

COMENTARIOS A PROPÓSITO DE LA EVENTUAL –INMINENTE– FORMALIZACIÓN DEL GENERAL DIRECTOR DE CARABINEROS, RICARDO YÁÑEZ

De acuerdo a lo que se tiene noticia a la fecha (al día de hoy solo hay información respecto del ingreso del escrito que solicita la audiencia de formalización, la que no se ha llevado a cabo aún), la Fiscalía Centro Norte pediría la formalización del general director de Carabineros, Ricardo Yáñez, del exgeneral director, Mario Rozas y del exsubdirector de la institución, el general (r) Diego Olate.

Las siguientes líneas tienen como objetivo simplemente proveer un marco jurídico para entender, preliminarmente y en términos generales, una eventual responsabilidad jurídico-penal del Gral. Yáñez –en tanto principal autoridad, o mando más alto, de Carabineros– respecto de un conjunto de conductas desplegadas en el contexto del así llamado “estallido social”. Una mayor precisión podrá lograrse únicamente cuando se conozca el detalle de la formalización. A continuación, entonces, se explicarán las estrategias jurídicas que pudieron ser tomadas en cuenta pues, a juicio de quien escribe, son las alternativas más probables como títulos de incriminación.

1. “Responsabilidad del superior o del mando”, en modalidad omisiva, por la realización de delitos (de apremios ilegítimos, con resultado de lesiones graves y de homicidio) cometidos por sus subordinados (*art. 35, Ley 20.357*).

Carabineros es una institución jerarquizada, que cuenta con funcionarios estatales que están facultados para el uso de violencia armada. Por ello es que resulta especialmente relevante no solo la responsabilidad de sus miembros efectivamente encargados del despliegue de esa violencia, sino también aquella que puedan tener individualmente sus autoridades o mandos relativa a órdenes directas, o bien al control (o la falta de este) de sus subordinados en el ejercicio de esa violencia (por supuesto, cuando esta sea antijurídica, es decir, no ajustada o conforme a derecho). Es por esta razón que nuestra legislación vigente cuenta con algunas herramientas que permiten constituir y hacer efectiva dicha responsabilidad, especialmente cuando nos enfrentamos a eventuales casos de violaciones de derechos humanos.¹

Para este tipo de casos, uno de los principales puntos de anclaje legislativos lo constituye **el art. 35 de la Ley 20.357** (Ley que tipifica crímenes de lesa humanidad y genocidio, y crímenes y delitos de guerra), que establece lo que se conoce como “responsabilidad omisiva del superior” o “del mando”:

¹ Recordemos que el Estado de Chile tiene la obligación (internacional) de investigar, juzgar y sancionar este tipo de crímenes.

Artículo 35.-² *Serán sancionados como autores de los delitos previstos en esta ley las autoridades o jefes militares o quienes actúen efectivamente como tales, en su caso, que teniendo conocimiento de su comisión por otro, no la impidieren, pudiendo hacerlo.*

La autoridad o jefe militar o quien actúe como tal que, no pudiendo impedir el hecho, omitiere dar aviso oportuno a la autoridad competente, será sancionado con la pena correspondiente al autor, rebajada en uno o dos grados.

Como podrá notarse de la lectura del artículo, una eventual acusación de la fiscalía por este delito requeriría la satisfacción (y comprobación) de un conjunto de requisitos (elementos “del tipo” penal):³

- a) La realización de algunos delitos por parte de los subordinados, pero no de cualquier delito: solo de aquellos previstos en la misma Ley 20.357, es decir, delitos de lesa humanidad (considerados también como “crímenes internacionales”). ¿Qué delitos constituyen, en este contexto, crímenes de lesa humanidad? La respuesta se encuentra en el art. 1° de esa ley, complementado con el art. 2°:

Artículo 1°.- *Constituyen crímenes de lesa humanidad los actos señalados en el presente párrafo [por ejemplo, homicidios (art. 4), mutilaciones o lesiones (art. 5 n° 1 y 2, respectivamente), tortura (art. 7 n° 1), etc.] cuando en su comisión concurren las siguientes circunstancias:*

1°. Que el acto sea cometido como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil.

