposición, en las condiciones de tiempo y espacio específicas del caso, cursos de acción posibles encaminados a conjurar o controlar el peligro de que se cometiera una vulneración. En este sentido, debe distinguirse para una correcta atribución de responsabilidad, que junto al deber –abstracto– de evitar el resultado, es necesaria la constatación de una cierta posición de una persona específica en relación a otras personas y riesgos. Además de la valoración normativa del deber, debe existir la constatación fáctica de un hecho, que en este caso se corresponde con lo que la doctrina ha denominado “real posibilidad de actuar” y que, en cuanto tal, son elementos del tipo objetivo.⁴⁸ Lo anterior no ocurre, por ejemplo, si los hechos se desenvuelven de tal manera que el superior o la autoridad no tienen posibilidad de intervención alguna, ya sea por la ubicación remota, clandestina o el carácter repentino e impredecible de los hechos.

La jurisprudencia chilena ha resaltado esta idea, destacando la capacidad de intervención como un asunto fáctico, relacionado con la “capacidad de acción” como elemento básico del delito de omisión de evitar un resultado.⁴⁹ En efecto, en un caso en que se analizaba la responsabilidad penal de un miembro de una organización policial, la Corte negó la responsabilidad de la autoridad por no haber pruebas de cómo la muerte ocurrió en concreto, y por ende de cómo podría haber intervenido el oficial en cuestión. Para establecer la responsabilidad penal por omisión en un caso como este, no es suficiente –como señala la Corte en otro caso– establecer la mera pasividad del agente unido a su deber de actuar, ya que es relevante revisar la situación concreta de ocurrencia del delito.⁵⁰ Debe evitarse a toda costa un ejercicio de atribución meramente normativo u objetivo, basado en el deber abstracto, pero no en las circunstancias específicas.

Tal como ha sido establecido en el derecho penal internacional, para determinar la responsabilidad el juez debe reconstruir el hecho delictivo, analizando evidencia respecto a la posición del superior cuando su actuar era requerido, averiguando cuáles eran las posibilidades fácticas que tenía a mano para intervenir en el momento en que se produjo el delito.⁵¹

Lo que puede parecer razonable realizar bajo ciertas circunstancias, puede no serlo en otras. La habilidad material de adoptar acciones y medidas está relacionada, estrechamente, con el grado de autoridad del superior. En efecto, no obstante, un superior puede ser encontrado en cualquier nivel de la cadena de mando dentro de la organización, sus posibilidades fácticas están de manera estrecha conectadas al rango y función dentro del colectivo. Por esta razón, la consideración de este requisito podría comprender el análisis

⁴⁸ En la doctrina nacional, a propósito del delito de omisión impropia, el primer elemento del delito de omisión de evitar un resultado es la “real posibilidad de actuar”, en este sentido, ver Juan Bustos, Claudio Flitfisch y Sergio Politoff, “Omisión de socorro y homicidio por omisión”, *Revista de Ciencias Penales*, N° 3, 1966, pp. 163-184., p. 171, entendiendo este elemento de posibilidad real de actuar como la cara descriptiva del deber de actuar; Alfredo Etcheverry, *Derecho penal*, Tomo II, 3ª ed., Santiago, Editorial Jurídica, 1998, p. 202; también señala la necesidad de establecer un cierto elemento de inactividad y posición respecto al riesgo, como elementos de carácter descriptivo que deben ser establecidos para que se atribuya el resultado a la omisión del agente. Esta misma diferenciación del deber de actuar –por una parte– y “posición de garante”, por otra, es establecida en Enrique Cury, *Derecho penal, parte general*, Santiago, Ediciones Pontificia Universidad Católica, 2005, p. 680, quien resalta, asimismo, la naturaleza fáctica del elemento. Se entiende entonces, que la posición de garante es un hecho integrante del tipo –objetivo–, que no debe ser confundido con el deber.

⁴⁹ Corte de Apelaciones de Chillán, 7 de octubre de 2011, Rit 179-2011. párrs. 24 y ss.

⁵⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 854-2015, párr. 3.

