



INFORME JURÍDICO

RESPONSABILIDAD PENAL POR OMISIÓN DE LOS MANDOS CON OCASIÓN DE LOS CRÍMENES COMETIDOS DURANTE EL ESTALLIDO SOCIAL

AMNISTÍA INTERNACIONAL

Amnistía Internacional es un movimiento integrado por 10 millones de personas que apelan a nuestro sentido de humanidad y trabajan en favor del cambio para que todas las personas disfrutemos de nuestros derechos humanos. Nuestra visión es la de un mundo en el que quienes están en el poder cumplen sus promesas, respetan el derecho internacional y rinden cuentas. Somos independientes de todo gobierno, ideología política, interés económico y credo religioso, y nuestro trabajo se financia principalmente con las contribuciones de nuestra membresía y con donativos. Creemos que actuar con solidaridad y compasión hacia nuestros semejantes en todo el mundo puede hacer mejorar nuestras sociedades.

INFORME JURÍDICO

RESPONSABILIDAD PENAL POR OMISIÓN DE LOS MANDOS CON OCASIÓN DE LOS CRÍMENES COMETIDOS DURANTE EL ESTALLIDO SOCIAL¹

¹ Agradecimientos a Sabrina Perret N. (Abogada, Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal, Universidad Diego Portales. Estudiante de Doctorado en Derecho de la Universidad Diego Portales y de la Universidad Humboldt de Berlín) por su asesoría en la elaboración de este documento.

RESUMEN EJECUTIVO

El presente informe tiene por objeto analizar la responsabilidad penal por omisión de las autoridades y mandos de las instituciones involucradas en el control del orden público a propósito de las protestas comenzadas el 18 de octubre de 2019 en Chile. Para lo anterior se analiza, por una parte, la posible aplicación de la Ley 20.357 en lo referente a crímenes de lesa humanidad, así como la responsabilidad individual por omisión establecida en el Art. 35 de la misma ley. La invocación de dicha legislación depende en primer lugar de la existencia en los hechos del denominado “elemento internacional” o “contextual”, el cual descansa en la posibilidad de constatar un “ataque generalizado” o “sistemático; la existencia de una política tras la comisión de los actos, así como su comisión por parte de miembros de ciertas organizaciones. Estos elementos permiten vincular los distintos actos entre ellos, así como a la organización desde la cual se cometieron, descartando que se trate de hechos simplemente aislados, o azarosamente conectados; y, en cambio, vinculándolos a una plataforma organizacional común. Asimismo, se revisó la procedencia de aplicar la “responsabilidad del superior” en su variante omisiva (contenida en el Art. 35 de la referida ley), lo que supone el establecimiento de una relación de jerarquía y subordinación, capacidad de actuar, así como de evitar el resultado.

En segundo lugar, y en caso de que se estimara que en los hechos no concurren crímenes de Derecho Penal Internacional, surge como relevante la categoría de Omisión Impropia o comisión por omisión. La misma permite hacer responder a quien teniendo un deber jurídico que lo vincula, ha omitido prevenir (o denunciar) un resultado lesivo que podía ser evitado. Esta categoría, propia del Derecho Penal Doméstico, es una alternativa para exigir la responsabilidad de los mandos en este caso, sin que sea necesaria la prueba del denominado “elemento contextual” propia de los crímenes de Derecho Penal Internacional.

En este sentido, se analiza sucintamente la aplicabilidad del Art. 150 letras A y D del Código Penal chileno, que contempla asimismo una variante de responsabilidad del superior por omisión.

INTRODUCCIÓN

Con ocasión de los violentos hechos ocurridos tras las protestas que comenzaron el 18 de octubre de 2019 en Chile, muchos de ellos constitutivos de graves violaciones a los derechos humanos, ha surgido la pregunta por su relevancia penal y la eventual responsabilidad penal individual de las autoridades respecto de los mismos. Dicha responsabilidad individual no sólo se analiza o es relevante en el caso de los autores directos o ejecutores de los crímenes, sino también (o especialmente) respecto de los altos mandos de las instituciones estatales involucradas en la comisión de delitos y que pudieron haber contribuido o fallado en evitar o controlar adecuadamente los riesgos que acarrearon las distintas consecuencias típicas y que afectaron a un número considerable de personas.

Asimismo, la relevancia de estos hechos no sólo surge en el plano del Derecho Penal doméstico y sus categorías (principalmente la de comisión por omisión) sino que también se ha planteado la pregunta por su posible relevancia internacional, más concretamente por su eventual carácter de delito de lesa humanidad. Como es sabido, la posibilidad de imputar responsabilidad penal internacional depende de la comisión de ciertos delitos concretos o individuales unido a la presencia de un determinado elemento o contexto organizacional, el denominado “elemento internacional”. La responsabilidad penal individual de los superiores por crímenes de derecho internacional está regulada en Chile por la Ley 20.357. Esta Ley tipifica los crímenes de lesa humanidad y genocidio y crímenes y delitos de guerra, y determina las reglas de responsabilidad individual, como es el caso de su Artículo 35, que establece la responsabilidad omisiva de los superiores por los delitos cometidos por sus subordinados. El presente informe pretende precisamente analizar estas cuestiones desde una perspectiva dogmática y jurisprudencial, comenzando por una breve síntesis de los hechos (I); seguido del análisis del denominado elemento contextual (II), para tratar a continuación la responsabilidad penal individual por omisión de aquellos superiores que no evitan o denuncian un delito cometido por uno de sus subordinados (Art. 35 de la Ley 20.357) (IV). Respecto de estos dos últimos puntos, como se verá, se considerarán especialmente los desarrollos realizados en el contexto del Derecho Penal Internacional; finalizando con el análisis de la eventual posible relevancia de la responsabilidad por omisión impropia establecida en el Código Penal chileno y que podría ser aplicable en este caso.

I. HECHOS

Según lo consignado por Amnistía Internacional, a partir del 18 de octubre de 2019, en el contexto de las manifestaciones multitudinarias que se registraron a lo largo de todo el país, las denuncias de violaciones de derechos humanos, incluidas torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos y degradantes, así como lesiones por heridas de bala y de balines (de aleación de metal y goma) que causaron graves traumas oculares, a manos de Carabineros, aumentaron exponencialmente con el transcurso de los días y se mantuvieron durante los meses siguientes.² Estos sucesos plantean una serie de cuestiones penales que se analizarán en lo sucesivo (II en adelante). En esta sección, nos contentamos con dar una visión sintética y resumida de los mismos que oriente en lo sucesivo la exposición del derecho aplicable al caso desde el punto de vista penal.

Los hechos demuestran la comisión de diversas conductas típicas individuales o grupales, por parte de personal de Carabineros, cometidas dentro de un determinado contexto político-social y temporal, y que dan cuenta de un uso excesivo y desproporcionado de la fuerza por parte de miembros de la institución, existiendo medios y técnicas instauradas al interior de la organización que posibilitan, promueven o toleran dicho uso excesivo de la fuerza. Lo anterior se ve favorecido por la escasa o nula exigencia de responsabilidades administrativas por parte de los superiores competentes y el escaso funcionamiento de los mecanismos de control interno tras la pública ocurrencia de los hechos³ y, por el contrario, la existencia de un cierto discurso que asegura o promete la impunidad.⁴

Si ponemos nuestra atención en el contexto organizacional más amplio, podríamos también detectar la existencia de un cierto clima o ambiente favorable a este uso excesivo de la fuerza por parte del poder político, el uso de un discurso de la guerra “contra el enemigo”. Así como nuevamente la falta de exigencia de responsabilidades cívico-administrativas tras la ocurrencia de los hechos, e inclusive, actos de promoción e incentivo a las carreras de los mandos involucrados en los mismos.

Si uno indaga más profundo en la organización de Carabineros, podrá advertir la adopción o el surgimiento de ciertas prácticas problemáticas desde el punto de vista jurídico y la existencia de una crisis generalizada al interior de la institución, que ya es de público conocimiento. De relevancia para los hechos de este caso: compra y dotación al personal a cargo del control de manifestaciones de escopetas “antidisturbios” que no cumplen con los estándares internacionales; uso indiscriminado de armas letales y menos letales, etc.⁵

² Ver Informe de Amnistía Internacional, “Ojos sobre Chile: Violencia Policial y Responsabilidad de Mando durante el Estallido Social”, 2020, p. 9. Cifras detalladas que ilustran el cuadro de violaciones de los derechos humanos y crímenes de derecho internacional cometidas en el contexto de las manifestaciones entre el 18 de octubre y finales de noviembre de 2019 se encuentran en el gráfico contenido en la página 15 de dicho informe.

³ Informe Amnistía Internacional “Ojos sobre Chile”, p. 92

⁴ Informe Amnistía Internacional “Ojos sobre Chile”, p. 101

⁵ Ver Informe Amnistía Internacional “Ojos sobre Chile”, p. 10

II. EL ELEMENTO CONTEXTUAL EN LOS CRÍMENES DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL

2.1 EL ELEMENTO CONTEXTUAL EN GENERAL

Un elemento característico de los crímenes de Derecho Penal Internacional a los que alude la Ley 20.357, en general, es su comisión por parte de agentes que actúan en el contexto de una organización estructurada y no meramente aislados o como individuales. Este elemento es clave y un requisito “de entrada” para la responsabilidad individual, por lo cual su establecimiento es crucial. Desde el punto de vista sustancial y de la responsabilidad individual, el establecimiento del elemento contextual es un requisito objetivo o material del delito que debe establecerse en adición a los requisitos típicos de cada crimen individual⁶.

El medio ambiente organizacional provee una estructura para la coordinación y actuación de los diferentes miembros, que actúan como agentes de dicha organización. En efecto, un aspecto crucial de este tipo de crímenes, es que los diferentes sujetos actúan coordinados y estructurados de una cierta manera que trasciende la mera agrupación puntual para perpetrar delitos específicos. En términos técnicos, la existencia de crímenes de derecho internacional implica su comisión por parte de una asociación de ciertas características, entre ellas, la existencia de una estructura jerárquica que opere sobre los principios de autoridad y obediencia⁷.