2°. Que el ataque a que se refiere el numerando precedente responda a una política del Estado o de sus agentes; de grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre algún territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares, o de grupos organizados que detenten un poder de hecho tal que favorezca la impunidad de sus actos.

Por lo tanto, de seguirse esta vía, la fiscalía tendría que comprobar, primero, que se llevaron a cabo (por parte de los subordinados), actos delictivos de este tipo (constitutivos de crímenes de lesa humanidad). Ya a fines de 2019 se discutió bastante sobre la existencia o no de esta clase de crímenes en el actuar de carabineros y la consecuente posibilidad de la responsabilidad de mando en modalidad omisiva, no solo de los altos mandos de Carabineros, sino incluso de autoridades superiores civiles como el Presidente de la República.⁴ Ya existen varias condenas a efectivos de

² Esta norma debe leerse como una versión doméstica (y bastante más estrecha) del art. 28 del Estatuto de Roma (reproducido en el Anexo de este comentario).

³ Para lo que sigue: Amnistía Internacional (2021): *Informe jurídico: Responsabilidad penal por omisión de los mandos con ocasión de los crímenes cometidos durante el estallido social*, octubre 2021, recurso electrónico disponible en: <https://www.amnesty.org/es/documents/amr22/4851/2021/es/>, Perret, Sabrina (2023): “Responsabilidad de los superiores por los delitos cometidos por sus subordinados con ocasión del “estallido social” en Chile”, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile (2023)*, UDP.

⁴ Sobre este punto, véase la ya célebre y muy interesante discusión que tuvo lugar, en el portal electrónico de CIPER, entre J.P. MAÑALICH y Antonio BASCUÑÁN R. (Mañalich, 25.10.2019, “Sobre la responsabilidad del Presidente de la República por crímenes perpetrados bajo el estado de emergencia”, <https://www.ciperchile.cl/2019/10/25/sobre-la-responsabilidad-del-presidente-de-la-republica-por-crimenes-perpetrados-bajo-el-estado-de-emergencia/>; la respuesta de Antonio Bascuñán: “Crímenes de lesa humanidad”,

carabineros por delitos simples como lesiones, apremios ilegítimos, homicidios frustrados, etc., realizados en el contexto del estallido social.⁵ El primer escollo a superar es, entonces, interpretar estos delitos en el contexto de las circunstancias de los n° 1 y 2° del art. 1 de la Ley 20.357 arriba citado.

Esto es lo que se conoce como el “elemento contextual”, pues lo que se busca es reconocer que los delitos cometidos por los subordinados fueron “parte de un todo” (de un “ataque sistemático”, de una “política”), en un sentido organizacional, y no simples delitos aislados. Podrá notarse que esto es el paso inicial fundamental para conectar estos delitos con la responsabilidad de los superiores: si se tratasen de hechos aislados, sin conexión, la responsabilidad sería puramente individual del subordinado respectivo y nada tendrían que ver con las cadenas de mando.

- b) La existencia de una relación de jerarquía y subordinación. De lo anteriormente apuntado, es evidente por qué este segundo punto también es clave para terminar de cerrar la satisfacción del elemento contextual: sin conexión entre subordinado y superior jerárquico, no puede establecerse la responsabilidad de este último (que no tomó parte directa en la ejecución efectiva y concreta del hecho, por ejemplo, de tal o cual apremio ilegítimo).
- c) Capacidad de actuar, así como de evitar el resultado por parte de la autoridad. Un último elemento general es de tipo subjetivo. El art. 35 contempla este elemento así: “*teniendo conocimiento de su comisión [de un delito de lesa humanidad] por otro [por su(s) subordinado(s)], no la impidieren, pudiendo hacerlo*”. Por lo tanto, debe verificarse, en primer lugar, el conocimiento respecto de los hechos y, luego, la capacidad fáctica que tendría el superior de efectivamente impedir que estos hechos delictivos se desarrollen o se sigan desarrollando. En el caso de un director gral. de Carabineros, ello tendría que comprobarse en atención a las posibilidades de su cargo. La pregunta crucial es: ¿podría haber evitado la perpetración de esos concretos delitos de lesa humanidad, o haber evitado su continuación, una vez que tuvo conocimiento de los mismos? Sólo puede imputársele responsabilidad al superior cuando esta pregunta se responde afirmativamente.

