

Universidad de Chile.
Facultad de Derecho.
Departamento de Ciencias Penales

AUTORÍA Y PARTICIPACION EN LOS DELITOS DE TERRORISMO EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

Julio 2003

Mario Araya Flores
Dra. Myrna Villegas Díaz

..	1
Agradecimientos .	3
INTRODUCCION. . .	5
CAPITULO I: EL FENÓMENO TERRORISTA .	7
I. ACERCAMIENTO AL TERRORISMO COMO FENOMENO SOCIAL. ¹ . .	7
Contexto histórico. . .	8
Contexto Político. . .	8
Contexto Económico. . .	9
II. EL FENOMENO TERRORISTA EN CHILE, una breve descripción. ⁴ .	10
III. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE TERRORISMO. . .	12
CAPÍTULO II. AUTORIA Y PARTICIPACIÓN. .	17
I. CONCEPTO DE AUTORIA Y PARTICIPACIÓN. .	17
Teoría de la Adecuación. ¹² .	18
Teoría de la Inducción. ¹⁴ .	19
Teoría de la Coautoría. ¹⁵ .	20
Teoría del Autor mediato. .	22

¹ Para mayor profundidad ver ARÓSTEGUI, Julio. *“La especificación de lo genérico: la Violencia Política en Perspectiva Histórica”*. DOMINGUEZ VIAL, Andrés. *Terrorismo y Derechos Humanos*, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, Junio de 1990

⁴ Para una mayor profundidad en el tema se sugiere revisar: KALFON, Pierre. *Allende: Chile: 1970-1973*; Prólogo Marc Fierro; Traducción Nicolás Campos y Antonio García Calero, Edit. Foca, Madrid, 1999. GARRETON, Manuel Antonio. *“Las Complejidades de la Transición Invisible: Movilizaciones populares y régimen militar en Chile”*, Edit. FLACSO, Santiago, 1987. GONZÁLEZ, Mónica *“Chile, la Conjura: los mil y un días del golpe”*, ediciones B, Barcelona, 2000. VERDUGO, Patricia. *“Los Zarpazos del Puma”*, Ediciones ChileAmérica CESOC, Santiago, Julio 2001.

¹² Para mayor profundidad ver GARRIDO MONTT, Mario. *Etapas de la Ejecución del Delito. Autoría y Participación*, Edit. Jurídica de Chile y MUÑOZ CONDE, Francisco-GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal Parte General “Autoría y participación”*, Cap. XXVII., 3º Edición, Valencia, Edit. Tirant to Blanch, 1998, 679 pgs

¹⁴ Para mayor profundidad ver los estudios realizados por HERZBERG, *Mittelbare Tätersschft und Anstiftung in Formalen Organisationen, Dresen*, 1997, y KOHLER, *Allgemeiner Teil*, 1997, p. 510 y ss. Ambas obras citadas por ROXIN en *Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal*, 6º Edición, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Edit. Marcial Pons, 1998, 750 pgs.

¹⁵ Para mayor profundidad ver MUÑOZ CONDE, Francisco-GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal Parte General “Autoría y participación”*, Cap. XXVII., 3º Edición, Valencia, Edit. Tirant to Blanch, 1998, 679 pgs.

II. TEORIA DEL AUTOR MEDIATO. . .	22
Teoría del dominio del hecho en la atribución de responsabilidad Penal . .	22
Concepto de autor mediato. . .	23
Las formas de dominación de voluntad más reconocidas son la fuerza y el error, temas que son tratados a continuación .	24
III. DOMINIO DE LA VOLUNTAD A TRAVES DE LA ESDTRUCTURA DE PODER ORGANIZADA. . .	25
Origen del concepto. . .	25
Concepto de estructura de poder organizada. . .	25
El hombre de atrás. Concepto .	26
CAPÍTULO III. TOMA DE POSICIÓN. . .	29
I. LOS BENEFICIOS DE LA TEORIA DEL AUTOR MEDIATO . .	29
Beneficios de carácter general dogmático. . .	30
Beneficios particulares en su aplicación en los casos de terrorismo ocurridos en Chile. .	32
II. LA VIABILIDAD DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL AUTOR MEDIATO POR LOS TRIBUNALES CHILENOS. .	35
III. CONCLUSIONES. . .	39
BIBLIOGRAFÍA .	43

*A Pilar, compañera en este largo camino de siete años recorridos y toda una vida por avanzar.
A los que no se cansan de luchar.*

Agradecimientos

Mis más sinceros y profundos agradecimientos a mis queridísimos padres, Mario y Margarita, que fueron la cantera de donde salió esta piedra. También a mis hermanos, Katty, Jorge y Maggie, por el siempre incondicional amor que me tienen.

Muy especialmente a Pilar, por su comprensión durante el desarrollo de este proyecto, por su generosidad para compartirme con los libros, por su paciencia casi infinita al escucharme hablar casi el día completo de los capítulos que siguen, por darme consejo cuando lo necesité.

A Myrna, que comenzamos con una relación estrictamente de alumno-profesor y terminamos como muy buenos amigos, gracias por las correcciones las orientaciones y sabias palabras para seguir adelante en esto. Gracias por estimular mi inclinación por la academia.

INTRODUCCION.

Todos mirábamos impresionados las imágenes casi oníricas que transmitía la televisión aquel día 11 de septiembre del 2001. Casi sin poder creerlo nos enfrentábamos, nuevamente, al terrorismo internacional, nos enfrentábamos nuevamente a la muerte indiscriminada de personas.

Se habló del “regreso del terrorismo”, pero en realidad éste nunca había estado en retirada. Porque como puede comprenderse, la calificación de un acto como terrorista dependerá del prisma con que se mire.

Si ya es de suyo complejo catalogar un acto como terrorista bajo premisas relativamente uniformes, lo es aún más establecer los criterios de responsabilidad penal de los jefes de estas organizaciones. Es, precisamente, este el objeto al cual se avoca la presente investigación.

Los motivos que la impulsan son variados. En primer lugar, la constatación, a través de las primeras investigaciones, de la inexistencia de doctrina chilena que hiciera referencia a la autoría y participación en los delitos de terrorismo de manera profunda y sistemática, abordando el fenómeno terrorista en su completa dimensión. La sensación que nos deja esto último, es que en realidad esto no fue un problema dogmático a tomar en cuenta, pues éste ya se encontraba solucionado por las normas generales de autoría que entrega el Código Penal.

La experiencia histórica vivida por Chile debió haberse reflejado en producciones dogmáticas sobre la cuestión, las que hubieran permitido una discusión, un diálogo sobre

el tema. Las razones del por qué no se produjo este fenómeno son por todos conocidas: la fuerte represión del gobierno dictatorial de la época, (algún escrito sobre el tema podría haber caído en el derogado, pero antes vigente, delito de apología al terrorismo) y posteriormente con el advenimiento de la “democracia a la chilena” el tema es eludido por la “necesidad de dejar el pasado atrás y construir hacia adelante”.

Es necesario construir sobre cimientos firmes, y lo único que puede ayudarnos en eso es mirar hacia atrás y tratar de entender los acontecimientos que vivimos como sociedad, para que aquellos que nos resultaron nefastos no vuelvan a ocurrirnos.

En segundo lugar, la autoría y participación, además de ser un punto de análisis dogmático de los delitos es un instrumento de política criminal, pues es a través de estas categorías conceptuales que se atribuye la responsabilidad penal. Es aquí donde radica la importancia del estudio de los delitos desde el prisma de la autoría y participación, y esta importancia resalta aun más en el caso de los delitos de terrorismo por su contenido altamente político, por sus grados de violencia y afectación de derechos fundamentales comúnmente alto y por su gran impacto en la sociedad.

La presente investigación ha sido dividida en tres capítulos. El primero de ellos está dedicado a dar una visión general del fenómeno terrorista, abordando éste desde distintos enfoques, a través de los cuales se intenta establecer las causas que generan o hacen propicio el surgimiento de grupos terroristas. Termina el capítulo intentando aproximarse al concepto de terrorismo, cuestión del todo escabrosa por cuanto el concepto depende de una gran cantidad de variables que a su vez importan una toma de posición dentro de las mismas.

El segundo capítulo se extiende sobre el análisis de las distintas teorías propuestas por la doctrina y aceptadas por las distintas legislaciones, que intentan explicar la responsabilidad penal de los autores en los delitos de terrorismo, siendo unas más afortunadas que otras en sus argumentaciones y cercanía con la realidad del fenómeno terrorista. Luego se analiza pormenorizadamente la teoría del autor mediato, explicando su fundamentación y su rol dentro de la teoría del delito, para posteriormente pasar el estudio de la autoría mediata por el dominio de la voluntad en virtud de estructuras organizadas de poder, creación dogmática del catedrático alemán Claus Roxin.

El tercer y último capítulo expone los beneficios de la aplicación de la autoría mediata a través de estructuras organizadas de poder, tanto a nivel dogmático, como en su aplicación por los tribunales chilenos. Finaliza el presente estudio con las conclusiones a las cuales indefectiblemente hemos llegado, las cuales desde ya, hemos de decir, no pretenden ser verdades absolutas sobre el tema, si no que por el contrario pretenden reactivar el debate sobre éste.

CAPITULO I: EL FENÓMENO TERRORISTA

I. ACERCAMIENTO AL TERRORISMO COMO FENOMENO SOCIAL. ¹

El terrorismo es ante todo un problema político social, nace y se desarrolla dentro del seno de la sociedad toda, y es por este motivo que las medidas adoptadas tendientes a resolver dicho problema, deben ser determinadas a la luz de una visión completa de la situación histórica, social y económica que vive la comunidad humana que se enfrenta a esta realidad.

Desarrollaremos, brevemente, estos tres tópicos para ir estructurando una idea de lo que implica el fenómeno terrorista.

¹

Para mayor profundidad ver ARÓSTEGUI, Julio. *“La especificación de lo genérico: la Violencia Política en Perspectiva Histórica”*. DOMINGUEZ VIAL, Andrés. *Terrorismo y Derechos Humanos*, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, Junio de 1990

Contexto histórico.

Al volver nuestros ojos sobre la historia, podemos fácilmente encontrar episodios que encajan con lo que, en un primer término, podríamos relacionar con el fenómeno terrorista.

Los ejemplos provienen de Europa, África y por supuesto Latinoamérica.

Por nuestra ubicación espacial, nos son más próximos los acontecimientos vividos en América Latina. Los acontecimientos del Viejo

Mundo (como gustan llamarse ellos) y del Continente Negro son conocidos y recordados por todos debido a las grandes masacres y atropellos a los derechos fundamentales. Son recordados especialmente los hechos que marcan las dos Guerras Mundiales y en menor medida pero igualmente importantes los acontecidos en el Congo.

Pero los ejemplos se remontan aún más en la historia. La Revolución Francesa es un hecho de gran connotación. Con la revolución vino el régimen del terror y así se lleno de contenido este concepto, terrorismo, que en este aspecto no es más –pero tampoco menos- que la dominación por el terror. Retomaremos este punto en el apartado referente al contexto político.

Los casos latinoamericanos ² son bastante similares entre si. Nos encontramos con frecuencia con regimenes militares que han llegado al poder por la vía del Golpe de Estado, o con grupos armados insurgentes que intentan, también por una vía armada, la consecución del poder, esto último con los matices que corresponden en cada uno de los casos.

Factor común, es también una situación de crisis institucional al momento de producirse el Golpe de Estado que lleva a los militares al poder o el nacimiento de los grupos insurgentes. Crisis generalmente acompañada de crisis financiera y, por consecuencia de la anterior, una crisis social que termina afectando a la población en su conjunto.

Contexto Político.

