Revista de Derecho Vol. XXI - Nº 1 - Julio 2008 Páginas 61-73

MIEDO INSUPERABLE Y OBEDIENCIA JERÁRQUICA

*Juan Pablo Mañalich Raffo**

RESUMEN

El artículo discute, sobre la base de un caso que recientemente llamara la atención de la opinión pública, algunos problemas implicados en la atribución de responsabilidad penal en relación con hechos punibles perpetrados por los agentes represivos del régimen militar. Estas cuestiones conciernen, de una parte, la pregunta por la posibilidad de invocar una eximente de responsabilidad genérica, particularmente la de miedo insuperable; y de otra, la pregunta por la posibilidad de invocar una eximente de responsabilidad específicamente referida al hecho de que el agente haya actuado cumpliendo órdenes impartidas por un superior, lo cual a su vez plantea la pregunta por la eventual responsabilidad correlativa de éste.

MIEDO INSUPERABLE - OBEDIENCIA JERÁRQUICA - AUTORÍA MEDIATA

Duress and obedience to superior orders

ABSTRACT

Based on a case that has recently captured the attention of public opinion, this work analyses various issues involved in the attribution of criminal liability in relation to offences committed by repressive agents of the Military Regime. These issues refer to, on the one hand, the question of appealing to a generic criminal defence such as duress and on the other, the question of appealing to a specific criminal defence relating to the fact that the agent acted in obedience to superior orders, which in time raises the problem of assesing the possible criminal liability of the superior who gave the order.

DURESS – OBEDIENCE TO SUPERIOR ORDERS – COMMAND RESPONSIBILITY

* Licenciado en derecho, estudiante de doctorado en derecho en la Universidad de Bonn, Alemania, Herthastrasse 56, 50969 Colonia, Alemania, jpmanalic@yahoo.com. Artículo recibido el 30 de marzo de 2008 y aceptado para su publicación por el Comité Editorial el 27 de mayo de 2008.

1. Introducción

Hace algunos meses, la opinión pública volcó su atención a la situación gatillada por la renuncia al Ejército de Chile por parte del general Gonzalo Santelices, sumamente discutida a través de los medios de comunicación. Su renuncia, motivada por un deseo de "liberar al Ejército del plano público", como él mismo explicara en una entrevista a un medio de prensa nacional,[1] fue desencadenada por su involucramiento en uno de los casos referidos a la operación "Caravana de la Muerte", nombre con que se conoció a la comitiva que en octubre de 1973 –y bajo el comando de Sergio Arellano Stark– recorriera varios lugares del país ejecutando sumariamente a individuos detenidos por motivos políticos. Según propias declaraciones de Santelices, éste se desempeñaba entonces, a sus 20 años de edad, como subteniente en la Escuela de Blindados de Antofagasta, cuando arribó al lugar la comitiva en cuestión. En este marco, de acuerdo a su propia versión de los hechos entregada a la prensa, Santelices participó en el traslado de un grupo de detenidos desde la cárcel de Antofagasta hasta un lugar conocido como la quebrada del Way, donde los detenidos fueron ejecutados, sin que Santelices interviniera en las ejecuciones mismas, habiendo recibido una orden de alejarse y esperar a unos cien metros del lugar en que éstas ocurrieron. Los perpetradores directos se habrían retirado entonces, dejando a Santelices y otros compañeros de armas a cargo de trasladar los cadáveres hasta la morgue.

Parte de la discusión pública al respecto ha estado centrada en la significación de la renuncia de Santelices como un modo de asumir responsabilidad política por su involucramiento en los hechos en cuestión. Pero esto no ha obstado a que también se haya generado una polémica acerca de su posible responsabilidad penal. Ciertamente, lo importante aquí no es establecer si Gonzalo Santelices, como persona individual, puede ser portador de responsabilidad penal por las ejecuciones sumarias en cuestión. Pero esto no impide la formulación de algunas consideraciones generales sobre la base de algunas propiedades de este caso que en principio podrían ser compartidas por un número significativo de casos análogos, que es en parte al menos lo que explica el interés de la opinión pública al respecto: la pregunta es, por ende, si acaso todos aquellos que se encontraban en una situación similar a la de Santelices y se vieron involucrados en hechos semejantes pudieran tener responsabilidad penal comprometida. La pregunta acerca del obstáculo a la punibilidad de hechos como éstos que en principio representa tanto la amnistía otorgada por DL 2191 de 1978 como la eventual prescripción de las acciones penales correspondientes, no puede ser examinada en este contexto.[2]

[1] Véase *El Mercurio*, del domingo 10 de febrero de 2008.

[2] Sobre esto véase ya Mañalich, J.P., "El secuestro como delito permanente frente al D.L. de amnistía", en *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, Nº 4, 2004, pp. 11 y ss., 25 y ss.

