

DOCTRINA

Sobre la aplicación de la teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados: análisis a la luz del estallido social en Chile

On the application of the theory of dominance of will by virtue of organized apparatus: analysis of the social outburst in Chile

Alexia Altamirano Tabilo

Universidad Alberto Hurtado, Chile

RESUMEN Según las últimas cifras entregadas por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, existe actualmente un total de 2.873 procesos iniciados en virtud de los hechos ocurridos en el marco del denominado *estallido social* en los que el Ministerio Público aún no ha comunicado la existencia de personas imputadas. Esta realidad vuelve necesaria la reconsideración de figuras legales que permitan imputar responsabilidad penal a aquellos individuos que, sin haber ejecutado directamente los delitos cometidos por miembros de Carabineros de Chile, tienen la dirección y supervisión de dichas organizaciones. Por ello, este trabajo aborda la posibilidad de aplicar la teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder, proponiendo para ello una propuesta de interpretación del elemento de apartamiento del derecho exigido por Roxin para dar lugar a esta figura, y así verificar finalmente si es posible sostener su aplicación en el marco del denominado *estallido social*.

PALABRAS CLAVE Autoría mediata, aparato de poder, apartamiento del derecho, política, estallido social, altos mandos.

ABSTRACT According to the latest figures provided by the Human Rights Institute, there are currently a total of 2,873 proceedings initiated as a result of the events that occurred within the framework of the so-called *social outburst*, in which the Public Prosecutor's Office has not yet been informed of the existence of persons charged. This reality makes it necessary to reconsider legal figures that allow criminal responsibility to be imputed to those individuals who, without having directly executed the crimes committed by members of the Carabineros de Chile, have the direction and supervision of such organizations. Therefore, this paper addresses the possibility of applying the theory of dominion of will by virtue of organized apparatuses of power, proposing an inter-

pretation of the element of deviation from the law required by Roxin to give rise to this figure, to finally verify whether it is possible to sustain its application in the framework of the so-called *social outburst*.

KEYWORDS Mediate authorship, social outburst, deviation from law, policy, apparatus of power, high commands.

Introducción

Durante el periodo comprendido entre el 18 de octubre del 2019 hasta los primeros días de marzo del 2020, tuvo lugar en nuestro país una gran crisis social y política que aún sigue repercutiendo en gran parte de nuestro acontecer nacional.

Masivas movilizaciones en distintos puntos neurálgicos de las ciudades a lo largo del país provocaron incluso que el presidente de la República decidiera decretar estado de excepción constitucional de emergencia en la Región Metropolitana, habilitando la acción de las Fuerzas Armadas, junto con las de Orden y Seguridad del Estado, sobre dicho territorio. Con el transcurso de los días, la medida fue extendida a otras regiones del país.

En cadena nacional, transmitida el 20 de octubre de 2019, el presidente de la República realizó la siguiente declaración: «Estamos en guerra contra un enemigo poderoso, implacable, que no respeta a nada ni a nadie y que está dispuesto a usarla violencia y la delincuencia sin ningún límite» (Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2019: 14). Ese mismo día se registraron las dos primeras muertes en el marco de las protestas sociales en la región de Coquimbo, y se interpusieron las respectivas querellas criminales en contra de miembros de las Fuerzas Armadas (INDH, 2019: 15).

Al 3 de noviembre de 2019 el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) ya había presentado un total de 167 acciones judiciales por hechos ocurridos a lo largo de todo el país.¹ Incluso, al 5 de noviembre de 2019 la Sociedad Chilena de Oftalmología hablaba de una emergencia sanitaria debido a los más de 136 pacientes con trauma ocular severo que habían ingresado solo en el Hospital del Salvador en la ciudad de Santiago. Al 9 de noviembre esta cifra ya superaba las doscientas personas, llegando a 427 cuando se cumplieron casi cuatro meses desde iniciado el estallido social (INDH, 2020: 6).

En virtud de estos hechos, distintas organizaciones nacionales e internacionales promotoras de los derechos humanos coincidieron, luego de más de un mes de iniciado el estallido social, que se habían cometido graves violaciones a los derechos hu-

1. Ayala, Leslie C. «Radiografía de las querellas del INDH por torturas, apremios y abusos a 16 días del estallido social en Chile». La Tercera, 2019. Disponible en <https://bit.ly/3Bb9ZuX>.

manos por parte de las Fuerzas del Orden y Seguridad del Estado (Defensoría jurídica de la Universidad de Chile, 2019; Oficina de Derechos Humanos de la ONU, 2019); estas incluyeron el uso indiscriminado e indebido de armas y escopetas antidisturbios que comenzaron el 18 de octubre y se prolongaron durante varias semanas.²

Un reporte reciente del INDH comunicó las cifras oficiales del total de querrelas que interpusieron por los hechos ocurridos en el marco del estallido social, las que ascienden a una cifra total de 3.079 (INDH, 2022: 1). El informe indica que 2.941 de estas identifican a Carabineros de Chile como la institución responsable, siguiendo el Ejército con 124 y Gendarmería con un total de 30 a nivel nacional (2022: 5). Finalmente, se indica que solo un total de 82 procesos se encuentran actualmente formalizados, correspondiendo a un total de 2.873 los procesos en los que aún el Ministerio Público no ha comunicado la existencia de personas imputadas (2022: 16).

Lo anterior vuelve necesaria la reconsideración de figuras legales que permitan imputar responsabilidad penal a aquellos individuos que, sin haber ejecutado directamente los delitos cometidos por miembros de Carabineros, tuvieron la dirección y supervisión de dichas organizaciones. Específicamente, considero relevante analizar la eventual aplicación de la teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder formulada por el profesor Claus Roxin.

Así, el trabajo aborda, en primer lugar, los elementos exigidos para dar lugar a la aplicación de la teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder; en ese acápite nos detendremos en el elemento de la desvinculación del derecho del aparato organizado, y las dificultades —aparentes— que se enfrentan a la hora de subsumirlo dentro del caso que nos convoca. Esto para pasar a dar cuenta de la propuesta de interpretación de este elemento, y con ello, la posibilidad de sostener su aplicación en el marco del denominado *estallido social*, específicamente respecto al actuar de Carabineros en el control del orden público.

La teoría del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder

Aspectos generales y principales críticas

La teoría del dominio del hecho considera tres formas prototípicas en las que se puede dominar un hecho sin intervenir directamente en su ejecución: se puede obligar al ejecutor (autoría mediata por coacción); se le puede engañar (autoría mediata por error); o —en lo que acá nos convoca— se puede disponer de un aparato que asegure la ejecución de órdenes incluso sin fuerza o engaño, porque el aparato como tal garantiza la ejecución (Roxin, 2014: 11).

2. Human Rights Watch. «Chile: Llamado urgente a una reforma policial tras las protestas», 26 de noviembre de 2019. Disponible en <https://bit.ly/3FfDpsM>.

Roxin, el indiscutible fundador de esta última forma de dominio de la voluntad, la ha denominado «dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados del poder», y constituye uno de sus aportes más relevantes a la teoría de la autoría y participación. En efecto, la autoría mediata ya no estaría limitada a los supuestos en donde concurre error o coacción en el instrumento, sino que podría darse también frente a un actuar plenamente responsable del ejecutor material, por la utilización de aparatos organizados de poder.

Así, se trataría de un caso en que el autor mediato tiene a su disposición un aparato por el cual puede consumir sus delitos con independencia de la individualidad del ejecutor. Esta «fungibilidad» o sustituibilidad sin límites del autor directo garantiza al «sujeto de atrás» la realización del hecho por parte del autor mediato (Roxin, 2014: 12).

Por lo tanto, en una organización delictiva, los que están detrás de ella y que ordenan la comisión de delitos también podrán ser responsables como autores mediatos aun cuando sus ejecutores puedan ser sancionados igualmente como autores plenamente responsables (Roxin, 2009: 51).

Acá es donde aparece la fuerte oposición que se ha forjado en cierta parte de la doctrina frente a esta figura jurídica, fundada en que su aceptación entraría en contradicción con un principio irrefutable de la autoría, esto es, la imposibilidad de que exista autor mediato detrás de un autor plenamente responsable (Roxin, 2006: 14).