⁵¹ Respecto del elemento de conducta y aquellas acciones o medidas que eran “necesarias y razonables” para el superior, ver en el derecho penal internacional: Kai Ambos, 2013, op. cit., p. 218; Chantal Meloni, 2010, op. cit., pp. 120 s.; y Gerhard Werle y Florian Jessberger, 2020, op. cit., p. 274.

de las reglas o normas que gobiernan la organización. Tal como ha sido destacado por la jurisprudencia internacional, el superior está obligado a tomar medidas “dentro de su habilidad material como superior, como evidencia del grado de control efectivo que detentaba sobre sus subordinados.”⁵² En esta línea, tanto el grado de control efectivo como la habilidad material de actuar en la situación, son los elementos que pueden guiar a los jueces acerca de la razonabilidad de las medidas tomadas por el superior.⁵³

En la jurisprudencia internacional se ha entendido que este elemento está presente en la evidencia⁵⁴ cuando es posible encontrar signos de autoridad y control efectivo, tales como: la posición oficial del superior o empleado dentro de la estructura;⁵⁵ su poder o capacidad de dar órdenes,⁵⁶ así como la posibilidad que tenía de asegurar el cumplimiento de las mismas, incluyendo –dentro de esto último– una consideración acerca de si las órdenes de ese superior eran realmente seguidas, constatándose su validez y efectividad.⁵⁷

En conclusión, la capacidad de actuar para el superior dependerá normalmente –y en primer lugar–, de su habilidad para dar órdenes o instrucciones a sus subordinados, configurando la realidad de un modo no criminal. El superior a cuya organización pertenecen funcionarios o empleados que están cometiendo delitos, está llamado a actuar, conservando la disciplina y el respeto por el ordenamiento jurídico al interior del colectivo.

Como ya ha sido señalado, en la determinación de la capacidad de acción del empleado público, un asunto primordial será el conjunto de reglas de funcionamiento básico de la organización, especialmente aquellas que sostienen la autoridad o el poder de dar órdenes.⁵⁸ De relevancia crucial para el efecto de los empleados públicos y la determinación de la capacidad de actuar impidiendo apremios y torturas (en los términos del Art. 150 A y D del CP), son los sistemas de autoridad contemplados para empleados públicos en general y de las Fuerzas Armadas en la legislación chilena. En el primer caso, el sistema de autoridad de funcionarios públicos incluye un deber de los superiores jerárquicos de ejercitar un control vertical permanente del correcto funcionamiento del servicio, sus órganos y personal, así como la vigilancia y cumplimiento de los planes y aplicación de normas (Art. 64 del Estatuto Administrativo).⁵⁹ Asimismo, desde la perspectiva de los subordinados, el Estatuto Administrativo contiene un deber legal de obediencia a las órdenes dadas por los superiores jerárquicos de la oficina o servicio, el cual es reforzado penalmente en el Art. 252 del Código Penal que castiga la desobediencia del empleado público respecto de las órdenes dadas por sus superiores en asuntos del servicio. En

⁵² Halilović Trial Judgment, párr. 74.

⁵³ Blaskić Appeals Judgment, párr. 72 y 335.

⁵⁴ ICC Bemba Trial Judgment, N° ICC-01/05-01/08, 21 of March 2016, párr. 188; ICTY, Blaškić Appeal Judgment, párr. 69; ICTY, Milošević Appeal Judgment, párr. 280; ICTY, Strugar Appeal Judgment, párr. 254.

⁵⁵ ICC Bemba Trial Judgment, N° ICC-01/05-01/08, 21 de marzo de 2016, párr. 188; ICTY, Orić Appeal Judgment, párrs. 9-92; y ICTY, Kordić and Čerkez Trial Judgment, párr. 438.

⁵⁶ ICC Bemba Trial Judgment, N° ICC-01/05-01/08, 21 de marzo de 2016, párr. 188 y ICTY, Kordić and Čerkez Trial Judgment, párr. 421.

⁵⁷ Ver la CPI en ICC Bemba Trial Judgment, N° ICC-01/05-01/08, 21 de marzo de 2016, párr. 188; También el ICTY, en Strugar Appeal Judgment, párr. 256.

⁵⁸ En efecto, tal como se establece en el derecho penal internacional, el poder de impartir órdenes efectivas es lo que constituye fundamentalmente la capacidad de intervenir del superior. Acerca de la capacidad de dar órdenes y asegurar su cumplimiento, como aspectos centrales del control efectivo y la capacidad de evitar el hecho, ver Hadzihasanovic and Kubura (IT-01-47-A), Appeals Chamber, 22 de abril de 2008, párrs. 192 y 225 ss.; asimismo Katerina Kappos, “Current Developments at the International Criminal Court”, *Journal of International Criminal Justice*, V. 16, 2, 2018, pp. 425–488, p. 437. Katerina Kappos, 2018, op. cit.