La situación política que rodea al fenómeno terrorista es siempre de tensión. La antigua pugna de los que dominan contra los que quieren dominar. Si bien existe una generalidad en que el fenómeno terrorista se presenta especialmente en momentos de crisis políticas e institucionales, producidas por falta de liderazgo o por desorden financiero o por la falta de cumplimiento de las promesas electorales (costumbre que aún no es abandonada del todo por los políticos latinoamericanos, lo cual debe ser motivo de preocupación), entre otras varias razones, no es menos cierto que en un clima de perfecto funcionamiento de las instituciones de un país aparezcan grupos de personas que al sentirse desplazadas de este orden optan por el camino del terrorismo como una forma de participación,

² BUSTOS RAMÍREZ, Juan. “*Violencia y Dominación en Latinoamérica*”, en Control Social y Sistema Penal, Edit. PPU, Barcelona, pp. 513-521

participación que en términos amplios, puede dársele el adjetivo de política. Sobre este punto sólo dos ejemplos: Chiapas, en México y el IRA en el Reino Unido.

La política, básicamente, consiste en la obtención y mantención del poder, y el terrorismo también actúa sobre este patrón. Los grupos de poder, los que se encuentran en el gobierno, crean estructuras y organismos que pueden ser pertenecientes al gobierno, o bien, encubiertos pero pertenecientes al aparato estatal, cuya misión es la mantención del poder. En esta caracterización caen diferentes reparticiones reconocibles en todo aparato estatal, tales como oficinas de relaciones públicas, marketing, oficinas de inteligencia, consejos de asesores, etc. El paso de estos organismos al lado del terrorismo estará determinado por sus métodos, planes y estrategias. Este fenómeno es conocido como Terrorismo de Estado, ejemplo de ello son el Centro Nacional de Inteligencia (CNI), Dirección de Inteligencia Nacional (DINA) y el Comando Conjunto, entre otros organismos que estuvieron activos durante el régimen militar encabezado por el Gral. Augusto Pinochet, en Chile.

Los grupos que no se encuentran en el poder y que quieren alcanzarlo también crean estructuras tendientes a obtener el poder, también con planes, programas y métodos de acción. El partido político es el paradigma de estas agrupaciones de ciudadanos.

Pero no todos los ciudadanos están dispuestos a participar del sistema establecido por las vías que para ello se han creado y optan por una vía al margen de la ley y las instituciones, generalmente optan por la vía armada.

Con esto último no quiero afirmar que solo existen dos vías de participación ciudadana. Muy por el contrario, existen distintos medios de participación que no necesariamente se corresponden con los espacios que para ello se han creado, pero que no comprenden el uso de la fuerza.

A esta clase de terrorismo se le conoce con el nombre Terrorismo Insurgente. Sobre este punto hay que matizar, pues no todos los grupos insurgentes de corte terrorista desean obtener el poder político. Los objetivos del grupo a veces no alcanzan esos límites y sólo se conforman o mejor dicho persiguen influenciar ciertas decisiones de la autoridad, lograr reacciones del Estado tomando posición frente a un hecho.

Ejemplos de Terrorismo Insurgente encontramos en casi toda Latinoamérica: Frente Patriótico Manuel Rodríguez (Chile), Movimiento Tupac Amaru (Perú), Partido Comunista-Sendero Luminoso, entre otros grupos revolucionarios.

Contexto Económico.

En este punto no se pretende realizar un análisis económico profundo de los efectos y las causas de las crisis económicas y sus repercusiones en el fenómeno terrorista, sólo aspira a dar una panorámica de este factor que incide en el surgimiento y desaparición del fenómeno terrorista

El triunfo capitalista-liberal, en materia económica, es el telón de fondo de la economía mundial. Es innegable a estas alturas la victoria de esta corriente política-económica.

Es así como el capitalismo ha también acompañado las más grandes crisis económicas de la historia del mundo, produciéndose grandes pérdidas financieras y sumiendo a varios países en crisis económicas que aniquilaron su economía interna, y por ende afectaron fuertemente a su población.

En la generalidad de los casos y como naturalmente ocurre, el ciudadano tiende culpar al gobierno de turno por las calamidades financieras que se ve obligado a soportar. El primer efecto de la crisis que el ciudadano percibe es el aumento de los precios, aumento que de todas formas incluyen los servicios básicos y los alimentos. El segundo efecto es el congelamiento de los sueldos, luego el aumento de la cesantía, luego la baja de los sueldos.

La descripción antes hecha muestra una visión un tanto desoladora, y como se ha dicho, la tendencia es culpar al gobierno y exigir soluciones prontas. Pero, por lo complejo del problema y las aun más complicadas soluciones, estas no pueden llegar rápido. Y las medidas que el gobierno adopte no pueden cubrir todas las necesidades.

El clima de tensión se crea en forma definitiva cuando la población se ve afectada por la falta de alimentos, sea esta provocada por escasez o por falta de dinero para adquirirlos producto de la cesantía. No hay nada más peligroso que un pueblo con hambre y descontento con sus gobernantes (generalmente tildadas de ineficientes por haber podido encontrar la solución al problema).³

Se produce así un caldo de cultivo para el surgimiento de la violencia. El clima de tensión puede hacer aparecer caudillos que fácilmente podrán dominar a las masas descontentas.

Las crisis económicas están a la vuelta de la esquina, al menos en Latinoamérica. El proceso de globalización nos ha convertido en una de las zonas más vulnerables en la economía mundial. Nuestra eterna dependencia de los llamados “países grandes” nos hace ocupar esta posición.

No es nuestra intención hacer una crítica profunda al modelo económico imperante en el mundo, sólo queremos resaltar que el funcionamiento de éste junto el proceso de globalización, pueden generar climas adversos para el gobierno y caldos de cultivo para el terrorismo.

II. EL FENOMENO TERRORISTA EN CHILE, una breve descripción.⁴

³ Sobre este punto es necesario recordar los acontecimientos vividos por Argentina durante el año 2002 con motivo de la crisis política y económica que vivió y que desembocó en actos de violencia y saqueos de las tiendas por la falta de trabajo y alimentos para la población y el “corralito”, en este escenario el Presidente Duhalde debió renunciar, para aminorar las tensiones, pues la mayoría de los argentinos pedían su salida. Si bien estos actos no constituyen actos de terrorismo, demuestran como una crisis económica afecta en grandes proporciones la estabilidad de un gobierno y como la presión popular es capaz de cambiar las decisiones por vías no institucionales.

La pregunta que debe realizarse primero es ¿existió terrorismo en Chile?, y si la respuesta fuera afirmativa ¿de qué tipo? ¿terrorismo de Estado o subversivo?

La respuesta a la primera pregunta es afirmativa. Sí, existió terrorismo en Chile, terrorismo de Estado.

Si bien la afirmación anterior puede resultar, para algunos, un tanto escandalosa o sumamente justificativa de ciertos sectores políticos de nuestro país, se quiere argumentar en su favor que los elementos que vienen a determinar el fenómeno terrorista, no se produjeron o desarrollaron en la acción subversiva, sino que nacieron bajo el alero del Estado. Sobre estos elementos en cuestión nos referiremos en el próximo apartado.

Aclarada de ante mano nuestra postura sobre este tópico, pasamos a extendernos sobre la experiencia vivida por Chile durante el periodo 1970-1989.

En el año 1970 llega al sillón presidencial el Doctor Salvador Allende Gossens, representante de los sectores de izquierda de la política chilena de ese entonces. El presidente Allende lleva adelante el programa del conglomerado político llamado Unidad Popular (UP), el cual contenía medidas que no gozaban de la simpatía de los sectores más conservadores. Sólo a modo de ejemplo cabe nombrar el plan de reforma agraria, que si bien comenzó en el gobierno del Presidente Frei Montalva, sólo alcanzó los resultados que se tenían esperados dentro del gobierno del Presidente Allende.

El gobierno de la Unidad Popular sólo alcanzó a durar tres años. Los motivos que determinaron este desenlace no serán tocados en este estudio, pues se encuentran ajenos a su objetivo.

Fue a través de un Golpe de Estado, llevado adelante por un sector de las Fuerzas Armadas, el medio a través del se le puso punto final al incompleto período presidencial del señor Allende.

Comienza de esta forma un periodo de Dictadura Militar. El gobierno del país está en manos de la Junta de gobierno, integrada por los Comandantes en Jefe del Ejército y la Fuerza Aérea, el Almirante de la Armada y el General Director de Carabineros de Chile. Radica en ella todo el poder.

Frente a este nuevo escenario el pueblo se organiza y crea grupos de resistencia. Desde el lado del gobierno se crean órganos represores de estos grupos disidentes.

El plan del gobierno de la Junta Militar, dirigida por el Comandante en Jefe del Ejército Augusto Pinochet Ugarte, en lo que respecta al tema de los disidentes y la real

4

Para una mayor profundidad en el tema se sugiere revisar: KALFON, Pierre. *Allende: Chile: 1970-1973* ; Prólogo Marc Fierro; Traducción Nicolás Campos y Antonio García Calero, Edit. Foca, Madrid, 1999. GARRETON, Manuel Antonio. *“Las Complejidades de la Transición Invisible: Movilizaciones populares y régimen militar en Chile”*, Edit. FLACSO, Santiago, 1987. GONZÁLEZ, Mónica *“Chile, la Conjura: los mil y un días del golpe”*, ediciones B, Barcelona, 2000. VERDUGO, Patricia. *“Los Zarpazos del Puma”*, Ediciones ChileAmérica CESOC, Santiago, Julio 2001.

organización de los grupos de izquierda fieles al sistema democrático-constitucional, y por que no decirlo, al Presidente Allende, consistió en la detención, exilio y desaparición forzada de personas.

Los organismos a cargo de estas operaciones fueron, hasta donde se tiene información, la Central Nacional de Inteligencia (CNI.), la Dirección de Inteligencia Nacional (DINA), el Comando Conjunto, entre otros.

Las detenciones realizadas por estos órganos, dependientes del gobierno o al menos dentro del organigrama de éste, en la gran mayoría de los casos incluyeron tratos vejatorios a los detenidos y la aplicación de torturas. Varios de estos prisioneros jamás fueron encontrados, son los llamados “detenidos desaparecidos”, muchos de los cuales fueron asesinados por los agentes de los organismos en cuestión.

Pero en este periodo también surgen grupos de carácter insurgente que se oponen al régimen militar. Otra vez sólo a modo de ejemplo, pueden nombrarse el Frente Patriótico Manuel Rodríguez (FPMR), Movimiento de Izquierda Revolucionario (MIR), Movimiento de Acción Popular Unitaria (MAPU), entre otros, cada uno de los cuales con métodos más o menos radicales, pero que de algún modo involucran la afectación de garantías y derechos constitucionales.

De las circunstancias descritas anteriormente, tanto las organizaciones del gobierno como la espontánea organización del pueblo, pueden encuadrarse dentro del concepto de terrorismo. Pero de todos modos deben distinguirse los distintos grupos de acción popular que se crearon en la época para efectos del análisis de su categorización como grupo terrorista, por cuanto no todos pueden ser consideradas como grupos terroristas a la luz de las características del concepto de terrorismo que se verán más adelante.

III. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE TERRORISMO.

La palabra terrorismo quiere significar en su sentido natural, la dominación por el terror⁵, es decir, el manejo de la voluntad de uno o varios individuos a través de la representación de un daño presente o futuro sobre su persona o sus cercanos.

La idea actual de terrorismo no se aleja del todo de esta primitiva acepción del concepto, pero no es del todo correspondiente con lo que hoy por hoy entendemos por terrorismo, pues la voz este concepto no implica sólo la realización de una acción de amenaza o intimidación. Esta acción de amenaza o intimidación se produce dentro de un contexto, dentro de circunstancias que son propias del terrorismo. Es por este motivo que al referirme al terrorismo no lo hago como un concepto determinado o circunscrito sino como un fenómeno que se forma de una cantidad importante de características específicas y que son difíciles de sintetizar en un concepto.

La pregunta lógica entonces es cuáles son estas características conformadoras del fenómeno terrorista, sobre este punto me referiré en el resto del presente capítulo.⁶

⁵ www.rae.es

El bien jurídico protegido ⁷ en los delitos de terrorismo es el ordenamiento constitucional democrático. La forma de atacar este bien jurídico colectivo es a través del ataque a bienes jurídicos individuales fundamentales: vida, libertad y salud, esta última incluye la integridad física y psicológica. En atención a lo anterior, no es exagerado afirmar que las conductas que son catalogadas de terroristas son, en si mismas, violaciones a los derechos humanos reconocidos tanto a nivel nacional como internacional, por la mayoría de los países del mundo.