Así, Jakobs indica que la autoría mediata no es posible en la actuación plenamente dolosa o culpable del ejecutor (Jakobs, 1997: 763). Para este autor —en los supuestos de dominio de la organización— debiera apreciarse coautoría, debido a que el autor directo, por su decisión libre y responsable, no estaría en una situación de inferioridad respecto del hombre de atrás, indicando que «solo mediante la conjunción de quien imparte la orden y quien ejecuta se puede interpretar un hecho singular del ejecutor como aportación a una unidad que abarque diversas acciones ejecutivas» (Jakobs, 1997: 783). Asimismo, y en relación con la exigencia de la resolución conjunta de cometer el hecho, Jakobs renuncia a dicho requisito tradicional, indicando que no es necesario su concurrencia para estar en presencia de una coautoría (Jakobs, 1995: 27, citado en Roxin, 2014: 118).

En el mismo sentido, Jescheck plantea que la teoría de dominio del hecho por medio de aparatos organizados de poder solo puede ser aceptada allí donde los ejecutores directos no puedan ser considerados como autores plenamente responsables, ya que en caso que lo sean, la persona que ocupa la posición central de la organización ha de ser considerado como coautor, precisamente porque domina la referida organización (Jescheck, 2002: 722).

Roxin, en respuesta a los planteamientos recién referidos, afirma que sí es posible la coexistencia entre un dominio de acción del ejecutor directo responsable y un dominio de la voluntad del sujeto de atrás, ya que estos poseen distintas formas de dominio del hecho que no se excluyen mutuamente (Roxin, 2006: 15).

Bolea Bardón, por su parte, afirma que en este punto es necesario distinguir entre la autoría mediata en sentido estricto y la figura del autor tras el autor. Así, mientras que en el primer caso el autor mediato comete el delito a través de un sujeto que no responde como autor (doloso) del hecho por él ejecutado materialmente, el autor tras el autor se vale para cometer el delito de un sujeto que es autor (doloso) del hecho que ejecuta (Bolea, 2000: 161). Agrega que el desarrollo consecuente del principio de propia responsabilidad no obliga a excluir la autoría del hombre de atrás cuando el ejecutor material es plenamente responsable (Bolea, 2000: 161). En estos casos, para poder afirmar la autoría es necesario constatar la manipulación de la situación que permita al hombre de atrás *contar* con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, a pesar de que el ejecutor sea quien tome la decisión autónoma de dar curso al proceso lesivo y, por ello, sea plenamente responsable también (Bolea, 2000: 162). En efecto, el dominio del hecho no depende de que el hombre de atrás domine a su vez al ejecutor material ni de que en todos los casos este último pierda su carácter de autor, sino que, más bien, depende del dominio que el autor tiene sobre el hecho típico (Bolea, 2000: 164-165).

Por otra parte, como crítica a las posturas que observan una hipótesis de coautoría en estos casos, Roxin arguye que no hay una resolución conjunta de cometer el hecho, debido a que el cumplimiento de una orden es todo lo contrario a una resolución conjunta (Roxin, 2009: 54). Efectivamente, el sujeto de atrás y el ejecutor directo no se conocen en la mayoría de los casos, tampoco se entienden como sujetos de igual rango o capacidad de decisión (Roxin, 2014: 117). Además, falta también una ejecución conjunta del hecho, pues el hombre de atrás no ejecuta personalmente nada, ni siquiera mediante una contribución al hecho en la etapa de los actos preparatorios (Roxin, 2009: 55). De hecho, el ordenante la mayoría de las veces ni siquiera conoce el momento y el lugar de la ejecución (Roxin, 2014: 118). Tampoco es posible hablar de una división del trabajo, ya que el ordenante confía a los órganos ejecutantes toda la realización de su orden (Roxin, 2014: 118).

Asimismo, el profesor Juan Luis Modolell ha resaltado que la coautoría, a diferencia de la figura propuesta por Roxin, conforma una comunidad que se basa en relaciones individuales recíprocas entre sus miembros (intervinientes), y no en esa independencia e intercambiabilidad que supone el aparato organizado de poder. Grafica a este último como una gran empresa transnacional donde sus empleadores no tienen contacto personal alguno con sus directivos, y a la coautoría como una pequeña empresa en la cual existe una relación directa entre los miembros de la banda y el cabecilla, que suministra a aquellos su plan y órdenes, pero que, a su vez, hace depender el éxito de la operación de la concreta intervención de los ejecutores materiales (Modolell, 2014: 192-193).

Concordando con esta última posición, el aparato organizado de poder que tuvo a la vista Roxin para forjar su teoría funciona como una máquina que opera auto-

máticamente, sin tomar en cuenta la voluntad individual y concreta que tengan los ejecutores; en este sentido, sería difícil comprender que la disposición a cometer el delito provenga de una decisión conjunta, sino que más bien son los superiores jerárquicos quienes disponen la realización del mismo. En efecto, habría más bien una conformidad unilateral —y responsable— del inferior con el hecho de otro —de los superiores—, que no permite afirmar la concurrencia de una coautoría.

Además, a mi juicio, resulta contradictorio rechazar la tesis de Roxin por la irrefutabilidad de la concepción tradicional de la autoría mediata en virtud del principio de irresponsabilidad, mientras que para afirmar que en estos casos hay coautoría, se abandona la concepción tradicional de coautoría que exige una resolución conjunta o común a cometer el hecho.

Otra parte de la doctrina —que también argumenta que detrás de un autor directo responsable no cabe la posibilidad de otro dominio del hecho—, ven en estos casos una hipótesis de inducción (Roxin, 2009: 55). Roxin, en contra de esta solución, indica que la misma contradice la importancia de las órdenes y de la ejecución conforme a ellas en el marco de aparatos de poder. El sujeto de atrás tiene el poder de decidir sobre el sí del hecho, mientras que el ejecutor directo solo por casualidad entra en la situación concreta de la acción, sin poder cambiar nada esencial del curso de acontecimientos previamente delineados por el aparato. Asimismo, la desobediencia de la orden tampoco cambiaría este curso causal, ya que las bases organizativas suelen prever que la misma sea cumplida por otro subordinado (Roxin, 2009: 56).

Agrega el autor que la diferencia decisiva estribaría en que el inductor no domina la ejecución del hecho, ya que la realización del tipo no depende de su voluntad. En cambio, el autor de atrás es la figura central que domina el delito ordenado por él, dominio que los subordinados —quienes son igualmente responsables como autores en virtud de su dominio de acción— no pueden disputarle (Roxin, 2014: 120). Dice Roxin «el inductor debe establecer contacto con el potencial autor, ganárselo para su plan y, en su caso, vencer su oposición; el que da la orden dentro de la jerarquía de un aparato de poder se ahorra todo eso» (Roxin, 2014: 120).

Concuerdo también con Roxin a este respecto, ya que la figura de autoría mediata en aparatos organizados de poder supone la concurrencia de autores directos fungibles, presupuesto que entraría en contradicción con la figura de la inducción, que exige que sea realizada sobre un sujeto determinado, requisito que se desprende del artículo 15 número 2, segunda parte de nuestro Código Penal, cuando indica que se consideran autores a los que «inducen directamente *a otro* a ejecutarlo».

Finalmente, cabe destacar que el dominio del hecho en la teoría de Roxin se basa en que el hombre de atrás puede, a través del aparato que tiene a su disposición, producir el resultado con mayor seguridad que incluso en los supuestos de coacción o error del instrumento (Roxin, 2006: 15), puesto que cuenta con que si uno de los subordinados elude dar cumplimiento a su cometido, inmediata y automáticamente

otro puede suplirle, sin resultar afectada la ejecución efectiva del plan.

Así, el dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder es el único supuesto de autoría mediata en donde existen dos autores plenamente responsables: el autor mediato, que domina la voluntad y da la orden dominando la ejecución del hecho; y el autor directo o ejecutor, que puede ser reemplazado en caso de incumplir la orden del superior jerárquico. En estos supuestos el autor directo no padece de un déficit de libertad ni de responsabilidad, respondiendo como autor de propia mano, ya que esa circunstancia no resulta relevante para el hombre de atrás, que desde su perspectiva visualiza al ejecutor como una figura anónima y sustituible (Bruera, 2001: 262).

