

EL USO LEGÍTIMO DE LA FUERZA POR PARTE DEL ESTADO PARA LA CONSERVACIÓN DEL ORDEN SOCIAL Y LA PAZ

I. INTRODUCCIÓN: CONTEXTO ACTUAL Y PLANTEAMIENTO

Desde que comenzó la crisis política que hemos vivido últimamente en Chile, la discusión pública ha girado con mucha dispersión en torno a diversos problemas sociales y a la contingencia concreta. Entre tantos temas políticos y sociales, uno de los temas más relevantes ha sido el del uso de la fuerza, tanto por parte de Carabineros y Militares, como de la sociedad civil. Ha existido abundante condena pública del actuar de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, pero no un análisis serio o una crítica racional (ni mucho menos un análisis o una crítica jurídicas). Así, hemos visto como, basándose en algún lamentable caso concreto, se deduce una regla general de que toda acción de fuerza por parte del Estado es “dictatorial”, “fascista”, entre otros epítetos, o que constituye de suyo una “violación a los derechos humanos”. En definitiva, se ha estimado que es mala en sí misma la fuerza ejercida por el Estado y que nada podría exculparla o justificarla.

Queriendo aportar a la discusión, como Comunidad y Justicia hemos preparado este pequeño informe, para aclarar desde distintas perspectivas la licitud del actuar de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública. Tanto desde una perspectiva puramente racional, reconocida universalmente a nivel doctrinario y jurisprudencial, como desde el Derecho estrictamente positivo, nacional e internacional, se puede decir que es legítimo restablecer el orden público por la fuerza, como condición necesaria para la promoción del bien común, existiendo justa causa para ello y debida proporción en el actuar.

II. ¿ES SIEMPRE INJUSTO EL USO DE LA FUERZA?

1. Definición de fuerza y factores para su justificación

Habida consideración de la confusión terminológica, es necesario comenzar mediante una constatación: la fuerza puede ser justa o injusta¹. Es más, la fuerza en ciertos casos es necesaria y, como tal, no sólo se tolera o permite, sino que se *justifica*. Tal es el caso —unánimemente aceptado— de la legítima defensa: es lícito defender los derechos propios (no sólo la vida) mediante la fuerza, incluso con efectos letales, en ciertos casos y bajo ciertos respectos. Ahora bien, la legítima defensa no es el único caso. También el Estado tiene facultades, que pertenecen a su misma esencia, para usar legítimamente la fuerza. Más aún, el orden público y la paz social son condiciones de

¹ Cfr. WIDOW, Juan Antonio (1988): *El hombre, animal político. El orden social: principios e ideologías*, Editorial Universitaria, 2ª ed., Santiago, p. 46.

posibilidad para el bien común, por lo que el Estado, cuya finalidad es promover el bien común, puede tomar medidas para proteger o restablecer la paz social. Tanto es así, que “la definición más común del Estado, dentro de la literatura moderna, lo establece como la institución en sociedad que posee de manera monopólica la autoridad para emplear legítimamente la fuerza”². Si no estuviese garantizada la convivencia pacífica, no habría bien común posible y, por ende, la sociedad misma fracasaría, debido a los conflictos en que los particulares hagan uso de la fuerza para agredir a otros o para hacer justicia por mano propia. La sociedad, en tal caso, se fragmentaría. Pero el ser humano necesita de los demás para subsistir y, sobre todo, para su propio desarrollo o perfección. Por lo tanto, la fuerza estatal es necesaria para la conservación de la paz. “El Derecho necesita ser coercitivo (primeramente, mediante sanciones punitivas, y secundariamente, mediante intervenciones preventivas y restricciones)”³.

No puede decirse que esta conclusión es exclusiva de la modernidad, pues autores medievales también la sostenían. Por ejemplo, santo Tomás de Aquino reconocía que nunca es lícito matar a un inocente⁴, pero que eso no obsta que en ciertos casos se pueda usar la fuerza como castigo⁵ (pensemos, por ejemplo, en la violencia que importa el acto de meter a alguien en la cárcel), como medio usado por la autoridad para proteger a la comunidad⁶, o como defensa legítima para impedir o repeler una agresión injusta actual o inminente. Decir que la violencia es injusta por sí misma importa una negación de la legítima defensa, contra el consenso unánime de las legislaciones del mundo y de autores de las más variadas doctrinas. “Todo derecho lleva anexa la facultad de defensa coactiva por parte de su titular o sujeto activo, cuando se presenta una agresión que no da tiempo a recurrir a la autoridad pública”⁷.

Teniendo presente lo ya señalado ¿cuáles son las condiciones o requisitos para que sea justa la fuerza? En primer lugar, si no es inminente o actual la agresión, es necesario que el hecho materialmente violento sea ejercido por la autoridad, pues de otro modo se estaría legitimando la autotutela (si se trata de una agresión actual o inminente, procede legítima defensa por parte de un particular). En segundo lugar, el acto debe constituir un acto de restablecimiento del orden público o de defensa propia o de

² GORDON, Scott (2002): *Controlling the State: Constitutionalism from Ancient Athens to Today*. Harvard University Press. p. 4 (la traducción es nuestra). Esas definiciones están tomadas de WEBER, quien lo define con las siguientes palabras: “asociación de dominación con carácter institucional que ha tratado, con éxito, de monopolizar dentro de un territorio el monopolio de la violencia legítima como medio de dominación y que, con este fin, ha reunido todos los medios materiales en manos de sus dirigentes y ha expropiado a todos los seres humanos que antes disponían de ellos por derecho propio, sustituyéndolos con sus propias jerarquías supremas” (WEBER, Max (1979): «La política.» *El político y el científico*, (trad. F. Rubio Llorente), Alianza, Madrid, 5ª ed., 1979, p. 92).

³ FINNIS, J. (2011): *Natural Law and Natural Rights*, 2ª edición, Oxford University Press, Oxford, p. 266.

⁴ Cfr. AQUINO, Santo Tomás de (†1274): *Summa Theologiae*, II-II^{ae}, q. 64, art. 6.

⁵ Cfr. *Ibid.*, art. 2.

⁶ Cfr. *Ibid.*, art. 3, c.