Penalidad. Si llegase a condenarse al Gral. por el art. 35 de la Ley 20.357, entonces respondería como autor de los delitos cometidos por los subordinados.

2.12.2019, <https://www.ciperchile.cl/2019/12/02/crimenes-de-lesa-humanidad/> y “Crímenes de lesa humanidad II”, 4.12.2019, <https://www.ciperchile.cl/2019/12/04/crimenes-de-lesa-humanidad-ii/>.

⁵ Véase, de modo resumido, <https://documenta.labot.cl/estallido-social-van-67-agentes-del-estado-condenados-11-con-penas-de-carcel/>

2. ¿Responsabilidad por la realización de delitos simples por omisión impropia y/o propia?

a) Quizás el mayor escollo de la estrategia anterior es poder comprobar la satisfacción de los elementos de los crímenes de lesa humanidad del art. 1 de la Ley 20.357, en el sentido de convencer a un tribunal, más allá de toda duda razonable de la existencia, de un “ataque generalizado o sistemático” y de una “política del Estado o de sus agentes”. Existen, sin embargo, alternativas para afirmar la responsabilidad jurídico-penal de los superiores. Para ello, dependiendo del delito a imputar, habría que comprobar que, pese a que el superior no cometió por sí mismo el delito (lesiones, apremios, etc.), él contaba con una *posición de garante* respecto de la evitación de esa conducta delictiva. Ese es el elemento clave de todo delito de omisión impropia.

Por ejemplo, el dueño de un animal fiero tiene una posición de garante relativa al control de esa fuente de peligro, de modo que si el animal (digamos, un perro) muerde a un niño en la calle, en principio podría responsabilizarse penalmente a su dueño por la realización de ese delito de lesiones, en la medida en que hubiese sido contextualmente capaz de controlar a su perro y evitar el resultado lesivo y, pese a ello, no lo hizo. En un sentido análogo, podría afirmarse lo mismo de un superior, en el contexto de una organización altamente jerarquizada: siendo garante respecto de la actuación de sus subordinados, y teniendo conocimiento y capacidad de evitación, no evitó la perpetración (o continuación) de conductas delictivas. Aquí debe comprobarse de los deberes de un director Gral. de Carabineros puede o no extraerse una posición de garante semejante (de “control”).

La ventaja que tendría esta alternativa es que perfectamente pueden existir casos de delitos por omisión impropia imprudentes (es decir, no dolosos, sino en los cuales hay una falta de cuidado debido). Además, podrían admitirse variantes de omisión impropia respecto de cualquier delito (lesiones, homicidios frustrados, etc.). Sin embargo, esta teoría del caso debe enfrentarse a un problema fundamental: a diferencia del ejemplo del animal fiero, quienes realizan los delitos concretos son personas plenamente responsables (los subordinados). Por lo que, en rigor, esta alternativa debería complementarse con una respuesta al problema de la intervención delictiva: ¿en qué sentido el superior es *autor* del delito, si este fue, en rigor, realizado por un sujeto plenamente responsable? (ver punto 3, más abajo).

b) Por lo mismo, la alternativa más viable sería lo que se conoce como otras formas (“simples”) de delito de omisión propia.⁶ Esa es justamente la variable introducida por el tipo

⁶ La diferencia entre la omisión impropia y la omisión propia, como modalidades de realización delictiva, es que en la primera la variante omisiva no está explícitamente descrita en la ley. Por ejemplo: la ley castiga a “el que mate a otro” (formulación de una conducta activa). ¿Por qué castigaríamos a alguien que “nada hizo” (omisión) para provocar la muerte de otro? Para “transformar” ese delito en una variante omisiva, debe apelarse a la existencia de una posición de garantía (si el que mató al niño no fui yo, sino mi perro, para que se me impute el homicidio a título de autoría se debe fundamentar que yo tenía el deber de evitar que mi perro peligroso afecte bienes jurídicos ajenos -en este caso, la vida de ese niño-, y que concretamente tuve la capacidad de haber evitado esa afectación). En los casos de omisión propia, la ley define claramente la hipótesis omisiva. Y ello trae consigo, por regla general, que también define el título de intervención delictiva (autoría).

penal de los artículos 150 A y 150 D del Código Penal, sobre los delitos de tortura y apremios ilegítimos (ver anexo). Una de las modalidades delictivas explícitamente incorporadas en estos artículos es de omisión propia: el “*empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas [tortura, art. 150 A; apremios ilegítimos, art. 150 D], no impidiere o no hiciere cesar [...] teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo*”.