La organización como tal puede formarse de manera singular y aislada, o “enquistada” en una organización más amplia, como el Estado, el ejército o un área específica de la administración estatal. En este último caso la asociación como un subsistema organiza los objetivos y recursos del organismo en contra de la autoridad legal, reemplazándola por nuevos valores y prácticas. El establecimiento, formación o surgimiento de la organización y sus límites es difícil de establecer toda vez que el nacimiento del plan criminal y la pérdida de autoridad del Derecho tiende a ocurrir de formas difusas y en completo anonimato: “con frecuencia no sabremos quién fue el primero en dictar el inicio de las nuevas estructuras de la organización ilegal”.⁸ Normalmente lo que ocurre es una transformación del ambiente o “clima normativo”, que resulta en una erosión de las inhibiciones morales en contra de la comisión de crímenes. En este sentido, en fenómenos de criminalidad masiva, los crímenes pueden verse como mecanismos de “adaptación” al grupo y su “subcultura de la violencia”. En este tipo de casos, al interior de la organización, la conducta criminal constituye una regularidad y no una excepción. 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 contextos que están altamente regulados, en ámbitos como el Estado, el ejército o las policías, la facultad del juicio o de elección es la que se ve afectada o está ausente, toda vez que el ambiente fuertemente regulado tiende a automatizar la acción, suspender el juicio y oscurecer la distinción entre conductas correctas e incorrectas como se entendía anteriormente⁹.

⁶ 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 en este sentido Satzger (2018) p. 361

⁷ 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 Werle y Burghardt (2012) p. 1156 f., 1163; Sobre el concepto de organización y la necesidad de una estructura jerárquica lineal ver Ambos (1998) p. 240 s.; sobre el “contexto político” y la caracterización de estos crímenes como “crímenes de obediencia” Kelman (2009) p. 26 ss.

⁸ En este sentido, Arendt (2007) p. 503.

⁹ 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 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”, típico de estos escenarios, su importancia para el Derecho Penal y el establecimiento de los elementos materiales del delito ver Jäger (1989) p. 132 ss.; acerca de la transformación del “clima normativo” típico de esta clase de criminalidad sistemática ver Nollkaemper y Van der Wilt (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 Kelman (2009) p. 26 ss.

La historia del Derecho Penal Internacional nos muestra 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 ámbitos, el individualismo es uno de los primeros valores en desaparecer: “una vez que el sujeto ha sido admitido al grupo, caerá bajo el hechizo de las prácticas del colectivo”.¹⁰ Esto explica un aspecto crucial de la criminalidad sistemática: hay una predisposición de los miembros de la organización a cometer delitos, dado al “clima normativo” que los rodea. Esto es particularmente cierto cuando la asociación está inmersa en un medio ambiente de tolerancia o aquiescencia respecto a la violencia o las prácticas ilegales, especialmente si es que hay prácticas regladas que, a pesar de que no ordenan un plan violento, deshumaniza a las víctimas, tolera la violencia o tiene prácticas de adoctrinamiento o entrenamiento especial de fuerzas armadas en contra de “enemigos peligrosos” internos o externos¹¹.

Las entidades colectivas u organizaciones que pueden estar involucradas en crímenes de Derecho Internacional pueden tomar variadas formas. Pueden constituir desde pequeños grupos de individuos, hasta regímenes que se extienden por varias áreas de un Estado. Asimismo, el grado de organización puede ser alto (como la burocracia de la Alemania Nazi) o más bien informal (como en el caso de los crímenes internacionales cometidos en algunos países de África¹²).

Cuando la organización que comete crímenes está “enquistada” en una organización más grande, como se ha señalado, será difícil constatar su específica forma y surgimiento. En estos casos los miembros de la organización comienzan a desviar o utilizar sus medios y recursos de forma criminal, reemplazando la autoridad anterior del Derecho por una nueva e ilegal.¹³ 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 esperarse, es difícil de responder, y nos hablan de los límites de la organización y la importancia de la reacción de las autoridades y miembros de la organización –estatal- más amplia: mientras que algunos agentes se verán envueltos directa y obviamente en acciones criminales, otros realizarán labores que contribuyen aunque de manera menos directa, mientras que la conducta criminal de los miembros más altos de la cadena será difícil de identificar y podría ser percibida como conductas que no pasan el umbral de una contribución activa¹⁴.

¹⁰ Como señala ya Arendt (2003) p. 41, 45 ss. y desarrollando este punto en el ámbito del Derecho Penal Nollkaemper y Van der Wilt (2009) p. 6 s.

¹¹ Ver Nollkaemper y Van der Wilt (2009) p. 6 s.

¹² Nollkaemper y Van der Wilt (2009) p. 18 y 19

¹³ 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 Roxin (2003) p. 55 s. y Roxin (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 Jäger (1989) p. 191.

¹⁴ Como ha sido establecido en Arendt (2003) p. 30; ver también, Werle y Jessberger (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.

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 un apoyo o una contribución, pero es en este nivel en el cual podemos percibir el surgimiento de la “política”. En efecto, en el nivel de la “formación de la política” en general no encontraremos órdenes criminales, sino que primero el surgimiento de un discurso vago y general, aunque peligroso acerca de la necesidad de “protección” de la sociedad o el 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 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 explícitamente o directamente criminales, son complementadas por el “etiquetamiento” de un cierto grupo como “enemigo”: al interior del sistema y sin necesidad de órdenes o plan explícito, este auténtico “reseteo” de valores se transforma en las cadenas inferiores de mando hacia la comisión de crímenes concretos¹⁵.

En un contexto así, 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 hacia sus actos criminales. Las autoridades que presencian la comisión 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 poner un alto a la comisión de crímenes y a la nueva regularidad criminal que comienza a imponerse dentro de la organización¹⁶. Cuando, por el contrario, esto no ocurre y los superiores son tolerantes o, 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.

2.2 EL ELEMENTO CONTEXTUAL EN LOS CRÍMENES DE LESA HUMANIDAD DE LA LEY 20.357

La Ley 20.357 implementa en Chile el Estatuto de Roma, regulando en su Título I los crímenes de lesa humanidad. La legislación nacional, de reciente aprobación y aún joven desarrollo, constituye una “implementación modificatoria” de su par internacional, en el sentido de que desarrolla bajo sus propios términos distintas reglas acerca de la responsabilidad penal individual respecto de crímenes de derecho internacional. Para efectos de interpretar y desarrollar las normas de la ley de implementación, corresponde tener como referencia obligada al Derecho Penal Internacional, tal como lo establece el Código Civil en su artículo 21, que señala que las expresiones de una ley que provienen de tratados internacionales deben interpretarse conforme al significado que se les da en el Derecho internacional, de donde provienen, “a menos que aparezca claramente que se han tomado en un sentido diverso”¹⁷. Adicionalmente, y considerando un criterio técnico, a las palabras de la ley debe dárseles el sentido propio de la disciplina de la cual provienen, en este caso el Derecho Penal Internacional¹⁸. De ahí que en lo sucesivo y respecto de lo señalado sobre el elemento contextual en la Ley 20.357 y la responsabilidad individual por omisión del Art. 35, sea de crucial relevancia tomar en cuenta la jurisprudencia y doctrina en el contexto del Derecho Penal Internacional.

¹⁵ Acerca del surgimiento de una “política” en general, tomando casos específicos de tortura, ver Kelman (2009) p. 26 ss.

¹⁶ En términos similares, Roxin desarrolla una noción de organización dentro de una organización que se “descuelga” del Derecho, reemplazando su autoridad por una nueva. Este sería un elemento central para el desarrollo de su categoría de la autoría en virtud de aparatos organizados de poder, toda vez que permite establecer el poder de influencia de los superiores y sus órdenes o imperativos ilegales, ver Roxin (2015) p. 249 s.

¹⁷ Sobre este punto ver Cárdenas (2013) p. 130 y ss y Cárdenas (2020) p. 136 y s.

¹⁸ Cárdenas (2013) p. 130 y ss y Cárdenas (2020) p. 136 y s.

El Artículo 1º de dicha Ley señala que constituyen crímenes de lesa humanidad los actos delictivos señalados en dicho cuerpo normativo cuando son cometidos como parte de “un ataque generalizado o sistemático contra una población civil”, mientras dicho 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 detienen un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos”. El Artículo 2º por su parte, detalla en qué hipótesis puede establecerse que existe un “ataque generalizado”, entendiéndose que el mismo está presente cuando “un mismo acto o varios actos simultáneos o inmediatamente sucesivos”, afectan o son dirigidos a un número considerable de personas. Adicionalmente, el mismo artículo señala que debe entenderse por “ataque sistemático” toda “serie de actos sucesivos que se extienden por un cierto período de tiempo y que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas”. La ley no entra en detalles acerca de cuándo puede estimarse que los actos responden a una “política” como si lo hace con la definición de ataque “generalizado” o “sistemático”. Analizaremos a continuación por separado los requisitos característicos del ataque en el contexto de los crímenes de lesa humanidad comenzando por la característica de que el ataque sea (a) “generalizado”, o “sistemático”, así como la necesidad de que responda a una “política” (b) y provenga de una “organización” (c).

a) “Ataque generalizado” o “sistemático”

La ley chilena (20.357) es clara al exigir que el ataque ha de ser - como lo determina el Estatuto de Roma - generalizado o sistemático, alternativamente (bastando cualquiera de los dos para dar por probado el requisito). Respecto a la primera de las opciones, la misma ley aclara en su Artículo 2º que por “ataque generalizado” debe entenderse “un mismo acto o varios actos simultáneos o inmediatamente sucesivos, que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas”. De esta manera, la ley chilena, como el Estatuto, se contenta incluso con actos singulares, mientras se establezcan los restantes requisitos. De esta forma, para la ley chilena incluso un solo acto también puede ser considerado como “generalizado”¹⁹, mientras se perpetre en el marco de una comisión de tal carácter.