⁷ UGARTE, José Joaquín (2010): *Curso de Filosofía del Derecho*, t. I, Ediciones UC, Santiago, p. 561. Esto “puede mirarse bien como un derecho innato con fisonomía propia, bien como un anexo de todos los derechos” (*Ibid.*, p. 562). Siguiendo a FERNÁNDEZ CONCHA, el autor defiende la tesis según la cual se justifica la defensa letal no sólo para repeler atentados contra la propia vida o la vida de terceros, sino también para la defensa de otras cosas, como bienes patrimoniales de importancia.

terceros, de modo que el acto no constituya abuso de autoridad, tortura, agresión ilegítima u otras conductas ilícitas. Por último, la fuerza debe ser proporcionada para su fin, que es el restablecimiento del orden público o el aseguramiento de la paz social, o la legítima defensa propia o de terceros.

De todos estos factores, claramente el más conflictivo en la práctica es la proporción. Llamamos proporcionado al acto de fuerza cuando es racionalmente necesario (es decir, cuando no existe otro medio posible) para alcanzar el objetivo que lo legitima (el restablecimiento del orden público) y, a la vez, los efectos negativos que puedan producir son como equivalentes o conmensurables con los efectos positivos⁸. Así se desprende de la norma que establece la legítima defensa como eximente de responsabilidad criminal⁹: cuando el Código Penal exige la “necesidad racional del medio” para impedir o repeler la agresión —lo que la doctrina y la jurisprudencia llaman proporción—, no se está refiriendo a una defensa en igualdad de condiciones o igualdad de medios, como una suerte de igualdad matemática¹⁰, ni tampoco a usar la defensa *temporalmente* como último recurso, sino al hecho de ser, por un lado, necesario el medio para alcanzar el fin, y a existir un equilibrio entre los efectos positivos y negativos que se produzcan por la fuerza (no se debe producir un mal mayor que el que se busca evitar). La fuerza es de *ultima ratio*, pero eso no significa necesariamente haber ya tomado otras medidas, sino que no exista otra alternativa¹¹ para alcanzar el fin (sea el restablecimiento del orden o la defensa) y que no se cause un perjuicio de relevancia semejante al que se pretende evitar.

El que la necesidad racional no sea equivalente una igualdad matemática de medios ni una subsidiariedad temporal, sino a lo que un hombre medio en esas circunstancias habría considerado como probablemente imprescindible para no frustrar la protección del bien jurídico, constituye un criterio abrumadoramente mayoritario de nuestra doctrina, y que se encuentra reconocido por nuestra jurisprudencia¹². La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción lo formula brevemente en los siguientes términos:

La doctrina enseña al respecto que la necesidad de la defensa ha de juzgarse en relación al bien jurídico que la agresión compromete, lo que determina a su vez la racionalidad del medio empleado para lograr su protección. Un elemento que puede servir de parámetro para apreciar dicha racionalidad es la concurrencia de una cierta proporcionalidad entre

⁸ Esto es así por ser una aplicación del principio del doble efecto. Cfr. MIRANDA, Alejandro (2008): “El principio del doble efecto y su relevancia en el razonamiento jurídico”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35 N° 3, 485-519, p. 504. En la práctica, esto se verifica según el bien jurídico que el sujeto busca defender o proteger en el caso, cfr. SCAA de Concepción, Rol 992-2016, considerando 4°.

⁹ En lo sucesivo, explicamos la proporción, dentro de este título, a partir de casos de legítima defensa y de la doctrina que explica esta institución. Sin embargo, es claro que este es un requisito necesario también para el uso de la fuerza estatal y no se ven razones para aplicarlo de manera diversa. En todo caso, el requisito de la proporción está además exigido por la Circular N°1.832 de 2019, del Ministerio de Interior y Seguridad Pública, Uso de la Fuerza: Actualiza Instrucciones al Respetto.

¹⁰ Cfr. SCS, Rol 1376-2018, considerando 18°; SCS, Rol 2980-2002, considerando 9°; CURY, Enrique (2005): *Derecho Penal. Parte General*, 8ª ed. ampliada, Ediciones Universidad Católica de Chile, p. 375. Este último incluso llega a afirmar que la legítima defensa no es subsidiaria.

¹¹ En el mismo sentido SCS, Rol 3011-1998, considerando 14°.

¹² Todos los fallos citados en este título reconocen este criterio.

el ataque y el medio de defensa empleado, sin que sea necesario que exista en este punto una igualdad matemática de los medios empleados por una y otra parte. De esta forma podría resultar racional defenderse con un arma de fuego ante un ataque con piedras y palos, si del análisis de los antecedentes del caso concreto, se llega a la convicción de que la agresión compromete la vida del que se defiende. Así, la mera desproporción (arma de fuego v/s piedras y palos) no es motivo suficiente para negar la racionalidad del medio. Por ello, la cuestión debe ser resuelta por el juez en cada caso concreto, tomando en cuenta, entre otras circunstancias, la rapidez e intensidad del ataque, el carácter inesperado o no del mismo, las características del agresor, los medios que tenía a su alcance el agredido, así como su estado de ánimo.

Por otra parte, y tal como lo señala la jurisprudencia citada por el mismo recurrente en su libelo de nulidad, esta eximente no tiene carácter subsidiario, por lo que puede aplicarse aun cuando para evitar la agresión ilegítima, existan otros medios que no constituyan un actuar defensivo. De ahí que se sostenga que puede haber legítima defensa incluso si el acometido puede huir y, en vez de ello, decide defenderse. (En este mismo sentido Mario Garrido Montt, Derecho Penal, Parte General, Tomo II y Enrique Cury Urzúa, Derecho Penal, Tomo I).¹³

La apreciación, por cierto, es casuística, por lo que exige de prudencia su aplicación práctica (lo que no la hace subjetiva). En consecuencia, esta apreciación corresponde en el momento a los superiores inmediatos en el mando, al funcionario mismo y, después, a los jueces del fondo. Respecto de estos últimos, en todo caso, el juicio debe ser *ex ante*. Es de toda lógica que lo sea, pues la racionalidad designa proporción, pero teniendo presente lo que el sujeto conocía en ese momento y las circunstancias que lo rodeaban¹⁴. Racionalidad significa que la defensa “ha de ser apreciada según la reacción que un sujeto razonable habría tenido en el momento mismo de la agresión y no conforme a posteriori pueda lucubrase en la apacible tranquilidad de un gabinete”¹⁵.