Las ventajas de optar por esta estrategia es que permiten pasar por alto los obstáculos más difíciles para responsabilidad al superior, relativos a la existencia del “elemento contextual” de los delitos de lesa humanidad. Tampoco le es aplicable el problema de la intervención delictiva, pues al estar explícitamente incorporadas las variantes omisivas en la legislación (por eso es una omisión *propia*), se establece claramente como una hipótesis de autoría directa. Pero la desventaja es que esta modalidad de omisión propia sólo está disponible para estos delitos (tortura, apremios ilegítimos y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes), no así para otros como el homicidio o las lesiones graves. Sin embargo, esta desventaja se ve superada por la existencia de una circunstancia especialmente agravante, contenida en el artículo 150 E del Código Penal. Según esta calificante, quien, con ocasión de los apremios ilegítimos (o otros tratos crueles, inhumanos o agravantes), cometiere homicidio (art. 150 E n° 1), mutilaciones o lesiones gravísimas (art. 150 E n° 1), entre otros delitos, recibirá una pena agravada.

Por cierto, de seguirse esta alternativa, tendrían que comprobarse también elementos relativos a la capacidad de evitación, al conocimiento de la realización de los delitos, a la existencia de una relación de jerarquía o subordinación, etc. Aquí puede estar el principal escollo que deba superar esta alternativa: la comprobación del dolo en la realización delictiva. El segundo mayor obstáculo a superar será el régimen de concursos aplicables. Es decir: ¿cuántos delitos le serán imputados? Si el Director General tenía, por ejemplo, una posición de supervigilancia, no es para nada sencillo decidir cuáles de todos los delitos cometidos de propia mano por los subordinados le serán atribuidos a él. En este momento es estéril especular sobre eso, así que habría que esperar a ver la formalización/acusación para tener mayor claridad.

Penalidad: la de los delitos respectivos (art. 150 A y/o 150 D), como autor.

3. Intervención delictiva en el contexto de aparatos organizados: participación

Por último, también quedaría una posibilidad relativa que la fiscalía busque atribuir responsabilidad a superiores por títulos de intervención delictiva en los delitos respectivos mediante estructuras de participación, como la inducción o la complicidad. Dadas las características de los delitos cometidos en el contexto del estallido social, esta alternativa se ve sumamente problemática, pues supondría la comprobación de la existencia de órdenes directas (inducción), o bien de formas de facilitación del delito (complicidad) que, al menos de acuerdo a los antecedentes que maneja quien escribe este informe, no habrían existido o, al menos, no existe conocimiento público sobre ellas.

+ En conclusión, me parece que la formalización irá o bien por la **alternativa 1** (art. 35, Ley 20.357), o bien por la **2b**, es decir, alguna variante de omisión propia relativa a tortura o apremios (arts. 150 A y/o 150 D, Código Penal). Nótese que las dos son, técnicamente, variantes de omisión (propia). Ambas formas permiten atribuir responsabilidad jurídico penal al superior por conductas delictivas en las que no haya tomado parte *directa*, sino que la responsabilidad es por la actuación (responsable) del subordinado pero que, a pesar de ello, se trata de formas de autoría (pues lo relevante es el no impedimento de la realización de un resultado). Hasta aquí dejaré este comentario, que se limita a explicitar el abanico de alternativas. De ahí a que la teoría del caso de la fiscalía sea más o menos sólida y fundamentada, eso tendrá que verse más adelante, con los antecedentes (formalización/acusación) sobre la mesa. Si la acusación al Gral. Yáñez es o no razonable, no es algo respecto de lo que me pronunciaré aquí.

ANEXO

Ley 20.357
Artículo 2º.- Para efectos de lo dispuesto en el artículo precedente, se entenderá: 1º. Por “ataque generalizado”, un mismo acto o varios actos simultáneos o inmediatamente sucesivos, que afectan o son dirigidos a un número considerable de personas, y 2º. Por “ataque sistemático”, 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.