⁵⁹ Ver la Ley 18.834, que establece el Estatuto Administrativo aplicable a funcionarios públicos, 16 de junio de 2004.

el ámbito militar la situación es similar: los deberes de obediencia a las órdenes de los superiores se establecen en el Art. 334 del Código de Justicia Militar, lo que se respalda con el castigo a la desobediencia establecido en el Art. 336 del mismo cuerpo normativo. Estas normas y su vigencia demuestran la capacidad general y poderes de los superiores para configurar la conducta de sus subordinados, así como el deber de estos últimos de obedecer.

C.- POSIBILIDAD DE EVITAR EL HECHO (ELEMENTO “CAUSAL”)

El art. 150 D castiga al empleado público que no impidiera o no hiciera cesar la aplicación de los apremios o de los malos tratos, “estando en posición para hacerlo”. Este requisito puede considerarse como análogo al requisito causal formulado a propósito de la responsabilidad del superior –contenida en otros cuerpos normativos, como el Art. 35 de la Ley 20.357–, que castiga a las autoridades o jefes militares que no impidieren el crimen de sus subordinados, “pudiendo hacerlo”. El par internacional de esta última norma requiere, en una formulación diversa, aunque equivalente, que los crímenes han de ser cometidos “como resultado” de la falta de control debido de parte del superior. A partir de esto, la literatura internacional ha desarrollado este requisito entendido como la posibilidad efectiva de prevenir el delito del subordinado.⁶⁰

Al analizar la atribución del resultado a la conducta omisiva del individuo, también es relevante considerar la doctrina chilena a propósito del delito de omisión impropia. En el derecho nacional se requiere, en general, que junto al deber de impedir el resultado se exija la posibilidad de evitar el mismo. En general, la doctrina nacional ha desarrollado este elemento como “causalidad hipotética”, requiriéndose la aplicación inversa de la fórmula de la *conditio sine qua non*, no “suprimiendo” la acción criminal –como funciona para los delitos activos–, sino, en cambio, “agregando” la acción omitida para averiguar si el resultado aún se produciría o no.⁶¹

Quizás antes de entrar al fondo del tema, convenga hacer explícito el carácter problemático de este requisito. Atribuir un resultado a la inacción de un agente mediante nociones causales siempre se ha considerado un asunto polémico en el derecho comparado, en la medida que es difícil apreciar cómo la pasividad pueda realmente “causar” algo.⁶²

⁶⁰ De acuerdo a la literatura internacional, el requisito de causalidad es parte de los elementos de la hipótesis de falta de prevención del Art. 28, ver Stefan Trechsel “Command Responsibility as a separate offense”, *Berkeley Journal of International Law Publicist*, vol 3, 2009, p. 30 y Otto Triffterer, “Causality, a Separate Element of the Doctrine of Superior Responsibility as Expressed in Article 28 Rome Statute?”, *Leiden Journal of International Law*, 15, 2002, pp 179-205, p. 185. Ver, sin embargo, la Sentencia del ICTY, *Prosecutor v. Delalić et al.*, IT-96-21-T (Trial chamber), 16 de noviembre de 1998, párr. 400, el tribunal establece la ausencia del requisito causal respecto de la responsabilidad del superior por omisión.

⁶¹ Ver Mario Garrido, *Derecho Penal Parte General. Nociones fundamentales de la teoría del delito*, Tomo II (cuarta edición), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 247 s.; y Alfredo Etcheverry, 1998, op. cit., p. 20 y p. 202.

⁶² Respecto al carácter problemático del establecimiento de la causalidad en los delitos de comisión por omisión, ver en el derecho comparado alemán, Michael Bohlander, *Principles of German Criminal Law*, Portland, Oregon, Hart Publishing, 2009, pp. 49 s., con especial mención a las averiguaciones hipotéticas que se realizan en la criminalidad de organizaciones y sus líderes.