2. El significado de la complicidad

Como punto de partida, hay que establecer a qué título podría fundamentarse una tal responsabilidad penal. Al respecto, Santelices mismo ofrecía una consideración potencialmente relevante, al sugerir la inexistencia de responsabilidad penal de su parte sobre la base de la siguiente observación: "La orden de trasladar prisioneros no tiene nada de ilegal, y tengo que cumplirla". Acerca de la relevancia del deber militar de cumplimiento de órdenes se volverá después. Lo que aquí importa es constatar que según las propias declaraciones del afectado, su intervención se habría limitado al traslado de los detenidos al lugar de su ejecución, sin haber tomado parte en esta última. En principio, esto podría bastar para excluir una posible responsabilidad a título de autoría, al menos en el sentido del artículo 15 Nº 1 del Código Penal, que considera autores a quienes "toman parte en la ejecución del hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite". Es inequívoco que la primera parte de la disposición se refiere, propiamente, a lo que cabe definir como autoría directa, mientras que la segunda también puede comprender, en determinadas constelaciones, alguna variante de coautoría en que falle el presupuesto de la regla del Nº 3 del mismo artículo, a saber, el concierto previo.[3] Pero la intervención de Santelices, circunscrita al traslado, como copiloto de uno de los camiones, de un grupo de los detenidos ejecutados, tampoco parece resultar suficiente para poder imputársele las ejecuciones a título de coautor. Pues independientemente de cuán estricta o laxamente se interprete la exigencia de concierto previo, lo distintivo de la coautoría es, en todo caso, la presencia de una relación de representación recíproca que haga posible interpretar la conducta aislada de cada uno de los intervinientes como una conducta que al mismo tiempo cuenta como acción de cada uno de los demás.[4] Y tal esquema común de interpretación parece faltar aquí, al menos si se asume la corrección de las declaraciones del propio Santelices.

Pero esto no basta para concluir que no haya bases para una eventual responsabilidad penal, pues ésta podría venir en consideración o bien a título de complicidad o bien a título de encubrimiento. Resulta conveniente considerar esta última posibilidad en primer lugar, dado que aquí la respuesta es más fácil. La conducta de Santelices, posterior a la ejecución de los detenidos en la que él no habría tomado parte, consistió en el traslado de los cadáveres a la morgue, lo que ciertamente no se deja subsumir bajo el Nº 2 del artículo 17 del Código Penal, que requiere, precisamente, el ocultamiento o la inutilización del cuerpo, de los efectos o de los instrumentos del delito. Y resulta igualmente difícil tener por configurada alguna otra variante del encubrimiento punible sin distorsionar las reglas en cuestión: el

[3] Esto supone, en todo caso, que la segunda parte del Nº 1 del artículo 15 también puede comprender casos de genuina autoría directa, en que la conducta que realiza el tipo delictivo respectivo se deja describir, precisamente, como un impedimento activo de que un tercero evite la producción del resultado. Por ejemplo: un niño, nadando en el mar, sufre un calambre y se expone a ahogarse; su padre se dispone a rescatarlo, pero un tercero lo aturde, dejándolo inconsciente; el niño en definitiva muere. El tercero es, en este caso, autor directo de un homicidio, pues él mismo pone una condición de la cual depende la explicación causal del resultado típico.

[4] Para esto véase Mañalich, J.P., "Condiciones generales de la punibilidad", en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, Nº 2, 2005, pp. 471 y ss.

Nº 1 del artículo 17 exige o bien aprovechamiento (propio) o bien facilitación de aprovechamiento ajeno de los efectos del delito; el Nº 3, prestar albergue, ocultamiento o ayuda a la fuga de los hechores, y el Nº 4, acogimiento, protección o ayuda habitual a los hechores, facilitación de medios para su reunión u ocultamiento de armas o efectos, o suministro de auxilio o noticias para que se guarden, precavan o salven.

La cuestión más interesante la presenta, por ende, la posibilidad de afirmar una imputación a título de complicidad, que según el artículo 16 del Código Penal supone una cooperación en la ejecución del hecho principal mediante actos anteriores o simultáneos a éste. A este respecto, el aporte consistente en hacer subir a un grupo de las víctimas al vehículo que los trasladara hasta el lugar de sus muertes, tomando parte, además, en el traslado mismo, resulta objetivamente suficiente como conducta de cooperación. Y la constatación de que el traslado de detenidos de un lugar a otro "no tiene nada de ilegal" es en sí misma irrelevante, pues la conducta constitutiva de complicidad, en tanto modo de intervención accesoria que fundamenta una responsabilidad secundaria del partícipe, sólo obtiene su significación delictiva por referencia al hecho principal del autor (o de los coautores). Y en este sentido, carece de toda importancia que eventualmente pueda calificarse la conducta de trasladar a un grupo de detenidos como una "acción neutral", pues para la complicidad lo determinante es, en todo caso, la posibilidad de anudar la prestación del partícipe al sentido delictivo del comportamiento del autor que realiza el tipo delictivo.[5]