Estatuto de Roma
Artículo 28 – Responsabilidad de los jefes y otros superiores Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte: a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando:

- i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos;
- ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y
- ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento.

Código Penal

Art. 150 A. El empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones, aplicare, ordenare o consintiere en que se aplique tortura, será penado con presidio mayor en su grado mínimo. Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de tortura, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo.

La misma pena se aplicará al particular que, en el ejercicio de funciones públicas, o a instigación de un empleado público, o con el consentimiento o aquiescencia de éste, ejecutare los actos a que se refiere este artículo.

Se entenderá por tortura todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información, declaración o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se le impute haber cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o en razón de una discriminación fundada en motivos tales como la ideología, la opinión política, la religión o creencias de la víctima; la nación, la raza, la etnia o el grupo social al que pertenezca; el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, la filiación, la apariencia personal, el estado de salud o la situación de discapacidad.

Se entenderá también por tortura la aplicación intencional de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima, o a disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión, con alguno de los fines referidos en el inciso precedente. Esta conducta se sancionará con la pena de presidio menor en su grado máximo.

No se considerarán como tortura las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad.

ART. 150 D.-⁷ El empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones, aplicare, ordenare o consintiere en que se apliquen apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen a constituir tortura, será castigado con las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente. Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidiere o no hiciere

⁷ La redacción aquí reproducida del art. 150 D es la vigente al momento de los crímenes cometidos en el estallido social (fines de 2019). Actualmente el artículo tiene otra redacción como consecuencia de las modificaciones introducidas por la Ley 21.560, conocida como “Ley Nain-Retamal”, que entró en vigencia el 10 de abril de 2023.

cesar la aplicación de los apremios o de los otros tratos, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo.

Si la conducta descrita en el inciso precedente se cometiere en contra de una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez; o en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público, la pena se aumentará en un grado.

No se considerarán como apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, si los hechos constituyeren algún delito o delitos de mayor gravedad, se estará a la pena señalada para ellos.

COMENTARIO ADICIONAL A PROPÓSITO DE LA EVENTUAL –INMINENTE– FORMALIZACIÓN DEL
GENERAL DIRECTOR DE CARABINEROS, RICARDO YÁÑEZ

De acuerdo a lo que se tiene noticia a la fecha (al día de hoy solo hay información respecto del ingreso del escrito que solicita la audiencia de formalización, la que no se ha llevado a cabo aún), la Fiscalía Centro Norte pediría la formalización del general director de Carabineros, Ricardo Yáñez, del exgeneral director, Mario Rozas y del exsubdirector de la institución, el general (r) Diego Olate.

Todo parece indicar que, dentro de las alternativas que apunté en el informe anterior (20230103), la escogida por la acusación que realizará la fiscalía será la opción de los apremios ilegítimos calificados en modalidad omisiva.

1. Responsabilidad por la realización de delitos de tortura y/o apremios ilegítimos calificados por resultado de muerte y/o lesiones, en modalidad omisiva
 - a. Una investigación paralela se lleva a cabo para determinar la responsabilidad de los involucrados en crímenes de lesa humanidad de la Ley N° 20.357. Como ya fue mencionado en el informe anterior, es sumamente problemático probar la concurrencia de los elementos de los crímenes de lesa humanidad del art. 1 de dicha ley. (“ataque generalizado o sistemático”, “política del Estado o de sus agentes”). Por lo tanto, es razonable no mezclar ambas líneas y no hacer referencia por el momento a “crímenes de lesa humanidad”. Esto es algo que ha sido confundido por la prensa en sus notas de esta semana.
 - b. La alternativa privilegiada por la fiscalía para la inminente formalización será la imputación de algunos delitos de tortura y/o apremios ilegítimos (art. 150 A y 150 D, respectivamente), que pueden o no estar calificados por el resultado de muerte (art. 150 E n° 1) o lesiones (art. 150 E n° 1).
 - c. Los artículos previamente mencionados (véase el anexo) permiten expresamente su realización mediante una modalidad omisiva (es decir, no activa). A ello se le llama una modalidad de “omisión propia”. Tomemos como ejemplo el art. 150 D. La cláusula expresa que admite la omisión y que es más propia para la aplicación de responsabilidad penal del mando es: “*empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas [apremios ilegítimos u otros tratos cueles, inhumanos o degradantes], la aplicación de los apremios o de los otros tratos, teniendo la*

facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo”¹. Esos son los principales elementos de la tipicidad que se deben comprobar.