Existe otro bien jurídico individual generalmente protegido por las normas que sancionan conductas terroristas, pero que su protección por esta vía no está exenta de polémica. Nos referimos a la propiedad. A este respecto sólo queremos mencionar que la inclusión de este bien jurídico dentro del ámbito de protección es innecesaria y va en contra del principio de ultima ratio del derecho penal. Los tipos penales que se encuentran en las legislaciones que protegen la propiedad son lo suficientemente efectivos para lograr este fin y no es necesario incluir la este bien jurídico dentro de los tipos que sancionan las conductas terroristas. Otro argumento, es que al incluirlo dentro de este ámbito especial de protección se eleva este bien jurídico al rango de derecho humano fundamental. Si bien podemos reconocer que la propiedad es un derecho humano, no podemos afirmar con igual certeza que es fundamental, todo esto a la luz del análisis de los bienes jurídicos que son atacados por las conductas terroristas y que deben tener una protección especial o mejor dicho especialísima. La existencia de otros medios más eficientes que la aplicación de normas de conductas terroristas hace innecesaria la inclusión de esta bien jurídico dentro del círculo de protección.

Tratando de englobar en un sólo concepto el objeto de ataque de las conductas terroristas, podemos decir que este es el orden constitucional democrático formado tanto por los bienes jurídicos protegidos como por las finalidades que se encuentran detrás de los ataques. Si un agente con nexo oficial -reconocido o no- actúa violando los derechos humanos, está atacando el orden constitucional, sin importar que su intención sea mantener el gobierno, neutralizando al enemigo político. Volveremos sobre este punto más adelante.

El ataque indiscriminado, es decir, la persona de la víctima de los ataques es irrelevante para los fines de la realización del acto de terrorismo. Las víctimas en los atentados terroristas, son cosificadas y utilizadas como ejemplos ente el resto de la sociedad para representar la seriedad de la amenaza.

Sobre este punto debe hacerse notar que si bien los ataques de los grupos terroristas son indiscriminados, nada obsta a que este ataque sea dirigido contra una

⁶ Las características que continuación se presentan son las que la Dra Myrna Villegas D. Plantea en su tesis doctoral “**Terrorismo: Un Problema de Estado. Tratamiento Jurídico en la Legislación Comparada. Especial referencia a las legislaciones de Chile y España**”, Tesis Doctoral, Departamento de Derecho Público. Área Penal Universidad de Salamanca, 2001. pp. 518-540.

⁷ Para mayor profundidad sobre el bien jurídico protegido con los delitos de terrorismo ver BUSTOS RAMIREZ, Juan. “**Los Bienes Jurídicos Colectivos**”, en *Control Social y Sistema Penal*, Edit. PPU, Barcelona, 1987, pp. 181-203. VILLEGAS DÍAZ, Myrna. Ob. Cit. 2001, Volumen II, pp. 590-596, 609-604.

persona en particular sin perder al carácter de acción terrorista. Un ejemplo de ello es el atentado contra el Jefe de Estado, conducta tipificada en la legislación chilena sobre conductas terroristas.⁸

Existencia de una organización. Este punto, al igual que la mayoría de los tratados en esta investigación, no está resuelto. Algunos estudiosos del tema afirman que existe el terrorismo individual, es decir que un sólo individuo, actuando sin la interacción con otros para realizar la acción u omisión que importe un delito de carácter terrorista, comete efectivamente un delito de terrorismo.

La opinión que se sustenta en esta investigación es completamente distinta pues, como se ha expuesto en un principio, es una característica propia del fenómeno terrorista la existencia de una organización. Pero esto es sólo una constatación de la realidad; además hay razones dogmáticas que fundamentan esta posición.

En primer lugar, debemos tener presentes los principios del derecho penal, en especial el principio de última ratio. Las normas que penalizan las conductas terroristas son por lo general normas penales especiales, las cuales se encuentran reservadas para situaciones particulares, diferenciables de las comprendidas en la legislación penal general. La aplicación de normas especiales de conductas terroristas al solitario autor implica trasladar la conducta realizada desde lo general a lo especial, utilizando normas reservadas para situaciones extremas. Es así como se produce un adelantamiento de la aplicación de esta parte del derecho penal reservada para este tipo de actuaciones.

Explicaremos lo anterior por medio de un ejemplo. Un individuo secuestra a un importante empresario y pide dinero a cambio de su liberación. La acción descrita es la tipificada como secuestro por la mayoría de los ordenamientos jurídicos, obviamente cada uno de los cuales con sus matices pero en esencia esa es la conducta descrita.. Tomando el mismo ejemplo pero en este caso el individuo es miembro de una organización con fines, planes y programas. ¿En cual caso se aplica la norma anti terrorista?.

Si fuésemos partidarios del terrorismo unipersonal deberíamos decir que puede ser aplicada en ambos casos, pero si adoptamos como característica de la esencia del fenómeno terrorista la pertenencia a una organización debemos, al menos en principio, restringir la aplicación de esta normativa sólo para el segundo caso.

Ahora el problema ha cambiado un poco, la nueva pregunta es cuándo se está frente a una organización, pero la respuesta es bastante más sencilla que lo que podría esperarse. Organización es un conjunto de elementos de carácter material, técnico y humano, ordenados y estructurados de forma tal capaces de conseguir el fin u objetivo para el cual se encuentra dispuestos.

Para saber si la organización es terrorista obviamente debe tener fines de carácter terrorista.

Finalidad Política (terrorista). Esta es otra de las características que deben ser tomadas en consideración para describir el fenómeno del terrorismo. La motivación que el

⁸ Ley 18.314 sobre Conductas Terroristas.

sujeto activo tenga realizar la conducta es también un factor discriminatorio para determinar el carácter de la conducta (terrorista o común). Si Pedro mata a Diego porque Diego es una horrible persona, absolutamente desagradable e incluso odiable, no es lo mismo que Pedro mate a Diego porque Diego es un personero de gobierno y con su eliminación se abre paso a una nueva propuesta política a la cual él se oponía.

El objetivo de la organización dependerá del lugar político que ocupe en la sociedad, es decir, si se encuentra en el poder como parte del gobierno o si, por el contrario, es parte de la masa dominada y desea alcanzar el poder o simplemente influir en él. Más concretamente esta diferencia se hace notar al comparar los objetivos que tienen el terrorismo de Estado y el terrorismo insurgente. El primero busca la mantención del poder y la eliminación de los peligros que precisamente pudieran provocar la pérdida del control del gobierno. Los segundos, en cambio, buscan alcanzar el poder por vías no democráticas y bajo la dominación por fuerza o influir en las decisiones de quienes detentan el poder, decisiones que obviamente van en beneficio de la organización, en cuanto a sus planteamientos políticos

Como se puede apreciar no está del todo clara la línea divisoria entre delito político y delito de terrorismo. Esto se produce básicamente por la incorporación de los delitos que tienen una finalidad netamente política dentro del listado de conductas terroristas como una forma que el gobierno de turno tiene, para protegerse de este tipo de ataques dirigidos a la organización política e institucional de un Estado. No me haré cargo de esta discusión pues escapa de la finalidad del presente estudio.

Otro elemento es el orden constitucional democrático. Es este un presupuesto para la existencia de terrorismo, al menos del terrorismo insurgente en un primer análisis, y es además un elemento diferenciador entre los delitos de terrorismo y los delitos políticos.

El funcionamiento de todas las instituciones de un Estado debe hacerse conforme a su Constitución Política, el ataque a este orden, a esta forma de regular las relaciones entre los distintos entes miembros de la comunidad política y social, es en general constitutivo de un delito, pero cuando este ataque es especialmente grave y está movilizado por fines que se pueden alcanzar a través de este orden o sistema, pero se opta por vías no constitucionales, se puede hablar de una conducta terrorista.

Por lo anterior, es necesario, antes de hablar de si estamos o no en presencia de una conducta terrorista, analizar este orden constitucional democrático.

En este análisis juega un papel importantísimo el sistema de gobierno adoptado por el Estado en examen.

Aún cuando un Estado se proclame democrático puede ocurrir en la práctica que no sea realmente democrático y el ya nombrado orden constitucional democrático no exista pues simplemente no se respeta. Y esto es especialmente grave si es de parte del gobierno de turno.⁹

⁹ Al respecto cabe recordar los acontecimientos ocurridos durante el gobierno del Presidente Alberto Fujimori en Perú, cuyo mandato se caracterizó por las constantes violaciones a la Constitución peruana, un auto golpe de Estado, la negativa de aceptar un fallo de la Corte Interamericana de Derecho Humanos y su poco decorosa salida del gobierno, entre otros.

Es esencial dentro de una democracia la existencia de canales de participación reales y el respeto a las decisiones tomadas a través de los mismos, pues es de esta forma que el pueblo, el electorado en una democracia, se expresa y ejerce la soberanía.

La imposibilidad de participar en las decisiones de una democracia por la falta de canales de participación o por el desconocimiento de las decisiones tomadas a través de ellas, empuja al pueblo a ejercer esta soberanía a través de medios no constitucionales, pues estos no son efectivos. Ahora surge la pregunta ¿puede catalogarse de terrorismo el ejercicio de la soberanía por el pueblo cuando los canales de participación establecidos por la Constitución y las leyes han sido rotos o desconocidos?. En nuestra opinión, no puede hablarse de terrorismo en esta hipótesis. Las razones están en el principio de soberanía popular y en la ilegitimidad de que adolecerían las leyes y normativa que se produjera durante este periodo de desconocimiento del orden constitucional democrático.

Si la soberanía radica en el pueblo, y es el pueblo quien ejerce la soberanía a través de las elecciones populares en las cuales elige a sus representantes, si estos últimos no respetan el orden existente dado por la Constitución, es decir no respetan las decisiones tomadas en virtud del ejercicio de la soberanía, ésta regresa al pueblo.

En conclusión, podemos afirmar que el concepto de terrorismo no es un concepto fácil de establecer, pues depende de varios factores que a su vez están supeditados a posturas dogmáticas, políticas criminales e ideologías.

No pretendo dar un concepto de terrorismo, sólo establecer los elementos que deben ser tomados en cuenta al analizar una situación y catalogarla de terrorista. En cada uno de los aspectos anteriores analizados he tomado una postura, postura que por cierto se encuentra expuesta a crítica y no pretende ser una verdad absoluta.

Domínguez Vial, da un concepto de terrorismo, pero desde un punto de vista más cercano a la sociología que al derecho: “ En una democracia, el terrorismo es un asalto al poder del Estado desde el poder alternativo del grupo que ejerce el terror... amenaza indiscriminadamente a toda la población... trata de doblegar las instituciones públicas creadas por la soberanía popular... y por ello puede sostenerse que el grupo terrorista, por pequeño que sea se ha erigido en Estado”. La organización viola los derechos humanos “ no por su condición de asociación privada, sino por el ejercicio de la soberanía usurpada”¹⁰

¹⁰ DOMINGUEZ VIAL, A. *El poder y los Derechos Humanos, Edit. Terranova*, Stgo., Chile, 1988, pp. 56-57.

CAPÍTULO II. AUTORIA Y PARTICIPACIÓN.

I. CONCEPTO DE AUTORIA Y PARTICIPACIÓN.

La determinación del concepto de autoría depende, por sobre todo, de la teoría a la cual adhiera la legislación sobre la que se pretende un análisis.

Autoría no es un concepto neutro, al igual que la mayoría de los que encontramos en materia penal. Su contenido se sujetará a determinadas políticas criminales y corrientes de pensamiento.

Se debe tener presente que el concepto de autoría y participación es un elemento de política criminal. Es a través de estos conceptos que asignamos grados de responsabilidad a los sujetos que realizan las conductas que, como sociedad, consideramos especialmente dañosas y que afectan los intereses más profundos de la misma. Por esto, la determinación de los conceptos en cuestión reviste tanta importancia, no sólo teórica, sino práctica. Hay una aplicación concreta y diaria de ellos.

El concepto de participación se determina en forma negativa a partir del concepto de autoría. Son partícipes quienes no son autores¹¹. Es por esta razón que la participación no presenta tantas dificultades como el concepto de autoría, su dependencia hace más

fácil su determinación, pero no facilita o despeja las posibles dificultades de calificación entre las distintas categorías de participación.