2. Uso de la fuerza por parte del Estado en las circunstancias actuales en Chile

Como ha quedado claro, los criterios para definir si es acaso justo el uso de la fuerza por parte de la autoridad no residen en los resultados o efectos que ésta pueda producir o que de hecho produzca (como puede ser el caso de las lesiones oculares), sino en los factores ya mencionados. Obviamente, esto debe verse caso a caso, por lo que no podemos (nadie puede) pronunciarnos en general sobre la violencia que han ejercido las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública en los últimos días. Sin embargo, podemos comprobar con facilidad que en general los requisitos se cumplieron. La fuerza usada por agentes del Estado en los últimos días ha sido, por regla general, un

¹³ SCAA de Concepción, Rol 992-2016, considerando 4°.

¹⁴ Cfr. BUSTOS, Juan (2007): *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, 2ª ed., Ediciones Jurídicas de Santiago, p. 574. En el mismo sentido falló la Corte Suprema en SCS Rol N° 6466 05 de 3 de mayo de 2007.

¹⁵ NOVOA, Eduardo (1985): *Curso de Derecho Penal Chileno*, Tomo I, Editorial Cono Sur, Santiago, p. 382.

acto necesario para el restablecimiento del orden social, frente a actos de algunos particulares que atenten contra él. Las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública tienen el “poder de usar la coacción para hacer prevalecer el orden común sobre los que rehúsan obediencia voluntaria o atentan en forma directa contra él”¹⁶. Si bien es probable que existan casos de abuso de autoridad, corresponde a los tribunales de justicia pronunciarse sobre ellos (como también sobre las presuntas violaciones a los derechos humanos).

Por otro lado, frente a una turba manifiestamente desobediente a la autoridad legítima, impidiendo el tráfico y negándose a acatar avisos de personal policial o de la autoridad legítima en otras instancias (por ejemplo, si se manifestaron pese a que la Intendencia les había negado el permiso para marchar en la calle), las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública deben restablecer el orden mediante la fuerza, sin perjuicio de la necesaria proporción para hacerlo. Así, no les es exigible que los actos de fuerza afecten única y exclusivamente a los manifestantes que porten armas u objetos contundentes o incendiarios, sino que puede bastar con dirigir el acto de fuerza a la turba en general¹⁷. Esto es lo que ocurre si se dispara una lacrimógena a un grupo de personas que están manifestándose, si algunas de ellas están quemando bienes ajenos públicos o privados, o lanzando piedras o bombas molotov. En general, si la fuerza es la única forma en que es razonablemente posible —teniendo presente las circunstancias del caso— restablecer el orden mínimo y existe también una cierta equivalencia entre el efecto negativo (el daño al manifestante) y el efecto positivo (el restablecimiento del orden), entonces el acto es proporcionado respecto del fin y, en consecuencia, es justo. Es importante señalar que todo este razonamiento es absolutamente independiente de la legitimidad de las demandas sociales (de hecho, subsiste la necesidad de la proporción si la demanda social no fuese “legítima”).

Puede haber ocurrido en casos específicos que las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública se hayan excedido en su actuar, usando medios desproporcionados, actuando con fuerza para reprimir manifestaciones legítimas o realizando actos en sí mismos injustos. Sin embargo, nada de eso da pie a condenar absolutamente toda forma y todo uso de fuerza, ni tampoco a calificarlos de violencia sistemática o estructural. Tales casos deben investigarse caso a caso y ser juzgados por el juez competente. La fuerza, aun letal, puede ser justa y, en ciertos casos, llega a constituir un deber.

3. Uso de la fuerza por parte de los particulares en las circunstancias actuales en Chile

Se ha visto también en los últimos días que ciertos particulares han hecho uso de la fuerza respecto de ciertos particulares que han sido, asimismo, violentos. Frente a esto

¹⁶ WIDOW, *op. cit.*, p. 47.

¹⁷ Un razonamiento muy semejante se aprecia en la sentencia de la Corte Marcial, causa Rol 17-2012, del 16 de agosto de 2012. La Ilma. Corte Marcial revocó la condena de primera instancia contra el cabo Miguel Patricio Jara Muñoz, quien mató a un comunero mapuche, Jaime Facundo Mendoza Collío, que se hallaba en una turba violenta manifestándose, el 12 de agosto de 2009. A juicio de la Corte, el cabo en cuestión no tenía más alternativa para defenderse que actuar contra la turba en su conjunto.

es necesario distinguir, una vez más, según las circunstancias del caso. El análisis es simple: frente a una agresión injusta, actual o inminente, cabe defenderse proporcionalmente (es decir, por un medio racionalmente necesario para impedir o repeler la agresión y según la importancia del bien que se pretende proteger), aunque la defensa sea letal. En consecuencia, la defensa es ilícita si la defensa del derecho injustamente agredido puede ser realizada por otro medio, o si no existe un equilibrio entre los efectos positivos y negativos producidos por la fuerza, pero en caso contrario será lícita. Frente a la agresión injusta, actual o inminente¹⁸, a todo particular le asiste el derecho a defenderse.

En ciertos casos, en cambio, donde el Estado no llega a proteger el orden público, podría en ciertos casos *exculpase* el uso de la fuerza, incluso letal, de ciertos particulares que busquen restablecer el orden, pero esto *no se justifica* mientras subsista la existencia de Fuerza Pública: la *coacción* para proteger el orden público corresponde al Estado. Todo particular tiene la facultad de *defender* sus derechos por la fuerza si no hay otra alternativa para ello, pero eso no es lo mismo que *reprimir o castigar* a quienes perturban el orden público, cosa que en ningún caso pueden hacer los particulares.

III. CONSTITUCIONALIDAD Y LEGALIDAD DEL USO DE LA FUERZA

1. Introducción

Para la defensa nacional, ya sea interna o externa, nuestra Carta Fundamental ha encomendado dicha labor a las Fuerzas Armadas y a las Fuerzas de Orden y Seguridad. Estas están consagradas en el Capítulo XI de la Constitución, titulado *Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Pública*.

La principal función de Carabineros de Chile es “dar eficacia al derecho; garantizar y mantener el orden público y la seguridad pública interior en todo el territorio de la República y cumplir las demás funciones que le encomiendan la Constitución y la ley”¹⁹. Asimismo, cuando las autoridades judiciales o administrativas soliciten en el legítimo ejercicio de sus funciones el *auxilio de la fuerza pública*, éstas deben brindarlo²⁰. Respecto de las Fuerzas Armadas “existen para la defensa de la patria, son esenciales para la seguridad nacional y garantizan el orden institucional de la República”²¹.