En el ámbito del derecho penal internacional, este elemento también ha tenido un desarrollo problemático y se destaca como uno de los asuntos más complicados a determinar en relación a la responsabilidad del superior. A nivel doctrinario, la formulación tradicional de la *conditio sine qua non* se estima, frecuentemente, como no aplicable o como muy difícil de implementar en este tipo de delitos.⁶³ La jurisprudencia internacional, por su parte, ha lidiado con el tema en varias ocasiones, progresando, pero dejando aún ciertas interrogantes y cuestiones no claras pendientes. En la jurisprudencia de los tribunales ad-hoc se dudó en un principio de que el requisito de causalidad realmente aplique, al menos como un elemento “sometido a prueba”.⁶⁴ Más recientemente, la Corte Penal Internacional al analizar la materia asentó que, en efecto, la responsabilidad del superior por la no prevención de los delitos del subordinado requiere de un elemento causal, elaborando ese elemento desde una perspectiva normativa, aludiendo a la noción de “riesgo”. Partiendo de este punto de vista, el fiscal ha de demostrar que la falta de control del superior “incrementó el riesgo de comisión de delitos por parte de los subordinados”, siendo suficiente lo anterior para dar por probado el vínculo causal.⁶⁵

A pesar de las complicaciones en su elaboración e implementación, la doctrina internacional penal sí exige que el nexo entre la conducta del superior y la del subordinado tenga que ser establecido de manera fáctica.⁶⁶ Por otra parte, la dogmática comparada ha desarrollado nociones del nexo causal especiales para esta clase de delitos omisivos, entendiendo que una omisión (o “condición negativa”) puede ser considerada la causa de un daño cuando la acción omitida hubiera sido una “condición suficiente” de su evitación, de acuerdo a leyes causales.⁶⁷ En este sentido, el omitente pone una “condición negativa suficiente” del resultado, si es que hay evidencia de que la acción prescrita hubiese bastado para su evitación. Averiguar lo anterior requeriría preguntarse –hipotéticamente– qué habría pasado si el empleado hubiera actuado en contra de la ocurrencia del delito. Si la acción requerida hubiera sido suficiente para evitar el resultado, entonces el superior o empleado público podría ser señalado como la causa de su ocurrencia.

La noción anterior de causalidad es fáctica y descriptiva y está sujeta a una confrontación empírica, a través de la evidencia del caso. Sólo esta clase de indagación (y no una meramente normativa) es capaz de individualizar la contribución precisa y relación fáctica del agente frente a los hechos, reconstruyendo, más allá del deber, las circunstancias de tiempo y espacio que rodeaban al delito, filtrando casos de poderes y facultades meramente formales, de aquellos en que el omitente realmente tuvo la posibilidad de evitar los hechos.

A propósito del delito de comisión por omisión, y si bien el desarrollo de este ilícito, en la jurisprudencia, sobre todo, es más reciente, los tribunales nacionales han abordado la problemática de la causalidad. En efecto, en dos de los casos más relevantes por la no evitación de un delito, el requisito de causalidad fue clave para la decisión. En el caso seguido tras la muerte de casi un centenar de personas al interior de la Cárcel de San Miguel, ocurrido el 8

⁶³ En el Derecho Penal Internacional, acerca de la incapacidad de la fórmula causal tradicional –“demasiado naturalista”– para dar cuenta de la responsabilidad del superior, ver Kai Ambos, 2013, op. cit., pp. 215 y ss.; Chantal Meloni, 2010, op. cit., pp. 175 s.; también Helmut Satzger, 2018, op. cit., p. 361.

⁶⁴ Ver ICTY, IT-96-21-T, Celebici Trial Judgement, párr. 398.

⁶⁵ Ver la ICC en Bemba Gombo, No. ICC 01/05-01/05 párr. 425 s.

⁶⁶ En el derecho penal internacional, en favor de la exigencia de un nexo causal “que es posible y debe requerirse”, ver: Chantal Meloni, 2010, op. cit., p. 175 s.

⁶⁷ Un entendimiento causal de las omisiones como “condición negativa suficiente” del resultado, ha sido desarrollada en el derecho penal internacional por Robert Cryer y otros, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 4ª edición, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, p. 376.

diciembre de 2010, los jueces negaron la responsabilidad de oficiales de Gendarmería por falta del requisito de causalidad, toda vez que –desde ese punto de vista– no había certeza de que la ejecución de la acción omitida pudo en efecto haber evitado el crimen.⁶⁸ El fallo expresa la imposibilidad de establecer que la acción faltante habría evitado el resultado fatal del siniestro. La evidencia demostró, entre otras cosas, que, ante la irrupción de un fuego altamente agresivo, era difícil establecer si una evacuación pronta e implementación de planes de emergencia hubiese impedido –o no– el desenlace fatal al interior de la cárcel pública.