- d. Varias dificultades deberá enfrentar la acusación, incluso asumiendo que los delitos respectivos de apremio u otros, cometidos por subordinados, ya fueron probados (aquí perfectamente la fiscalía puede echar mano de otros procesos, cerrados o abiertos, relativos a la responsabilidad individual de los subordinados). En primer lugar, la *exigencia subjetiva de conocimiento de la ocurrencia de las conductas delictivas de los subordinados* debe ser probada, para lo cual los involucrados no tuvieron necesariamente que encontrarse *in situ*, sino que, en principio, podría bastar que hayan estado en posiciones de vigilancia centralizadas, o que hayan tenido noticia por terceros, etc. El punto más problemático sobre esto es la existencia o no de dolo, y en general otras cuestiones de imputación subjetiva. Pues la representación del o los acusados debe cumplir todos los elementos objetivos de los tipos penales respectivos y, en un segundo paso, ellos deben tener la consciencia de que la conducta desplegada es antijurídica. Así, por ejemplo, pese incluso a que el general director se encuentre en conocimiento de los hechos, puede alegar una interpretación diferente de esos acontecimientos y, por lo tanto, alguna variante de error (o bien que no se alcanzaba a apreciar correcta e individualizadamente las conductas realizadas por los subordinados, o bien que no sabía que aquello que estaba ocurriendo era, efectivamente, contrario a derecho por considerarlo el cumplimiento del deber de mantener el orden público, etc.). Varias dificultades aparecerán en materia de imputación subjetiva, dependiendo de la dinámica de los hechos del caso.
- En relación con lo anterior, fiscalía debe comprobar que los acusados estaban en *posición de poder evitar* las conductas de los subordinados. Tanto este requisito como los anteriores, son presupuestos de evitabilidad de la conducta delictiva. Es decir, debe comprobarse que el imputado pudo efectivamente impedir la realización de los apremios. Porque si le era imposible, no puede ser hecho responsable: a lo que es imposible nadie está obligado.
- e. En materia de intervención delictiva, la ventaja de la explicitación de la variante de omisión por los tipos penales pertinentes es que la conducta imputada lo es a título de *autoría directa* y no de participación.
- f. De poder superarse los escollos antes mencionados en la imputación de los respectivos delitos, quedaría ahora la pregunta por la penalidad. Una primera cuestión que debe despejarse es cuántos delitos serán imputados. Aquí la cuestión del “concurso de delitos” puede ser compleja, pues técnicamente se realizará una instancia de delito (del 150 D, por ejemplo) por cada vez que se cumplan sus requisitos, en relación con cada hecho de los distintos subordinados. Piénsese que en el contexto de (solo una) manifestación esos pueden ser muchos.
- No queda clara cuál será la estrategia de la fiscalía. Una sería imputar “con pinzas” por los casos de apremios ilegítimos cuya realización esté absolutamente comprobada. Ello dotaría de mayor fuerza al caso, pero uno se imagina que esos casos

¹ EL Art. 150 D fue modificado en abril de 2023 por la Ley N° 21.560. Por lo tanto, en principio, hay que analizar la reglamentación vigente al momento de la comisión del hecho.

no son muchos. La segunda alternativa, más problemática, sería imputarle una generalidad de delitos de apremio. En rigor, este es un problema de tipicidad y es lo primero que debe resolver la fiscalía. Pero en materia de penalidad esto impactará directamente en cuánta pena, de haber sido condenado, recibirán los imputados. También las soluciones concursales dependerán, entonces, de la dinámica de los hechos.

- g. Por último, también es importante mencionar que si uno o más de los actos de los subordinados tuvieron como resultado de los apremios la realización de otros delitos de los mencionados en el art. 150 E, entonces la pena se verá agravada. En efecto, ese artículo configura variantes calificadas de apremios ilegítimos (o otros tratos crueles, inhumanos o agravantes) por la realización de homicidio (art. 150 E n° 1), mutilaciones o lesiones gravísimas (art. 150 E n° 1), entre otros delitos (sexuales y delitos imprudentes).