El problema fundamental concierne la pregunta por la satisfacción de las condiciones de la imputación subjetiva, esto es, del dolo. Puesto que el grado de conocimiento de la relevancia típica del hecho principal por parte del cómplice no necesita superar el grado de conocimiento que fundamenta el dolo del autor, esto es, el dolo eventual, la pregunta ha de consistir, entonces, en si el interviniente se representó como concretamente posible y con el grado de probabilidad relevante, al momento de efectuar su acción de cooperación, que ésta fuese a facilitar la ejecución de una conducta típicamente relevante (aquí: en el sentido del delito de homicidio o asesinato) por parte de los intervinientes principales. Ciertamente, ésta es una determinación que sólo podría alcanzarse por la vía de un establecimiento judicial de las circunstancias precisas del hecho.[6]

3. El miedo insuperable y la falacia exculpatoria

Lo importante, en todo caso, es asumir la eventualidad de que se satisficieran las condiciones para una imputación al menos a título de participación, de modo de poder plantear la pregunta por una eventual exculpación por "haber actuado impulsado por un miedo insuperable", tal como el art. 10 Nº 9 del Código Penal configura la eximente de

[5] Así Kindhäuser, U., "Zum Begriff der Beihilfe", en Dannecker, G. *et al*. (coord.), *Festschrift für Harro Otto*, Carl Heymanns Verlag,: Colonia, 2007, pp. 355 y ss., 365 y ss.

[6] Cabe agregar que una cooperación eventualmente constitutiva de complicidad no es suficiente para la configuración de una posición de garante que pudiera convertir al interviniente en cuestión en eventual autor de un delito de comisión por omisión.

responsabilidad respectiva. Y es en este punto donde emerge la referencia a la situación motivacional específica en que se habría encontrado, por ejemplo, el entonces subteniente Santelices, expuesto a la contingencia de una muy probable "reprimenda" de parte de los agentes superiores en caso de haberse resistido a acatar la orden a él dirigida.

Aquí se impone, desde ya, la necesidad de clarificar el sentido en que un miedo insuperable puede operar excluyendo la responsabilidad penal del afectado, que estrictamente no se deja reconducir a la pregunta por su libertad de voluntad. Porque en el marco de la atribución de responsabilidad penal, las reglas que establecen los presupuestos de la culpabilidad en sentido estricto fijan, como criterios de exclusión de la imputación, determinadas condiciones bajo las cuales falta la capacidad personal de motivarse a actuar de modo conforme a deber. El reproche de culpabilidad tiene por objeto la objetivación de una falta de fidelidad al derecho, expresada en un comportamiento que expresa un déficit de motivación de realizar lo jurídicamente debido.[7] De faltar la capacidad de motivarse, con arreglo a la norma como razón eficaz para la acción, de realizar intencionalmente lo jurídicamente debido, el comportamiento antijurídico no expresa un déficit de fidelidad al derecho. Las condiciones negativas de la capacidad de motivarse a realizar lo jurídicamente debido, constitutivas de lo que técnicamente se denomina causas de *inculpabilidad*, se encuentran fijadas –al menos en lo relativo al derecho penal de adultos– en los Nºs 1, 2 y 3 del Código Penal, que establecen los presupuestos de la capacidad de culpabilidad (o "imputabilidad"), a las que cabe agregar también el error de prohibición, reconocido jurisprudencialmente como causa de inculpabilidad, en tanto la capacidad de actuar de modo conforme a deber presupone el conocimiento de la norma que fundamenta el concreto deber de omitir correspondiente.[8]

Pero de este modo no se deja reconstruir el sentido de la eximente por miedo insuperable del Nº 9 del mismo artículo 10. Pues aquí ya no se trata de que el sujeto haya carecido de la capacidad de motivarse a actuar de modo conforme a deber, sino de que esta motivación, fácticamente posible, deja de ser esperable de un ciudadano fiel a derecho, por falta de exigibilidad. Por esto, de modo análogo a la reconstrucción del sentido de la regla del estado necesidad exculpante en el derecho penal alemán (§ 35 CP alemán), la eximente de miedo insuperable puede ser entendida no como causa de inculpabilidad, sino como causa de *exculpación*. El déficit de responsabilidad, excluyente de la imputación no se encuentra, por ende, en una incapacidad del sujeto de motivarse a actuar con arreglo a deber, sino en la inexigibilidad de esa motivación. La persona es exculpada porque su actuación contraria a deber, en la específica situación en que ella se

[7] Sobre esto Mañalich, J.P., "Pena y ciudadanía", en *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, Nº 6, 2005, pp. 64 y ss.; para una comprensión del concepto de libertad de voluntad subyacente a la idea de culpabilidad como compatible con la verdad del determinismo, véase el mismo, "La pena como retribución", en *Estudios Públicos*, Nº 108, 2007, pp. 144 y ss.