En este punto, es necesario aclarar que en las legislaciones se penalizan como autores a los sujetos que coinciden con categorías conceptuales distintas de la de autor, pero es el ordenamiento quien los sanciona como autores. Para reafirmar la idea solo basta leer la redacción del artículo 15 de nuestro Código Penal el cual comienza con la siguiente frase: “son considerados autores...”. Lo anterior demuestra que las categorías señaladas en el artículo no son necesariamente autores, pero sin embargo se les considera como tales para la asignación de la pena

A continuación se realizará un análisis de las principales teorías utilizadas para determinar la autoría y la participación en los delitos de terrorismo, exponiendo sus fundamentos y las consecuencias derivadas de su aplicación.

Teoría de la Adecuación. ¹²

La teoría de la adecuación se basa en el análisis de la acción y el dominio del hecho desde un punto de vista fenomenológico. La visión naturalista del problema de la autoría, hace buscar las respuestas en las leyes de causa y efecto. Bajo este prisma, es autor el que ocasiona al resultado típico.

Esta teoría, también llamada de la causa adecuada, se fundamenta en la siguiente afirmación: es autor, quien desata los cursos causales a través de la incorporación una condición adecuada o eficiente (causa) para alcanzar el resultado querido (efecto). En otras palabras es autor quien es causa del resultado típico y antijurídico

Es dentro de esta teoría que nace el concepto de autor intelectual, denominando de esta forma al sujeto que sin realizar la conducta descrita en el tipo penal, es considerado autor del hecho por aportar una condición necesaria y adecuada para lograr el efecto querido.

La aplicación de esta teoría en las conductas terroristas importa considerar a los jefes de la organización como autores intelectuales del hecho punible, es decir aportan una causa necesaria para la producción del resultado típico.

Siguiendo esta línea argumentativa debemos afirmar que la orden dada por el jefe de la organización es causa suficiente y eficiente para lograr el resultado querido, es decir, la orden de realizar un atentado explosivo con un coche bomba en la embajada de Estados Unidos, convierte al jefe de la organización en el autor intelectual del hecho, pese a no haber realizado la conducta descrita en el tipo, que en este caso es la colocación del artefacto explosivo

¹¹ MUÑOZ-CONDE, GARCÍA ARAN, Ob. Cit. 1998, p. 488

¹² Para mayor profundidad ver GARRIDO MONTT, *Mario. Etapas de la Ejecución del Delito. Autoría y Participación*, Edit. Jurídica de Chile y MUÑOZ CONDE, Francisco-GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal Parte General “Autoría y participación”*, Cap. XXVII., 3º Edición, Valencia, Edit. Tirant to Blanch, 1998, 679 pgs

La aplicación de la teoría lleva irremediablemente a un adelantamiento punitivo, pues se castiga al jefe de la organización por los hechos preparatorios y no por la ejecución del delito.

Las críticas a esta teoría se basan principalmente en la ampliación del campo punitivo que produce su aplicación¹³. De este modo se penaliza como autor a quien no realiza el tipo descrito en la ley, situación del todo contraria al principio básico de legalidad.

Otra dificultad que enfrenta esta teoría es su difícil diferenciación con la categoría conceptual del cooperador necesario, el cual no es autor propiamente tal, si no un partícipe a pesar que en la mayoría de las legislaciones es penalizado como autor.

Teoría de la Inducción.¹⁴

Esta teoría consiste básicamente en excluir al jefe de la organización terrorista de la categoría conceptual de autor y trasladarlo a la participación.

Es inductor aquel que forma en otro el convencimiento de realizar una conducta típica. Es por esto último que el inductor no realiza ni ejecuta acción alguna que pueda subsumirse dentro de la descripción típica de la acción y por lo tanto no puede ser catalogado como autor.

Los defensores de esta postura afirman que el jefe de las organizaciones terroristas se limita a formar el convencimiento de la realización del delito en los ejecutores y por ende no son autores del hecho, pues el que maneja en último término los cursos causales de la realización del hecho es el sujeto inducido. En la inducción la decisión de realizar o no el delito radica, en último término, en el ejecutor o inducido, hecho que determina que sea este y no el inductor quien maneja los cursos causales. Este es el motivo por el cual se excluye al inductor de la categoría de autor y se le ubica en la de partícipes, es decir, no es autor por no manejar las riendas de los cursos causales que determinan la realización del delito.

Otro argumento dado por la doctrina para defender esta postura es de carácter comparativo. Se establece que la energía criminal del inductor es comparativamente menor que la energía criminal de aquel que en definitiva realiza materialmente el hecho. Al hablar de energía criminal nos referimos a la intención subjetiva de la realización del delito. En el caso del inductor su intención no es cometer el delito, pero en el caso del inducido su intención –cuando el proceso de formación de convencimiento ha tenido los

¹³ En este sentido se pronuncia el profesor SERGIO YAÑEZ, cuya opinión al respecto es recogida en GARRIDO MONTT, **Mario**. *Etapas de la Ejecución del Delito. Autoría y Participación*, Edit. Jurídica de Chile

¹⁴ Para mayor profundidad ver los estudios realizados por HERZBERG, *Mittelbare Täterschaft und Anstiftung in Formalen Organisationen*, Dresden, 1997, y KOHLER, *Allgemeiner Teil*, 1997, p. 510 y ss. Ambas obras citadas por ROXIN en *Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal*, 6ª Edición, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Edit. Marcial Pons, 1998, 750 pgs.

resultados esperados- es ejecutar el delito, tiene el convencimiento de llevarlo a cabo, estableciendo un objetivo (finalidad) y determinando los medios para alcanzarlo.

La crítica sobre este argumento se basa en la inviabilidad de la determinación de las categorías de autor o partícipe en virtud de criterios subjetivos. Esto implica, llevando la argumentación a un reduccionismo lógico, afirmar que es autor quien tiene la voluntad de actuar como autor en la comisión del delito (dolo de autor) y es partícipe quien tiene la voluntad de actuar como partícipe en el delito, afirmación superada hace ya varios años por la doctrina con la aceptación mayoritaria de las teorías objetivas

Por otro lado, la aplicación de esta teoría, implica una subvaloración de la importancia del jefe de la organización terrorista en la ejecución del hecho y un desconocimiento de la realidad de estas organizaciones.

Si bien en las organizaciones terroristas las decisiones de los pasos a seguir y las acciones a realizar como conjunto, no se originan en las bases de estas, sino en las cúpulas o en los grupos dirigentes e incluso en una sola persona, no existe un proceso de convencimiento de parte de la dirigencia o el jefe de la organización para la realización del delito.

Al enfrentarse a esta realidad en que las bases sólo actúan en función de las órdenes de los dirigentes ¿alguien podría afirmar que existe una energía criminal menor en el jefe de la organización que en aquel que ejecuta la orden o el hecho delictivo?.

Si bien es cierto que la inducción se asemeja de mejor manera a las estructuras jerárquicas de las organizaciones terroristas, no es menos cierto que es requisito en la inducción el contacto entre el inductor y el inducido, contacto en el cual el primero tratará de formar el convencimiento en el segundo, salvando los obstáculos que este pueda imponerle para lograr su objetivo.

En las organizaciones terroristas, en la generalidad de los casos, no existe este contacto ni el proceso de convencimiento para la realización de determinados hechos.

Por otra parte, la aplicación de esta teoría contradice los postulados de la teoría del dominio del hecho para determinar la autoría y participación. Para estos efectos se utilizan criterios diversos al dominio de los cursos causales que determinan la realización del hecho. Esta última objeción es sólo aplicable para el caso de los grupos terroristas, pues creemos que el dominio del hecho radica en el jefe de la organización.

Teoría de la Coautoría.¹⁵

Los principales defensores de esta teoría son Günther Jakobs en Alemania y Francisco Muñoz-Conde en España.

La solución al problema de la autoría y participación en los delitos de terrorismo estado por la coautoría, es decir, la relación entre al jefe de la organización terrorista y el

¹⁵

Para mayor profundidad ver MUÑOZ CONDE, Francisco-GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal Parte General*

“Autoría y participación”, Cap. XXVII., 3º Edición, Valencia, Edit. Tirant to Blanch, 1998, 679 pgs.

que en definitiva ejecuta el hecho es de autores.

Un argumento dado en favor de la aplicación de la coautoría en desmedro de la autoría mediata, es la afirmación de que esta última no procede para el caso del sujeto que actúa con conciencia, es decir, que actúa como un ejecutor doloso, pues éste al reconocer su acción u omisión como injusta (típica y antijurídica) hace suyo el dolo de quien no realiza directamente la conducta, pero ordena su realización o coopera con la planificación de éste.

Para que pueda ser aplicada la coautoría es necesario que exista un acuerdo de voluntades entre quienes ejecutan el hecho, determinando la forma en que se realizará e incluso repartiendo funciones diversas entre los que realizaran el hecho. Este reparto de roles es lo que se denomina dominio funcional del hecho, el cual consiste en que todos los que intervienen directamente con la comisión del delito dominan una parte de los cursos causales que llevan al resultado querido por los sujetos, no existe sólo un sujeto que domina el hecho en su totalidad, si no que son varios. En estos casos se habla de coautoría.

La argumentación que da Muñoz-Conde para la aplicación de la teoría de la coautoría, se basa en el nº1 del artículo 28 del Código Penal Español, el cual considera como autor al sujeto que realiza la acción descrita en el tipo.

Muñoz-Conde ¹⁶, a través del análisis de la disposición, establece una diferencia entre “realizar” (verbo rector en el artículo) y “ejecutar”, siendo el primer verbo más amplio que el segundo. Por tanto, para la realización de un hecho no es necesaria la presencia física del sujeto en los momentos en que se lleva a cabo la ejecución del mismo. Mientras que para la ejecución de un hecho, si es necesaria esta presencia física.

Como el verbo rector es realizar, pueden ser autores incluso aquellas personas que no se encuentran presentes durante la ejecución del delito, pero que han contribuido a éste con acciones previas a su comisión.

Pero la coautoría se enfrenta a una barrera fáctica difícil de sortear. El acuerdo de voluntades que necesita la coautoría para existir, rara vez se produce dentro de las organizaciones terroristas.

Lo que ocurre con frecuencia es que los jefes de la organización no conocen a los que en definitiva van a cometer el delito, no hay en realidad un acuerdo de voluntades, si no solamente la ejecución de un plan ya trazado y sobre el cual los ejecutores no pueden tomar decisiones.

Muñoz-Conde da un ejemplo para explicar la aplicación de esta teoría y dice “ hay coautoría en el caso del grupo terrorista que se prepara para cometer un asalto. Uno de los integrantes del grupo se encargó de la planificación, otro de los integrantes del grupo esta encargado de la seguridad, otro de manipular las armas, otro de reunir el dinero y otro se encarga de conducir un coche preparado para la fuga. En este caso existe un reparto de roles, es decir un dominio funcional del hecho, en que todos manejan los cursos causales y existe un acuerdo previo entre ellos” ¹⁷

¹⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco-GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho penal...* p 478 y ss.

Pero la descripción hecha por el autor más bien parece corresponder a una célula terrorista y no con una organización terrorista. Además no se relaciona con el verdadero funcionamiento de las organizaciones de carácter terrorista. Aceptar el ejemplo anterior como válido implicaría aceptar, por decirlo de un modo concreto, que la dirigencia de la E.T.A. que se encuentra en Francia, no tiene conocimiento de los atentados que se producen en España, pues los primeros no se han reunido con los ejecutores y se ha producido un acuerdo de voluntades.

En nuestra opinión la teoría de la coautoría no es aplicable para la determinación de responsabilidad de los jefes de las organizaciones terroristas por ser contraria a la realidad de su funcionamiento, y su aplicación importa una ficción difícil de mantener.

Teoría del Autor mediato.

Esta teoría es diseñada y difundida por el profesor alemán Claus Roxin, quien replantea el tradicional enfoque del autor mediato.