Presupuestos

Cuatro son las condiciones que deben verificarse en el caso concreto para configurar el dominio de organización.

Poder de mando

Solo podrá ser autor mediato quien, dentro de una organización rígidamente jerarquizada, tiene la autoridad para dar órdenes y ejerce dicha facultad para realizar hechos delictivos (Roxin, 2006: 16).

En el mismo sentido, en la sentencia condenatoria de Alberto Fujimori, la Sala Penal Especial define este requisito como la capacidad del nivel estratégico superior —del hombre de atrás— de impartir órdenes o asignar roles a la parte de la organización que le está subordinada (Caro, 2009: 586).

A este respecto, Roxin admite que en una organización que posea distintos niveles de jerarquía pueden encontrarse varios autores mediatos en cadena. Así, el comandante de un campo de concentración del régimen nacionalsocialista alemán era autor mediato de los asesinatos ordenados por él, aunque él mismo actuara por indicación de cargos superiores (2006: 16). Tanto es así que en situaciones como la recién descrita el dominio por parte de los cargos superiores se ve posibilitado por el hecho de que cada instancia del camino que va desde la configuración del plan a la realización del delito sigue dirigiendo gradualmente la parte de la cadena que surge de ella (Roxin, 2016: 243).

Serán autores mediatos todos aquellos que dictaron órdenes con propio poder de mando, admitiendo la posibilidad de construir una cadena de autores mediatos que llega hasta el que ostenta el máximo poder de mando (Bolea, 2000: 348). Lo decisivo es que el autor dirija la parte de la organización que tiene bajo su mando, es decir, que ostente la capacidad para dictar órdenes a personas subordinadas a él (Bolea, 2000: 348).

La fungibilidad del ejecutor inmediato

Una característica esencial del dominio de la organización es la sustituibilidad de los ejecutores directos, ya que de ella depende que la ejecución efectiva de las órdenes del hombre de atrás sea asegurada y garantizada. Efectivamente, muchos ejecutores potenciales están disponibles, de modo que la negativa de uno no impide la realización concreta del tipo (Roxin, 2006: 17).

En efecto, lo que garantiza al sujeto de atrás la ejecución del hecho y le permite dominar el suceso es la «fungibilidad», la sustituibilidad o reemplazabilidad sin límites del autor inmediato [...]. Los comandantes que manejan las palancas de mando del aparato son pese a todo autores mediatos, porque, al contrario que en la inducción, la realización del hecho no depende de la decisión del autor inmediato (Roxin, 2014: 112).

Así, el dominio de los superiores de la estructura de poder se vuelve absoluto, ya que su orden o estrategia global no podría fracasar por la voluntad de los ejecutores materiales del delito, sino solo en la medida que ellos decidieran interrumpirla o terminarla. De hecho, la intercambiabilidad se comprueba claramente al observar que, aun cuando la persona que recibe la orden se niegue a cumplirla, esta no podrá impedir la acción, sino que únicamente estará anulando su aportación o contribución en este. Otra cosa sucede con el autor mediato, el que sí podrá evitar la consumación dando una contraorden (Faraldo, 2008: 5).

Se trata de una máquina que opera automáticamente, al margen de la voluntad individual y concreta que tengan los ejecutores. Ergo, en caso de que el éxito de la orden o plan global —al cual nos referiremos más adelante— dependiera de la concreta intervención del ejecutor material, no estaríamos en presencia de una estructura organizada de poder (Modolell, 2008: 104) y, por consiguiente, de una autoría mediata de la persona de atrás, sino que de un inductor o de un coautor según sea la concepción que de cada una se siga.

El apartamiento del derecho del aparato de poder

Es cierto que Roxin (2016: 244) ha señalado que su figura solo podía existir allí donde la estructura en su conjunto se encuentre al margen del ordenamiento jurídico. De lo contrario, y en tanto la dirección y los ejecutores se mantengan en principio ligados a un ordenamiento jurídico independiente de ellos, las órdenes ilícitas no podrán fundar el dominio, ya que las leyes contarán con un rango superior. Por ello, normalmente excluirán el cumplimiento de órdenes antijurídicas y con ello el poder de voluntad del sujeto de atrás (Roxin, 2000: 277).

De acuerdo con este autor, el significado práctico de este criterio o requisito consistiría en posibilitar la distinción entre autoría mediata e instigación en los casos

de órdenes emitidas en el marco de estructuras jerárquicas. Así, cuando indica que su figura no sería aplicable en el ámbito empresarial, lo hace por cuanto en estas situaciones el derecho esperaría que el funcionario o empleado que recibe la orden de cometer un delito se negare a su ejecución, cuestión que pone en juego la vigencia de la regla general de *intercambiabilidad* de los ejecutores como principio fundador para estar en presencia de la autoría mediata en aparatos organizados de poder (Roxin, 2014: 121).

En el mismo sentido, Faraldo indica que el hecho de que la empresa se constituya para desarrollar una actividad lícita le quitaría —siempre que se trate de la ejecución de un delito— el automatismo de funcionamiento exigido para el dominio de la organización. El dirigente de la empresa no podrá contar con que sus empleados van a prestarse a cometer delitos como regla general, lo que en efecto supone negar el automatismo del funcionamiento del aparato de poder (Faraldo, 2008: 19-20). Ciertamente, este automatismo es el que transmite la seguridad de que se cumplirán las conductas antijurídicas, sin importar los ejecutores inmediatos y tampoco que estos efectúen reparo alguno (Caro, 2009: 584).

Ahora bien, el mismo Roxin ha mencionado también que este requisito de apartamiento del derecho se refiere únicamente a los hechos cometidos en autoría mediata y no al resto de acciones que se producen dentro de la organización.³

En primer lugar, el aparato de poder no tiene que haberse separado del derecho por completo, sino que solamente en el marco de los tipos penales que él realiza. Las medidas de la República Democrática Alemana e incluso las del Estado nacionalsocialista, en muchos ámbitos se movieron dentro del derecho vigente, pero los ámbitos de actividad de «impedir la fuga de la república mediante disparos» o, para mencionar tan solo el caso más terrible, «la solución final de la cuestión judía», caracterizan actividades totalmente apartadas del derecho (Roxin, 2009: 60).

Con todo, el autor precisa que no basta una orden desvinculada del derecho para que se configure la autoría mediata en cuestión, sino que es necesario que los hechos que realizan los autores directos por orden del superior jerárquico sean contrarios al derecho. Esto porque la mera iniciativa particular no pone en marcha el aparato de poder, sino que solo muestra una conducta antijurídica. En palabras de Roxin, en tales casos no se actúa con el aparato sino contra él, quedando excluidos de entrada del ámbito del posible dominio de la organización (Caro, 2009: 589).

Sobre este punto, Roxin —refiriéndose a los grupos organizados fuera del poder

3. Caro (2000: 589) cita la sentencia de la Sala Penal Especial (1100 y 1101), en donde se mencionan como textos de referencia para su argumentación las obras de Roxin de *La Autoría mediata por dominio en la organización*. En «Problemas Actuales de Dogmática Penal» [Traducción de Manuel Abanto Vásquez], y «Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada». En *Revista Penal* número dos; de ediciones de 2004 y 2008, respectivamente.

estatal, como movimientos clandestinos, organizaciones secretas, bandas criminales, etcétera— sostuvo que, para hablar de un dominio de la voluntad por parte de los sujetos de atrás en la ejecución de los delitos, lo que debe caracterizar a la organización es una *orientación a fines* del aparato contrarios al ordenamiento jurídico estatal. Más concretamente, debe tratarse de un «Estado dentro del Estado, que se haya emancipado en general en determinadas relaciones con respecto al ordenamiento de la comunidad» (2016: 244).

Es más, precisa el mismo autor, lo decisivo no es que a la realización de los ilícitos por parte de la organización se puedan oponer resistencias desde el exterior de la estructura —refiriéndose a la administración de justicia— hasta el extremo de que un plan delictivo pueda fracasar en concreto por ello; más bien, que los miembros no obren por cuenta propia, sino como órganos de la cúpula directiva cuya autoridad reconocen (Roxin, 2016: 245).