[8] En detalle Mañalich, J.P., "Condiciones generales de la punibilidad", en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, Nº 2, 2005, pp. 448 y ss. Lo mismo vale, *mutatis mutandis*, para normas de mandato que imponen deberes de actuar.

encontraba, deja de constituir un indicio de falta de fidelidad al derecho que es objeto del reproche penal de culpabilidad.

El problema se encuentra en que la regulación del Código Penal chileno no provee criterio de concreción alguno para la aplicación de este estándar de inexigibilidad de la motivación leal a derecho jurídicamente esperada. Pero resulta fundamental observar que la satisfacción de la eximente en cuestión nunca deja de ser, en todo caso, el resultado de la satisfacción de las condiciones de aplicación de una regla. Las condiciones –positivas y negativas– de la atribución de responsabilidad son siempre condiciones regladas, de modo tal que la pregunta de si un sujeto resulta excusado es siempre una pregunta cuya respuesta se encuentra mediada por la aplicación de una regla de exculpación, esto es, una regla que forma parte de un sistema de reglas de imputación, las cuales establecen los presupuestos de los cuales depende la adscripción de responsabilidad definitiva, ya sea principal (autoría) o accesoria (participación), por la realización no justificada de un tipo delictivo. Y lo importante es advertir que estas reglas se corresponden con una determinada concepción de la responsabilidad personal, que a su vez encierra una cierta concepción de la persona como paradigma de sujeto responsable.[9]

De esto puede extraerse la siguiente proposición: el hecho bruto de que una persona haya experimentado temor, y que lo haya podido experimentar, subjetivamente, como insuperable, en modo alguno constituye una respuesta idónea a la pregunta por su posible exculpación, pues lo crucial sigue siendo determinar si en la situación en que esa persona se encontraba, desde el punto de vista de la concepción de la persona responsable que es inmanente a las reglas de atribución de responsabilidad penal, la motivación de actuar con arreglo a deber ha de ser tenida por inexigible. Ciertamente, aquí pueden resultar determinantes las características individuales de la persona en cuestión, pero en todo caso en tanto sometidas al estándar objetivo que representa la regla jurídica de exculpación en cuestión.

Por eso, para la exclusión de la responsabilidad penal no puede ser suficiente que la falta de motivación de actuar con arreglo a deber resulte comprensible a la luz de las circunstancias en que la persona se encontraba, pues el hecho de que ella haya podido tener motivos comprensibles para no realizar lo jurídicamente debido no es lógicamente equivalente a que esos motivos justifiquen una suspensión de la hipótesis de la motivación de realizar lo jurídicamente debido como motivación dominante del sujeto de la imputación, la cual subyace, como presupuesto contrafáctico, al proceso mismo de atribución de responsabilidad. No reconocer esta diferencia lógica entre motivos comprensibles y motivos excusantes es, precisamente, lo que con Klaus Günther puede denominarse "falacia exculpatoria": comprenderlo todo equivaldría, entonces, a disculparlo todo.[10]

Lo importante de establecer la diferencia lógica entre comprender y excusar se asocia a la necesidad de identificar criterios de concreción para la aplicación de la regla de exculpación por miedo insuperable. Esos criterios han de resultar consistentes con

[9] Fundamental Günther, K., "Die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Grundlage des Verstehens", en Lüderssen, K. (coord.) *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band I: Legitimationen*, Nomos, Baden-Baden, 1998, pp. 319 y ss., 328 y ss.

[10] *Ibíd*., pp. 323 y ss.

las definiciones más elementales que constituyen la respectiva concepción de la responsabilidad personal que subyace a las reglas de imputación de un determinado derecho penal. Y a este respecto, resulta decisivo considerar la posición personal del sujeto en cuestión como eventual portador de un determinado rol jurídicamente relevante, que pudiera incidir en la medida de motivación normativamente adecuada que cabe esperar del mismo. El hecho de que en los casos que aquí interesan se trate de miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden ha de resultar, por lo mismo, determinante, pues tales personas se encuentran en una determinada posición institucional que paradigmáticamente tendría que conllevar un incremento de la medida de motivación fiel a derecho esperable.[11] Pues el grado de fidelidad al derecho que es esperable de un funcionario tal sobrepasa en forma significativa el grado de fidelidad al derecho que es esperable de un ciudadano cualquiera.[12] Esto no excluye, ciertamente, que en este ámbito también quepa reconocer un espacio marginal para la configuración de una eximente por miedo insuperable. Pero se trata, y esto es lo decisivo, de un espacio marginal.

Volviendo ahora a Santelices, cabe considerar la siguiente declaración ofrecida por él en el marco de la entrevista ya mencionada:

> Me siento una víctima de la Caravana de la Muerte. Hay gente que ha sufrido por situaciones que les tocó vivir cumpliendo órdenes que para ellos eran legales, y que después otros las transformaron en ilegales. Y, lamentablemente, militares que dieron las órdenes no han asumido las consecuencias de la responsabilidad del mando. Hay gente enjuiciada porque cumplió órdenes, pero quienes las dieron siguen en silencio.