En segundo lugar, para la legislación chilena, el ataque contra una población civil es también punible como crimen de lesa humanidad cuando presenta la característica de ser “sistemático”. Es la propia ley 20.357 la que explica cuándo este elemento tiene lugar, comprendiendo que esto ocurre cuando el ataque consiste en “una serie de actos sucesivos que se extienden por un cierto período de tiempo y que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas.”

En la jurisprudencia internacional se ha reforzado el hecho de que el ataque puede ser “generalizado” o “sistemático”, alternativamente²⁰. Respecto del término “generalizado”, y aunque la legislación chilena se conforma explícitamente con un solo acto, se ha establecido en la jurisprudencia internacional que el mismo se refiere a la escala y al número de personas afectadas, descartándose fenómenos aislados. En efecto, se ha considerado que la escala generalizada del ataque implica masividad y frecuencia, “seriedad” y el hecho de que sea dirigido contra una multiplicidad de víctimas²¹. La evaluación no es cuantitativa ni geográfica, sino que caso a caso, pudiendo ser el ataque un efecto cumulativo de una serie de actos inhumanos o el efecto singular de un solo acto inhumano de una magnitud “extraordinaria”²².

¹⁹ Al respecto, recientemente Cárdenas (2020) p. 137.

²⁰ Ver Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, No.: ICC-01/09 , 31 Marzo de 2010, pár. 94.

²¹ Ver Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, No.: ICC-01/09 , 31 Marzo de 2010, pár. 95.

Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, para. 83; Pre-Trial Chamber I, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/04-01/07-717, paras 395. See also ICTR, Prosecutor v. Akayesu, Case No. ICTR-96-4-T, Judgement, 2 September 1998, para. 580

²² Ver Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, No.: ICC-01/09 , 31 Marzo de 2010, pár. 95; también ICTY, Prosecutor v. Blaskic, Case No. IT-95-14-T, Judgement, 3 March 2000, par. 206.

Respecto del término “sistemático”, según la jurisprudencia internacional, el mismo se refiere a la naturaleza organizada o dirigida de los actos de violencia²³. La Sala de Cuestiones Preliminares de la Corte Penal Internacional ha sido de la opinión que la existencia de una política estatal u organizacional permite inferir la naturaleza sistemática del ataque²⁴, por lo que, de cierta manera, estos requisitos pueden tender a coincidir. La esencia del elemento es descartar de la noción de crímenes de lesa humanidad la comisión de actos aleatorios o aislados²⁵. Un acto o actos ocurridos de manera sistemática, puede plasmarse en la existencia de patrones, en el sentido de una “repetición no accidental” de conductas criminales similares²⁶.

Asimismo, la jurisprudencia internacional ha señalado que lo que ha de ser “sistemático” o “generalizado” es el ataque en sí y no cada uno de los crímenes individuales, de manera tal que por ataque se puede comprender una multiplicidad de actos relacionados, sin necesidad de que cada acto o tipo de crimen sea cometido generalizada o sistemáticamente²⁷.

Respecto de este requisito, en los presentes hechos, se puede apreciar claramente la presencia de un ataque al menos “generalizado”, en cuanto ha afectado a una multiplicidad de personas, miembros de la población civil que fueron objeto de vulneraciones en un momento y contexto social específico que los hizo ser objeto del referido ataque. Esta multiplicidad de actos lesivos en contra de diversos miembros de la población civil no puede considerarse como casualmente coetánea o aleatoriamente simultánea, sino que, por el contrario, estos diversos hechos individuales –resultados individuales- forman parte de un conjunto más amplio o generalizado de delitos. A este respecto basta considerar las cifras de resultados lesivos con relevancia penal y las cifras de violaciones a los derechos humanos registradas en el contexto de las multitudinarias manifestaciones, entre octubre y fines de noviembre (2019): la Fiscalía Nacional ha abierto investigaciones por un total de 5.558 víctimas de “violencia institucional” de las cuales 1.938 eran de personas lesionadas por armas de fuego y 674 por lesiones graves, de las cuales 285 eran lesiones oculares. Del total, 834 eran niños, niñas o adolescentes. Además, se registran 246 víctimas de violencia sexual. Adicionalmente existen 134 investigaciones por tortura y 4.158 por apremios ilegítimos. Del total de las denuncias, 4.170 son contra personal de Carabineros, 244 contra funcionarios del Ejército, 96 contra Policía de Investigaciones (PDI) y el resto contra otras corporaciones.²⁸

²³ Sentencia de la Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber III, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba, No.: ICC-01/05-01/08 Date: 10 June 2008, pár. 33.

²⁴ Ver la Sentencia de la Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber III, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo, No.: ICC-01/05-01/08 Date: 10 June 2008, pár. 33.

²⁵ Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, No.: ICC-01/09 , 31 Marzo de 2010, pár. 94 y ss.; Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber I, Decision on the Prosecution Application under Article 58(7) of the Statute, 27 Abril 2007, ICC-02/05-01/07-I-Corr, par. 62: también ICTY, Prosecutor v. Tadic, Case No. IT-94-1-T, Judgement, 7 May 1997, par. 648; También la ya citada Sentencia de la Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber III, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo, No.: ICC-01/05-01/08 Date: 10 June 2008, pár. 33.

²⁶ Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, No.: ICC-01/09 , 31 Marzo de 2010, pár. 96.

²⁷ Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, No.: ICC-01/09 , 31 Marzo de 2010, pár. 94

²⁸ Ver Informe Amnistía Internacional, “Ojos sobre Chile”, p. 13 con cifras más detalladas, disponibles hasta el 30 Noviembre de 2019.

b) Existencia de una política tras la comisión de los actos

Los hechos cometidos de manera “generalizada” o “sistemática” deben adicionalmente “responder a una política” de ciertas organizaciones (Art. 1.2. Ley 20.357). A diferencia de lo establecido respecto a los elementos anteriores (ataque “generalizado” o “sistemático”), la ley chilena de implementación calla respecto a este relevante requisito. Este elemento representa el centro del elemento internacional, por cuanto señala el elemento organizacional que conecta a los distintos crímenes individuales, entre ellos y a la organización de que se trata, en este caso el Estado. La posibilidad de conectar los actos a la organización es central en este tipo de criminalidad, y es lo que permite distinguir estos hechos de los casos de criminalidad común en que los sujetos actúan individual o grupalmente. La existencia de una “política” que informe, promueva, aliente o tolere la clase de delitos que se cometen, permite atribuir los delitos individuales aparentemente aislados, “casualmente simultáneos” o “espontáneos” a la organización misma, por proveer una plataforma de acción especialmente peligrosa, que cuenta con medios y recursos (materiales y humanos) que pueden utilizarse para fines ilícitos²⁹.

En el Derecho Penal Internacional, se entiende que esta relación existe cuando los actos se llevan a cabo “en conformidad con la política” o “para promoverla”. En los “Elementos de los crímenes” hay información acerca de cómo ha de detectarse la existencia de esta política, señalándose que la misma existe cuando hay una promoción o aliento activos de esta clase de actos. Así lo ha señalado la jurisprudencia internacional, detallando que el establecimiento de la política por medios activos puede implicar actos de impulso, estímulo o favorecimiento, sin que sea necesario que exista una formalización o explicitación de dicha política³⁰. Es relevante recalcar, respecto de este último punto, que los actos que construyen la política abusiva de la organización no tienen por qué consistir en órdenes o directivas, o una regulación expresa que así lo disponga, pudiendo encontrarse en otros actos de promoción más bien indirectos o vagos. Asimismo, la política puede surgir en distintos niveles de la organización, no es necesario que surja en el nivel más alto, pudiendo abarcar sólo un sub-conjunto de la organización³¹.

Asimismo, en circunstancias excepcionales, se puede apreciar la existencia de una política en una omisión deliberada de actuar que esté dirigida conscientemente a alentar ataques de este tipo. Tal como señala recientemente Cárdenas, este último hecho puede darse claramente cuando quienes están en posición de superioridad, ante la evidencia de que está teniendo lugar la comisión de actos de este tipo, y teniendo poder de incidir en su comisión, no toma conscientemente las medidas que tiene a su alcance, tolerando explícitamente la comisión de esta clase de delitos al interior de su organización³², los cuales son cometidos por parte de sus subalternos y utilizando los medios de la organización que dirige.

²⁹ En sentido similar sobre la implementación chilena Cárdenas (2020) p. 145.

³⁰ Así Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, No.: ICC-01/09 , 31 Marzo de 2010, pár. 84 y ss.

³¹ Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, No.: ICC-01/09 , 31 Marzo de 2010, pár. 89.

³² Cárdenas (2020) p. 146 y s.

Como ya ha sido señalado anteriormente respecto de los requisitos de que el ataque sea “generalizado” o “sistemático”, la jurisprudencia internacional de cierta manera ha recalado que el elemento contextual en los crímenes de lesa humanidad ha de ser interpretado en lo esencial en el sentido de excluir de esta clase de delitos internacionales fenómenos aislados o aleatorios, no conectados entre sí³³. De esta manera, este requisito es una especie de filtro para distinguir casos en que existe una mera acumulación de actos espontáneos. En efecto, incluso en casos en que la violencia surgió de manera espontánea y en que hubo muchos crímenes “oportunistas”, se pudo detectar la existencia de una política en casos en que se utilizaron medios y entrenamiento comunes, así como en que existió el uso de una retórica inflamatoria que propició la comisión de crímenes. De esta manera, y para poder imputar los actos a la organización (como parte de su política), se exige que los mismos se hayan perpetrado en base a una política común, involucrando recursos –públicos o privados- comunes³⁴.