2. Normas que autorizan y regulan el uso de la fuerza pública

En marzo del año 2019, el Ministerio del Interior a través de la Subsecretaría del Interior y la División Carabineros de Chile, emitió la Circular N°1.832 titulada “Uso de

¹⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1989): *Principios de Derecho Penal, la ley y el delito*, Editorial Sudamericana Abeledo-Perrot, p. 294.

¹⁹ Artículo 1° Ley Orgánica Constitucional 18.961 de Carabineros.

²⁰ Artículo 4° Ley Orgánica Constitucional 18.961 de Carabineros.

²¹ LOC 18.948 de las Fuerzas Armadas.

la fuerza: actualiza instrucciones al respecto”. Dicha norma busca regular el uso de la fuerza por parte de personal de Carabineros, estableciendo los límites y directrices en su empleo. Esta Circular recoge el contenido de protocolos aplicables tanto a Carabineros como a Policía, dando así la aplicación más concreta a lo dispuesto en la Constitución y las leyes.

La facultad de las Fuerzas de Orden y Seguridad, para emplear la fuerza y las armas de fuego en el cumplimiento de sus deberes, deriva de la Constitución Política de la República que, en el artículo 101 inciso segundo, deposita en las Fuerzas de Orden y Seguridad el ejercicio del monopolio estatal de la fuerza en el ámbito interno. Por su parte, la Ley N° 18.961, de 1990, “Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile”, en los artículos 1° a 4°, confiere a Carabineros sus atribuciones legales de policía. Asimismo, las causales de justificación penales específicas ante los posibles efectos dañinos de la fuerza coactiva de Carabineros se encuentran en el Código Penal, artículo 10 numerales 4° a 7°, que están relacionados, a su vez, con los artículos 410, 411 y 412 del Código de Justicia Militar. Finalmente, el Decreto N° 1.364, de fecha 13 de noviembre del 2018, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, publicado en el Diario Oficial N° 42.221, de fecha 4 de diciembre de 2018, fija los lineamientos generales sobre el uso de la fuerza en intervenciones policiales para el mantenimiento del orden público.

La Circular señala que los miembros de Carabineros de Chile podrán hacer uso de la fuerza de forma gradual y proporcional en aquellos casos que se obre en legítima defensa, esto es, para proteger la integridad de terceras personas o la suya, toda vez que tienen bajo su cargo hacer cumplir la ley, respetar y proteger la dignidad humana, y defender los derechos humanos de todas las personas. El empleo de armas letales es una medida permitida por nuestro ordenamiento jurídico, pero sólo para circunstancias excepcionales.

3. Requisitos para el uso de la fuerza

Los miembros de Carabineros de Chile pueden hacer uso de la fuerza de forma gradual y proporcional en aquellos casos en que se obre en legítima defensa, esto es, para proteger los derechos de terceras personas o los suyos, toda vez que tienen bajo su cargo hacer cumplir la ley, respetar y proteger la dignidad humana, y defender los derechos humanos de todas las personas²². De esta forma, el empleo de armas letales es una medida aceptable, pero “sólo en circunstancias excepcionales que supongan un peligro inminente de muerte o lesiones graves para el carabinero o para cualquier otra persona”²³.

²² Los requisitos, por tanto, han de ser los mismos que los de la legítima defensa, explicados en el primer título (I) de este informe. Cfr. Protocolos de la actuación policial en Chile, disponibles en https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27207/1/BCN_GF_Protocolos_de_actuaciones_policiales_rev_FINAL.pdf

²³ “Uso de la fuerza: actualiza instrucciones al respecto”, Circular N°1.832, Ministerio del Interior, Subsecretaría del Interior (2019).

Teniendo en atención lo anterior, la circular ya referida fija los siguientes principios básicos para el uso de la fuerza pública: Principio de Legalidad (el uso de la fuerza debe estar suficientemente fundado en la legislación nacional); Principio de Necesidad (el personal de Carabineros en el desempeño de sus funciones debe utilizar, en la medida de lo posible, medios no violentos antes de recurrir al uso de la fuerza); Principio de Proporcionalidad (debe haber un equilibrio entre el grado de resistencia o de agresión que sufre un Carabinero y la intensidad de fuerza que se aplica para lograr que la persona se someta al control policial); Principio de Responsabilidad (responsabilidades por el uso de la fuerza pública fuera de los parámetros permitidos por la Ley).

Por otro lado, respecto de los niveles de fuerza que puede emplear Carabineros, ellos deben considerar también la actitud de la persona a la cual la dirigen. Para esto, la Circular ilustra la proporcionalidad con la siguiente tabla:

Nivel	Resistencia	Características	Fuerza	Medios
1	Cooperación	Cumplimiento de indicaciones	Verbalización	Preventivos. Presencia física y diálogo
2	Resistencia pasiva	No acatamiento de las indicaciones. Actitud indiferente o indolente, a través de afirmaciones corporales o verbales negativas.	Verbalización	Preventivos. Persuasión, negociación, mandato perentorio.
3	Resistencia activa	Oposición a fiscalización. Intento de evasión o resistencia física.	Control físico	Reactivos. Reducción para doblegar fuerza e inmovilizar.
4	Agresión activa	Intento de lesionar al Carabinero para resistir el control o evadirlo. No pone en riesgo vidas.	Uso de armas no letales	Reactivos. Técnicas defensivas para inhibir agresión.
5	Agresión activa potencialmente letal	Ataque con armas o tácticas lesivas graves potencialmente letales.	Uso de armas letales	Reactivos. Fuerza potencialmente letal para repeler la agresión y resguardar la vida del Carabinero o de un tercero.

En el caso de las Fuerzas Armadas, tal como lo señala la Constitución Política de la República tienen por finalidad proteger a la Nación. Es por este motivo que su formación está orientada especialmente al uso de la fuerza para repeler cualquier agresión o ataque externo. De esta forma, se estructuran jerárquicamente y con diversas funciones orientadas a la defensa nacional. En atención a lo anterior, la formación de los miembros de las Fuerzas Armadas está enfocada al combate, por lo que se especializan en el uso de la fuerza. No tienen todas las limitaciones normativas que Carabineros y Policía, puesto que, en principio, su formación está orientada a

repeler fuerza militar externa²⁴ (sin perjuicio, por cierto, del deber de respetar debidamente el ordenamiento jurídico y los derechos fundamentales).