Debería resultar suficientemente claro que la efectividad de las circunstancias aquí esgrimidas no puede llegar a tener relevancia para la configuración de una eximente de responsabilidad penal por miedo insuperable. El sentido de tales descargos informales no se corresponde en modo alguno con el sentido pragmático que una exculpación por miedo insuperable puede exhibir en el contexto de una reconstrucción dialógica del proceso de atribución de responsabilidad penal. Pero en esa tentativa de descargo sí emerge un antecedente importante, que concierne de manera directa la especial posición institucional de los involucrados. A saber: la posición de subordinado en una cadena de mando militar.

---

[11] En referencia a la regla del estado de necesidad exculpante en el derecho alemán, véase Pawlik, M., "Eine Theorie des entschuldigenden Notstands: Rechtsphilosophische Grundlage und dogmatische Ausgestaltung", en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Nº 11, 2003, pp. 289 y ss., 303 y ss.

[12] Schmitt, C., *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlín, 1928, 1957, p. 181.

4. Cumplimiento de órdenes y autoría mediata

La idea de que el cumplimiento de una orden ilícita no puede representar una eximente de responsabilidad se ha convertido en un auténtico lugar común. La falta de claridad acerca de lo que aquí está en juego se ha hecho igualmente común. Primero, porque la referencia a la ilicitud de la orden es equívoca. Lo ilícito no es, al menos no directamente, la orden misma, sino aquello que se ordena hacer (o no hacer). Y segundo, porque desde el punto de vista de las reglas del derecho penal chileno no es la orden en cuestión, tampoco cuando su objeto es perfectamente lícito, lo que puede constituir la base para la licitud de su cumplimiento, esto es, la causa de justificación de la ejecución del comportamiento ordenado. La construcción de una causa de justificación se encuentra mediada por reglas jurídicas, y en atención a los casos que aquí interesan, doblemente mediada.

El artículo 10 Nº 10 del Código Penal establece como eximente de responsabilidad la circunstancia de haberse actuado "en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo". A diferencia de la eximente del Nº 9 (fuerza irresistible o miedo insuperable), aquí se trata de una regla que no concierne las condiciones individuales de responsabilidad personal de las cuales depende la imputación de un comportamiento antinormativo como infracción de deber culpable, sino el estatus deóntico del comportamiento mismo, que bajo tales condiciones se vuelve jurídicamente permitido. Por eso, esta eximente constituye no una causa de exclusión de la culpabilidad, sino ya una causa de justificación (al igual que la legítima defensa de los Nºs 4, 5 y 6, y el estado de necesidad del Nº 7). Ahora bien, la permisibilidad de la conducta bajo la regla del artículo 10 Nº 10 se sujeta, en lo que aquí interesa, a la exigencia de que el sujeto haya actuado en cumplimiento de un deber. En el ámbito de la praxis militar, el deber en cuestión no se deriva de la orden misma, sino de una regla legal que impone un deber de obediencia respecto de las órdenes impartidas bajo la cadena de mando respectiva, cuya infracción, por lo demás, es punible. Tal regla se encuentra expresada en el artículo 334 del Código de Justicia Militar, con arreglo al cual

> Todo militar está obligado a obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio que, en uso de atribuciones legítimas, le fuera impartida por un superior.
> El derecho a reclamar de los actos de un superior que conceden las leyes o reglamentos, no dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio.

La sujeción a este deber de obediencia, cuya infracción resulta punible a título de delito de insubordinación en los términos de los artículos 336 y 337 del mismo código, se encuentra cualificada en atención a determinadas circunstancias enunciadas en el artículo 335:

> No obstante lo prescrito en el artículo anterior, si el inferior que ha recibido la orden sabe que el superior al dictarla no ha podido apreciar suficientemente la situación, o cuando los acontecimientos se hayan anticipado a la orden, o aparezca que ésta se ha

> obtenido por engaño, o se tema con razón de que su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever, o la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito, podrá el inferior suspender el cumplimiento de tal orden, y en casos urgentes modificarla, dando inmediata cuenta al superior.
> Si éste insistiere en su orden, deberá cumplirse en los términos del artículo anterior.