En otro caso relevante, se estableció la responsabilidad por la muerte de cientos de personas tras el terremoto y tsunami de 2010 en Chile. La autoridad del organismo a cargo del manejo de emergencias de este tipo (la Oficina Nacional de Emergencia del Ministerio del Interior, ONEMI), debió responder penalmente por no tomar las acciones de emergencia debidas. Estas consistían en dar la alerta y activar los protocolos de emergencia, lo que habría permitido la evacuación de la población afectada a lugares seguros, pudiendo de esa forma los habitantes de esas localidades evadir las olas gigantes que azotaron las costas y provocaron la muerte y desaparición de cientos de personas. La sentencia establece la responsabilidad del empleado público por no haber tomado las acciones que hubieran permitido evitar la muerte de civiles que no evacuaron a zonas seguras debido a la deficiente –y en algunos casos inexistente– entrega de información por parte de las autoridades.⁶⁹

Por otra parte, y desde el punto de vista de la evidencia del vínculo causal, las averiguaciones hipotéticas son frecuentes (no sólo respecto de los delitos de omisión de evitar un resultado), aunque presentan sus complicaciones.⁷⁰ En este ejercicio, el juez debe abocarse a reconstruir la situación tal y como era en el momento y lugar en que los crímenes ocurrieron. Esto significa que a pesar de que la evaluación de la causalidad en la omisión es en parte hipotética, se basa en los hechos como efectivamente ocurrieron como base fundamental del análisis. Especialmente complicado, desde el punto de vista de la evidencia, como ya anunciamos, son aquellos casos en que el nexo causal está formado por reacciones humanas. Lo anterior, porque es difícil explicar con certeza cómo habría finalizado un proceso que tuvo lugar en la mente de la persona que omitió, o cuál habría sido la reacción del subordinado ante una acción que de hecho nunca ocurrió. Estos asuntos, como señala la literatura comparada, con frecuencia no pueden determinarse de manera completa, sino sólo establecer un alto grado de probabilidad. Un ejercicio serio de prueba y estimación de las probabilidades en estos casos debería basarse en la mejor evidencia disponible, incluyendo generalizaciones sobre frecuencias en otros casos familiares.⁷¹

Respecto de la responsabilidad del superior y su capacidad para evitar los crímenes del subordinado, en el Derecho Penal Internacional se ha establecido que un elemento crucial para probar la habilidad de evitación es el *compliance* o la obediencia de los subordinados respecto del superior específico.⁷² La probable obediencia de los subordinados hacia órdenes de los

⁶⁸ Sentencia del 6º tribunal de Juicio Oral de Santiago, 13 de junio de 2014, Rit 258-2013, Ruc 1001 141 178-4, párr. 255.

⁶⁹ Sentencia del 7º Tribunal de Garantía de Santiago, de 31 de marzo de 2014, Ruc. 10000249057-4, Rit. 4157-2010, párr. 5.

⁷⁰ Acerca de los problemas específicos de evidencia que se derivan de las afirmaciones causales hipotéticas, ver Herbert Lionel Adolffous Hart y Tony Honoré, *Causation in the Law*, 2th edition, Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 411, 413.

⁷¹ Ver Herbert Lionel Adolffous Hart y Tony Honoré, 1985, op. cit., pp. 458, 413.

⁷² Acerca de la obediencia efectiva de los subordinados hacia las órdenes del superior específico, como prueba de su control efectivo y habilidad para evitar el crimen en el derecho penal internacional, ver el análisis jurisprudencial

superiores imputados, será esencial como prueba de su capacidad o habilidad de evitación del hecho, permitiendo conectar la omisión con el resultado, filtrando casos de poderes meramente formales, de aquellos en que el superior podía *de facto* evitar los crímenes. Tratándose de empleados públicos, será crucial analizar los sistemas de autoridad y obediencia establecidos legalmente. Como ya fue señalado, tanto en el campo militar como estatal en general, es claro que el principio de obediencia tiene un carácter fuerte, toda vez que la desobediencia hacia órdenes superiores constituye delito (Así se verifica en el Art. 252 del CP y en el título VII del CJM, art. 334 y 335). Ambos sistemas demuestran la capacidad de los superiores de configurar la conducta de los subordinados.