A mayor abundamiento, al comentar la condena a Alberto Fujimori del 2009 —por crímenes de lesa humanidad cometidos entre 1991 y 1992—, Kai Ambos indica que la desvinculación del derecho nacional o internacional debe ser de carácter estructural; es decir, aquellas violaciones aisladas a los derechos humanos no son suficientes. En el caso de violencia estatal —del Estado en su conjunto o de una parte de este— masiva y sistemática, no es necesario que todo el aparato funcione fuera de los límites del derecho, sino que basta que una parte de las instituciones, por ejemplo, las fuerzas de seguridad funcionen como un «*Estado dentro del Estado*» e implementen una *política* de violaciones a los derechos humanos bajo el liderazgo de altos funcionarios (Ambos, 2011: 262-263).

El mismo autor, al comentar la responsabilidad militar por la muerte de Elisabeth Käsemann ocurrida en Argentina en el año 1977, indica que las fuerzas de seguridad cumplían una doble función: junto con los deberes oficiales que tenían asignados, realizaban además tareas de represión ilegal y secreta. Para llevar a la práctica esta represión se recurrió a la estructura existente (legal) de las fuerzas armadas (Ambos y Grammer, 2003: 115).

Lo dicho hasta acá me lleva a concluir que es del todo correcto interpretar el requisito de apartamiento del derecho con la exigencia de una *política* de la organización que disponga la realización de hechos delictuales por parte de los subordinados, es decir, que posea una orientación hacia *fines* que sean contrarios al ordenamiento jurídico estatal.

Con esta interpretación, creo que arribamos a una postura intermedia dentro del desarrollo que ha tenido este elemento por parte de Roxin, así como de aquellos autores que han colaborado en su profundización, ya que, exigir que todo el aparato se encuentre al margen del derecho para dar lugar al automatismo necesario para fundar el dominio del sujeto de atrás, es limitar a tal punto la aplicación de esta figura en

la actualidad que probablemente quedaría en completo desuso. En efecto, imaginar que en las sociedades modernas donde la democracia y el Estado de derecho se han consolidado, puedan existir organizaciones de poder que, además de cumplir con los otros requisitos exigidos por Roxin (poder de mando y fungibilidad de los autores inmediatos) se encuentren *totalmente* apartadas del derecho, resulta —como bien lo decía el autor— bastante difícil (Roxin, 2016: 246).

Además, creo que el automatismo del aparato de poder más bien tiene que ver con la rigidez y jerarquización de su propia organización que con la posibilidad de los ejecutores inmediatos de desacatar la orden para ajustar su conducta a las normas del Estado de derecho. Por cierto, esta última eventualidad se verá más bien disminuida entre mayor sea la rigidez del aparato de poder que permita la configuración de un deber de obediencia en cada uno de los miembros que la componen, respecto a las órdenes o lineamientos emitidos por los superiores.

Por su parte, a través de la postura planteada, salvamos aquellos cuestionamientos que aparecen cuando se intenta aplicar esta teoría a organizaciones del ámbito empresarial, ya que pese a que la organización tenga un origen lícito, al exigírsele una política contraria al ordenamiento jurídico, y que haya sido esta a su vez la que determinó la ejecución de actos delictuales por parte de los subordinados, sería posible afirmar que estos obedecieron a la concreción de dicha política delictual y no a decisiones aisladas de los ejecutores materiales.

En esta misma línea, si bien cuando Roxin ha expresado que esta forma de autoría mediata difícilmente puede surgir en el marco de un Estado de derecho internamente consolidado, añade seguidamente que la normativa tendrá el deber de describir sus elementos y asignarle el lugar que le corresponda, tan pronto los datos objetivos de tal forma de autoría mediata ofrezcan la posibilidad de realización (Roxin, 2016: 246). Por ello, y debido a la actual e inminente complejización de los diversos sistemas de gobierno en el mundo, que nos impide poder afirmar la existencia de un Estado de derecho impoluto, no podemos excluir la posibilidad de que esta figura de autoría mediata pueda aparecer también en regímenes democráticos en los cuales organizaciones incluso estatales puedan impulsar e implementar una política contraria al ordenamiento jurídico reconocido.

En efecto, Ambos afirma que el requisito de apartamiento del derecho puede realizarse de manera instantánea o por medio del deterioro continuo de las estructuras democráticas del Estado. Mayor será el grado de culpabilidad del autor mediato —refiere el autor— cuando el origen de la desvinculación parte de un marco de legalidad formal, no solo por su alejamiento del orden legal establecido, fuente del uso legítimo de su poder de mando, sino que también porque la estructura criminal que surge resulta ser menos identificable. Ambos apunta que, en el caso de Alberto Fujimori, su condena se refirió no solo a los crímenes cometidos después de su golpe

de Estado (caso *La Cantuta*), sino también a los cometidos con anterioridad (caso *Barrios Altos*). Para terminar, concluye que «el golpe de Estado como tal no puede ser considerado exclusivamente como criterio o circunstancia decisiva para asumir que Fujimori lideró una organización ilegal» (Ambos, 2011: 263).

Por su parte, García sostiene que la desvinculación del derecho puede darse de dos maneras: cuando el nivel estratégico superior del Estado decide apartarse por completo del derecho y crear un sistema normativo totalmente diferente que tampoco se condice con el derecho internacional; y, cuando este nivel superior se aleja paulatinamente del ordenamiento jurídico, inicialmente solo para la realización de determinados delitos con actos sistemáticos más frecuentes (García, 2009: 599-600).

Aún más, Faraldo entiende que no es relevante que el entorno con el que se relaciona la organización sea legal o no lo sea. Esto se demuestra con el hecho de que pacíficamente se admita que las organizaciones estatales puedan convertirse en aparatos de poder, por ejemplo, cuando las Fuerzas Armadas emprenden una guerra sucia contra el terrorismo, la guerrilla o la disidencia política. En definitiva, lo que importa no es el entorno legal sino la actitud del aparato ante el ordenamiento jurídico, del que se considera al margen (Faraldo, 2008: 20-21).

En virtud de lo dicho anteriormente, creo que el requisito de apartamiento de derecho debe ser interpretado de conformidad con los tiempos modernos, asignándole un significado que permita su aplicación en organizaciones de poder que se han forjado incluso en regímenes democráticos y/o cuyo origen ha sido totalmente lícito, o, como ahondaremos sucesivamente, cuando de conformidad con una política ilícita del aparato este ha llevado a cabo actos sistemáticos delictuales.

La considerable elevada disponibilidad al hecho del ejecutor

Roxin parte del presupuesto de que quien actúa bajo un aparato organizado de poder tiene una posición distinta a un autor individual que se tiene que desenvolver por sí mismo. Lo hacen más preparados para el hecho que otros potenciales delincuentes, lo que incrementa la probabilidad de éxito de una orden y contribuyen al dominio del hecho del hombre de atrás (Roxin, 2006: 20).

Además, el autor se encuentra mucho más dispuesto a realizar los designios ilícitos del aparato, debido a que se siente especialmente motivado por los objetivos de la organización e identificado con la estructura jerárquica que esta ostenta. En otros términos, el subordinado se siente representante de un aparato de poder estructurado de manera jerárquica y vertical (Caro, 2009: 593).

De la aplicación de la autoría mediata en aparatos organizados de poder

Interpretación del elemento político

La primera vez que en Latinoamérica se aplicó la teoría de autoría mediata en virtud de aparatos organizados de poder fue en Argentina, en la famosa sentencia del 9 de diciembre de 1985 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal del denominado *juicio a los excomandantes*.

En dicha sentencia (Malarino, 2009: 59 y ss.),⁴ la Cámara Federal consideró que los hechos se subsumían en la figura de autoría mediata en aparatos organizados de poder, en la cual es determinante la fungibilidad del ejecutor, quien no opera como una persona individual sino como un engranaje mecánico. La Cámara refiere inmediatamente que:

En este contexto, el ejecutor concreto de los hechos pierde relevancia. El dominio de quienes controlan el sistema sobre la consumación de los hechos que han ordenado es total pues, aunque hubiera algún subordinado que se resistiera a cumplir, sería automáticamente reemplazado por otro que sí lo haría, de los que se deriva que el plan trazado no puede ser frustrado por la voluntad del ejecutor, quien sólo desempeña el rol de mero engranaje de una gigantesca maquinaria (Malarino, 2009: 51).