Luego, tratándose de una orden que "tienda notoriamente a la perpetración de un delito", el subordinado tiene la facultad de suspender o aun modificar el cumplimiento de la misma, dando cuenta inmediata al superior. Pero en caso que éste insista en la orden, el subordinado queda siempre obligado a cumplirla. Todo esto presupone, sin embargo, que la orden en cuestión ha sido impartida "en uso de atribuciones legítimas" por parte del superior. Lo cual quiere decir, a contrario, que tratándose de órdenes que el superior no ha podido impartir sino excediendo sus atribuciones legítimas, la regla ya no fundamenta el deber de obediencia. Pero esto exige, a su vez, reconocer que la expresión "atribuciones legítimas" ha de entenderse en un sentido suficientemente laxo como para que sea posible que una orden impartida en ejercicio de atribuciones legítimas del superior pueda al mismo tiempo tender notoriamente a la perpetración de un delito. Pues de lo contrario, al menos en esta parte, la regla del artículo 335 carecería de objeto. Por "atribuciones legítimas", por ende, parece razonable entender aquellas que desde un punto de vista funcional se corresponden con el ámbito de competencia institucional del superior, sin que ello concierna, al menos no inmediatamente, el contenido particular de las órdenes en cuestión.[13]

En atención a esta imposición de un deber de obediencia que se mantiene, en los términos recién indicados, aun tratándose de una orden que tienda notoriamente a la perpetración de un delito, el Código de Justicia Militar contiene una regla especial en el artículo 214, que establece los siguientes criterios de responsabilidad aplicables en tal caso:

---

[13] La tendencia inequívoca que cabe reconocer en el desarrollo de reglas generales de la punibilidad en el contexto del derecho penal internacional, que propugna una restricción de la eficacia eximente del cumplimiento de órdenes por parte de un subordinado, no es razón suficiente para relativizar que en el contexto del derecho chileno tiene que reconocerse el carácter justificado del cumplimiento de tales órdenes en tanto se satisfagan las condiciones enunciadas en el art. 335 del CJM. A modo puramente ilustrativo, puede ser de interés en este punto considerar la regulación del art. 33 del Estatuto de Roma, referido a "órdenes superiores y disposiciones legales":

> "1. Quien hubiere cometido un crimen de la competencia de la Corte en cumplimiento de una orden emitida por un gobierno o un superior, sea militar o civil, no será eximido de responsabilidad penal a menos que:
> a) Estuviere obligado por ley a obedecer órdenes emitidas por el gobierno o el superior de que se trate;
> b) No supiera que la orden era ilícita; y
> c) La orden no fuera manifiestamente ilícita.
> 2. A los efectos del presente artículo, se entenderá que las órdenes de cometer genocidio o crímenes de lesa humanidad son manifiestamente ilícitas".

> Cuando se haya cometido un delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere impartido será el único responsable; salvo el caso de concierto previo, en que serán responsables todos los concertados.
> El inferior que, fuera del caso de excepción a que se refiere la parte final del inciso anterior, se hubiere excedido en su ejecución o si, tendiendo la orden notoriamente a la perpetración de un delito, no hubiere cumplido con la formalidad del artículo 335, será castigado con la pena inferior en un grado a la asignada por la ley al delito.

El análisis de esta disposición impone diversas consideraciones. La primera consiste en que, en este contexto, el término "delito" puede entenderse comprensivo tanto de delitos comunes como delitos militares, en atención a que la regulación de los artículos precedentes del mismo código utiliza expresamente el adjetivo "militar" para especificar la referencia a la clase de delitos correspondientes. (Usada con prudencia, una conclusión a contrario puede representar una estrategia de argumentación sensata.)

Ahora bien, precisamente en atención al deber de obediencia irrestricto que la regla del artículo 335 impone al subordinado respecto del cumplimiento de las órdenes del superior en el ámbito del servicio de que se trate, se explica que la regla del artículo 214 constituya a éste en único responsable del hecho delictivo que pudiese corresponderse con la ejecución de la conducta ordenada por parte del subordinado. Esta regla puede reconstruirse como un reconocimiento explícito de una autoría mediata del superior, fundada en un criterio de primacía institucional y que en todo caso se corresponde con la exención de responsabilidad penal del subordinado, respetándose así el principio de responsabilidad, que exige que el instrumento cuyo comportamiento se imputa como acción propia al autor mediato no actúe de modo plenamente responsable por una infracción de deber no justificada. El principio de responsabilidad correlaciona un déficit de responsabilidad penal del hombre de adelante –ya sea por incapacidad de cumplimiento de deber (falta de dolo, inculpabilidad, etc.), ya sea por ausencia de deber (justificación)– por el cual ha de ser competente el hombre de atrás, con la responsabilidad primaria de éste como autor del hecho mediado por el comportamiento del primero. Y aquí se encuentra la razón para resistir el recurso al criterio de los aparatos organizados de poder, célebremente formulado por Claus Roxin,[14] que pretende fundamentar una autoría mediata del "autor de escritorio" que en el marco de una organización jerarquizada dispone de la fungibilidad del comportamiento de una serie de ejecutores potenciales que ocupan una posición de subordinación.[15]

En contra de esta concepción, que desconoce la estructura de imputación de la autoría mediata construida sobre la base del principio de responsabilidad, la solución correcta para tales constelaciones ha de encontrarse, según cuáles sean las propiedades fácticas del caso en

[14] Véase Roxin, C., "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", en *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, Nº 7, 2006, pp. 11 y ss.