4. Estados de Excepción Constitucional

La Ley Orgánica Constitucional N°18.415 que regula los Estados de Excepción, señala en su artículo 1° que “El ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución Política asegura a todas las personas, sólo puede ser afectado en las situaciones en que ésta lo autoriza y siempre que se encuentren vigentes los estados de excepción que ella establece”. Los estados de excepción contemplados en la Constitución Política de la República son los siguientes:

1. Estado de Asamblea: Se declara en los casos de guerra exterior.
2. Estado de Sitio: Se declara en caso de guerra interna o grave conmoción interior.
3. Estado de Emergencia: Se declara en caso de grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación.
4. Estado de Catástrofe: Se declara en caso de calamidad pública.

En los estados de Catástrofe y de Emergencia, una vez declarados, por mandato constitucional las zonas respectivas quedarán bajo la dependencia inmediata del Jefe de la Defensa Nacional que designe el Presidente de la República, quien asumirá la dirección y supervigilancia de su jurisdicción con las atribuciones y deberes que la ley señale. Este cargo será asumido por los Comandantes en Jefe de las Unidades de las Fuerzas Armadas que el Presidente de la República designe. Además, respecto del estado de emergencia, sin perjuicio de lo señalado en la Constitución Política de la República, las facultades conferidas al Presidente de la República podrán ser delegadas, total o parcialmente, en los jefes de la Defensa Nacional que él designe.

Durante el estado de sitio, en cambio, las facultades conferidas al Presidente de la República podrán ser delegadas, total o parcialmente, en los Intendentes, Gobernadores o jefes de la Defensa Nacional que él designe.

En virtud de las facultades de dirección y supervigilancia que ejerce el Jefe de Defensa Nacional durante el estado de emergencia, éste tiene, entre otros los siguientes deberes y atribuciones: asumir el mando de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública que se encuentren en la zona declarada en estado de emergencia, para los efectos de velar por el orden público y de reparar o precaver el daño o peligro para la seguridad nacional que haya dado origen a dicho estado; autorizar la celebración de reuniones en lugares de uso público, cuando corresponda, y velar

²⁴ DFL N°1 del Ministerio De Defensa Nacional; Subsecretaría De Guerra, que Establece Estatuto Del Personal De Las Fuerzas Armadas.

porque tales reuniones no alteren el orden interno; controlar la entrada y salida de la zona declarada en estado de emergencia y el tránsito en ella; dictar medidas para la protección de las obras de arte y de los servicios de utilidad pública, centros mineros, industriales y otros; y, la más importante, impartir todas las instrucciones para el mantenimiento del orden interno dentro de la zona.

Esto obliga a remarcar la importancia de evitar cualquier condena anticipada o calificación apresurada de los actos de fuerza que ejerzan las Fuerzas Armadas y las Fuerzas de Orden y Seguridad. La única manera de afirmar con rigor que ha existido un uso indebido de la fuerza es mediante el pronunciamiento de un tribunal que condene la conducta culpable de quien incurrió en ella. Por esta razón no es responsable, por ejemplo, hablar indistintamente de "violaciones a los derechos humanos" sin que previamente se haya acreditado judicialmente la culpabilidad concreta, respetándose la presunción de inocencia y el debido proceso que, como derechos fundamentales, pertenecen a toda persona, sin excepción.

IV. INTERROGANTES DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS RESPECTO DEL USO DE LA FUERZA

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de raza, sexo, nacionalidad, origen étnico, lengua, religión o cualquier otra condición social. En ese sentido, el derecho internacional de los derechos humanos establece la obligación de los Gobiernos de actuar de una manera determinada o abstenerse de emprender ciertas acciones, para promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o de los grupos de personas²⁵. Es decir, el Estado está obligado a proteger y respetar en todo momento los derechos fundamentales de las personas.

Las obligaciones internacionales de respeto y garantía de los derechos humanos, cuyo cumplimiento corresponde en primer término a los Estados, están sujetas a las reglas generales de responsabilidad por hechos internacionalmente ilícitos de la Comisión de Derecho Internacional. Consecuentemente, de acuerdo con dichas reglas, se configura una violación a los derechos humanos por parte del Estado cuando existe un hecho internacionalmente ilícito consistente en una acción u omisión, atribuible a un Estado bajo las reglas del derecho internacional, y que constituye una violación a las obligaciones internacionales (convencionales, de derecho consuetudinario, principios generales de derecho, etc.) del Estado en cuestión²⁶. Tal violación podrá ser calificada de "sistemática" o

²⁵ Organización de las Naciones Unidas, 'Derechos Humanos', consultado en <https://www.un.org/es/sections/issues-depth/human-rights/index.html> el 8 de noviembre de 2019.

²⁶ Draft Articles on State Responsibility for International Wrongful Acts, Article 2. Cabe destacar que, para que se configure responsabilidad internacional por violación a los derechos humanos atribuible a un Estado, no es necesario que dicha violación sea "sistemática", basta que un Estado viole el derecho de un solo individuo (violación aislada), sin necesidad de que sea una violación reiterada, para que se configure

podrá ser considerada como una “violación aislada”. Si bien no existe una interpretación oficial (sea dentro de algún tratado, sea por algún organismo internacional intergubernamental o por algún tribunal internacional) de lo que se entiende por “violación sistemática”, la doctrina y la aplicabilidad de dicho concepto a casos concretos considera como “violaciones sistemáticas” aquellas que se realizan en los sistemas totalitarios en forma reiterada, organizada y coordinada, fundamentalmente a través del aparato político-militar del Estado, con la colaboración activa o pasiva de los demás poderes, especialmente la complicidad del poder judicial. En contraste, se consideran como “violaciones aisladas”, aquellas que ocurren en un Estado de Derecho, que no suponen una quiebra general del orden constitucional y tienen, al menos en principio, posibilidad de reparación.

Para que la responsabilidad internacional por violación a los derechos humanos pueda ser acreditada y atribuida al Estado de que se trata, la controversia deberá ser dirimida a la luz de las reglas y criterios del derecho internacional de los derechos humanos, ante el tribunal internacional en el que se presente la denuncia correspondiente. El tribunal deberá analizar el contexto en el que se originó la presunta violación a los derechos humanos, tomar en consideración todos los elementos a su alcance y emitir su resolución final, la cual será vinculante para el Estado involucrado.