Roxin, plantea una nueva forma de dominio de la voluntad. Junto a la fuerza y el error, coloca una nueva categoría. A esta nueva categoría le da el nombre de estructuras organizadas de poder.

Es a través de estas estructuras que los que se encuentran al mando de ellas realizan sus actos, valiéndose de la fungibilidad o intercambiabilidad de los ejecutores para conseguir sus objetivos.

Este enfoque del problema es el que más se acerca al funcionamiento de las organizaciones terroristas y resuelve de mejor manera las objeciones hechas a las teorías antes expuestas anteriormente.

II. TEORIA DEL AUTOR MEDIATO.

Teoría del dominio del hecho en la atribución de responsabilidad Penal

La doctrina objetivo-formal traslada el problema de la autoría desde a este respecto al área interna del sujeto al plano material de la acción descrita por el tipo. De todos modos este avance fue insuficiente. Esto se debe a que el problema central está en darle a la autoría el significado óntico adecuado.

Fue WELSEL¹⁸ quien organizó el pensamiento finalista dando paso a una teoría

¹⁷ MUÑOZ-CONDE, GARCIA ARAN, Ob. Cit. 1998, pp.485 y ss.

¹⁸ Vease WELSEL, Derecho Penal Alemán, Ed. Jurídica de Chile, 12ª ed., 1987

objetivo final de la acción en la cual en los delitos dolosos es autor sólo quien es el señor de la producción del resultado. El pensamiento puede resumirse en la siguiente frase del catedrático alemán “ el dominio finalista del hecho es la característica general de la autoría” en el delito doloso y “la causación de un resultado evitable, lo es de los delitos culposos”.¹⁹

De lo anterior se desprende que la naturaleza del delito doloso difiere de la del cuasidelito y que por lo tanto no puede plantearse un concepto unitario de autor sobre la base de la causación.

La teoría finalista identifica la noción de autoría con el dominio de la acción en el delito doloso. Pero, ¿qué quiere decir tener “el dominio de la acción”? En términos simples, tiene el dominio de la acción el que tiene las “riendas” del hecho, es el que controla los cursos causales que producen el resultado típico. Aquel que tenga las riendas, es autor; quien no las tenga es cómplice.

En palabras del profesor GARRIDO MONTT, “Es la acción, la que determina, en verdad, a la autoría. Aceptado que el delito en substancia es acción, autor del delito es quien o quienes ejecutan esa acción; si acción es la actividad final del ser humano, o sea, actos realizados por el hombre con una meta predeterminada por él mismo y tendiente a concretarla, el concepto de autor fluye en forma espontánea: lo es quien ha forjado el propósito delictivo, adopta la resolución de concretarlo y realiza la actividad proyectada, como necesaria para alcanzar la meta que se ha propuesto”²⁰.

El autor, para ser tal necesita, por lo tanto, realizar alguna actividad tendiente a desatar los cursos causales que producirán el resultado querido, según el plan determinado (idea final de la acción). Lo anterior, no comprende necesariamente la realización de una actividad que deba ser calificada como ejecutiva. El autor puede realizar cualquier tipo de actos siempre que ellos importen la materialización de su plan, pues lo esencial “no es la realización de propia mano del hecho, sino la estructuración del trascurso del suceso dirigido al resultado, decisiva para su producción”²¹.

Es precisamente sobre este punto que se basa la teoría del autor mediato. La doctrina formal objetiva fracasa ante aquellos casos en que el sujeto se vale de una persona como instrumento para la realización de un delito. En este supuesto aquel que utiliza a otro como instrumento no realiza la acción descrita en el tipo, por lo tanto no puede ser autor.

Concepto de autor mediato.

Es autor mediato aquel que no realiza directa y personalmente el delito, si no que se vale

¹⁹ GARRIDO MONTT. Ob. Cit. 1984, p. 231, citando a Welzel.

²⁰ GARRIDO MONTT, Ob. Cit., 1984, pp. 241

²¹ ROXIN, Claus. *Sobre la Autoría y Participación en el Derecho Penal*. Problemas actuales de las Ciencias Penales Y la Filosofía del Derecho. Buenos Aires, 1970

de otra persona, generalmente no responsable, que es quien finalmente lo realiza. El criterio que permite castigar al autor real y no al instrumento es el del dominio del hecho.

El dominio del hecho, en la autoría mediata, se fundamenta en el dominio de la voluntad del ejecutor de la acción. Al existir un dominio de la voluntad se produce una instrumentalización del sujeto, esto trae como consecuencia la ausencia de acción en el instrumento por cuanto ella carece de sentido, no es una manifestación de la voluntad de quien la ejecuta.

Las formas de dominación de voluntad más reconocidas son la fuerza y el error, temas que son tratados a continuación

Dominio de la voluntad por error y fuerza

El error y la fuerza son las formas de dominación de la voluntad aceptadas mayoritariamente por la doctrina además del dominio que resulta de la utilización de inimputables.

Habrá dominio de la voluntad por error en los casos en que el sujeto que realiza la acción típica, la lleva a cabo no comprendiendo realmente lo que esta haciendo debido a que el autor mediato disimula las circunstancias del hecho; y en general en aquellos casos en que el autor mediato recurre al engaño para el logro de sus fines²²

Un ejemplo dado muchas veces por la doctrina es el caso del sujeto que se encuentra en la estación de trenes y le solicita a uno de los muchachos encargados de los equipajes que le pase una maleta que no le pertenece, y el muchacho va y se la entrega.

Otro ejemplo es el de la enfermera que sin saber que el medico ha cambiado las etiquetas de los medicamentos, inyecta veneno a un paciente en vez de la medicina que necesita y el paciente fallece.

Hay dominio de la voluntad por fuerza cuando se emplea coacción sobre un tercero, sea esta mediante la amenaza de sufrir un mal sobre su persona o sus cercanos.

Un ejemplo de estos casos es el robo que realiza un sujeto a petición de otro que mantiene secuestrada a su familia bajo amenaza de muerte en caso que se niegue a realizar lo solicitado por el secuestrador.

Dominio de la voluntad a través de una estructura de poder organizada.

Esta forma de dominio de la voluntad no es acogida por toda la doctrina. Esto se debe, principalmente, a que dentro de los supuestos de su aplicación, los ejecutores de los hechos no son inimputables, ni se encuentran en error, ni son coaccionados por el autor mediato, por el contrario, están en conocimiento del significado de los acciones que realizan.

Por lo anterior parte de la doctrina estima que estos casos deben resolverse conforme a la coautoría y no a la autoría mediata, pues no corresponde aplicarla en los

²² ROXIN, Ob. Cit, 1970.

casos de ejecutores dolosos.

III. DOMINIO DE LA VOLUNTAD A TRAVES DE LA ESDTRUCTURA DE PODER ORGANIZADA.

Origen del concepto.

Esta teoría se origina en los años siguientes a la segunda guerra mundial con motivo de los diversos juicios en contra de los jefes alemanes, por los hechos cometidos durante el régimen nazi.

La principal dificultad para atribuir alguna responsabilidad a los jefes del régimen, es que ellos no realizaron las conductas delictivas por las cuales eran requeridos.

Ellos sólo se limitaron a impartir órdenes que, siguiendo una cadena de mando, llegan a los ejecutores quienes en definitiva les dan cumplimiento. Es por esta razón que se hacen inaplicables las teorías que hasta el momento se utilizaban para determinar quienes son autores de los hechos delictivos, pues su aplicación llevaba indefectiblemente a la impunidad de los jefes. No existía una justificación para atribuir responsabilidad.

Es en este contexto que, Roxin, plantea una nueva visión de la autoría mediata, la cual tiene como base el dominio de la voluntad a través de estructura de poder organizada.

Los crímenes de las organizaciones terroristas (sean estas estatales o subversivas) no pueden analizarse a la luz de los criterios del delito individual, por esto las figuras jurídicas de autoría, coautoría, inducción y complicidad no dan cabida a estos fenómenos de carácter colectivo.

Concepto de estructura de poder organizada.

La estructura de poder organizada es la “maquinaria” personal (generalmente de carácter estatal) de la que se vale un sujeto para realizar sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor.²³

Desde un punto de vista estructural u organizativo, organización es un conjunto de elementos de carácter material, técnico y humano, ordenados y estructurados de forma tal capaces de conseguir el fin u objetivo para el cual se encuentra dispuestos y dotados de una facultad de dominación.

Características de la estructura de poder organizada.

²³ ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal*, 6ª Edición, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Edit. Marcial Pons, 1998, p. 264

La estructura de poder se caracteriza por constituir una cadena de mando, es decir, existe una jerarquía entre los individuos que la componen, que va desde los jefes a los subalternos.

De lo anterior se desprende que existe necesariamente un reparto de funciones dentro de la organización. Existen distintas unidades dentro de la misma a cargo de distintos aspectos como funcionamiento, programación, planificación, inteligencia, logística y ejecución de las ordenes impartidas por la misma.

Los elementos técnicos y materiales están constituidos por las dependencias de la organización, vale decir, los edificios, instalaciones y oficinas de la misma

La facultad de dominación es el elemento esencial para la justificación de la existencia de la autoría mediata en las acciones realizadas por las organizaciones. El dominio de la voluntad es el elemento determinante en la autoría mediata, es el factor que hace radicar la responsabilidad de los actos en al “hombre de atrás”, pues como ya se ha dicho es él quien domina el hecho.

El hombre de atrás. Concepto

El hombre de atrás, para estos efectos, es el que domina la estructura de poder es decir aquel que manifiesta su voluntad a través de ella utilizándola para alcanzar sus fines.

En la autoría mediata es el sujeto que domina, en último término, los cursos causales del resultado típico.

Garrido Montt, citando a Roxin, ejemplifica la autoría mediata diciendo “A través del dominio de la voluntad, como sucede con un aparato de poder organizado, en que existe una estructura jerarquizada que puede ser de índole militar, política, el mismo Estado, una banda criminal, etc. Son los jefes de esas organizaciones los que emplean el instrumento de poder que aquellas le confieren, dando las órdenes y pudiendo hacerlas cumplir intercambiando a los ejecutores según su conveniencia, lo que anula o hace imposible toda resistencia u oposición a su voluntad. Aquel que imparte la orden es autor mediato.”²⁴

El propio Roxin afirma que “ quien es empleado en una maquinaria organizativa en cualquier lugar, de una manera tal que puede impartir ordenes a sus subordinados, es autor mediato en virtud del dominio de la voluntad que le corresponde si utiliza sus competencias para que se cometan acciones punibles. Que lo hago por propia iniciativa o en interés de instancias superiores y a órdenes tuyas es irrelevante, pues para su autoría lo único decisivo es la circunstancia de que puede dirigir la parte de la organización que le está subordinada sin tener que dejar a criterio de otros la realización del delito”.²⁵

Funcionamiento de la estructura de poder organizada. La fungibilidad de los ejecutores como característica esencial del dominio de la voluntad y el funcionamiento de

²⁴ GARRIDO MONTT, *Mario. Etapas de la Ejecución del Delito. Autoría y Participación*, Edit. Jurídica de Chile, 1984, p. 302

²⁵ ROXIN, Claus, Ob. Cit, 1998, p. 273

ella.

La circunstancia que permite que la estructura de poder domine la voluntad de los sujetos es la fungibilidad de los ejecutores de las ordenes.

Esta característica permite el funcionamiento de la organización y da certeza al jefe de la misma en cuanto al cumplimiento de las órdenes impartidas.

En el supuesto de que uno de los ejecutores se negara a realizar la orden impartida, éste es reemplazado por otro ejecutor miembro de la organización que realice el hecho que ha sido ordenado.

Legítimo es preguntarse qué pasa si el reemplazante del ejecutor objetor también se niega. En este caso el sujeto vuelve a ser reemplazado por otro miembro de la organización.

Del análisis de la circunstancia descrita en los párrafos anteriores, se desprende indefectiblemente que la voluntad del ejecutor, respecto de los resultados de las acciones u omisiones realizadas por la organización -a través de sus miembros-, carece de valor. En nada afecta la voluntad del ejecutor en la definitiva realización del hecho

La negativa del ejecutor, no impide la realización del hecho, por lo tanto el no domina los cursos causales que determinan la realización del mismo. Entonces, ¿quien domina los cursos causales?. Domina los cursos causales aquel que puede salvar el obstáculo de la negativa del ejecutor, es decir, aquel que pueda determinar su reemplazo, y este sujeto es obviamente el jefe de la organización.