[15] Véase, por ejemplo, Ambos, K. y C. Grammer, "Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käseman", en *Revista Penal*, Nº 12, 2003, pp. 27 y ss.

cuestión, en la postulación o bien de una coautoría o bien de una inducción.[16] La resistencia que a veces encuentra la postulación de una coautoría parece deberse a la suposición –errónea– de que el criterio de distinción entre autoría mediata y coautoría se encontraría en la contraposición de una relación de verticalidad y una de horizontalidad, respectivamente. Una descripción tal, que a lo sumo podría tener alguna plausibilidad fenoménica, no logra dar cuenta de la gramática profunda de cada una de las dos estructuras de imputación correspondientes: competencia exclusiva por déficit de responsabilidad ajena, en la autoría mediata, y competencia conjunta por representación recíproca, en la coautoría.[17]

Aquí, en virtud del cumplimiento de su deber, el subordinado actúa cubierto por una causa de justificación en el sentido del artículo 10 Nº 10 del Código Penal. Se trata, por ende, de un caso nominativo de autoría mediata por actuación justificada del instrumento (u "hombre de adelante"). Y si el artículo 214 establece esta regla especial de responsabilidad exclusiva del superior por el hecho ejecutado de propia mano por el subordinado obligado legalmente a cumplir las órdenes impartidas por el primero en el marco de sus atribuciones legítimas, con mayor razón ha de regir este principio de responsabilidad exclusiva tratándose de la conducta de un subordinado que desde el punto de vista de la comisión del hecho punible sólo efectúa, en cumplimiento de una orden tal, una prestación auxiliar, que podría a lo sumo, entonces, ser constitutiva de participación.

La responsabilidad primaria del superior por el hecho delictivo susceptible de serle imputado a título de autoría mediata (en tanto "hombre de atrás") puede fundarse en la competencia exclusiva de éste por la obligatoriedad jurídica del comportamiento del subordinado, que desde el punto de vista una persona leal a derecho conlleva la "necesidad práctica" del mismo: desde el punto de vista de la persona leal a derecho, el "deber" equivale a un "tener que". Y de modo plenamente congruente puede fundamentarse la excepción que la segunda parte del inciso 1º del artículo 214 establece para el caso de concierto previo, independientemente de que entre los concertados pueda haber superiores y subordinados. Pues lo que el concierto previo encierra es una modificación de la estructura de imputación, que entonces pasa a ser la de la coautoría, que por oposición a la autoría mediata se distingue por el hecho de que cada uno de los intervinientes asume el actuar de cada uno de los demás como actuar propio. Se trata, por ende, de competencia común en virtud de organización conjunta del hecho, que descansa en un principio de representación recíproca. (Una dinámica de actuación de este tipo, por ejemplo, parece fácilmente atribuible a la operación de los miembros de una organización como la DINA.)

Para el ámbito en que rige el principio de responsabilidad exclusiva del superior, empero, el inciso 2º del mismo artículo 214 sujeta la exención de responsabilidad del

---

[16] En este sentido Jakobs, G., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Walter de Gruyter, Berlín, 1991, 21, núm. marg. 103.

[17] Por eso, no puede descartarse la posibilidad de una coautoría por darse una cierta relación de verticalidad, tal como recientemente ha argumentado correctamente Lampe, E.-J., "Tätersysteme: Spuren und Strukturen", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Nº 119, 2007, pp. 471 y ss., 508 y ss.

subordinado al cumplimiento de la "formalidad" enunciada en el artículo 335, que consiste en dar cuenta al superior que la orden tiende notoriamente a la perpetración de un delito. Aquí hay que enfatizar, de nuevo, que en todo caso ha de tratarse de una orden que el superior haya podido impartir en uso de sus atribuciones legítimas. Habiendo observado el subordinado ese requisito procedimental, y habiendo sin embargo el superior insistido en la orden, el subordinado puede esgrimir la obligatoriedad de su comportamiento para así resultar plenamente exento de responsabilidad. No habiendo observado ese requisito procedimental, empero, el subordinado recibe en todo caso una atenuación de responsabilidad, que se expresa en una reducción obligada de la pena asignada al delito cometido en ejecución de la orden en un grado.