Como ya fue señalado anteriormente respecto del elemento contextual en el Derecho Penal Internacional³⁵, en el nivel de surgimiento de la “política” a menudo no encontraremos ni órdenes ni instrucciones expresas, sino en cambio, actos vagos de promoción que muchas veces no pasan el umbral de una contribución activa al hecho³⁶. No es necesario, por ende, que los actos que permitan reconocer la política sean estrictamente típicos, pudiendo detectarse estos hechos en contribuciones más tenues, tales como actos de promoción de los hechos o los perpetradores al interior de la organización, así como la permisión de uso de medios propios de la institución con fines más allá de los legalmente permitidos, o destinación de recursos especiales para fines violentos, son hechos cruciales a la hora de establecer este elemento³⁷. Asimismo, y cuando no es posible detectar el surgimiento de la política en comportamientos activos (típicos o no), en ciertos casos puede observarse la existencia o el surgimiento de una política en “contribuciones” omisivas al hecho³⁸. Lo anterior tiene lugar cuando los superiores al interior de la organización toleran la comisión de delitos por parte de sus subordinados, ya sea fallando en evitar los crímenes cuando era posible hacerlo, como cuando se omite denunciar y esclarecer debidamente los hechos. Como es posible advertir, cuando los delitos son cometidos desde una organización más amplia, lo relevante será detectar la reacción de los superiores frente a la comisión generalizada o sistemática de crímenes por parte de sus subordinados.

³³ Ver la Sentencia de la Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber III, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo, No.: ICC-01/05-01/08, 10 de junio de 2008, pár. 33.

³⁴ Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, No.: ICC-01/09 , 31 Marzo de 2010, pár. 84 y ss. y 117 y ss.

³⁵ Acerca del elemento internacional o sistemático en el Derecho Penal Internacional ver Werle y Burghardt (2012) p. 1156 f., 1163 Ambos (1998) p. 240 s.; Kelman (2009) p. 26 ss.; y Jäger (1989) p. 132 ss

³⁶ En el Derecho Penal Internacional, acerca del surgimiento de una “política”, tomando casos específicos del crimen de tortura, ver Kelman (2009) p. 26 ss.

³⁷ Señalando parte de estos elementos, Cárdenas (2020) p. 146.

³⁸ Al respecto en el Derecho nacional véase Cárdenas (2020) p. 146 y s.

Respecto de los hechos que suscitan el presente análisis, y respecto a los “actos” o hechos que pueden constituir la política a la cual responde el ataque es necesario considerar en primer lugar la adquisición por parte de la organización de armamento con munición menos letal que no cumple con los requisitos para ser tal, y que resulta contraria el Derecho Internacional. Las armas disuasivas con munición menos letal deben de estar diseñadas de manera tal que la munición no penetre en el cuerpo humano la piel y que permitan ser usadas como disuasivo de manera racional y selectiva. La específica munición adquirida para uso de las fuerzas de orden no cumple con estas características, toda vez que su material (aleación de goma y metal) sí provoca perforación o penetración en el cuerpo humano, generando heridas de gravedad y resultados lesivos que van más allá de lo meramente disuasivo. Adicionalmente, el armamento adquirido dispara doce municiones en diversas direcciones, sin que pueda ser dirigido el tiro a un objetivo específico y dispersándose los balines de manera imprevisible para quien dispara³⁹. Dicha munición nunca debió haber sido utilizada por la organización para dichos fines, pues su lesividad era superior a la permitida. La institución, además, tuvo conocimiento de su lesividad con anterioridad a su masivo uso durante las protestas de octubre de 2019, como consta en causas judiciales anteriores a dicha fecha⁴⁰. La selección, adquisición y provisión de este armamento por parte de la organización (que no debió haberse utilizado en ningún caso por ir más allá de lo permitido en cuanto al uso de la fuerza)⁴¹, se une a su uso excesivo y desproporcionado. Los resultados lesivos ocurridos en estos casos (muchos de ellos de especial gravedad, como los casos de trauma ocular) fueron posibilitados por la puesta en disposición de estas armas por parte de la organización hacia los subordinados, y no son sólo el resultado de la iniciativa propia de los agentes que los perpetraron. Esto es especialmente así, si se considera la lenta reacción en retirar este tipo de armamento por parte de la organización, a pesar de la evidencia de su capacidad de provocar un daño considerable⁴².

No sólo los medios adquiridos oficialmente por la organización resultan problemáticos desde el punto de vista de la extensión de los daños producidos, sino que también la forma en que se utilizaron y el comportamiento extendidamente abusivo que los miembros de la organización presentaron. Lo anterior se hizo prontamente evidente, si se considera la cantidad de heridos y las prontas denuncias públicas realizadas. De especial consideración, por ejemplo, son las declaraciones del Colegio Médico, reportando y alertando de los extendidos y graves daños ocurridos (especialmente oculares), así como de la violación a los protocolos de uso de la fuerza y tratos abusivos⁴³. La Fiscalía también alertó de la gran cantidad de denuncias registradas que respondían a los violentos hechos ocurridos⁴⁴. Asimismo, los informes y declaraciones de organismos de derechos humanos que prontamente alertaron de la gravedad y excepcionalidad de lo que estaba ocurriendo⁴⁵. Este uso abusivo contradice no sólo los estándares internacionales, sino que también las propias normas internas de Carabineros respecto del uso de la fuerza⁴⁶.

³⁹ Al respecto ver en detalle Informe de Amnistía Internacional, “Ojos sobre Chile” p. 20 y ss.

⁴⁰ Ver Fallo Corte Suprema de fecha siete de agosto de dos mil veinte, causa Rol N° 306-2020; Fallo Corte Marcial de fecha seis de noviembre de 2018, causa Rol N°304-2018.

⁴¹ Para un análisis de la munición utilizada y la clarificación de sus efectos es relevante considerar el informe de la Universidad de Chile en <https://www.uchile.cl/noticias/159315/perdigones-usados-por-carabineros-contienen-solo-20-por-ciento-de-goma>

⁴² Ver Informe Amnistía Internacional, “Ojos sobre Chile”, p. 52

⁴³ Se puede consultar la noticia en el siguiente enlace <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/manifestaciones/record-mundial-de-lesiones-oculares-durante-protestas-en-chile/2019-11-06/124519.html>. En el mismo sentido, ver Informe Amnistía Internacional, “Ojos sobre Chile”, p. 66.

⁴⁴ Ver http://www.fiscaliaechile.cl/Fiscalia/sala_prensa/noticias_det.do?noticiaId=16974#.Xd0-wHETT_A.twitter

⁴⁵ Ver especialmente los comunicados e informes del Instituto Nacional de Derechos Humanos, así como comunicado de Amnistía Internacional una vez concluida su visita a Chile en 2019. Pueden consultarse estos hechos en los siguientes enlaces: <https://www.indh.cl/indh-en-este-mes-se-han-presentado-cuatro-veces-mas-querellas-por-violencia-sexual-que-en-nueve-anos-y-casi-el-doble-por-otras-torturas/> y <https://www.amnesty.org/es/latest/press-release/2019/11/chile-responsable-politica-deliberada-para-danar-manifestantes/>; ver asimismo el Informe “Ojos Sobre Chile” de Amnistía Internacional, que señala que el “uso innecesario y desproporcionado de la fuerza de forma reiterada, sugieren que se pudo haber tratado de una política de Carabineros, y no de la responsabilidad de oficiales que actuaron aisladamente quebrantando las órdenes de sus superiores.” p. 6

⁴⁶ Véase la circular número 1832 sobre el uso de la fuerza de Carabineros de Chile (1 de marzo de 2019), y sus protocolos. http://deptodhh.carabineros.cl/assets/og_2635-protocolo_orden_publico.pdf, especialmente su párrafo 2.8 (1) que establece diversos principios y reglas para el uso de la fuerza. Entre ellas, por ejemplo, que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley deben, en la medida de lo posible, emplear medios no violentos antes de recurrir al uso de la fuerza en el desempeño de sus funciones. También exigen el uso gradual y diferenciado de la fuerza y la aplicación de los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y responsabilidad. Las regulaciones del Ejército, si bien contienen algunos principios básicos sobre el uso de la fuerza, no son tan exhaustivas y detalladas como los Protocolos de Carabineros.

Para la determinación de una política que emana de la organización y que desencadena o favorece esta clase de hechos, resulta absolutamente relevante analizar también el “clima” o “entorno institucional”, así como la reacción de las autoridades de la organización frente a los hechos delictivos ocurridos, para desentrañar si los mismos pueden atribuirse a los agentes en cuanto miembros de la organización o, en cambio, corresponden a la libertad de agencia de cada autor, sin que sea posible conectar dicho comportamiento a la organización y sus políticas. Como ya fue señalado anteriormente, no es necesario que la política que da lugar a la comisión de crímenes de derecho internacional haya sido regulada de manera expresa u ordenada, sino que bastará con otros actos de promoción, que pueden ser más indirectos o vagos. En el presente caso es indispensable tener en consideración la manera en que se encausó la actuación de Carabineros y las fuerzas de orden, las potestades e información entregadas, así como la caracterización de las –posibles- víctimas y el conflicto en sí. De especial interés pueden resultar arengas o actos de apoyo como los conocidos durante los días del conflicto por parte de las autoridades nacionales, de la organización de Carabineros, así como de autoridades políticas.

De relevancia pueden resultar a este respecto no sólo declaraciones públicas, sino que también discursos o comunicaciones internas, como las conocidas luego recién comenzadas las violentas jornadas de protestas por la máxima autoridad nacional, el Presidente Sebastián Piñera: “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)”⁴⁷. 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 orden⁴⁸. Así, por ejemplo, el día 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 (...)”⁴⁹. Un mes después volvería a insistir de cierta manera en la construcción de una imagen de enemigo externo, que está organizado para atacar el sistema: “un estudio de millones y millones de comunicaciones a través de redes sociales”, concluyendo que “muchas de ellas vienen de fuera de Chile, la inmensa mayoría de ellas son para provocar más desorden, más manifestaciones, más descontrol, más desobediencia civil”, de forma tal de “castigar o hacer perjudicar al sistema político chileno, no solamente al gobierno, si este es un ataque contra el sistema político, y ahí participan grupos en nuestro país, como por ejemplo grupos de narcotraficantes, grupos anarquistas, pero también hay una mano extranjera”⁵⁰.