Es él, a través de la estructura que domina, quien tiene la posibilidad de reemplazar al ejecutor objetor por otro. Esta facultad hace que sea el jefe de la organización quien domina el hecho, quien domina los cursos causales de la realización del hecho, sólo de su voluntad depende la realización del hecho.

CAPÍTULO III. TOMA DE POSICIÓN.

I. LOS BENEFICIOS DE LA TEORIA DEL AUTOR MEDIATO

Debe considerarse desde un principio que el fenómeno terrorista presenta particulares características, circunstancias que no se encuentran presentes en la generalidad de los delitos y que en la mayoría de los casos, los legisladores han pasado por alto. Sólo en los países que han vivido la experiencia de enfrentar durante largo tiempo la existencia de un grupo terrorista han desarrollado tipos específicos para esta clase de conductas incorporándolas a sus respectivos códigos penales, evitando de esta forma, la creación de leyes penales especiales que llevan, de manera grosera, a una legislación de excepción, alejada de los principios básicos del Derecho Penal. Tales son los casos de España y Colombia, quienes han incorporado los tipos penales correspondientes a las conductas terroristas dentro de la legislación penal general. No obstante ello, la “cultura de la emergencia” también se ha manifestado en la legislación penal común, mediante la alteración de aspectos sustantivo penales y procesales. Paradigmático es el caso de España. De esta forma nos encontramos con un Derecho Penal moderno y garantista, pero al mismo tiempo con normas sustantivo penales y procesales que se alejan de este derecho penal mínimo.

Es nuestra opinión que los delitos de terrorismo deben ser considerados como delitos de nomen iuris propio, puesto que se trata de conductas que, elevadas a la categoría de delito, tienen un contenido específico de lo injusto, que excede al de los delitos comunes. Ello basado en el bien jurídico que protegen los tipos penales de terrorismo, esto es, el orden constitucional democrático²⁶

Beneficios de carácter general dogmático.

La aplicación de cualquier teoría para la determinación de la autoría en el análisis del delito, importa el reconocimiento de un concepto de acción. Concepto que produce la relación entre la conducta realizada y la descrita en el tipo.

El concepto de autor ha evolucionado a lo largo del tiempo, pasando por concepciones naturalistas, causalistas, objetivas, subjetivas y finalistas. Todo esto en principio y con algunos matices, dependiendo de la escuela doctrinaria que haya originado el concepto.

La más reciente formulación proviene del finalismo²⁷. Según esta postura, acción es la realización de una actividad del hombre con la intención de alcanzar un objetivo previamente determinado. El elemento esencial en la acción es la finalidad de ella, es decir, la idea final.

Los postulados del finalismo superan el reduccionismo volitivo del causalismo, al reconocer, con la idea final de la acción, la autonomía de la voluntad del hombre o, como prefieren llamarlo algunos, el libre albedrío. Este punto no está exento de polémica, pues el debate sobre la existencia del libre albedrío del hombre aún está abierto, tema que se aleja del marco de análisis de esta investigación.

Junto con el finalismo, el surgimiento de la teoría del dominio del hecho viene a proponer avances en el tema de la determinación de la autoría. Se plantea que quien tiene las riendas de los cursos causales del hecho es autor del mismo, aquel que domina los cursos causales y no los detiene, es porque su intención es que los resultados de ellos se produzcan. De este modo se enlazan ambas teorías. El sujeto manifiesta su idea final a través del dominio del hecho.

A través del dominio del hecho se fundamenta la autoría mediata, pues el sujeto que se encuentra detrás del ejecutor es quien domina la realización del delito. Esta afirmación aparece clara al analizarla a la luz de los supuestos clásicos aceptados para este tipo de autoría, como son la fuerza y el error. Pero estos no parecen ser aplicables a los casos de terrorismo, debido a las características propias de estas organizaciones.

La teoría del autor mediato es la que mejor representa, en sus supuestos de aplicación, la realidad de las actuaciones de los grupos u organizaciones terroristas, pues el sujeto que realiza el delito no domina el hecho (ejecutor), sino que este dominio radica en el jefe o jefes de ella o el miembro que ocupe un cargo dotado de facultades de

²⁶ VILLEGAS DIAZ, Myrna. Ob. Cit. Tesis doctoral, 2001, pp. 514-515 y 1008

²⁷ WELZEL. *Derecho Penal Alemán*, Ed. Jurídica de Chile, 12ª ed., 1987

mando dentro de la organización

Sólo a través del dominio de la voluntad en virtud de la estructura organizada de poder puede fundamentarse la responsabilidad penal de los jefes de las organizaciones.

Si aceptamos la teoría del dominio del hecho y finalista de la acción, debemos entender que es autor quien domina, en último término, los cursos causales que determinan la realización del delito, y no solamente quien ejecuta la conducta típica, como postula la doctrina objetivo formal. Aceptar esta última implica dejar impunes, al menos como autores o en su defecto penalizar como coautores, a los jefes de las organizaciones terroristas, pues como ya se ha hecho notar, ellos no realizan la conducta descrita en el tipo penal. Frente a ello, las posibles soluciones son: considerarlos inductores, o bien, autores intelectuales, o bien, coautores.

Es innegable la importancia de los dirigentes en las organizaciones terroristas. Son ellos los que deciden los movimientos y actuaciones del grupo, y esta circunstancia los hace ocupar una posición de poder dentro de ella. Esto último sumado a la característica esencial de la estructura de poder, de fungibilidad de los ejecutores, a la cual ya nos hemos referido, hace que sean los dirigentes de las organizaciones quienes tengan el dominio de los hechos que ellas realizan a través de sus miembros.

Las soluciones dadas por la doctrina antes de la autoría mediata no resuelven el problema de la autoría en estos delitos, pues ellas están pensadas en los delitos de propia mano. Por lo tanto aquellos sujetos que no realizan la conducta, pero se encuentran relacionados de algún modo con la comisión del delito, sólo pueden ser partícipes.

Es así como la postura más corriente para establecer y justificar la responsabilidad de los jefes de las bandas terroristas es la teoría de la coautoría²⁸. Pero esta última no se corresponde con la realidad de estos grupos. Si bien tiene los mismos fundamentos que la autoría mediata, respecto a la teoría de la acción y la idea final, no reconoce un dominio de la voluntad (necesario para que se constituya autoría mediata) en la estructura organizada de poder.

El fundamento de lo anterior se encuentra en la crítica hecha a la teoría de Roxin. Se dice que los ejecutores en la estructura organizada de poder no se encuentran privados de voluntad y que por lo tanto actúan con dolo al cometer el delito. Esta circunstancia hace inaplicable la autoría mediata, pues ella fue estructurada sobre la base de un ejecutor no doloso, por cuanto éste estaría privado de voluntad, lo cual hace que su actuación carezca de sentido como expresión de su idea final y por lo tanto no puede ser autor.

Incluir un instrumento doloso (ejecutor) desbarata la aplicación de la autoría mediata. Esta opinión es compartida por Muñoz-Conde, Jakobs, y en Chile, el profesor Garrido Montt, aunque este último la rechaza refiriéndose a su aplicación a la luz de la legislación Chilena²⁹, punto al cual nos referiremos en el próximo apartado.

²⁸ Tema tratado en la Segunda Parte de este estudio.

²⁹ GARRIDO MONTT, Ob. Cit. 1984, pp. 367 y ss.

El rechazo del dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizado, se debe, desde una perspectiva metodológica, a la falta de comprensión del funcionamiento de la autoría mediata en este supuesto, la cual se aleja de las estructuras clásicas del error y la fuerza.

El fundamento de la autoría mediata se basa en que la negativa del ejecutor no produce resultado alguno en la comisión del delito, es decir su negativa no impide la realización del delito, es incapaz de modificar, alterar o impedir el normal desarrollo de los cursos causales. Y esto se debe a la fungibilidad de los ejecutores.

La estructura de poder es la organización terrorista, sea estatal o subversiva, y el hombre de atrás es el jefe de la organización o aquel miembro que se encuentre en un cargo dotado de facultades de dirección u organización.

En conclusión, las ventajas de la teoría de la autoría mediata en el dominio de la voluntad en virtud de una estructura organizada de poder, radican en su mayor correspondencia con la realidad de las agrupaciones terroristas; su sustento en las doctrinas del dominio del hecho y finalista de la acción, las cuales permiten diferenciar y restringir los conceptos de autor y partícipe; y, finalmente, permite responsabilizar a los jefes de las organizaciones terroristas, quienes normalmente escapan del actuar de la justicia por la falta de una argumentación dogmática que determine eficazmente su responsabilidad.

Beneficios particulares en su aplicación en los casos de terrorismo ocurridos en Chile.

Los casos de terrorismo ocurridos en Chile son hechos no superados (y por muchos olvidados) por la justicia chilena. La documentación al respecto es abundante al igual que los casos acontecidos.

Por este motivo, esta sección, se limitará al análisis del caso conocido como “Caravana de la Muerte”³⁰, ocurrido durante los años siguientes al Golpe Militar del año 1973.

Operativo del gobierno que consistió en un plan de exterminio de personas disidentes (en su mayoría militantes de partidos políticos del conglomerado conocido como Unidad Popular) y consideradas peligrosas por el régimen militar

Se llamó “Caravana de la muerte” al grupo de personas que se encontraban bajo el mando del general Sergio Arellano Stark, quienes se desplazaron por diversas ciudades de Chile en el malamente recordado helicóptero Puma del Ejército. Dentro del régimen se le conoció a esta operación como la “Caravana del Buen Humor”, haciendo una mofa sarcástica de las verdaderas ordenes que llevaban los integrantes de dicha comitiva.

La misión del general Arellano era “acelerar los procesos” en las ciudades que visitaba. Para estos efectos fue investido del cargo de Delegado del Comandante en Jefe

³⁰ Para mayor profundidad sobre el tema ver VERDUGO, Patricia. *“Los Zarpazos del Puma”*. Ed. Chileamérica CESOC, Santiago de Chile, 2001.

del Ejército y de la Junta de Gobierno.

En todas las ciudades que visitó, ocurrieron casos de fusilamiento de presos políticos, y en la mayoría de los casos se aplicó la llamada “ley de fuga” la cual permitía fusilar en el acto a los presos que intentaran escapar.

La investigación judicial del caso, hasta el momento de ser sometido a proceso el General Augusto Pinochet, determinó un total de 75 víctimas en cinco ciudades. De ellas trece estaban desaparecidas y 58 tenían tumbas.

La comitiva del general Arellano estaba formada por Marcelo Moren Brito, Sergio Arredondo y Armando Fernández Larios, además de dos pilotos del helicóptero puma que sirvió de medio de transporte a la comitiva.

Esta comitiva especial, fue establecida por el Comandante en jefe del Ejército de ese entonces y Presidente de la Junta de Gobierno Augusto Pinochet Ugarte. Ella debía rendir cuentas al propio Pinochet. Este hecho hace presumir que Pinochet se encontraba al tanto de las actuaciones de sus subalternos, deduciéndose al menos la presencia jerarquía entre La “caravana” y el General Pinochet y, por otro lado, de aceptación de los hechos cometidos. Esto último se deduce de la existencia de mecanismos de investigación y sanción dentro del Ejército que hubieran operado si las actuaciones del General Arellano y su grupo se hubiesen apartado de las órdenes dictadas por sus superiores jerárquicos. Como estos mecanismos jamás se activaron es de suponer, al menos, que cada actuación de la “caravana” contaba con la venia de sus superiores jerárquicos o, más radicalmente, que fueron órdenes directas de ellos.

Aparece de este modo la estructura de poder organizada, formada por Augusto Pinochet, Sergio Arellano y su comitiva formada por Moren Brito, Arredondo y Fernández Larios, todos ellos, desde Arellano hacia adelante, sometidos a una relación de jerarquía, en la cual Pinochet se encuentra a la cabeza.