Malarino indica en este sentido que los hechos juzgados en esta causa no fueron producto de la errática y solitaria decisión individual de quienes los ejecutaron, sino que constituyeron el modo de lucha que los comandantes en jefe de las Fuerzas Armadas argentinas impartieron a sus subordinados (Malarino, 2009: 51).

Por su parte, en Chile, es importante mencionar la sentencia dictada por la Corte Suprema el 21 de septiembre de 2007, que resuelve favorablemente la solicitud de extradición al Perú del expresidente de ese país, Alberto Fujimori, a quien se le imputaban los delitos de homicidio calificado, secuestro agravado y lesiones gravísimas, por estimar acreditado que el acusado habría intervenido en los mismos como autor mediato debido a la posición que ocupó en el nivel estratégico del Estado, a través de la cual formuló y condujo la política de eliminación de presuntos terroristas y sus órganos o bases de apoyo.

1. El acusado ocupó la posición más alta en el nivel estratégico del Estado en general y del Sistema de Defensa Nacional en particular. Desde ese nivel ejerció ostensible poder de mando para la conducción política y militar directas de las estrategias de enfrentamientos terroristas que actuaban en el país desde inicios de la década de los ochenta.
2. Desde su rol formal de órgano central, esto es, de ente formador y for-

4. En adelante, hago referencia a los comentarios realizados por este autor a la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal Argentina en la causa 13/84.

mulador de políticas de gobierno, y como de jefe supremo de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional, el acusado [...] fue configurando desde mil novecientos noventa, conjuntamente con [...] un aparato organizado de poder en base a las unidades centrales y derivadas de la SINA, las mismas que fueron cooptadas [...]. 4. En este dominio, el objetivo central de gobierno como la política definida, las estrategias generales, y las órdenes de ejecución fueron dispuestas o transmitidas por el acusado y retransmitidas por los demás estamentos del aparato de poder organizado de muy diversas formas, plenamente compatibles con los esquemas informales o paraformales que caracterizan a los códigos de comunicación y manuales de actuación propios del sistema de inteligencia [...] 5. En tal contexto y praxis el hilo conductor subyacente fue la eliminación de presuntos terroristas y sus órganos o bases de apoyo [...] 8. Por lo demás, en todos los delitos sub iudice la condición fungible de los ejecutores así como su disposición al hecho y su no relación directa ni horizontal con el acusado, posibilitan afirmar la posición de autor mediato de éste como ente central con poder jerárquico de dominio sobre el aparato de poder, cuyo automatismo conocía y podía controlar a través de sus mandos intermedios (Couso, 2011: 389-390).

Las sentencias antes citadas confirman que es posible y viable que la exigencia del apartamiento del derecho de la organización sea interpretada a través del elemento político. De hecho, no es exigible ni tampoco suficiente para estar en presencia de un autor mediato —siguiendo a Roxin— que este haya dado una orden en términos explícitos o directos al subordinado, sino que basta —y a la vez, es necesario— con verificar que el hecho —cometido libre y responsablemente por el autor directo— sea consecuencia de una política o plan, que en el marco de los casos en comento se concebía como la «lucha en contra de la subversión».

En efecto, uno de los aspectos característicos de estas estructuras organizadas de poder es que los delitos cometidos bajo su mando no se cometen de forma aislada, sino que obedecen a una criminalidad colectiva o un propósito delictivo común y no a las meras individualidades de sus participantes.

A este respecto, y solo para efectos de colmar de contenido este último elemento, creo útil recurrir a lo dicho respecto del elemento «político» exigido por el artículo 1 número 2 de la Ley 20.357 que tipifica los crímenes de lesa humanidad, genocidio y los crímenes y delitos de guerra en Chile. Por cierto, de ninguna manera se intenta asimilar acá el régimen establecido a través de la referida ley con la autoría mediata en aparatos organizados de poder, sino que solo se acude a ella para efectos de dar cuenta de una interpretación —de tipo sistemático— posible.

El referido artículo establece las siguientes condiciones para que los delitos constituyan crímenes de lesa humanidad: 1) que las acciones constitutivas de delitos formen parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil; y 2) que este ataque responda a una *política* del Estado o de sus agentes; de grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún

territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos.

Seguidamente, el artículo 2 de la citada ley, indica lo que ha de entenderse por un ataque generalizado o sistemático. El primero se da cuando un mismo acto o varios actos simultáneos o inmediatamente sucesivos, afectan o son dirigidos a un número considerable de personas. Estos ataques se consideran además *sistemáticos* cuando una serie de actos sucesivos se extienden por un cierto periodo de tiempo y afectan o son dirigidos a un número considerable de personas.

Por su parte, la relación que debe existir entre el ataque y el elemento político se presenta con el verbo *responder* empleado en el artículo 1 número 2 citado: el ataque debe responder a una política. Para el Estatuto de Roma, esta exigencia puede significar que los actos se lleven delante de conformidad con ella —con la política—, o que se lleven a cabo para promoverla (Cárdenas, 2020: 142). Es decir, ha de poder determinarse que el ataque se ha llevado a cabo dentro de una línea de conducta, que son parte de un mismo fenómeno, y que obedecen a una cierta lógica común (Cárdenas, 2020: 142). Este requisito se satisface cuando se actúa para promover la política o se llevan a cabo actos acordes con ella —de forma deliberada—, no siendo necesario que quienes actúan se hayan motivado por la política, o sean miembros de la organización o el Estado del que ella emana (Cárdenas, 2021: 306).

Respecto de la fuente de esta política, la Ley 20.357 no requiere que provenga del Estado en general, sino que basta con sea identificable respecto de sus agentes, que como tales debieran respetar y hacer respetar los derechos de las personas y tienen a su disposición recursos que debieran estar destinados a ello (Cárdenas, 2020: 143). Más que la naturaleza formal de la organización, lo relevante es que esta disponga de los medios suficientes, de estructuras o mecanismos suficientemente eficaces, de capacidad de acción y de concertación con el fin de asegurar la coordinación necesaria para llevar adelante el ataque, promoverlo o apoyarlo (Cárdenas, 2021: 305).

Ahora bien, respecto a qué ha de entenderse como política para efectos de los crímenes de lesa humanidad, se dice tradicionalmente que es aquella que conecta a los diversos actos haciéndolos comprensibles como algo distinto de una mera agregación de actos al azar o actos aislados (Cárdenas, 2020: 145). En efecto, un ataque que es planificado, dirigido u organizado satisfará la existencia de una política (Cárdenas, 2021: 304-305). Asimismo, en los Elementos de los Crímenes,⁵ que complementa la definición de los crímenes que son parte de la Corte Penal Internacional, se establece que la política puede manifestarse cuando la fuente de la que emana promueve o alienta activamente el ataque (Human Rights Library, 2022: artículo 7, párrafo 3,

5. «Elementos de los crímenes». International Criminal Court, 2010. Disponible en <https://bit.ly/3G5J4Dy>.

introducción), así como también cuando, en circunstancias excepcionales, y ante la evidencia de que está teniendo lugar la comisión de actos inhumanos vinculados a un determinado curso de acción, aquel que tiene el poder de incidir sobre este ataque, resuelve no tomar oportunamente las medidas a su alcance que tengan eficacia para modificarlo, de modo que resulta previsible que dicho curso de acción no cambiará sino que se seguirán ejecutando los referidos actos delictuales (Cárdenas, 2020: 146).

A mayor abundamiento, a través de las diversas resoluciones de la Corte Penal Internacional se ha forjado un consenso en que la política no requiere ser adoptada formalmente, y para probarla se puede recurrir a indicios, tales como: que se destinen recursos a su ejecución; que se siga un patrón regular de conducta; que el ataque sea planificado, dirigido u organizado; que exista involucramiento de fuerzas estatales, entre otros (Cárdenas, 2020: 146). Además, la política no necesariamente ha de existir con anterioridad al ataque, pudiendo surgir conforme se van cometiendo los actos inhumanos.