⁴⁷ Prensa presidencia. Comunicado. Discurso público del presidente Piñera, transmitido en cadena nacional el 20 de octubre de 2019. Disponible en https://www.cnn-chile.com/pais/pinera-estamos-en-guerra-contra-un-enemigo-poderoso_20191021/. “Ese mismo día, el Colegio Médico de Chile informaba de las primeras lesiones oculares, las cuales habían sido ocasionadas principalmente por impacto de balines de metal y goma. Entre las víctimas se encontraban menores de edad.” Informe Amnistía Internacional, “Ojos sobre Chile”, p. 9

⁴⁸ 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”, declaraciones del día 9 de noviembre de 2019, en una entrevista al diario español El País, se puede acceder a esta información en https://www.cnnchile.com/pais/pinera-aqui-hubo-intervencion-de-gobiernos-extranjeros_20191109/.

⁴⁹ Se puede revisar la declaración completa en <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>.

⁵⁰ Se puede acceder a la entrevista en https://www.cnnchile.com/pais/pinera-videos-violaciones-dd-hh-fuera-chile_20191226/. En la misma entrevista, además de reiterar su discurso del enemigo, que de cierta manera justificó una reacción así de parte de las fuerzas de orden, se refirió a las violaciones de derechos humanos cometidas y ya reportadas por diversos medios y organizaciones nacionales e internacionales: “muchas de las noticias, de los videos relacionados con derechos humanos, que se han difundido profusamente en los medios de comunicación chilenos y también extranjeros, no corresponden a la realidad. Hay muchos de ellos que son falsos, que son filmados fuera de Chile, o que son tergiversados”.

De estos pequeños extractos es posible advertir claramente la posición oficial del Ejecutivo frente a los hechos ocurridos. El uso de un discurso inflamatorio que contiene una caracterización generalizadora de lo ocurrido como obra y prueba de la existencia de un enemigo poderoso, organizado y despiadado al mismo momento en que se maneja el Estado y una fuente de peligro como son las fuerzas de orden y seguridad, en un contexto social delicado, constituye a todas luces una negligencia en el desempeño del cargo. Muchas de esas declaraciones fueron hechas además sin fundamento ni base alguna, y en el contexto de respaldar y justificar cerradamente a las fuerzas de orden y seguridad cuyo comportamiento, con el pasar de los días, se expuso como excesivo públicamente. La falta de reacción o control de esta fuente de peligro, así como –más grave aún- la minimización o negación de los excesos pueden ayudar a comprender el clima generado al interior de las instituciones a cargo del control del orden público y a explicar, siquiera en parte, los excesos cometidos. Los mismos, parecieran estar conectados, insertos o favorecidos por un contexto organizacional más amplio y no sólo responder a la iniciativa individual “casualmente simultánea” de sus perpetradores directos. Esto explica el que sea relevante analizar, más allá de la conducta constitutiva del tipo individual (de las lesiones, muerte, o tortura, por ejemplo), el contexto organizacional y preguntarse si acaso este está de alguna manera conectado con aquella.

El contexto en el cual cada autor de los delitos se desenvuelve es nuevamente relevante de analizar si consideramos declaraciones realizadas por autoridades de las mismas fuerzas de orden y seguridad. A pocas semanas del comienzo de las protestas, el Jefe de la Zona Metropolitana Este de Carabineros (en donde ocurrieron una importante proporción de los delitos), al hablar del uso de escopetas en contra de los manifestantes señaló: “Voy a hacer una analogía, que no sé si es tan feliz, pero la voy a hacer igual [...] Nuestra sociedad podríamos decir que en este tiempo, en estos últimos 30 y pocos días, está enferma de una enfermedad grave. Supongamos que sea un cáncer, ojalá que no lo sea y que tenga solución, la va a tener [...] Cuando el tratamiento del cáncer se hace con quimioterapia, en algunos casos, y otros con radioterapia; cuando se busca solucionar ese problema, en el ejercicio del uso de esas herramientas médicas, se matan células buenas y células malas”⁵¹. Asimismo, se puede considerar las declaraciones realizadas a pocas semanas de comenzada la crisis y en medio de arduas jornadas de manifestación, realizadas por el entonces General Director de Carabineros Mario Rozas en el marco de una charla “motivacional”: “Tienen todo el apoyo, todo el respaldo de este general director. ¿Cómo lo demuestro? A nadie voy a dar de baja por procedimiento policial. A nadie. Aunque me obliguen, no lo voy a hacer”⁵².

Las declaraciones precedentemente citadas (y que son aquellas que son de público conocimiento, sin que se pueda descartar que existan más actos de promoción como estos y que no han salido a la esfera pública), ya justifican la consideración seria de la relación entre la organización y sus políticas y el actuar abusivo o excesivo de sus miembros. Si bien la consideración de una “política” que promueva o tolere la comisión de delitos es discutible en este caso, no se puede dar por descartada la relevancia de considerar a la organización más allá de cada autor individual. Lo contrario implicaría desconocer absolutamente que más allá de la responsabilidad de cada autor individualmente considerado en estos hechos (en este caso, en general, los bajos mandos de la organización, los que cometieron físicamente los delitos) el contexto institucional sí ofrece relevancia como telón de fondo de comisión de estos crímenes, los cuales dificultosamente se pueden sólo atribuir a la libre y espontánea iniciativa de sus ejecutores directos. Los hechos más arriba desarrollados no sólo ayudan a explicar la ocurrencia de delitos en base a los medios lesivos con que contaba la organización, sino que también a explicar un cierto clima de favorecimiento e impunidad que se fue estableciendo en la institución.

⁵¹ Declaraciones del general Enrique Bassaletti, entonces Jefe de la Zona Metropolitana Este de Carabineros, se puede ver ampliada en <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-metropolitana/2019/11/22/general-bassaletti-comparo-uso-de-escopetas-antimotines-con-el-tratamiento-contra-el-cancer.shtml>.

⁵² Ver Informe Amnistía Internacional, “Ojos sobre Chile”, p. 101.

Este clima de favorecimiento e impunidad se puede notar especialmente en la reacción de las autoridades desde el punto de vista administrativo y la lenta, ineficaz y en muchos casos ausencia en la realización de sumarios administrativos internos o denuncias penales necesarias y obligatorias ante hechos que revisten carácter criminal⁵³.

Los hechos referidos anteriormente dan cuenta de un clima organizacional que promovió y posibilitó los diversos crímenes cometidos con ocasión del estallido social. Los mismos, no pueden sólo explicarse por la libre y espontánea iniciativa de sus agentes, considerados como individuos, sino que se explican en un contexto más amplio, respondiendo a un cierto clima instaurado en la organización al cual contribuyeron especialmente las autoridades. Las autoridades de una organización son referentes de conducta que, sobre todo en organizaciones jerarquizadas, enseñan y señalan los cursos posibles y deseados de acción al interior de la organización. La construcción de un discurso del enemigo, el uso de una retórica de la guerra, la promesa de una cierta impunidad, la justificación de los hechos criminales, la falta de condena de los hechos y, por el contrario, su minimización, así como la adquisición de armamento especialmente lesivo, que no permitía cumplir con los estándares internacionales ni con las regulaciones internas de la propia institución, permiten identificar acciones de tolerancia e incluso de promoción de los delitos cometidos. Si a eso agregamos la falta de reacción y control por parte de los superiores, la falta de denuncia y uso de mecanismos internos de control, podemos reconstruir el rol de la organización como telón de fondo de comisión de los diversos hechos delictivos individuales.

c) El ataque debe ser cometido por miembros de determinadas organizaciones

Como ya fue señalado un aspecto central de los crímenes de derecho internacional es su comisión por parte de un colectivo organizado de personas. En la Ley 20.357 este requisito está reflejado en el Artículo 1º número 2, en cuanto establece que el ataque debe responder “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 detienen un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos”. Como es posible advertir, la legislación chilena explícitamente señala el tipo de organización al cual deben pertenecer los agentes que cometen delitos para estimar que se da en el caso un crimen de lesa humanidad. Al hacerlo, señala explícitamente que la organización puede ser el Estado o un subconjunto de él, así como otro tipo de organización⁵⁴, como podría ser un grupo de oposición armada de ciertas características.

En la visión de la Corte Penal Internacional, la existencia de una organización para efectos del Derecho Penal Internacional ha de ser determinada caso a caso, sin que sea necesario que esta organización sea necesariamente estatal. Al realizar esta determinación, algunos de los elementos relevantes (aunque no se trata de requisitos exhaustivos sino que de indicios) para constatar la existencia de una organización que comete delitos internacionales son: a) la presencia al interior del grupo de un mando responsable y de una jerarquía b) disponibilidad para los miembros del grupo de medios para cometer un ataque generalizado o sistemático en contra de la población; c) posibilidad de ejercer control sobre parte del territorio de un Estado d) comisión de actividades en contra de la población como parte de los propósitos implícitos o explícitos de la organización e) el hecho de formar parte de un grupo más amplio que reúne algunos o todos los criterios señalados⁵⁵. La presencia de algunos o todos estos elementos pueden asistir al juez en la determinación de la existencia de un colectivo en términos del Derecho Penal Internacional.

⁵³ Ver Informe Amnistía Internacional, “Ojos sobre Chile”, Pág. 93 “Sin embargo, a pesar de la existencia de estas facultades de disciplina inmediata, según la información que el Ministerio del Interior puso a disposición de Amnistía Internacional en noviembre de 2019, y que fueron ratificadas por Carabineros en presentaciones públicas ante la Comisión de Derechos Humanos del Congreso, al 6 de julio de 2020 no se había sancionado a ningún funcionario en el contexto de la crisis mediante la forma de disciplina directa descrita en esta sección.”