La orden de “acelerar los procesos” -que en realidad significó “fusile a los de la lista”-, en las distintas ciudades del país, proviene del jefe de esta organización, el Comandante en Jefe del Ejército Augusto Pinochet, orden que a su vez es transmitida de Arellano a los miembros de su comitiva, quienes a su vez se valieron de otros soldados, pertenecientes a los regimientos de cada ciudad, para cometer los delitos.

Es así como, se puede apreciar que la orden impartida por el jefe de la organización se cumple y se alcanzan los objetivos que él se ha trazado. Los intermediadores de la orden no manejan el curso causal de la acción, y si los soldados se hubiesen negado a cumplir las ordenes impartidas habrían sido reemplazados por otros.

Puede cuestionarse la forma que adopta el dominio de la voluntad. Es perfectamente aceptable afirmar que fueron los soldados los que en definitiva dispararon sobre los prisioneros, hiriéndolos de tal manera que les causaron la muerte, y que no actuaron en virtud del dominio de la estructura, sino por la representación de un daño sobre su persona en caso de plantear la negativa a la orden que se le impartía. Pero de todos modos, en este caso, hay autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de la fuerza.

También podría afirmarse que los soldados actuaron por error al creer que estaban

cumpliendo una orden completamente legal. Así por ejemplo, en el caso que se le ordene a un pelotón, fusilar a un grupo de prisioneros en virtud de una sentencia del Consejo de Guerra, sentencia que en realidad no existe o fue obtenida mediante un procedimiento irregular, como efectivamente ocurrió en algunos casos. En esta hipótesis de análisis aparece claro el dominio de la voluntad por error, no siendo necesaria la aplicación de la estructura de poder. Pero no se debe perder de vista la finalidad de la teoría de la autoría mediata en virtud de las estructuras de poder organizadas, que es permitir la atribución de responsabilidad penal a los jefes o dirigentes de las organizaciones terroristas.

Tal como se ejemplificó en los párrafos anteriores pueden darse hipótesis en que se encuentran presentes los otros elementos que configuran la autoría mediata como la fuerza y el error, pero sólo nos son útiles para el análisis de la responsabilidad penal de los ejecutores y no de los jefes de la estructura, pues para determinar al autor mediato a través de la aplicación de los elementos de fuerza y error es necesario responder a la pregunta de quien ejerce la fuerza o quien induce el error. Y la respuesta tiene una limitante natural determinada por la existencia de algún contacto entre quien ejerce la fuerza o induce el error y quien recibe la fuerza y se ve afectado por el error. Si el jefe de la organización en comento es el General Augusto Pinochet y este no tuvo relación alguna con los ejecutores de los delitos, no podemos argumentar su responsabilidad penal en la fuerza y el error.

El establecimiento de responsabilidad del autor tras el autor no implica dejar impune al ejecutor del hecho ilícito si no concurren los requisitos de dominio de la voluntad. Si no hay dominio de la voluntad, la actuación del ejecutor sí tiene sentido y relevancia penal, por lo tanto nada obsta a que sea catalogado como autor de ese hecho y aquel que dio la orden responda dentro de la misma categoría.

Los casos de concurrencia de dolo en el ejecutor de la orden, escapan del ámbito de análisis de esta investigación y por lo tanto no serán tratados ³¹.

La aplicación de la teoría del autor mediato en los casos de terrorismo de Estado ocurridos en Chile posibilita la fundamentación de la responsabilidad penal de Augusto Pinochet y los demás integrantes de la Junta de Gobierno, mediante una argumentación dogmática, para la determinación de la autoría, no artificiosa y poco real, como serían los casos de coautoría o autoría intelectual, sostenida por parte de la doctrina.

Si optáramos por la aplicación de la teoría de la coautoría sería casi imposible establecer la responsabilidad como coautor de Augusto Pinochet. Como ya se ha hecho ver anteriormente, es necesario un acuerdo previo de voluntades y la repartición de funciones para hablar de coautoría. ¿Cómo podría fundamentarse un acuerdo de voluntades entre el conscripto de Calama, por ejemplo, que disparó contra los prisioneros y Pinochet si ellos realmente no tuvieron contacto alguno? ¿Podría siquiera hablarse de un reparto de funciones o roles en la comisión del delito?.

Además posibilita la realización del sentimiento de justicia, al permitir establecer la

³¹ Para mayor información respecto del instrumento doloso ver R ROXIN, Claus, *Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal*, 6ª Edición, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Edit. Marcial Pons, 1998. GARRIDO MONTT, *Mario. Etapas de la Ejecución del Delito. Autoría y Participación*, Edit. Jurídica de Chile, 1984.

culpabilidad de quien, en último término, dio las órdenes de matar, y no penalizar únicamente a quienes fueron parte del plan y no los dominadores de las acciones, lo cual encierra la posibilidad de aplicar una pena al jefe de la organización.

Las instituciones represivas del Régimen Militar contienen las características de la estructura de poder organizada, analizadas en su oportunidad, y sus actuaciones pueden catalogarse de terroristas por cumplir con las características dadas en el primer capítulo a este respecto. Sólo por mencionar las más evidentes: existencia de jerarquía, hay que recordar que estas instituciones estaban formadas en su mayoría por miembros de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad y se conservó la línea de mando de ellas; actuaciones al margen de la ley, representadas por las ejecuciones, detenciones y desaparecimiento forzado de personas; ataque a los Derechos Humanos; entre otras.

Ahora, el siguiente paso en este análisis, es establecer la posibilidad de la aplicación de la teoría del autor mediato a la luz del artículo 15 del Código Penal Chileno.

II. LA VIABILIDAD DE LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL AUTOR MEDIATO POR LOS TRIBUNALES CHILENOS.

El artículo 15 del Código Penal Chileno establece:

Art. 15. se consideran autores:

1° Los que toman parte en la ejecución de un hecho, sea de una manera inmediata y directa, sea impidiendo o procurando impedir que se evite.

2° Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo

3° Los que, concertados para su ejecución, facilitan los medios con que se lleva a efecto el hecho o lo presencian sin tomar parte en él.

La primera observación al artículo, es que este no define quien es autor, sino que solamente establece quienes serán considerados autores para efectos de determinar la pena aplicable al sujeto que ha intervenido en un delito. Por lo tanto debe asumirse que el legislador no ha optado de manera categórica por alguna de las teorías que determinan la autoría

Establecida la neutralidad o apertura o flexibilidad o como quiera llamársela, del texto legal, debemos en este punto, determinar en cuál numerando puede subsumirse la teoría del autor mediato.

Descartamos el numerando 1°, pues de su simple lectura aparece de manifiesto que consagra la autoría directa o de propia mano por comisión y por omisión.

El numerando 3° establece la coautoría, pues utiliza el término “ los que concertados para su ejecución...” verbo propio de ella, al ser el acuerdo previo entre los autores un requisito de aplicabilidad de esta categoría conceptual, además del reparto de roles que

sustenta la teoría del dominio funcional del hecho.

El mismo numerando 3º establece la categoría de cooperador necesario del delito, que es aquel sujeto que facilita los medios útiles o necesarios para la comisión del delito

Es en el número 2º que el legislador ha reconocido esta figura, al establecer " Se consideran autores: 2º Los que fuerzan o inducen directamente a otro a ejecutarlo". Este nos plantea dos opciones: la utilización de fuerza o la inducción.

La autoría mediata no debe confundirse con la inducción, pues ambas ostentan naturalezas jurídicas diferentes. La primera pertenece a la categoría de autor, mientras que la inducción cae en la de partícipes, pero para efectos de determinación de la pena se considera como autor del delito. Este hecho debe quedar completamente claro a fin de salvar eventuales confusiones conceptuales. A diferencia de lo que ocurre en la autoría mediata, en la inducción, la realización del delito queda a criterio del sujeto inducido, pues es este último quien determinara si realiza la acción inducida o, si por el contrario, resiste el intento del inductor de formar el convencimiento para la realización del delito.

Para poder determinar la viabilidad de la aplicación de la teoría del autor mediato, en especial la variante del dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizado, debemos focalizar el análisis sobre la fuerza como medio de dominación de voluntad, elemento expresamente reconocido por el legislador para la autoría mediata.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua define fuerza como: "2. f. Aplicación del poder físico o moral. Apriétalo con fuerza. Se necesita mucha fuerza para soportar tantas desgracias.

5. f. Acto de obligar a alguien a que asienta a algo, o a que lo haga.

~ irresistible.

1. f. Der. La que, por anular la voluntad del autor de una acción, puede limitar o excluir su responsabilidad." ³²

La fuerza a la que el legislador hace referencia en la aplicación de la autoría mediata es, precisamente, a la fuerza irresistible. Es sólo esta clase de fuerza la que permite fundamentar la responsabilidad penal de quien emplea la fuerza sobre otro para lograr el objetivo que se ha trazado. El elemento esencial de esta fuerza es su capacidad de anular la voluntad de quien la sufre y, como consecuencia de ello, excluir su responsabilidad.

En el caso de las estructuras de poder organizada, podemos incluir esta variante del dominio de la voluntad, en el término fuerza utilizado por el legislador.

La pregunta que debe ser respondida es cómo anula la voluntad del sujeto la fuerza empleada o ejercida por la estructura de poder. La anulación de la voluntad se deriva de la característica esencial de la estructura de la fungibilidad o intercambiabilidad de los ejecutores.

Esta característica opera de la siguiente forma respecto de la anulación de la voluntad del ejecutor: la estructura, gracias a sus componentes humanos técnicos y

³² www.rae.es

materiales esa capaz de reemplazar a los sujetos que se nieguen a cumplir las ordenes impartidas, esto trae como consecuencia que la oposición del ejecutor no produce cambio alguno sobre los cursos causales que determinarán la realización del delito, la voluntad de aquel que domina la estructura no tiene como tope, para alcanzar el objetivo trazado, la representación de la orden impartida.

Para el análisis del dominio de la voluntad por estructuras de poder organizado es necesario cambiar el punto de vista del análisis y trasladarlo desde el ejecutor a la estructura.

En el análisis de los factores mayoritariamente aceptados por la doctrina y las legislaciones para la aplicación de la autoría mediata –error, fuerza, utilización de inimputables y menores-, la fundamentación de ella se realiza a través de la constatación de la falta de voluntad del ejecutor. Esto último es un elemento que puede no estar presente en los grupos terroristas y que por lo tanto podría echar por tierra la aplicación de la autoría mediata para estos casos, con las consecuencias antes dichas.

Por lo tanto, el análisis de la voluntad, presente en los casos de autoría mediata por estructuras de poder, debe estarse a la voluntad de quien domina la estructura y su imposibilidad de ser anulada por otra voluntad dentro de la estructura. Esta circunstancia es la que permite fundamentar la responsabilidad del “hombre de atrás” en las organizaciones terroristas.

Para efectos explicativos, lo que en último término domina el jefe de las organizaciones es precisamente la organización y no directamente las voluntades de cada uno de los miembros de ella. Estas últimas se ven afectadas y eventualmente anuladas por el dominio de las organizaciones.

Este cambio en el enfoque de análisis es la causa (al menos dogmática) de que la doctrina no haya sido capaz de aceptar la posibilidad de la aplicación de la autoría mediata en virtud de las estructuras de poder.

A este respecto el profesor GARRIDO MONTT plantea que los casos de autoría mediata carecerían de rol dentro de nuestra legislación, por encontrarse estos comprendidos dentro de las distintas clases de autoría que reconoce el art. 15 del Código Penal.

Encuentra su reconocimiento en el nº1 del mencionado artículo y al respecto dice :

“Al comentar el nº del art. 15, se señaló que la palabra “directa” en este precepto, tiene un alcance distinto a “inmediatez...el exacto sentido de la palabra directa se deduce de vincular las dos alternativas de autoría que señala el nº 1; la primera es la directa; de consiguiente, la segunda alternativa importa una ejecución indirecta, esto es, impedir que se evite el hecho, lo que equivale a intervenir entorpeciendo la interrupción de un proceso causal que materializará el propósito delictivo del autor”³³, y continua diciendo:

“ El nº 1 del art. 15, cuando hace referencia al autor individual, o sea, al que toma parte en la ejecución del hecho con una acción solitaria, comprende a aquel que hace material y personalmente todo, como también a aquel que pone una

³³ GARRIDO MONT M., Ob. Cit. 1984, p. 306

condición para y con el objetivo de desarrollar un proceso causal dirigido a la provocación del evento y al que emplea instrumento, sean mecánicos, físicos o a personas como intermediarios para ese mismo efecto sin hacer distinción”³⁴.