Los Estados en materia de derechos humanos tienen una doble obligación: la de respetar los derechos y libertades intrínsecas al ser humano y la de garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a la jurisdicción de éstos. La primera obligación se traduce en una obligación de no hacer consistente en el reconocimiento de la existencia de limitaciones al ejercicio del poder público cuando este pretende penetrar en la esfera del individuo, menoscabando por exceso o por defecto sus derechos fundamentales. La segunda es una obligación de hacer que se concreta en el deber de los Estados de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. De acuerdo con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, “como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación a los derechos (...) y procurar, además, el restablecimiento, si es posible del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos”²⁷.

La responsabilidad internacional por violación a los derechos humanos por parte de los Estados se puede acreditar por acción u omisión y de manera inmediata o mediata. Se acredita la responsabilidad por acción u omisión de manera inmediata cuando los órganos o agentes del Estado violan los derechos de la persona humana; por otra parte, se acredita la responsabilidad de manera mediata cuando en presencia de atentados a los derechos y libertades de la persona, por acción u omisión de particulares, los órganos o agentes del

la responsabilidad internacional del Estado por violación a los derechos fundamentales del individuo en cuestión. Es también necesario remarcar que no es lo mismo atribuir esta violación a un Estado que atribuirlo a un funcionario concreto, que podrá en ciertos casos responder personalmente sin que se configure responsabilidad del Estado (si el funcionario concreto respondiese ante los tribunales de justicia internos, no se configuraría responsabilidad del Estado).

²⁷ Asdrúbal Aguiar A., ‘La responsabilidad internacional del estado por violaciones a los derechos humanos’, *Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, consultado en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a9760.pdf>, p. 133.

Estado faltan a la debida diligencia para *prevenir* la violación o para tratarla en los términos requeridos²⁸. En ese sentido, es posible hablar de una violación a los derechos humanos por omisión de manera mediata, es decir, que el Estado *omita* realizar las acciones pertinentes para *prevenir* y *sancionar* las posibles violaciones a los derechos humanos cometidas por particulares, incluyendo la omisión del uso de la fuerza si determinado caso así lo amerita.

Es responsabilidad del Estado mantener el Estado de Derecho, el orden y la paz dentro de su jurisdicción. Dicha obligación está estrechamente vinculada con el deber del Estado de proteger y garantizar el ejercicio de los derechos humanos de sus nacionales. El artículo 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos consagra el derecho de todo individuo a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona y, el artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos garantiza el derecho que todo individuo tiene a la libertad y a la seguridad personales. Tales artículos ejemplifican de manera clara y contundente la protección internacional de la que goza el derecho a la seguridad de las personas, la cual está a cargo del Estado, así como el papel fundamental que desempeñan los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en la protección del derecho a la vida, la libertad y la seguridad de las personas.

Para que las fuerzas de seguridad, incluidas las fuerzas militares, encargadas de hacer cumplir la ley, puedan desempeñar sus funciones de mantener la ley, la seguridad y el orden público y prevenir y detectar el delito, se les confieren diversas facultades, entre ellas la de usar la fuerza y armas de fuego. Por consiguiente, dicha facultad lleva consigo obligaciones y responsabilidades particularmente vinculadas con el respeto a los derechos humanos que pueden verse afectados por el ejercicio de aquélla y que el Estado y sus agentes están obligados a respetar y proteger. Al usar la fuerza, es posible que los derechos humanos se vean vulnerados, sin embargo, el funcionario encargado de hacer cumplir la ley tiene la obligación de darle la más alta prioridad a la protección de dichos derechos (incluso cuando está cumpliendo su deber). Cualquier uso de la fuerza que derive en la vulneración de un derecho fundamental debe ser el resultado de un acto equilibrado que cumpla con los principios que deben regir cualquier acto encaminado a hacer cumplir la ley, es decir, los principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y rendición de cuentas²⁹.

No hay una respuesta sencilla a las situaciones a las que se enfrentan los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley en ejercicio de sus deberes. De acuerdo con los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, redactados por el ACNUDH, en el año 1990 (que si bien no son vinculantes, constituyen una guía importante en materia de uso de la fuerza a nivel internacional), dichos funcionarios, en el desempeño de sus deberes, pueden recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego, incluso la letal, como medida de *última ratio*, cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto. En ese sentido, de acuerdo con dichos principios, funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden hacer uso de la fuerza en caso de: 1) legítima

²⁸ Ibid., p.132.

²⁹ International Committee of the Red Cross, 'International Rules and Standards for Policing', consultado en <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/icrc-002-0809.pdf>, p.25.

defensa o en defensa de otra persona contra una amenaza inminente de muerte o herida severa; 2) para prevenir la comisión de un delito grave y; 3) para arrestar a una persona que represente un peligro inminente y ponga resistencia a la autoridad o para prevenir que se fugue³⁰. Los funcionarios en mención también podrán hacer uso de la fuerza, en concreto armas de fuego, cuando se les encomienda intervenir y dispersar reuniones ilícitas y violentas y el uso de otros medios no letales ya no resulta posible para efectos de conseguir reestablecer el orden y la paz³¹.

Es importante mencionar que, debido a que la relación entre uso de la fuerza y derechos humanos es muy estrecha, los principales instrumentos internacionales han abordado la materia. Estos instrumentos emanan tanto de organismos internacionales intergubernamentales (v.gr. ONU), como de organismos internacionales no gubernamentales (v.gr. Comité de la Cruz Roja Internacional o Amnistía Internacional). Además de distintos pactos referidos a la protección general de derechos humanos, existen instrumentos internacionales que indican estándares especialmente referidos a las conductas de las fuerzas armadas y a las fuerzas de orden y seguridad pública. Si bien la mayoría de los instrumentos emanados de los organismos internacionales intergubernamentales sí son vinculantes, los instrumentos emanados de los organismos internacionales no gubernamentales, en cambio, no son vinculantes ni constituyen obligaciones para los estados, pero sí son un referente importante en la materia a nivel internacional.