⁵⁴ Ver al respecto Cárdenas (2020) p. 142.

⁵⁵ Ver Corte Penal Internacional, Pre-Trial Chamber II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, No.: ICC-01/09 , 31 Marzo de 2010, pár. 93.

III. RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR POR OMISIÓN

3.1 ART. 35 DE LA LEY 20.357.

El Artículo 35 de la Ley 20.357 establece en Chile la responsabilidad de los superiores por omisión por los crímenes de derecho internacional cometidos por sus subordinados. En perspectiva comparada, dicha norma implementa el Artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, constituyendo a su respecto una “implementación modificatoria” en el sentido de desarrollar a su homólogo internacional de una manera diferenciada⁵⁶. De acuerdo a dicho Artículo 35, las autoridades (civiles o militares), jefes militares o aquellos que actúan efectivamente como tales 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. 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 específicamente esta clase de responsabilidad⁵⁷.

3.1.1 ELEMENTOS MATERIALES U OBJETIVOS

a) Referencia al elemento contextual

Como ya fue mencionado anteriormente, en crímenes de derecho internacional, el denominado elemento contextual no sólo es un requisito “de entrada” o aplicabilidad de las normas internacionales, sino que es un elemento material u objetivo del delito que, como tal, debe ser probado. Nos remitimos en este punto a lo ya examinado previamente, 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.

b) Existencia de una relación de subordinación (superior-subordinado)

La existencia de una relación de subordinación es un requisito básico de esta clase de responsabilidad⁵⁸, lo cual implica por parte del superior, la capacidad de dar órdenes válidas a los subordinados que están cometiendo delitos⁵⁹. La identificación de los superiores relevantes dependerá del control efectivo dentro de la organización, pero hay acuerdo en la doctrina interna en el hecho de 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 la cadena de mando si es que es posible establecer su efectivo control de los mandos ejecutores⁶⁰. Asimismo, se ha establecido en el Derecho Penal Internacional que la identificación de los autores precisos no es necesaria para imputar responsabilidad al superior, mientras conste que los autores pertenecían a la misma unidad u organización considerando la cadena de mando⁶¹.

⁵⁶ Acerca de los tipos de implementación del Derecho Penal Internacional en los ordenamientos nacionales, ver Werle y Jessberger (2020) p. 184 s.

⁵⁷ Sobre el recurso al Derecho Penal Internacional para interpretar la ley nacional que lo implementa ver Cárdenas (2013) p. 130 y ss y Cárdenas (2020) p. 136 y s.

⁵⁸ Acerca de la necesidad de una relación “superior-subordinado” en el Derecho Penal Internacional, ver Werle y Jessberger (2020) p. 268 ff.; Ambos (2013) p.208; Burghardt (2008) p. 151 ff.; Cryer, Robinson y Vasiliy (2019) p.370 f.; Garrocho (2016) p. 92; Meloni (2010) p. 154 f. y Satzger (2018) p. 382.

⁵⁹ 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 Burghardt (2008) p. 174; Meloni (2010) p. 155 ss. y Ambos (2013) p. 209.

⁶⁰ Sobre este punto ver Cassesse and Gaeta (2008) p. 189

⁶¹ En este sentido Bemba Trial Judgment, par. 187 e ICTY, Judgment, Blas>kic, par. 217.

c) Capacidad de acción o medidas disponibles para evitar los crímenes

Un segundo requisito de la tipicidad objetiva de esta clase de responsabilidad por omisión es la capacidad de actuar⁶². En efecto, y como sucede en general con la responsabilidad por la no ejecución de una acción⁶³, se exige que la ejecución de la acción mandatada haya sido posible para el agente. 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 hechos⁶⁴. 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 posteriori⁶⁵.

En este caso, considerando el desenvolvimiento de los hechos, su ocurrencia pública y evidente, la cercanía de los superiores respecto a los mismos, los medios con los que contaban y el hecho de que su autoridad aún era efectiva para sus subordinados, deberían apoyar la conclusión de que esa capacidad de intervención en los hechos era real para los superiores al momento en que sucedieron.

d) Causalidad o capacidad de evitar el resultado

Un tercer requisito de esta clase de responsabilidad, en su variante de falta de prevención (y no de falta de denuncia), es la capacidad de evitar el resultado. En efecto, dado que se reprocha al superior no haber evitado 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 superior⁶⁶. Como ha desarrollado la jurisprudencia internacional, un aspecto crucial a observar respecto de este requisito es la efectiva autoridad del superior y la obediencia de los subordinados hacia sus órdenes o instrucciones. Dado que en este tipo de responsabilidad se exige al superior una intervención respecto de sus subordinados, que es en general a través de quien podrá evitar los delitos, el constatar su autoridad efectiva respecto de los mismos. La averiguación fáctica necesaria a este respecto 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 de haber existido⁶⁷.

En el presente caso, la capacidad de los superiores de haber dado a los hechos un curso distinto, parece no ser demasiado difícil de establecer, toda vez que la obediencia de los subordinados parece no estar en cuestión. A veces, en ciertos escenarios de Derecho Penal Internacional, la organización (o subconjunto de ella) que comete delitos está tan extendida que no es posible afirmar la capacidad o autoridad de los superiores para actuar en contra de la extendida comisión de crímenes⁶⁸. En este caso, existe evidencia, en cambio, de que los superiores tenían la aptitud y poderes necesarios para poder dirigir la conducta de sus subordinados, pudiendo configurar el actuar de la organización hacia la legalidad, considerando la disminución de los eventos violentos tras la adopción de medidas serias semanas después de comenzadas las manifestaciones⁶⁹.

⁶² Acerca de este requisito en el Derecho Penal Internacional ver Ambos (2013) p. 217 f.; Werle y Jessberger (2020) p. 273; Cassesse y Gaeta (2008) p. 190; Cryer, Robinson y Vasiliev (2019) p. 374; Meloni (2010) p. 114 f. y Burghardt (2008) p. 185.

⁶³ Ver la doctrina chilena en materia de comisión por omisión y el requisito de “capacidad de acción” mencionada anteriormente en este mismo informe.

⁶⁴ Acerca del carácter “necesario y razonable” de las acciones debidas que eran posibles para el Superior al momento de los hechos ver Ambos (2013) p. 218; Burghardt (2008) p. 199; Cassesse y Gaeta (2008) p. 190; Meloni (2010) p. 120 s.; Cryer, Robinson y Vasiliev (2019) p. 375; y Werle and Jessberger (2020) p. 274 ver la Corte Penal Internacional en Bemba Appeals Judgment, par. 167 y ss.

⁶⁵ Resaltando el carácter “material” o fáctico de este elemento Ambos (2013) p. 218 s.; Cassesse and Gaeta (2008) p. 190; Cryer, Robinson and Vasiliev (2019) p. 374 f.; Meloni (2010) p. 121; Garrocho (2016) p. 104; y O’Keefe (2015) p. 203 s.; Werle and Jessberger (2020) p. 273.

⁶⁶ Acerca de la necesidad de una conexión causal entre la omisión y los delitos de los subordinados en el sentido de la aptitud de la acción para su evitación ver en el Derecho Penal

⁶⁷ 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 Judgement pár. 188 ff. Hadzihasanovic and Kubura (IT-01-47-A), Appeals Chamber, 22 April 2008, pár. 192 y 225 ss. también Kappos (2018) p. 437.

⁶⁸ Como se ha señalado, hay veces en que el colectivo que comete delitos está inmerso en un contexto u organización más amplia, existiendo entonces dos sistemas de autoridad “concurrentes” cuya efectividad compite, ver Jäger (1989) p.191;

⁶⁹ 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 y que 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.” Ver también Informe Amnistía Internacional, “Ojos sobre Chile”, p. 57 y ss.

3.1.2 ELEMENTOS SUBJETIVOS: CONOCIMIENTO DE LA PERPETRACIÓN DE CRÍMENES POR PARTE DE LOS SUBORDINADOS

A diferencia del Art. 28 del Estatuto de Roma, la implementación chilena contempla sólo un estándar subjetivo de responsabilidad penal, correspondiente al dolo, exigiendo el conocimiento de la perpetración de los crímenes por parte del superior. Así, el Art. 35 de la Ley 20.357 deja de lado las hipótesis negligentes de intervención a este respecto. Corresponde, por ende, desarrollar el estándar de conocimiento, dejando presente aquí que las hipótesis negligentes de conducta aún podrían castigarse considerando la comisión por omisión y su variante negligente, como veremos a continuación.

En el caso de la responsabilidad de los superiores, el conocimiento debe incluir todos los elementos objetivos o materiales del tipo específico⁷⁰ (ya sea de la variante de falta de prevención o de falta de denuncia, respectivamente), incluyendo las circunstancias relevantes de la posición de garante (calidad de superior, la existencia del riesgo y la posibilidad de actuar) así como la posibilidad de evitar el resultado (causalidad hipotética). 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 (básicamente que sus subordinados están cometiendo crímenes), así como de su capacidad de actuar adoptando medidas posibles en contra de los crímenes. Asimismo, respecto de la posibilidad de evitar los delitos, el superior ha de saber que las acciones que puede tomar le permitirían evitar los crímenes⁷¹.

Para el establecimiento de este elemento, no es necesario el conocimiento sobre cada delito individualmente perpetrado o sus detalles. Información acerca de la identidad de víctimas específicas, o los medios específicos de comisión, así como la identidad de los perpetradores no son necesarios de acuerdo a la literatura internacional, mientras el superior sí conozca la comisión de delitos internacionales por parte de sus subordinados⁷².