Creemos, modestamente, que la argumentación planteada por el destacado catedrático no es la más afortunada. Aún cuando se tome “directa” en un sentido amplio, aparece forzada la conclusión de que este término incluya a los sujetos que no realizan la acción descrita en el tipo. Distinta es la discusión al respecto si consideramos la argumentación anterior para ubicar la comisión por omisión dentro del artículo en comento.

La autoría mediata importa la instrumentalización de personas para la comisión del delito. La acción del “autor tras el autor” no tiene el carácter de directa respecto del delito y menos inmediata por la misma naturaleza del modo de ejecución elegido por el que nosotros creemos es el verdadero autor, es decir, el sujeto que ejerce la fuerza.

Incluir dentro de la categoría de autores a quienes pongan una condición necesaria, con y para lograr un objetivo trazado, parece a simple vista una afirmación de completa justicia, pero debemos tener cuidado en su análisis pues, si bien podemos hacer un juicio de reproche sobre el sujeto que aporta esta condición, no podemos, así mismo, catalogarlo de autor basándonos en este aporte de la causal necesaria para la ejecución del hecho. Esto lleva a la aplicación de la teoría de la adecuación con las consecuencias que ello implica, punto sobre el cual ya nos hemos pronunciado y nos remitimos a lo dicho en su oportunidad.

Como se dijo en un comienzo, la fuerza a la que hace referencia el artículo 15 es aquella que es capaz de anular la voluntad del sujeto que la sufre. En el caso de las estructuras de poder la fuerza no es ejercida por el jefe de la organización en forma directa, su situación de poder de esta dada por la propia estructura y su posición dentro de ella, lo que ocurre en realidad es que el jefe del grupo domina la estructura, la que a su vez es capaz de anular la voluntad de los sujetos que realizaran las actividades delictivas.

Este ha sido, a nuestro entender, el obstáculo que no ha sido posible de superar por la doctrina nacional frente a la aplicación de la autoría mediata con estructuras organizadas de poder. No hay un reconocimiento de la posibilidad de que el sujeto que se sirve de otros para la realización del delito utilice a la estructura que domina, como medio dominador.

La siguiente dificultad es que la anulación de voluntad se presenta de un modo más complejo que en los otros supuestos de la autoría mediata. En este sentido, la dominación de voluntad se produce por la falta de consecuencias que tiene la negativa del ejecutor frente a los cursos causales desatados y controlados por el hombre de atrás, situación ya expuesta, pero que vale la pena reiterar.

Por las razones antes dichas creemos que la autoría mediata por el dominio de la voluntad en virtud de las estructuras organizadas de poder tiene reconocimiento legal en el n° 2 del art. 15, (en lo que respecta a la utilización de la fuerza), y que por lo tanto no habría inconveniente en su aplicación por los tribunales chilenos en las situaciones que

³⁴ GARRODO MONTT. M., *Ob. Cit.*, 1984, p. 367

ocurrieron o puedan ocurrir, como por ejemplo el caso “Caravana de la Muerte

III. CONCLUSIONES.

Primera. El terrorismo es un fenómeno pluridimensional, es decir, se encuentra formado por diversos elementos. Elementos históricos, políticos, económicos y sociales, son los que determinarán el surgimiento y posterior desarrollo de grupos al margen de la ley y que por vías violentas intentan alcanzar o influir en el poder.

Así mismo, y por lo anterior, podemos afirmar que el terrorismo es un problema que afecta a la sociedad toda. No es solamente un problema de corte político o de seguridad interna, y que las medidas tendientes a combatirlo deben surgir mirando los intereses de toda la sociedad.

Segunda. En Chile si existieron organizaciones terroristas, tanto estatales como subversivas, pero fueron las primeras las que sobrevivieron al proceso histórico vivido por Chile. Sobre este punto, es conveniente recordar los organismos de seguridad y represión creados durante el gobierno militar como la Central Nacional Inteligencia, la Dirección de Inteligencia Nacional, entre otras. Para ejemplificar estos casos baste la referencia a la “Caravana de la Muerte” al mando del General Sergio Arellano Stark.

Tercera. Existe una gran dificultad para poder plantear sin temor a equivocarse un concepto de terrorismo. Esto se debe a que las características que determinan la presencia o no de terrorismo, dependen de decisiones de política criminal tomadas por el gobierno de turno, además de la legislación vigente al respecto.

Es por esta razón que no hemos intentado un concepto, sino que hemos presentado las características que a nuestro juicio deben estar presentes para poder afirmar que estamos en presencia de un grupo terrorista. Estas características son: Ataque al orden constitucional democrático a través del ataque a derechos humanos fundamentales individuales, ataque indiscriminado, existencia de una organización, finalidad política de las actuaciones del grupo.

Cuarta. La propiedad debe ser eliminada del catálogo de bienes jurídicos protegidos por la legislación que sanciona las conductas terroristas. La razón de la anterior radica en que si bien la propiedad es un derecho humano, esta no es de carácter fundamental. Además de la existencia de medios más eficientes de protección de dicho bien jurídico que la legislación anti terrorista, contemplados en la legislación.

Quinta. Los conceptos de autoría y participación, además de ser categorías conceptuales de dogmática penal, juegan un importante rol dentro de la política criminal, como elemento criminalizador de los sujetos. Por este motivo es importante la determinación exacta y correcta del contenido de estos conceptos.

Sexta. El contenido de los conceptos de autoría y participación dependerán de la teoría a la cual adhiera la legislación en análisis. Las teorías que intentan explicar la autoría en los delitos de terrorismo son: teoría de la adecuación, teoría de la inducción,

teoría de la coautoría y teoría del autor mediato, cada una de las cuales propone soluciones distintas frente a la responsabilidad de los jefes de las organizaciones terroristas.

Séptima. De las teorías que intentan explicar la responsabilidad de los jefes de las organizaciones terroristas, la que más se corresponde con la realidad de estos grupos es la teoría del autor mediato por el dominio de la voluntad en virtud de estructuras organizadas de poder. Postura sostenida por el destacado profesor alemán Claus Roxin y creada por la necesidad de presentar argumentos dogmáticos para el establecimiento de responsabilidad de los jefes alemanes del régimen nazi.

Octava. El dominio de la voluntad en virtud de la estructura de poder organizada se fundamenta en la fungibilidad de los ejecutores, es decir, en el poder que tiene la misma estructura de reemplazar a los ejecutores que se niegan a cumplir las órdenes impartidas. Es la intercambiabilidad de los ejecutores el elemento esencial de la dominación de la voluntad por la estructura de poder. Esta característica hace que la negativa del ejecutor frente a la orden no produzca efectos sobre los cursos causales desatados y dominados por el “hombre de atrás”.

Novena. La autoría mediata por dominio de la voluntad en virtud de estructuras de poder organizadas, es la que mejor responde a los requerimientos del finalismo y la teoría del dominio del hecho, en su aplicación en los casos de terrorismo. Siendo estas posturas dogmáticas las que cuentan con mayor aceptación de la doctrina.

Décima. Los casos de terrorismos en Chile pueden ser resueltos con la aplicación de los postulados de la estructura de poder organizada. Especialmente evidente en esto es el caso de la “Caravana de la Muerte” en el cual concurren todos los supuestos para la aplicación de esta solución dogmática.

Por la aplicación de la teoría en comento se argumenta de manera contundente la responsabilidad penal del general Augusto Pinochet Ugarte como autor por los hechos cometidos por Sergio Arellano S. y su comitiva. Se permite a través de ella responsabilizar a quienes realmente se encontraban en la posición de dominador del hecho, a los verdaderamente responsables de los delitos cometidos.

Lo anterior no impide que se sancione penalmente a los eslabones intermedios de la cadena de mando de la organización terrorista. La verificación de responsabilidad del “hombre de atrás” no exime de responsabilidad a los otros demás miembros de la organización, responsabilidad que puede incluso alcanzar a los ejecutores en determinados casos.

Décima Primera. A la luz de la normativa vigente en materia de autoría en la legislación nacional, es perfectamente aplicable por los tribunales chilenos la teoría del autor mediato con estructuras de poder organizada. Su reconocimiento podemos fundamentarlo en la expresión “fuerza” utilizada por el legislador en el n° 2 del art. 15 del Código Penal.

La estructura ejerce una fuerza sobre los ejecutores que es capaz de anular la voluntad de estos. Pero esta anulación de la voluntad presenta características distintas a la que se produce cuando concurre fuerza propiamente tal, error o se utilizan

inimputables o menores. La diferencia radica en que la voluntad –en el caso de la estructura de poder organizada- se anula respecto de la falta de consecuencias de la negativa del ejecutor, de realizar la orden impartida, en relación con los cursos causales que determinan la realización del delito.

Finalmente, se advierte la necesidad de realizar una urgente modificación sustantivo penal a la ley de conductas terroristas 18.314 actualmente vigente en Chile, la cual contiene una serie de contradicciones con los principios de Derecho Penal, como el de legalidad, taxatividad en las normas penales, no bis in ídem, principio de presunción de inocencia y última ratio del derecho penal. Así mismo abogamos por la incorporación de las conductas terroristas dentro del régimen penal general como delitos de nomen iuris propio, para acabar de este modo con un sistema de legislación de emergencia, ello porque su incorporación a la legislación penal común ha de contemplar la alteración de normas sustantivo penales y procesales, que permitan los excesos de poder y se constituyan en un factor criminológico favorable a la violación de los derechos humanos.

BIBLIOGRAFÍA

- ARÓSTEGUI, Julio. "La especificación de lo genérico: la Violencia Política en Perspectiva Histórica".
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan. "Violencia y Dominación en Latinoamérica", en Control Social y Sistema Penal, Edit. PPU, Barcelona.
- CURY URZÚA, Enrique. Derecho Penal. Parte General, Vol. II, Edit. Jurídica de Chile, 1984.
- Código Penal Chileno.
- Código de Procesal Penal Chileno.
- Código Procesal Penal Chileno
- Constitución Política de la Republica de Chile.
- DE FIGUEIREDO DÍAZ, J. "Autoría y participación en el dominio de la criminalidad organizada", en Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos, Ferré Olive y Anarte Borallo, Eds. Publicaciones Universidad de Huelva, 1999,pp. 99-107.
- DOMINGUEZ VIAL, Andrés. Terrorismo y Derechos Humanos, Comisión Chilena de Derechos Humanos, Santiago, Junio de 1990
- DOMINGUEZ VIAL, A. El poder y los Derechos Humanos, Edit. Terranova, Stgo., Chile, 1988.
- GARRIDO MONTT, Mario. Etapas de la Ejecución del Delito. Autoría y Participación,

Edit. Jurídica de Chile, pp. 140 y ss

MUÑOZ CONDE, Francisco-GARCÍA ARÁN, Mercedes, Derecho penal Parte General, "Autoría y participación", Cap. XXVII., 3º Edición, Valencia, Edit. Tirant to Blanch, 1998, 679 pgs.

Ley 18.314 de Conductas Terroristas

ROXIN, Claus, Autoría y Dominio del Hecho en el Derecho Penal, 6º Edición, Traducción de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Madrid, Edit. Marcial Pons, 1998, 750 pgs.

-"Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", en revista Penal, Nº 2 , Edit. Praxis, Julio, 1998

VERDUGO, Patricia. "Los Zarpazos del Puma", Ediciones ChileAmérica CESOC, Santiago, Julio 2001.

VILLEGAS DIAZ, Myrna, " Terrorismo: Un Problema de Estado. Tratamiento Jurídico en la Legislación Comparada. Especial referencia a las legislaciones de Chile y España", Tesis Doctoral, Departamento de Derecho Público. Área Penal Universidad de Salamanca, 2001.

Diccionario de la Real Academia Española, www.rae.cl