Si la vigencia de estos principios establecidos legalmente no puede verificarse, se tendrá una señal de que la conducta delictiva está a tal punto difundida en la organización, que se ha generado un verdadero subsistema paralelo de obediencia a otras reglas y valores, en el cual el superior imputado habrá perdido ya sus facultades y poderes. Entonces, no será posible establecer la posibilidad del superior de evitar el delito, pues el sistema paralelo habrá tomado tal fuerza, que una orden en contra del ilícito sería trivial (una mera gota en el mar) y el superior un mero chivo expiatorio dentro del sistema.⁷³ Sin embargo, antes de que este subsistema se consolide, es decir, todavía pudiendo intervenir, el superior estará obligado a actuar, intentando detener la regularidad criminal que comienza a imponerse en la organización a la que pertenece y cuyo ajuste a derecho es su deber mantener.

4.2. TIPICIDAD SUBJETIVA

El artículo 150 letra A y D del Código Penal establece responsabilidad para el empleado público que “conociendo de la ocurrencia” de los apremios o de los otros tratos, no la impidiera o no hiciera cesar su aplicación, pudiendo hacerlo. La formulación del dolo en los delitos de naturaleza omisiva que asumen la evitación de un resultado no es tampoco sencilla. Hoy se acepta que, al igual que para los delitos activos, la persona debe conocer y buscar o aceptar los elementos objetivos del delito para estimar concurrente este requisito.⁷⁴ La cuestión relevante para la existencia de este elemento es la decisión de la persona hacia la inactividad, conociendo el riesgo y la posibilidad del resultado de dicha inacción. Lo anterior puede suceder cuando el agente sabe que su inactividad conducirá al resultado y la ocurrencia del mismo es su voluntad o bien cuando, aunque no sea su propósito, acepta la ocurrencia del mismo como consecuencia posible de su actuar.⁷⁵

Para que los elementos del dolo en casos de omisión de evitar un resultado estén presentes, es necesario que el agente esté enterado de la situación de peligro que requiere de su intervención

de Katerina Kappos, “Current Developments at the International Criminal Court”, *Journal of International Criminal Justice*, V. 16, 2, 2018, pp. 425–488 y p. 437.

⁷³ Acerca de la “conurrencia” de sistemas de normas paralelos en casos de macrocriminalidad, ver Herbert Jäger, 1989, op. cit., p. 191.

⁷⁴ En este sentido, ver Corte de Apelaciones de Chillán, Rit 179-2011, párrs. 24 y s.; asimismo, en un caso en que una madre no asistió a su hijo luego de la violencia física perpetrada por su pareja, en Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol n° 1348-2011, párrs. 6 y ss.; también la sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica Rol 272-2012, estableció como sólo negligente el crimen de un empleador que estaba alerta del riesgo de electrocución que afectaba a sus empleados, así como de su posibilidad de intervención.

⁷⁵ Ver Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Band II: Besondere Erscheinungsformen der Straftat*, Múnich, C.H. Beck, 2003, pp. 684 ss. y 185 ss.

para que esta no se consume, de las condiciones fácticas que sustentan su posición de garante (su carácter de empleado público añadido a la situación de riesgo que se debe controlar), así como de la posibilidad de rescate o evitación del resultado.⁷⁶ Faltaría el conocimiento, en cambio, cuando el empleado público ignora la ocurrencia del riesgo que demanda su intervención, o cuando no ha tomado conocimiento de su carácter de autoridad respecto de los agentes que cometen el delito o, finalmente, cuando en forma errónea percibe que no hay posibilidades de evitar el resultado. En todos estos casos, no podrá afirmarse ni el conocimiento ni una decisión del empleado en torno a la ocurrencia del delito. El dolo requiere que el sujeto omitente se vea envuelto a sí mismo en el curso de los hechos que debe controlar, conociendo el riesgo de que los delitos probablemente ocurrirán, y estando al tanto, también, de su posibilidad de intervención y evitación del resultado. El superior omite de manera intencional si es que permanece pasivo frente a este curso de acontecimientos y puede afirmarse con propiedad que la ocurrencia del resultado era su voluntad o, al menos, que la acepta como una consecuencia plausible de su conducta.