Sobre la existencia del elemento político en el actuar desplegado por Carabineros en el marco del estallido social

Ya desde el año 2020 parte de nuestra doctrina nacional se ha referido a la posibilidad de aplicar la Ley 20.357 a los hechos delictuales ocurridos en el denominado estallido social. El profesor Juan Pablo Mañalich, quien fue uno de los pioneros en proponer una respuesta a esta interrogante, señaló que a su parecer no podía descartarse la existencia de una política en el actuar desplegado por las Fuerzas de Orden y Seguridad, a la que hayan respondido los delitos constitutivos de violaciones de derechos humanos que tuvieron lugar (Mañalich, 2020: 7). Agrega que la existencia de esta política no necesariamente tuvo que haber sido reconocible al inicio de la situación durante la cual tuvo vigencia el estado de emergencia, sino que resulta perfectamente imaginable que dicha política se haya vuelto suficientemente reconocible en algún momento o a partir de un hito posterior.⁶

Si bien este trabajo aborda la interrogante de la posible aplicación de la figura de autoría mediata en aparatos organizados de poder, la afirmación del profesor Mañalich en torno a la aplicación de la Ley 20.357 nos permite justificar la necesidad de un análisis un poco más profundo sobre los hechos ocurridos en el marco del estallido social que permitan verificar si respecto del actuar de Carabineros es posible afirmar la existencia de una política, y con ello, sostener la aplicación de la autoría mediata a la que se refiere este trabajo. Ello porque, conforme a la propuesta de interpretación

6. Mañalich, Juan Pablo. «Sobre la responsabilidad del presidente de la República por crímenes perpetrados bajo el estado de emergencia», *Revista Ciper*, 25 de octubre de 2019. Disponible en <https://bit.ly/3gZZvHT>.

planteada precedentemente, este elemento es el que debe configurarse para afirmar que el requisito de apartamiento del derecho del aparato organizado de poder se cumple.

Un primer elemento que debería ser posible identificar para llegar a tal afirmación es poder determinar que los hechos ocurridos en el marco del estallido social obedecen a una cierta lógica común, que son parte de un mismo fenómeno o que se han llevado a cabo dentro de una línea de conducta.

El reporte emitido por el INDH, sobre la información constatada por sus observadores al 31 de enero de 2020 —esto es, transcurridos un poco más de tres meses desde que inició el estallido social—, revela que existía un total de 3.746 personas heridas por motivo de las manifestaciones sociales, 3.464 adultos y 282 niños, niñas y adolescentes (INDH, 2020). Según el tipo de lesión, 1.673 personas fueron heridas por disparos de perdigones, 190 con balines, 51 heridos de bala y 268 por acción de bombas y gas lacrimógeno (INDH, 2020: 4).

Destaca, además, como una de las cuestiones más notorias del periodo la elevada cifra de lesiones oculares producto de la acción de fuerzas especiales en el contexto de manifestaciones. En efecto, la cantidad de casos en ese momento ascendía a un total de 427, de los cuales 239 tuvieron su origen en el disparo de perdigones y 44 fueron producto de disparos de lacrimógenas (INDH, 2020: 5-6).

Asimismo, y luego de observar la cantidad de personas heridas por un periodo de tiempo, el reporte indica que resulta claro que los días en los que hay mayor cantidad de heridos fue mientras estuvo vigente el estado de excepción, superando los 100 heridos por día entre el 20 y 25 de octubre. El mismo patrón se repite respecto de las lesiones oculares (INDH: 2020: 6).

Por último, el reporte revela la cifra de detenidos en el contexto de manifestaciones y protestas, la que asciende a un total de 9.545 personas, correspondiendo un 88% a adultos y un 12% a niños, niñas o adolescentes. Se destaca la constatación de una serie de violaciones de derechos humanos contra los detenidos en las comisarías, siendo el uso excesivo de la fuerza en la detención el más frecuente de todos, con un total de 953 casos, al que le siguen los casos de tortura y tratos crueles, inhumanos o degradantes con un total de 336, y 194 casos de acoso/violencia sexual (INDH, 2020: 11).

En el mismo sentido, el reporte también emitido por el INDH sobre el panorama general de las acciones judiciales en el contexto de la crisis social de fecha 28 de abril de 2022 da cuenta de un total de 3.144 acciones judiciales interpuestas por este organismo por los hechos ocurridos en el marco del estallido social, correspondiendo a 3.103 a querellas criminales (INDH, 2022: 1); la mayoría han sido interpuestas por el delito de apremios ilegítimos con un total de 2.191, siguiendo el delito de tortura con 543 querellas (INDH, 2022: 4). Continúa el reporte realizando una caracterización según los efectos de los hechos vulneratorios que sufrieron las víctimas, destacando con un total de 3.196 aquellos con consecuencias de lesiones físicas, siguiendo con

124 los que sufrieron otras lesiones, y 94 con lesiones causadas por trauma ocular (INDH, 2022: 11).

Pues, tras una revisión de la información pública disponible sobre lo ocurrido durante el estallido social, no es posible descartar que no hayan obedecido a un mismo fenómeno y/o que sea posible reconocer una línea de conducta que los una. Efectivamente, se trató de una serie de hechos sucesivos que tuvieron lugar por un cierto periodo de tiempo y que afectaron a un número considerable de personas —la mayoría adultos—, con ocasión de las manifestaciones que se desarrollaron en nuestro país en el marco del estallido social, debido al accionamiento de artefactos disuasivos —disparos de perdigones, balines y bombas lacrimógenas—, utilizados principalmente por parte de Carabineros para el control del orden público.

En segundo lugar, ha de verificarse que el órgano haya dispuesto de los medios suficientes, de estructuras o mecanismos suficientemente eficaces, de capacidad de acción y de concertación con el fin de asegurar la coordinación necesaria para llevar adelante el ataque, promoverlo o apoyarlo.

Carabineros es una institución policial técnica y de carácter militar que constituye la fuerza pública de nuestro país. Existen, de conformidad con el artículo 101 de la Constitución Política vigente, para dar eficacia al derecho, garantizar el orden público y la seguridad pública interior, en la forma que lo determinen sus respectivas leyes orgánicas. Además, conforme a la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros, es una institución que depende directamente del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y se vincula administrativamente con este a través de la Subsecretaría del Interior. También, y como cuerpo policial armado es esencialmente obediente, no deliberante, profesional, jerarquizado y disciplinado, y su personal está sometido a las normas básicas establecidas en la Ley Orgánica, su estatuto, el Código de Justicia Militar y reglamentación interna. En efecto, Carabineros es una organización altamente jerarquizada y militarizada, dentro de la cual rige el deber de obediencia de todos sus miembros frente a las órdenes impartidas bajo la cadena de mando respectiva y cuya infracción resulta punible a título del delito de insubordinación previsto en los artículos 336 y 337 del Código de Justicia Militar.

Así, no resulta cuestionable que Carabineros haya dispuesto de una estructura eficaz que asegurara una capacidad de acción coordinada, cuyo despliegue en el marco del estallido social significó el acontecer de una serie de hechos sucesivos de los cuales a la fecha se han deducido las acciones penales correspondientes por parte de las más de 3.000 víctimas a nivel nacional.

Finalmente, resta pronunciarse sobre si esta línea de conducta desplegada por Carabineros en el marco del estallido social fue al menos conocida por los altos mandos, y si estas autoridades, pese a ello, no tomaron oportunamente las medidas a su alcance para poder modificarla, de modo que haya resultado previsible que dicho curso de acción se siguiera ejecutando.

Al respecto, cabe destacar que, conforme al Informe Anual sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile publicado por el INDH, el 10 de noviembre del 2019, en virtud de los masivos casos de lesiones oculares sufridas por manifestantes a lo largo del país, esta institución solicitó a las autoridades terminantemente el fin al uso indiscriminado de escopetas antimotines. Ese mismo día, el General Director de Carabineros anunció que las mismas se seguirían utilizando, pero solo para aquellas situaciones de real peligro para los Carabineros y la ciudadanía, además de situaciones de amenaza cierta e inminente de ataque a la propiedad pública o privada —esta última no incluida en el protocolo para la intervención con dicho elemento disuasivo—.