Además de los elementos materiales del delito, el superior ha de conocer el denominado “elemento contextual”. Como fue señalado más arriba, el elemento internacional o contextual no sólo es un pre-requisito de 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. Para este propósito, se debe establecer que el superior era consciente de que los crímenes de los subordinados estaban insertos en un contexto general más amplio de ataque masivo o sistemático, siendo consciente de la magnitud y escala de los mismos, más allá de cada fenómeno aislado⁷³. No es necesario que el superior conozca el preciso funcionamiento del sistema o la organización, sus diferentes reglas o detalles de su política –ilegal-, bastará que sea consciente que cada crimen particular está inserto en un contexto de comisión más complejo y generalizado, que favorece o persigue la ocurrencia de este tipo de hechos.

⁷⁰ Ver Ambos (2013) p. 221 y Garrocho (2016) p. 382.

⁷¹ En un sentido similar Garrocho (2016), p. 382

⁷² En un sentido similar O’Keefe (2015) p. 206.

⁷³ Ver Garrocho (2016) p. 384 s.

Respecto de este punto, es importante considerar el Art. 37 de la Ley 20.357, que establece una regla especial respecto del conocimiento de crímenes de lesa humanidad. Para el mismo, sería suficiente con el conocimiento acerca de que el acto forma parte de un ataque más amplio o generalizado en contra de la población civil, que responde a un plan o política del Estado, o sus agentes. Tal como establece el mismo artículo (reiterando el entendimiento internacional en la materia), no es necesario un conocimiento detallado respecto del plan o política, así como de los aspectos concretos de los actos atribuidos.

Un aspecto crucial respecto del elemento subjetivo o el dolo es la evidencia o prueba del mismo. Hay acuerdo en la literatura internacional que este elemento puede ser concluido de evidencia circunstancial y no directa, pero no puede ser presumido⁷⁴. Es importante recalcar la diferencia entre la prueba del conocimiento por medio de evidencia indirecta o circunstancial y el uso de estándares de “conocimiento normativo” o “constructivo” que implican un deber de conocimiento, es decir un estándar objetivo, como aquellos disponibles o utilizados respecto de delitos omisivos y responsabilidad de los superiores⁷⁵. La prueba de la situación externa al momento de los hechos puede permitir, en ciertos casos, la inferencia del conocimiento. Como ha dicho la jurisprudencia internacional, en la tarea de obtener indicios acerca del conocimiento, el juez puede descansar en diferentes elementos, por ejemplo: “el número de actos ilegales, su alcance, si es que su ocurrencia fue extendida o no, el tiempo durante el cual el acto prohibido tomó lugar, el tipo y número de fuerzas involucradas, los medios de comunicación disponibles, el modus operandi de acto similares, el alcance y naturaleza de la posición del superior y su responsabilidad en la estructura jerárquica, la ubicación del superior en el momento de los hechos y la ubicación geográfica de los actos”⁷⁶.

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 negar⁷⁷. Esto es precisamente lo que podemos observar en este caso, en el cual los hechos fueron de público conocimiento y denunciados prontamente por organismos de derechos humanos y otras organizaciones de la sociedad civil. Adicionalmente, 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 relevantes⁷⁸.

⁷⁴ Así Ambos (2013) p. 221; Meloni (2010) p. 180; Garrocho (2016) p. 395; Cryer, Robinson and Vasiliev (2019) p. 372 y Burghardt (2008) p. 228.

⁷⁵ Acerca de la diferencia entre ambos estandares ver Ambos (2013) p. 221; Meloni (2010) p. 180; y la Corte Penal Internacional en ICC in Bemba Gombo No. ICC-01/05-01/08, pár. 430

⁷⁶ Así la Corte Penal Internacional en Bemba Gombo No. ICC-01/05-01/08, pár. 431; el ICTY, en : Prosecutor v Delalic et al, Case No. IT-96-21- T, "Judgment", 16 November 1998, par. 386; ICTY, Prosecutor v. Blaskic, Case No. IT-95-14-T, Judgment, 3 March 2000, par. 307; ICTY, Prosecutor v Strugar, Case No. IT-01-42-T, "Judgment", 31 January 2005, par. 368. También Cryer, Robinson and Vasiliev (2019) p. 372; Burghardt (2008) p. 231.

⁷⁷ Garrocho (2016) p. 396.

⁷⁸ Ver Informe Amnistía Internacional, “Ojos sobre Chile”, p. 59 y ss.

3.2 COMISIÓN POR OMISIÓN

En caso de que el elemento contextual respecto a los crímenes internacionales no pueda acreditarse, aún es relevante analizar la procedencia de exigir la responsabilidad penal individual de los superiores en base a la categoría del Derecho Penal común o doméstico “comisión por omisión” u “omisión impropia”. En efecto, aunque no se quiera afirmar la presencia del elemento sistemático o global necesario para considerar los hechos delictivos como crímenes de lesa humanidad, difícilmente se podrá negar toda relevancia penal a la conducta de los superiores en este caso. Hacerlo, significaría poner el foco exclusivamente en la conducta del autor ejecutor, sin consideración alguna acerca de los deberes de control que asistían a aquellas autoridades de las organizaciones involucradas. La categoría de comisión por omisión precisamente permite hacer responsable a quien tiene un deber de control y supervisión y está en posición de actuar en contra de un resultado lesivo que es posible de evitar con la ejecución de dicha acción.

La categoría de comisión por omisión, si bien se puede considerar como una categoría de desarrollo más reciente en la doctrina penal, es aceptada de manera unánime por la doctrina penal chilena⁷⁹ y ha sido utilizada en diversas ocasiones por la jurisprudencia, en específico para exigir la responsabilidad de superiores de organizaciones por no evitar o controlar los riesgos que desencadenaron resultados penalmente relevantes, como mostraremos a continuación.

A continuación, revisaremos brevemente los elementos objetivos y subjetivos necesarios para la afirmación de responsabilidad penal en base a esta categoría, la cual permite atribuir a una persona, el resultado cometido por un tercero responsable, en aquellos casos en que la primera debía y podría evitarlo.

3.2.1 ELEMENTOS MATERIALES U OBJETIVOS

a) Deber y posición de garante, capacidad de acción

Requisito básico de cualquier delito de omisión impropia es la existencia de un deber que impone sobre el agente la obligación de actuar respecto de un resultado penalmente relevante. Desde el punto de vista penal, no cualquiera está obligado a actuar en caso de peligro para bienes jurídicos valiosos, sino que sólo aquellos vinculados por un deber de hacerlo. De ahí que la identificación de deberes penalmente relevantes sea el primer paso en la constatación de una comisión por omisión. Existe acuerdo en la doctrina en que normas de rango legal o reglamentario son fuentes válidas de deberes de actuar penalmente relevantes⁸⁰. En el presente caso resulta relevante considerar los deberes de control y protección de bienes jurídicos valiosos al interior y respecto de la institución u organización que emanan para sus autoridades. En concreto, podría ser relevante verificar si los deberes establecidos para el Director General de Carabineros⁸¹, General Subdirector de Carabineros⁸² y Dirección Nacional de Orden y Seguridad⁸³ han tenido un correlato fáctico que posibilitara la intervención y control de la situación por parte de dichas autoridades.

⁷⁹ Ya mencionado en Del Río (1939), p. 129; Bustos, Flisfisch & Politoff (1966), p. 171; Cousiño (1975), p.308 quien considera que el Art. 492 es un crimen descrito explícitamente de omisión -negligente- contra las personas. También bustos & caballero 2002, p. 51; Cury (2005), p. 680; Hernández (2011), Comentario al Artículo N ° 1°, p. 23 and ff.; Politoff, Matus & Ramírez (2003), p. 198;

⁸⁰ Del Río (1939), p. 131; Cousiño (1975), p. 561; Etcheverry (1998), p. 205; Politoff, Matus y Ramírez (2003), p. 201; Cury (2005), p. 681; Garrido; Hernández (2013), p. 25 y s.

⁸¹ CONSEJO ASESOR SUPERIOR. DEPARTAMENTO 1. CARABINEROS DE CHILE. Reglamento de Organización de Carabineros de Chile, N° 1, art. 15.

⁸² CONSEJO ASESOR SUPERIOR. DEPARTAMENTO 1. CARABINEROS DE CHILE. Reglamento de Organización de Carabineros de Chile, N° 1, art. 15.

⁸³ DIRECCIÓN GENERAL DE CARABINEROS DE CHILE. Orden General N° 2435, sobre Dirección Nacional de Orden y Seguridad de Carabineros: Crea Departamentos que indica y aprueba nueva Directiva de Organización y Funcionamiento, de fecha 30 de septiembre de 2016, art. 1.

La contracara del deber de actuar, o su necesario correlato fáctico, es la denominada posición de garante o posibilidad real de actuar. El mismo, tiene un carácter fáctico y debe ser respaldado en la evidencia, como ha establecido la doctrina⁸⁴ y jurisprudencia chilenas⁸⁵. El establecimiento de este requisito está orientado a establecer la posibilidad real de actuar, entendida como una relación entre el garante y el riesgo que hace posible considerar que, en el momento y lugar de comisión de los delitos, una intervención era posible.

En el presente caso es posible fundamentar, por la manera en que ocurrieron los hechos y el conocimiento que de los mismos tuvieron las autoridades, que una intervención no sólo era debida en este caso, sino que también posible. La posibilidad de actuar sí existió en este caso, toda vez que la lesividad y extensión de los hechos fue prontamente evidente no sólo de manera pública, a través de medios de comunicación y denuncias de organismos de la sociedad civil, sino que fue conocida por las autoridades en tiempo real, a través de sus propios medios internos de comunicación, como ya se ha mostrado. Los hechos, además, siguieron sucediendo por semanas antes de que se adoptaran medidas serias para frenarlos, como sucedió cuando se restringió el uso de escopetas antidisturbios. Por el contrario, las autoridades en este caso se dedicaron a minimizar los hechos sin dar señales de querer controlarlos⁸⁶.