Por otra parte, respecto del equipo de observadores que fue enviado a Chile por parte de la oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos, es importante mencionar que este es un procedimiento especial previsto por la antigua Comisión de Derechos Humanos para abordar situaciones específicas en los países, o cuestiones temáticas en todo el mundo. Estos individuos o grupos de trabajo son expertos destacados, nombrados por el Consejo de Derechos Humanos. El alcance de sus competencias se limita a examinar, supervisar, asesorar e informar públicamente acerca de situaciones de derechos humanos en países o territorios específicos. El informe y las observaciones o recomendaciones que al final de su visita estos observadores emitan no genera ningún tipo de obligación vinculante para el Estado chileno. Sin embargo, el contenido de estos informes tiene una relevancia política importante dentro de la comunidad internacional, ya que influye sustancialmente en la imagen que se tiene de Chile en el exterior.

En conclusión, tomando en consideración el actual contexto social y político de Chile, concluimos que en aquellas manifestaciones ilícitas en las que se emplea la violencia en distintos grados y de distintas maneras, es legítimo el uso de la fuerza, aun letal, por parte de las fuerzas de seguridad y las fuerzas militares, para lograr restablecer la paz y la seguridad dentro de la sociedad, siempre que este sea el último recurso y sea proporcional al daño o peligro que se busca prevenir o repeler. El Estado chileno tiene la obligación de

³⁰ Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, Principio 9, 13 y 14.

³¹ *Ibid.*

asegurar que todos sus nacionales, no sólo unos cuantos, puedan ejercer sus derechos humanos libremente, al mismo tiempo que tiene la obligación de proteger dichos derechos y garantizarlos. La situación que se vive actualmente en el país ha dejado a miles de personas sin una fuente de trabajo, ha hecho que PyMES que con tanto esfuerzo se consolidaron en su momento hoy estén al borde de la quiebra, ha hecho que a ciertas personas en determinadas zonas del país les sea imposible transitar libremente e, incluso, que cientos de personas experimenten dificultades para poder recibir atención médica y, por último, ha causado un fuerte declive económico. Si no se reestablecen el orden y la paz, el ejercicio de los derechos fundamentales de los chilenos continuará siendo violentado.

V. CONCLUSIONES

Una vez aclarados los conceptos básicos de violencia, fuerza, defensa, violaciones a los derechos humanos, entre otros, y verificando si son aplicables o no a los casos que podemos apreciar en Chile, las conclusiones son obvias. Claramente, no es posible condenar a priori el uso de la fuerza. A veces, el uso de la fuerza es necesario. En casos semejantes en otros países —desarrollados y respetuosos de los derechos humanos, como es el caso de Francia— ha sido necesario también el uso de la fuerza, siendo que los incidentes que causaron los conflictos fueron mucho menos catastróficos que los nuestros y con mayor separación en el tiempo. Por otro lado, incluso si dejásemos de lado ese punto puramente empírico, el uso de la fuerza está respaldado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; más aún, el caso chileno está, en principio, absolutamente dentro de los márgenes permitidos para el uso de la fuerza, con la debida proporción y como medida de *ultima ratio*. En ciertos casos, inclusive puede configurarse violación a los derechos humanos por omisiones del Estado —por *no* usar la fuerza debida para *proteger* los derechos humanos de los ciudadanos pacíficos— frente al vandalismo y la delincuencia que han quebrado la paz.

Otro tanto ocurre dentro del Derecho interno, que concede a la Fuerza Pública cierto margen de acción para el uso de la fuerza, en ciertos casos y con ciertos requisitos, por supuesto. Todo esto se explica, en el fondo, porque el uso de la fuerza es naturalmente legítimo y justo en ciertos casos, para restablecer la paz social que requiere el bien común. De otro modo, la convivencia pacífica puede hacerse imposible.

Las presuntas violaciones a los derechos humanos (insistimos en que son sólo presuntas, pues aún no han sido debidamente acreditadas ante tribunales internos ni ante otras instancias internacionales) no estarían justificadas, pero eso no puede dar pie a excluir *a priori* toda clase de uso de la fuerza. Los casos específicos de tales presuntas violaciones deben ser investigados, por cierto, pero no debemos caer en

el juego fácil de las condenas gratuitas al personal de las Fuerzas Armadas y de Orden, que, mediante un justo uso de la fuerza que les ha sido constitucionalmente otorgada, han intentado restablecer el orden y la paz.

ANEXO

CRÍTICAS AL INFORME ACNUDH SOBRE LAS PRESUNTAS VIOLACIONES A LOS DERECHOS HUMANOS OCURRIDAS DURANTE LA CRISIS POLÍTICO-SOCIAL

RESUMEN:

- Críticas metodológicas: el informe usa un método cualitativo “de enrejillado” y no es posible evaluar la robustez de los hechos señalados en el informe.
- Parcialidad o falta de objetividad: tiene un diagnóstico discutible, que además no trata en detalle el contexto de violencia en las calles de los últimos días ni menciona datos de funcionarios de policía heridos. Además, no menciona los análisis que han hecho nuestros tribunales sobre estos hechos. Por último, toma una postura política sobre el proceso constituyente.
- El informe apenas cita normas vinculantes desde el punto de vista del Derecho Internacional; por el contrario: el criterio más usado son los principios que el mismo ACNUDH redactó.
- Dentro de las normas vinculantes que cita, el informe no detalla si el supuesto de hecho que la norma prevé es o no efectivo y no pone atención a los requisitos que ellas exigen (por ejemplo, las condiciones para el derecho de reunión pacífica).
- Error de apreciación en la aplicación de las normas supuestamente infringidas: el informe no realiza un juicio de imputación adecuado, pues no toma en cuenta las circunstancias concretas del hecho ni las limitaciones que los funcionarios tenían, y sí considera ciertos resultados que al tiempo de realizarse la acción los funcionarios no conocían.
- No se menciona que los funcionarios de Carabineros pueden reaccionar con fuerza si se ataca violentamente (y con riesgo de la vida o integridad de los mismos carabineros) a los carabineros que estaban protegiendo algo (ejemplo: un edificio —propiedad— público o privado).
- Es necesario mencionar que los informes emitidos por el ACNUDH no son vinculantes.