En un caso como el de Santelices, en que una conducta en sí misma atípica podría fundamentar responsabilidad a título de participación, esto es, de intervención accesoria, la pregunta tendría que consistir en si el hecho de que la ejecución de esa conducta haya sido ordenada por un superior cuenta como eximente en virtud del deber de obediencia. La respuesta depende, entonces, de dos variables: primero, de si la orden fue impartida en uso de facultades legítimas por parte del superior; y segundo, de si la orden tendía notoriamente a la perpetración de un delito. Aquí hay que observar que se trata de variables objetivas, esto es, que dependen de que en las circunstancias dadas, por ejemplo, la orden de sacar a los detenidos por la noche del lugar de su detención, para trasladarlos clandestinamente hacia un terreno desocupado, haya podido ser impartida legítimamente por el superior correspondiente y haya evidenciado una tendencia a la perpetración de un delito.[18] Siendo éste el caso, bajo la suposición de que el superior haya estado facultado para impartir la orden en cuestión, la afirmación de la justificación del cumplimiento de la orden en virtud del deber de obediencia resulta condicionada por la satisfacción del requerimiento procedimental de la representación de esta circunstancia al superior. La pregunta de si el subordinado advirtió o no que la orden en cuestión tendía –objetivamente– a la perpetración de un delito, constituye, en cambio, una cuestión de imputación subjetiva: no advirtiendo esa tendencia de la orden, y asumiendo por ende la satisfacción de todos los presupuestos objetivos de la causa de justificación, el subordinado habrá actuado bajo un error de tipo permisivo, que excluye el dolo.[19]

El análisis precedente en modo alguno pretende contribuir directamente a responder la pregunta específica de si en un caso como el del entonces subteniente Gonzalo Santelices ha de afirmarse o no responsabilidad penal. De lo que se trata, más bien, es

[18] La importancia de la exigencia de que la orden haya podido ser impartida en uso de las atribuciones legítimas del superior se hace obvia en este escenario: el carácter jurídicamente obligatorio del cumplimiento de la orden por parte del subordinado, consistente en sacar y trasladar a los detenidos, presupone su permisibilidad jurídica, de la cual se sigue que al cumplir la orden el subordinado no comete una agresión ilícita, en el sentido del artículo 10 Nº 4 del Código Penal, en contra de los detenidos, quienes por ende no pueden lícitamente resistir el traslado ejerciendo un derecho de legítima defensa.

[19] Véase Mañalich, J.P., "Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación", en *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, Nº 3, 2003, pp. 147 y ss.; el mismo, "Condiciones generales de la punibilidad", en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, Nº 2, 2005, pp. 453-454.

de clarificar el tipo de cuestiones que están involucradas en esa pregunta, cuando ella se formula en términos jurídicamente rigurosos. Mas la cuestión relativa a las implicaciones que encierra una respuesta positiva a tal pregunta, atendiendo a los presupuestos pragmáticos de la pena retributiva, no es algo que pueda discutirse respondiendo a esa pregunta. Pues lo que entonces se está formulando es una meta-pregunta que ya no se refiere a la satisfacción de las condiciones de la responsabilidad penal de una persona individual, sino a la satisfacción de sus precondiciones. Y es recién aquí donde cabe tematizar el problema del significado político de la punición incondicionada de los hechos del terror estatal.

Bibliografía

Ambos, K. y Grammer, C. "Dominio del hecho por organización. La responsabilidad de la conducción militar argentina por la muerte de Elisabeth Käseman", en *Revista Penal*, Nº 12, 2003, pp. 27 y ss.

Günther, K. "Die Zuschreibung strafrechtlicher Verantwortlichkeit auf der Grundlage des Verstehens", en Lüderssen, Klaus (coord.): *Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse? Band I: Legitimationen*, Nomos, Baden-Baden, 1998, pp. 319 y ss.

Kindhäuser, U. "Zum Begriff der Beihilfe", en Dannecker, Gerhard *et al*. (coord.): *Festschrift für Harro Otto*, Carl Heymanns Verlag,: Colonia, 2007, pp. 355 y ss.

Jakobs, G. *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Walter de Gruyter, Berlín, 1991.

Lampe, E. J. "Tätersysteme: Spuren und Strukturen", en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Nº 119, 2007, pp. 471 y ss.

Mañalich, J. P. "Condiciones generales de la punibilidad", en *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, Nº 2, 2005, pp. 387 y ss.

– "Consideraciones acerca del error sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos de las causas de justificación", en *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, Nº 3, 2003, pp. 147 y ss.

– "El secuestro como delito permanente frente al DL de amnistía", en *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, Nº 4, 2004, pp. 11 y ss.

– "La pena como retribución", en *Estudios Públicos*, Nº 108, 2007, pp. 117 y ss.

– "Pena y ciudadanía", en *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, Nº 6, 2005, pp. 63 y ss.

Pawlik, M. "Eine Theorie des entschuldigenden Notstands: Rechtsphilosophische Grundlage und dogmatische Ausgestaltung", en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, Nº 11, 2003, pp. 289 y ss.

Roxin, C. "El dominio de organización como forma independiente de autoría mediata", en *Revista de Estudios de la Justicia*, Universidad de Chile, Nº 7, 2006, pp. 11 y ss.

Schmitt, C. *Verfassungslehre*, Duncker & Humblot, Berlín, 1928, 1957.