De modo que si la pena de la realización de una instancia de apremios ilegítimos en omisión es de presidio menor en sus grados medio a máximo (marco penal que va de 541 días a 5 años, Art. 150 D inc. 1°), su calificación por, por ejemplo, el resultado de lesiones gravísimas en la víctima del apremio elevaría esa pena a presidio mayor en su grado medio (15 años y 1 día a 20 años, Art. 150 E, n° 2). A ello habría que agregar las penas accesorias².

ANEXO

Código Penal
<p>Art. 150 A. El empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones, aplicare, ordenare o consintiere en que se aplique tortura, será penado con presidio mayor en su grado mínimo. <u>Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de tortura, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo.</u></p> <p>La misma pena se aplicará al particular que, en el ejercicio de funciones públicas, o a instigación de un empleado público, o con el consentimiento o aquiescencia de éste, ejecutare los actos a que se refiere este artículo.</p> <p>Se entenderá por tortura todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información, declaración o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se le impute haber cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o en razón de una discriminación fundada en motivos tales como la ideología, la opinión política, la religión o creencias de la víctima; la nación, la raza, la etnia o el grupo social al que pertenezca; el sexo, la</p>

² Otros problemas que pueden surgir en el proceso, dependiendo de los hechos del caso, es uno de aplicabilidad de la ley penal en el tiempo. La última modificación del art. 150 D eliminó la frase contenida en su inciso 2°, que aumentaba la pena en un grado cuando la conducta se cometa “en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público”. Uno podría pensar que, de darse ese caso, podría alegarse la aplicación de la ley vigente actual que no incluye esa circunstancia agravante, por ser más favorable, en aplicación del inciso 2° del art. 18 del Código Penal. Esto ya es hilar bastante más fino, por lo que es recomendable ver los hechos del caso antes de seguir el análisis.

orientación sexual, la identidad de género, la edad, la filiación, la apariencia personal, el estado de salud o la situación de discapacidad.

Se entenderá también por tortura la aplicación intencional de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima, o a disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión, con alguno de los fines referidos en el inciso precedente. Esta conducta se sancionará con la pena de presidio menor en su grado máximo.

No se considerarán como tortura las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad.

ART. 150 D.-³ El empleado público que, abusando de su cargo o sus funciones, aplicare, ordenare o consintiere en que se apliquen apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, que no alcancen a constituir tortura, será castigado con las penas de presidio menor en sus grados medio a máximo y la accesoria correspondiente. Igual sanción se impondrá al empleado público que, conociendo de la ocurrencia de estas conductas, no impidiere o no hiciere cesar la aplicación de los apremios o de los otros tratos, teniendo la facultad o autoridad necesaria para ello o estando en posición para hacerlo.

Si la conducta descrita en el inciso precedente se cometiere en contra de una persona menor de edad o en situación de vulnerabilidad por discapacidad, enfermedad o vejez; o en contra de una persona que se encuentre bajo el cuidado, custodia o control del empleado público, la pena se aumentará en un grado.

No se considerarán como apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes las molestias o penalidades que sean consecuencia únicamente de sanciones legales, o que sean inherentes o incidentales a éstas, ni las derivadas de un acto legítimo de autoridad.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, si los hechos constituyeren algún delito o delitos de mayor gravedad, se estará a la pena señalada para ellos.

Art. 150 E. Si con ocasión de los apremios ilegítimos u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes se cometiere además:

1° Homicidio, se aplicará la pena de presidio mayor en su grado máximo a presidio perpetuo.

2° Alguno de los delitos previstos en los artículos 361, 362, 365 bis, 395, 396 o 397, número 1°, la pena será de presidio mayor en su grado medio.

3° Alguno de los cuasidelitos a que se refiere el artículo 490, número 1°, la pena será de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo.

³ La redacción aquí reproducida del art. 150 D es la vigente al momento de los crímenes cometidos en el estallido social (fines de 2019). Actualmente el artículo tiene otra redacción como consecuencia de las modificaciones introducidas por la Ley 21.560, conocida como “Ley Nain-Retamal”, que entró en vigencia el 10 de abril de 2023.