Con posterioridad a esta declaración, siguieron apareciendo casos de lesiones oculares en el contexto de manifestaciones. Es más, fue solo hasta el 19 de noviembre en que el General Director de Carabineros anunció el fin del uso de balines como herramienta antidisturbios (INDH, 2019: 19), luego que saliera a la luz pública un estudio del Departamento de Ingeniería Mecánica de la Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas de la Universidad de Chile, que determinó que los balines usados por Carabineros estarían compuestos por un 20% de caucho y un 80% de otros tres compuestos: sílice, sulfato de bario y plomo.

Cabe destacar que los riesgos y advertencias de usar este tipo de armas antidisturbios eran conocidos por Carabineros desde noviembre de 2012,⁷ fecha del informe elaborado por la Dirección de Investigación Delictual y Drogas de dicha institución que daba cuenta que los disparos lanzados entre los 5 y los 25 metros de distancia tenían una clara posibilidad de generar lesiones de carácter grave. Incluso, se indicaba que los disparos lanzados a los 30 metros de distancia podrían generar el riesgo de una lesión ocular, que podría implicar la pérdida del ojo.

Por su parte, ya desde el 4 de noviembre de 2019 el INDH informaba sobre los incumplimientos a los protocolos vigentes por parte de Carabineros durante las manifestaciones,⁸ entre las que se encuentran: detenciones arbitrarias de personas que se estaban manifestando pacíficamente (con ocupación o no de calzada); uso excesivo de la fuerza en las detenciones (incluidas aquellas a personas que se estaban manifestando pacíficamente); disparos con la carabina lanza gases en dirección al cuerpo de manifestantes; disparos de perdigones en dirección al cuerpo, cuello y rostro de manifestantes; dirección del chorro del vehículo lanza aguas directamente contra manifestantes; detención a medios de comunicación; carabineros y militares no identificados.

7. Ciper. «Disparos con escopeta antidisturbios, con empleo de cartuchería con perdigón de goma y sus efectos en la superficie del cuerpo humano. Elaborado por la Dirección de investigación delictual y drogas del Departamento de Criminalística de Carabineros». Noviembre, 2012. Disponible en <https://bit.ly/3Pk4H5Y>

8. Briones, Nicole. «Carabineros y protocolos de actuación: INDH enumera incumplimientos durante manifestaciones». Bio Bio Chile, 2019. Disponible en <https://bit.ly/3UKCIXu>

Días después, se filtraba un audio del General Director de Carabineros, Mario Rozas, en el que indicaba «a nadie voy a dar de baja por procedimiento policial. Aunque me obliguen no lo voy a hacer».⁹ De hecho, no fue hasta el 13 de diciembre de 2019 en que los altos mandos de Carabineros reconocieron errores en los protocolos e informaban la baja a ocho Carabineros.¹⁰

A través de esta breve revisión de datos públicos no resulta descartable nuevamente que los altos mandos de Carabineros no hayan conocido oportunamente los hechos que estaban teniendo lugar a días de iniciadas las manifestaciones en nuestro país. Efectivamente, los mandos estratégicos de la institución tienen acceso directo e inmediato a la información de las operaciones que se efectúan a través de diferentes canales y tecnologías. Así, en la época de ocurrencia de los hechos, mandos como el Jefe de Zona Metropolitana (STGO-1) o el Jefe de Zona de Control, Orden e Intervención Pública (STGO-4) en Santiago monitoreaban operaciones desde centros de comunicaciones como el Gama Central o la Unidad de Mando y Control del Centro de Comunicaciones de Carabineros (Cenco). Otros mandos operativos, como el Jefe de Fuerzas Especiales (G-1), o sus adjuntos G-2 y G-3 supervisaban las operaciones directamente en terreno.

Pese a dicho conocimiento oportuno, no se verificó la implementación de medidas eficaces que significaran un cambio en el despliegue de Carabineros, sino hasta transcurrido al menos un mes desde iniciado el estallido social.

Fuente legal

Antes de cerrar esta propuesta de interpretación, vale la pena referirse brevemente a la cuestión de la fuente legal en la que incardinaríamos la figura de autoría mediata propuesta por Roxin, y que vendría inmediatamente después de afirmar su aplicación en el caso chileno. Cabe destacar, con todo, que la solución de este asunto no constituye el objetivo del presente trabajo, por lo que solo se indicarán a continuación algunos de los lineamientos entregados por la doctrina nacional para dejar esbozada una posible e inicial propuesta de solución.

En Chile, si bien doctrinariamente se sostiene la existencia de autoría mediata, no es evidente dónde se encuentra regulada.

Una posición en la doctrina nacional considera que la autoría mediata se encuentra regulada en los tipos de la parte especial. En esta línea, Soto Piñeiro señala que el problema de la autoría es un problema del tipo penal, por lo que se ha de definir

9. Cerna «Filtran audio de general Rozas: “A nadie voy a dar de baja por procedimiento policial. Aunque me obliguen no lo voy a hacer”». *Emol*, 2019. Disponible en <https://bit.ly/3FKiHmx>

10. Catena y Rivera «Carabineros reconoce errores en protocolos, transforma FF.EE. y cursa ocho bajas», *La Tercera*, 2019. Disponible en <https://bit.ly/3HvXi1E>

la misma sobre la base de lo que se entienda por realizar el tipo en el respectivo tipo. Asimismo, el criterio del dominio del hecho es el mejor recurso al que se ha de acudir para aprehender correctamente lo que tal realización significa (Soto Piñeiro, 1986: 44). En efecto, es el criterio del dominio del hecho el que, a partir del correspondiente tipo de la parte especial, nos permitirá atribuir al sujeto la calidad de autor individual, mediato o coautor (Soto Piñeiro, 1986: 46).

En el mismo sentido, Cury indica que tanto el autor individual como el mediato vienen captados directamente en el tipo penal, quedando el artículo 15 del Código Penal referido únicamente a los supuestos de coautoría y de complicidad, sancionada como autoría (Cury citado en Soto Piñeiro, 1986: 38).

Por su parte, hay autores que consideran que la autoría mediata se encontraría regulada en el artículo 15 número 2 del Código Penal. Así, Yáñez apunta a que en este numeral quedan comprendidas varias situaciones de autoría mediata, como algunos casos de coacción de los que *fuerzan* a otros a ejecutarlo, o del caso que Roxin llama «dominio de la voluntad mediante un aparato de poder organizado» (Yáñez, 1975: 62).

Garrido Montt, por su parte, indica que en el artículo 15 número 2 nuestro legislador reconoce los casos del autor detrás del autor o autoría mediata. Agrega que en estos supuestos de autoría mediata el intermediador actúa dolosamente y no como un simple instrumento, excluyéndose por ello los casos de vis absoluta de este numeral. Concretamente, indica que quien emplea la fuerza debe obrar con dolo directo, mientras que quien realiza materialmente la conducta puede obrar también con dolo eventual. Seguidamente, agrega que precisamente esta última relación sería el significado de la expresión «directamente» empleada por el legislador en la primera parte del numeral en cuestión. Finalmente, apunta que la autoría mediata no se escapa de la noción de acción como actuar finalista, por lo que esta igualmente sería reconducible al artículo 15 número 1 del Código Penal (Garrido Montt citado en Soto Piñeiro, 1986: 42).

Como se desprende de las consideraciones precedentes, si bien la autoría mediata —sobre todo, la autoría mediata en aparatos organizados de poder— no se establece en el derecho penal chileno de manera expresa, como sí se consagra en legislaciones como la de Alemania y España, lo cierto es que tal constatación no sería motivo para afirmar al respecto una laguna de punibilidad de nuestro legislador.

Todo lo contrario, procede siempre sancionar al autor mediato, ya sea, en virtud del artículo 15, número, 2, primera parte, o a través de su consagración en cada uno de los tipos de la parte especial, con el apoyo imprescindible del criterio de dominio del hecho. El que, y más concretamente en relación con la figura de autoría mediata que nos convoca, se caracteriza por el dominio de la organización. Es decir, por el *dominio directo sobre* la organización, y que explica un dominio indirecto o mediato sobre la voluntad de los ejecutores del hecho delictivo (Feijoo, 2009: 197).

Conclusión

A mi juicio, creo que no existe inconveniente alguno en aplicar la figura del dominio de la voluntad en virtud de aparatos organizados de poder en Chile, a propósito de los hechos ocurridos en el marco del denominado estallido social.