Un aspecto crucial respecto del elemento subjetivo o el dolo, es la evidencia o prueba del mismo. En crímenes que por su naturaleza son masivos o extendidos, o que implican la intervención de una organización, se ha establecido, sobre todo por la doctrina del derecho penal internacional, que no es necesario que el agente conozca cada delito individualmente considerado la identidad de las víctimas o, incluso, la identidad exacta de los perpetradores. En efecto, en contextos en que interviene una organización desde la cual se cometen delitos, se acepta que el conocimiento no debería ser necesariamente detallado o recaer sobre todos los elementos del crimen del subordinado. Sería suficiente, en cambio, poseer información general pero concreta –aunque sea indeterminada– acerca de la comisión de delitos por parte de miembros de la organización. La evidencia de este elemento podría ser directa, cuando el funcionario observa en persona la comisión de delitos o es informado sobre su ocurrencia. Asimismo, se acepta evidencia indirecta como, por ejemplo, el número, tipo y alcance de los crímenes, el momento de su comisión, la relación del superior con los subordinados y su localización en el momento de la ocurrencia de los crímenes.⁷⁷

Desde cierto punto de vista, muchas veces respecto de actos masivos como estos, la prueba del conocimiento no representará un especial desafío de evidencia, toda vez que la escala y magnitud de los crímenes los hace difícil de ignorar o negar.⁷⁸ Esto es, precisamente, lo que podemos observar en los casos de vulneraciones a los derechos humanos cometidos por agentes del Estado durante el denominado “estallido social”. Está claro que los hechos fueron de público conocimiento y denunciados con celeridad por organismos de derechos humanos y otras organizaciones de la sociedad civil. A esto suma la evidencia de que –a través de los canales de comunicación internos de Carabineros– se transmitía información en tiempo real (incluidas imágenes y videos) que llegaba a mano de las autoridades relevantes.

La jurisprudencia chilena ha tratado este punto en un caso que involucró al superior de uno de los organismos represivos de la dictadura. La Corte Suprema estableció en esta instancia, respecto al conocimiento del crimen, que el acusado no puede alegar haberlo conocido toda vez que él era el superior a cargo de un centro de detención clandestino (Villa Grimaldi), no

⁷⁶ En este sentido, Claus Roxin, 2003, op.cit., pp. 685 ss., 186 ss.

⁷⁷ Acerca del conocimiento que ha de tener el superior, ver Chantal Meloni, 2010, op. cit., pp. 178 ss.

⁷⁸ Ver Ana María Garrocho, 2016, op. cit., p. 396.

resultando convincente sostener que no haya sabido de la detención de la víctima, toda vez que “bajo la lógica de la estructura jerárquica del ejército” al menos debió haber sabido que allí se detenían prisioneros, sus circunstancias, el trato que recibían, así como sobre su destino final.⁷⁹

En relación a los delitos acontecidos durante el denominado “estallido social”, que implicaron graves vulneraciones a los derechos humanos, tema central del análisis de este capítulo, y siguiendo lo señalado, no será difícil establecer el conocimiento de ellos por parte de los superiores, considerando lo público de los hechos, las sucesivas alertas de organismos oficiales y los canales de comunicación internos de Carabineros que proporcionaban suficiente información en tiempo real.

V. Conclusiones y palabras finales

Las vulneraciones a los derechos humanos cometidas por agentes del Estado en el marco del denominado “estallido social” han sido objeto de especial preocupación, los últimos años, tanto desde el punto de vista penal como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Desde esta perspectiva, es obligación del Estado investigar, juzgar y sancionar este tipo de hechos, y no dejarlos en la impunidad. Lo anterior comprende, en principio, el deber de investigar de manera diligente, indagando los hechos que revisten carácter criminal de manera eficaz y proactiva. Lo señalado abarca no sólo las hipótesis directas de autoría (autores ejecutores o directos), sino también –y especialmente– aquellas relacionadas con quienes detentaban el mando y control sobre esos ejecutores. En efecto, respecto de las lamentables vulneraciones acontecidas tras el estallido de octubre de 2019, no sólo era importante la pregunta por los agentes materiales de las acciones criminales directas (disparos, golpes, mutilaciones), muchas veces incluso difíciles de identificar, sino que también –y en especial– la pregunta por quiénes tenían deberes de control o supervisión sobre los mismos. Es necesario, por ende, la consideración de hipótesis investigativas que incluyan desde un inicio los distintos niveles de responsabilidad en la cadena de mando, recabando de manera diligente todos los antecedentes que pudieran resultar relevantes.