Dado que Carabineros es una institución disciplinada y subordinada al poder político, y depende directamente del Ministerio del Interior, podría resultar también relevante considerar los deberes de control relevantes y la situación fáctica correspondiente para este caso del Ministro del Interior y el Presidente de la República. Especialmente respecto a sus posibles deberes de denuncia de los hechos luego de cometidos, en caso de que una intervención preventiva de los crímenes no haya sido posible⁸⁷.

b) Causalidad hipotética

La doctrina nacional en materia de comisión por omisión requiere para poder castigar a alguien por la no evitación de un resultado, que dicha persona haya podido efectivamente evitarlo⁸⁸. El requisito de causalidad en los crímenes omisivos es un ejercicio de “causalidad hipotética”, en el sentido de que requiere la verificación del efecto de una acción que es sólo posible, pero que no ocurrió en la realidad. En esta clase de delitos omisivos, la causalidad es formulada como la aplicación inversa de la fórmula de la *conditio sine qua non*, averiguando qué sucedería si la acción hubiese sido ejecutada conforme a Derecho. Es relevante tener en mente, en un crimen fuertemente normativo como este, que el establecimiento de la causalidad es un ejercicio de indagación fáctica, conectado a la evidencia y no sólo un ejercicio hipotético desconectado de los hechos. El juez, para establecerlo, y el fiscal para probarlo, han de indagar en la situación concreta tal como ocurrió al momento de los hechos, considerando cuál hubiera sido la posible reacción de los subordinados ante una orden en contra de los crímenes y si esto los hubiera persuadido o determinado a actuar de otra forma (no criminal).

Respecto al estándar para dar por establecido este vínculo entre conducta y resultado, parte de la doctrina señala que el mismo es posible de constatar si es que evitar el resultado era posible (bastando la existencia de la posibilidad de salvataje)⁸⁹, mientras que otros requieren una probabilidad alta de evitar el crimen⁹⁰. En los presentes hechos, dada la constatación de la obediencia de los subordinados para con sus autoridades y la posibilidad de estos últimos de efectivamente configurar su conducta y con esto evitar los hechos, puede establecerse el vínculo de causalidad y dar por buena la tipicidad objetiva y cada uno de los elementos materiales del delito para la responsabilidad por omisión.

⁸⁴ En este sentido Bustos, Flisfisch & Politoff (1966), p. 171, entendiendo que la posibilidad real de actuar, como el elemento característico del deber, también similar en Etcheberry (1998), p. 202 y Cury (2005), p. 680.

⁸⁵ Corte de Apelaciones de Chillán, 7.10.2011, Rit 179-2011. pár. 24 y ss.

⁸⁶ Ver Informe Amnistía Internacional, “Ojos sobre Chile”, p. 57 y ss.

⁸⁷ Ver Informe Amnistía Internacional, “Ojos sobre Chile”, p. 102 y ss.

⁸⁸ Sobre este elemento ver Garrido (2010), p. 247 y Etcheberry (1998), p.202.

⁸⁹ Ver Garrido (2010), p. 248.

⁹⁰ Sobre este punto Cousiño (1975), p. 393 y Bustos, Flisfisch & Politoff (1966), p. 173.

3.2.2 ELEMENTOS SUBJETIVOS

a) Comisión por omisión dolosa

Desde el punto de vista subjetivo, el delito de comisión por omisión dolosa requiere el establecimiento tanto del elemento cognitivo como volitivo del dolo⁹¹. El conocimiento ha de recaer sobre los elementos materiales del delito, es decir la posición de garante (el riesgo, su comisión por parte de sus subordinados, la posibilidad de intervenir y de evitar el resultado). El elemento volitivo, altamente polémico en esta clase de delitos, suele entenderse dado indirectamente del hecho de omitir la conducta a sabiendas del desenlace que el riesgo tendrá, en el entendido que al menos acepta su ocurrencia⁹².

Como se ha visto más arriba respecto de este caso, el conocimiento de los superiores no revestirá mayor problema a la hora de ser establecido. Para lo anterior, baste considerar lo público de los hechos, las sucesivas alertas de organismos oficiales y, adicionalmente, los canales de comunicación internos de carabineros, que permiten afirmar que sí existía información en tiempo real (incluidas imágenes y videos) que llegaba a mano de las autoridades relevantes⁹³.

b) Comisión por omisión negligente

La hipótesis culposa de la omisión impropia puede revestir especial relevancia para este caso. Tanto para enfrentar la responsabilidad de autoridades civiles, fuera de la organización, pero cuyas conductas podrían haberse practicado con más cuidado, como para abarcar hipótesis negligentes que no están abarcadas en el Art. 35 de la Ley 20.357 (que sólo contiene hipótesis dolosa de comisión, a diferencia de su par internacional, el Artículo 28 del Estatuto de Roma). En el Derecho Penal nacional se acepta y desarrolla generalmente la responsabilidad en base a la categoría de comisión por omisión, no sólo en su variante dolosa, sino que también culposa. Lo anterior fluye directamente del Art. 492 del Código Penal chileno, que contempla expresamente la posibilidad de castigar delitos omisivos culposos cometidos en contra de las personas.

Asimismo, la jurisprudencia ha desarrollado esta clase de responsabilidad en varios casos. De especial interés para el presente, son aquellos procesos en los que se planteó la responsabilidad de una autoridad o jefe de organización, por cuanto son casos que presentan la misma estructura y suponen un similar ejercicio de imputación al que se tendrá que hacer en el presente caso. En el caso de la sentencia emitida a propósito de los hechos ocurridos luego del terremoto y maremoto de 2010, el tribunal afirmó la responsabilidad de la autoridad a cargo del organismo técnico estatal involucrado en el manejo de catástrofes como autor de un delito culposo de homicidio por su falta de cumplimiento de las obligaciones reglamentarias que le correspondían, fallando en tomar acciones que hubieran permitido evitar las múltiples muertes de civiles que no evacuaron a zonas de seguridad dada la falta de implementación adecuada de los protocolos de emergencia por parte de las autoridades⁹⁴.

También en el contexto del terremoto, en el caso por el derrumbe del edificio “Alto Río”, la Corte Suprema respaldó el castigo de tres agentes directivos de una compañía de construcción por la muerte de ocho personas. La causa directa del colapso del edificio y su estructura reside en un proyecto de cálculo defectuoso realizado por el ingeniero de la compañía, el cual fue castigado como autor directo. Los tres gerentes fueron castigados por sus conductas negligentes al fallar en cumplir sus deberes de cuidado y previsión de las serias consecuencias que podían derivarse de esta falta⁹⁵.

⁹¹ Ver Corte de Apelaciones de Chillán, Rit 179-2011, pár. 24 and f. y Corte de Apelaciones de Santiago, Rol nº 1348-2011, pár 6 y ss.

⁹² Respecto a la especial estructura del dolo en los delitos omisivos, sobre todo respecto al elemento volitivo, ver Bustos, Flisfisch & Politoff (1966), p. 173 y Garrido, p. 241.

⁹³ Ver Informe Amnistía Internacional, “Ojos sobre Chile”, op.cit., p. 57 y siguientes.

⁹⁴ Ver Sentencia del 7º Tribunal de Garantía de Santiago de 31 de Marzo de 2014, Ruc. 10000249057-4, Rit. 4157-2010.

⁹⁵ Corte Suprema Rol N°185-12 del 4 de abril de 2014, pár. 12.

Ambos fallos son relevantes pues establecen la posibilidad de castigar a autoridades o dirigentes de organizaciones por su falta de prevención de un resultado. Esta hipótesis de responsabilidad es sobre todo relevante respecto de casos en que el agente es consciente del riesgo de ocurrencia del resultado, y a pesar de que no lo quiere ni lo acepta, no se lo toma seriamente o con el cuidado debido.

3.3. ART. 150 A Y 150 D DEL CÓDIGO PENAL CHILENO.

Al analizar la responsabilidad individual de los mandos por omisión, resulta asimismo relevante incluir el Art. 150 A y 150 D del Código Penal chileno que tipifica en Chile diversas hipótesis de conductas en relación al delito de tortura y apremios ilegítimos. Ambos artículos son relevantes y establecen la responsabilidad penal del empleado público que, abusando de su cargo o funciones, aplicare ordenare o “consintiere” en que se aplique tortura -Art.150 A- u apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes (que no alcancen a constituir tortura) –Art. 150D-. Las referidas normas señalan de manera equivalente que merece igualmente una sanción aquel empleado público que “conociendo de la ocurrencia de estas conductas (tortura o apremios) no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de los apremios o la tortura, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo”. Más allá de las cuestiones de parte especial que es necesario revisar con debido detalle y detención, la norma se trae a colación como hipótesis omisiva de intervención especialmente estipulada en el Código Penal y que podría resultar aplicable cuando estos tipos penales resulten aplicables.

CONCLUSIONES

Sin perjuicio de las investigaciones adicionales que deben realizarse en el marco de los diversos procesos iniciados a raíz de los hechos que suscitan el presente informe, los antecedentes fácticos disponibles permiten encontrar indicios serios para exigir responsabilidad penal a las autoridades y mandos de las instituciones involucradas en el control del orden público por su falta de actuación en los violentos hechos ocurridos tras las manifestaciones.

Dicha responsabilidad penal por omisión puede exigirse por la vía de aplicar la Ley 20.357 en el caso de que se estime que el denominado elemento internacional concurre. Lo anterior, si bien es discutible, puede al menos en principio sostenerse dado que los múltiples hechos acaecidos no parecen sólo casualmente coetáneos, sino que parecieran estar favorecidos por el medio organizacional en el que se desenvuelven, y el comportamiento de sus autoridades al momento de los hechos.

Asimismo, se puede aplicar, cuando corresponda, el tipo penal del Art. 150 D, así como también la figura de intervención omisiva contenida en el mismo. Como se ha podido verificar, para los graves hechos acaecidos tras el estallido social, existen diversas herramientas penales para exigir la responsabilidad de aquellas autoridades que debieron y pudieron haber evitado los hechos.