En efecto, la existencia de una estructura de poder completamente jerarquizada, cuyos miembros subordinados actúen irrestrictamente ante las órdenes de sus superiores, se cumple respecto de Carabineros. Asimismo, la configuración del requisito de apartamiento del derecho del aparato tampoco resulta descartable, ya que si seguimos la interpretación de este elemento como fue propuesto en este trabajo, es decir, a la luz de los requisitos exigidos para estar en presencia del elemento político establecido en el artículo 1 número 2 de la Ley 20.357, es posible verificar indicios poderosos que permiten afirmar su concurrencia, y con ello, dar cuenta de la necesidad de profundizar en esta materia.

Creo que, así como es deber del Ministerio Público investigar hechos como los ocurridos en Chile desde el 18 de octubre 2019 hasta la primera semana de marzo de 2020, es deber de la dogmática penal sistematizar y depurar del modo más preciso posible los argumentos jurídicos necesarios para apoyar la consecución de la justicia material que requieren los cientos de víctimas que a la fecha siguen sufriendo las consecuencias lesivas en virtud de los delitos cometidos por agentes del Estado. Para esto, no basta con la investigación del actuar de los inferiores o ejecutores directos de estos delitos, sino que es necesario indagar en el comportamiento de aquellos que dirigen o controlan la organización.

Referencias

- AMBOS, Kai y Grammer, Christoph (2003). «Dominio del hecho por organización, la responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käsemann». *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal* (pp. 103-130). *Santa Fe: Ad Hoc*.
- AMBOS, Kai (2011). «El juicio a Fujimori: Responsabilidad de un presidente por crímenes contra la humanidad como autor mediato en virtud de un aparato de poder organizado». *Revista de Derecho Penal y Criminología*. 3.^a época, 5: 229-272.
- . (2012). «Crímenes de lesa humanidad y la Corte Penal Internacional». *Revista general de Derecho penal*, 17. Disponible en <https://bit.ly/3Fjercf>.
- . (2019). Informe jurídico sobre la cuestión de la existencia del elemento de contexto de Crímenes contra la humanidad con respecto a los eventos en Chile entre el 17 y 28 de octubre de 2019, tal como se describe en la Acusación Constitucional del 30 de octubre de 2019. Santiago: Ciper. Disponible en <https://bit.ly/3BcZaZj>.
- BOLEA BARDÓN, Carolina (2000). *Autoría mediata en Derecho Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- BRUERA, Matilde (2001). «Autoría y dominio de la voluntad a través de los aparatos organizados de poder». *Nuevas formulaciones en las ciencias penales, homenaje a Claus Roxin* (pp. 259-271). Córdoba: Lerner Argentina.
- CÁRDENAS, Claudia (2020). «¿Qué actos pueden constituir un ataque contra una población civil en la tipificación de crímenes de lesa humanidad de la Ley 20.357?». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 55: 131-155.
- . (2021). «El ataque contra una población civil en la práctica de la Corte Penal Internacional». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), 34 (1): 297-317.
- CARO, Dino (2009). «Sobre la punición del expresidente Alberto Fujimori Fujimori como autor mediato de una organización criminal estatal». *Revista de Doctrina de Derecho Penal Internacional* (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik). Disponible en <https://bit.ly/3HoXWyo>.
- COUSO, Jaime y Héctor Hernández (2011). «Libro primero (artículos 1 a 105). Doctrina y Jurisprudencia». *Código Penal comentado*. Santiago: Legal Publishing.
- DEFENSORÍA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE (2019). Informe de la defensoría jurídica de la Universidad de Chile, sobre la situación de los derechos humanos en Chile en el contexto de las movilizaciones sociales 2019. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Disponible en <https://bit.ly/3Fsr3Pq>.
- OFICINA DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU (2019). Informe sobre la misión a Chile 30 de octubre-22 de noviembre de 2019. Disponible en: <https://bit.ly/3vdYQpJ>.
- FARALDO, Patricia (2008). «Posibilidades de aplicación de la autoría mediata con aparatos organizados de poder en la empresa». *Cuestiones actuales de Derecho Penal Económico* (pp. 89-130). Madrid: Colex.
- . (2009). «La fórmula de Radbruch y la construcción de una autoría mediata con aparatos organizados de poder». *Anuario da Facultad de Derecho* (Universidad de Coruña), 13: 145-163.
- FEIJOO, Bernardo (2009). «Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas». *Gobierno corporativo y Derecho Penal* (pp. 192-218). Universidad Autónoma de Madrid.
- GARCÍA, Percy (2009). «La autoría mediata por dominio de la voluntad en aparatos organizados: el caso de Alberto Fujimori». *Revista de Doctrina de Derecho Penal Internacional* (Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik). Disponible en <https://bit.ly/3Bdkfmm>.
- GUZMÁN, José Luis (2009). «Capítulo III, el caso chileno». *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, un estudio comparado*. 2.^a ed. (pp. 71-86). Bogotá: Temis.
- HUMAN RIGHTS LIBRARY (2022). *La Corte Penal Internacional. Los elementos de los crímenes*. Disponible en <https://bit.ly/3Vxoxx6>.

- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2019). Informe Anual sobre la situación de los Derechos Humanos en Chile en el contexto de la crisis social. Disponible en <https://bit.ly/3ho8EQz>.
- . (2020). Información constatada por el INDH al 31 de enero de 2020. Disponible en <https://bit.ly/3UxJsyH>.
- . (2022). «Panorama general de las acciones judiciales en el contexto de la crisis social». Registro de ingreso centralizado 28 de abril de 2022. Disponible en <https://bit.ly/3UApkfp>.
- JAKOBS, Gunther (1997). Derecho penal Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación. 2.^a ed. Madrid: Marcial Pons.
- JESCHECK, Hans-Heinrich (2002). *Tratado de Derecho penal. Parte general*. 5.^a ed. Granada: Comares.
- MALARINO, Ezequiel (2009). «Capítulo II, el caso argentino». *Imputación de crímenes de los subordinados al dirigente, un estudio comparado*(pp. 39-70). 2.^a ed. Bogotá: Temis.
- MAÑALICH, Juan Pablo (2020) «Los crímenes de lesa humanidad entre el derecho internacional y el derecho interno a propósito del “estallido social” chileno». *Revista en Letra Derecho Penal*, Argentina. Disponible en <https://bit.ly/3VQHmen>.
- MODOLELL, Juan Luis (2008). «Problemas de autoría en la sentencia del 29 de enero de 2007 de la sala de cuestiones preliminares I de la Corte Penal Internacional (confirmación de cargos contra Thomas Lubanga Dyilo)». *Cuestiones esenciales en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional* (pp. 91-109). Granada: Comares.
- . (2014). *Derecho Penal. Teoría del delito*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
- RÍOS, Jaime (2006). «De la autoría mediata en general y de si en Chile su inexpressividad legal constituye una laguna de punibilidad». *Revista Política Criminal*, 2: 1-23.
- ROXIN, Claus (2000). *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- . (2006) «El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata». *Revista de Estudio de la Justicia*, 7: 11-22.
- . (2009). «Dirección de la organización como autoría mediata». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, LXII: 51-65. Disponible en <https://bit.ly/3VVjhTI>.
- . (2014). *Derecho penal. Parte general*. Santiago: Thompson Reuters,
- SOTO, Miguel (1986). La noción de autor en el Código Penal chileno. *Gaceta Jurídica*, XI, (68): 13-54.
- YÁÑEZ, Sergio (1975). «Problemas básicos de la autoría y participación en el Código Penal chileno». *Revista de Ciencias Penales*, 34 (1): 49-64.

Sobre la autora

ALEXIA ALTAMIRANO es abogada y magíster en Derecho Penal, Universidad Alberto Hurtado. Su correo electrónico es altamirano.alexia@gmail.com.

La *Revista de Estudios de la Justicia* es publicada, desde 2002, dos veces al año por el Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Su propósito es contribuir a enriquecer el debate jurídico en el plano teórico y empírico, poniendo a disposición de la comunidad científica el trabajo desarrollado tanto por los académicos de nuestra Facultad como de otras casas de estudio nacionales y extranjeras.

DIRECTOR

Álvaro Castro

(acastro@derecho.uchile.cl)

SITIO WEB

rej.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

cej@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía
(www.tipografica.io)