La consideración de la responsabilidad de los superiores y mandos responsables no sólo es un mandato mínimo de una investigación seria en esta clase de hechos, sino que también una cuestión necesaria desde el punto de vista de la necesidad de prevención y las dinámicas con las que se desenvuelve la criminalidad cometida desde organizaciones, particularmente si se trata de instituciones estatales armadas que se encuentran, como en el caso en comento, aplicando un uso excesivo de la fuerza. Ante este tipo de hechos, es deber de la autoridad y los mandos responsables intervenir –con los medios legales de que disponen– para prevenir, investigar, juzgar y, en su caso, sancionar esta clase de acciones delictivas. La reacción de los superiores frente a los delitos cometidos por sus subordinados es esencial para detener cualquier patrón o normalidad criminal instalado (o en proceso de instalarse) al interior del colectivo y cuyo avance reviste especial peligrosidad. Tal como se mencionó, en las organizaciones que se encuentran al margen del derecho, abusivas o violentas, el “clima criminal” comienza a asentarse discretamente, muchas veces mediante la mera tolerancia de sus jefes y en ausencia de un plan explícitamente criminal. Es por esto que en este punto es deber del Estado intervenir y –si ya fallaron sus autoridades en prevenir o detener esta clase de hechos– tendrá que hacerlo a través de su investigación y sanción.

⁷⁹ Sentencia Corte Suprema (2007), Rol N° 3821-06, párr. 7.

El ordenamiento jurídico chileno ha reconocido en diversos cuerpos normativos, especialmente la omisión de los superiores de controlar los delitos de los subordinados. La ley que implementa en Chile el Estatuto de Roma es uno de ellos, estableciendo la responsabilidad penal para aquellas hipótesis en que los delitos individuales estaban siendo cometidos desde una asociación que sistemática u organizadamente los perpetraba. Asimismo, resulta relevante considerar las figuras de tortura y apremios ilegítimos del Código Penal chileno que contienen, además de las normas de punición clásicas para autores, reglas especiales de castigo para aquellos superiores que no evitaron los hechos, debiendo hacerlo. Ambas figuras son similares y equivalentes desde el punto de vista funcional a la comisión por omisión, como norma básica de la parte general que se ha utilizado ya en el ordenamiento jurídico nacional para este tipo de casos. En efecto, existen diversas posibilidades normativas al interior del sistema chileno, así como jurisprudencia, que permiten dilucidar las hipótesis de participación de los superiores al interior de una organización. En general, estas figuras en lo objetivo se caracterizan por la exigencia de una posición de salvaguarda frente al bien que permite su salvación oportuna, así como el conocimiento de los delitos que se estaban perpetrando. Todas estas herramientas resultan cruciales a la hora de analizar los medios disponibles para que el Estado chileno cumpliera con sus obligaciones internacionales.

VI. Recomendaciones

1. Continuar con la investigación y persecución penal, poniendo especial atención y diligencia en las hipótesis de intervención de los altos mandos y superiores –de las organizaciones involucradas– en el uso excesivo de la fuerza y vulneraciones a los derechos humanos en el marco del denominado “estallido social”.
2. Implementar un sistema de criterios rectores de la investigación para casos de criminalidad –compleja u organizada– en los que pudiera resultar relevante la consideración de distintos niveles de responsabilidad en la cadena de mando. Con lo anterior se puede fijar un rango de diligencia y actuación mínima frente a hechos en los cuales podría haberse aplicado un uso excesivo de la fuerza o vulneración de derechos humanos por parte de miembros de organizaciones.
3. Implementar una base de datos accesible públicamente que contenga el estado de las investigaciones relacionadas al estallido y las causas en las que agentes del Estado vulneraron derechos fundamentales de la ciudadanía. Lo anterior contribuye a la transparencia y prevención, así como al control ciudadano de las investigaciones en estas causas.
4. Asegurar una adecuada capacitación y asesoría de los órganos de persecución para casos de criminalidad compleja, sobre todo considerando la falta de experiencia del sistema criminal chileno para perseguir este tipo de criminalidad, aprendiendo cómo las investigaciones se guían de manera diligente y oportuna en un contexto de sustanciales diferencias dogmáticas y probatorias que caracterizan a estos delitos.
5. Asegurar la responsabilización efectiva de todos aquellos que hubieran detentado el control jerárquico sobre los autores materiales, exigiendo la responsabilidad legal sea por vía administrativa sancionatoria o penal.