• Críticas metodológicas:

- Cabe decir que el informe nunca explicita el tipo de análisis que realiza. Si bien el primer apartado se titula “introducción y *metodología*”, no se especifican las fuentes documentales ni se aclara cómo fueron procesadas las 235 entrevistas realizadas.
- De la redacción del informe se infieren al menos dos puntos:
 - 1) el informe emitido por el ACNUDH —al igual que el de Amnistía internacional y Human Rights Watch— es fundamentalmente **cualitativo**. Si bien es complementado por cifras oficiales (muy difundidas en la opinión pública por lo demás), su originalidad y aporte

está en los testimonios de violaciones de DDHH: es con base en esta información que levanta las acusaciones en cuestión. Los testimonios que aparecen en el informe describen situaciones sin duda muy graves. Sin embargo, **un solo testimonio no es por sí solo un argumento suficiente como para probar un hecho**: únicamente puede dar pie al comienzo de una investigación. En el párrafo seis se afirma que todas las descripciones aportadas han sido debidamente corroboradas. No obstante, nunca se explicita la forma en que los investigadores acreditan esta información, aun cuando en más de una oportunidad se hacen afirmaciones del tipo “se muestra consistentemente que (...)”.

2) Hay una segunda observación que se puede hacer sobre la metodología del informe. Lo más probable es que este use el llamado **“método de enrejillado”** (de lo contrario, habría transcripción de las entrevistas enteras, con párrafos numerados y codificación de las citas), en el cual los analistas escuchan los audios y transcriben únicamente las frases que responden a ciertas preguntas o categorías previamente definidas. Entonces, por ejemplo, si los analistas deciden incorporar la categoría “tortura y malos tratos” (de hecho, el apartado cinco tiene este nombre), escucharán selectivamente los audios y buscarán información sobre ese tema específico, incorporando al texto las citas más aclaradoras.

- El problema del método de enrejillado es que sólo analiza selectivamente la información recolectada. En consecuencia, podrían no considerarse otros puntos de la entrevista que condicionen o incluso contradigan lo expresado en el informe. Por eso, en un estudio riguroso, lo normal es incluir anexos que –guardando la debida confidencialidad– incluyan las entrevistas completas (o incluso las rejillas con el total de extractos transcritos), con cada párrafo numerado.
 - Al no tener esta información, no es posible evaluar la robustez de los hechos señalados en el informe. Si bien este método se usa mucho, pues levanta evidencia empírica en relativamente poco tiempo, adolece de la rigurosidad de otros métodos. En un informe como este, sólo nos queda confiar en el criterio del investigador, teniendo poco espacio para chequear la validez de las afirmaciones realizadas.
- **Parcialidad o falta de objetividad del informe**
 - Asume un relato político de diagnóstico que es totalmente discutible. Uno de los primeros temas que abarca el informe es el contexto en el cual se desarrollaron las manifestaciones en Chile, dentro del cual el informe hace un análisis respecto de las desigualdades económico-sociales existentes en nuestro país. Ahora bien, aunque su diagnóstico fuese verdadero³², lo cierto es que claramente no le compete al ACNUDH realizarlo.

³² En todo caso, al menos podrían matizarse algunas de las afirmaciones del informe, pues, aunque reconoce que Chile ha impulsado diversas medidas para disminuir las cifras de pobreza, dice que sigue siendo un país con altos niveles de desigualdad. Sin embargo, el informe no sólo no señala cifras, sino que además no contempla que, en relación con el resto de Latinoamérica, Chile cuenta con niveles de desigualdad media y con mayores posibilidades de movilidad social. Según el coeficiente de Gini, Chile cuenta con un índice de 47,7, mientras que Uruguay presenta el índice más bajo con 39,7 y Brasil el más

- El informe no detalla la gravedad ni cantidad de los incendios y saqueos, que explicarían gran parte de la gravedad con que Carabineros actuó. Es bastante tendencioso decir lo que no se puede en contextos de reuniones pacíficas si no se menciona la ola de violencia enorme que existió en los hechos (incluso con casos de autotutela, lo que muestra el nivel de violencia a que se llegó).
- El informe no menciona datos respecto de la cantidad de carabineros heridos. Hay más de 2000 carabineros heridos, mutilados, quemados, o que perdieron la vista. Vale decir, la cifra de funcionarios policiales heridos es muy superior a la de manifestantes heridos. Además, hay daños severos reportados en 1020 vehículos policiales, 130 estaciones de metro; 243 comisarías fueron atacadas (125 de las cuales han sufrido daños) y más 20.000 pymes quebraron.
- Junto con lo anterior, el informe del ACNUDH en su punto 19, recomienda al Estado “Asegurar que el proceso de elaboración de una nueva Constitución sea inclusivo, participativo y transparente, incluso garantizando la paridad de género durante el proceso y la participación de los pueblos indígenas y todos los demás sectores de la sociedad.”. Lo anterior no sólo excede las facultades del organismo, sino que además revela una postura política evidente dentro del debate, que le quita peso y objetividad al resto del informe.
- Las fuentes en las cuales el ACNUDH funda sus observaciones adolecen de parcialidad. En particular, respecto de los recursos de protección y de amparo contra Carabineros de Chile interpuestos por supuestos casos de abusos de fuerza, el informe del ACNUDH señala que se ha sabido de “varias Cortes de Apelaciones, incluidas Antofagasta, Concepción, Rancagua, La Serena, Temuco, Valdivia y Valparaíso, que han restringido el uso de escopetas antidisturbios en manifestaciones pacíficas” y que “han limitado o prohibido el uso de gases lacrimógenos en ciertos lugares”. Sin embargo, **de 144 recursos presentados, sólo 7 han sido acogidos y 23 rechazados en todo el país, y en cuanto a los primeros las Cortes han ordenado a Carabineros de Chile únicamente ceñirse a sus protocolos, mas en caso alguno se les ha prohibido el uso de su indumentaria de control.**
- De hecho, la Corte de Apelaciones de Talca al rechazar el recurso de Apelación interpuesto por un grupo de personas que alegaban que el uso de bombas lacrimógenas y perdigones por parte de Carabineros de Chile implicaba un riesgo para su salud, señaló que “es un hecho notorio y público que hay una actitud generalizada de violencia, que no se compadece con la impresión de los recurrentes de ‘algunos contados manifestantes violento’, que obliga a Carabineros a actuar, no siendo labor de la Corte de Apelaciones efectuar declaraciones que ordenen a los órganos públicos, circunscribir su actuación a los márgenes de la Constitución y la ley, que son obvias al reiterar lo que

alto con 51,3. Cfr. <https://www.statista.com/statistics/980285/income-distribution-gini-coefficient-latin-america-caribbean-country/> (consultado el 14-12-2019 a las 22:46 hrs.). Todo esto sin considerar que las cifras chilenas oficiales probablemente son más exactas que las de muchos otros países de la región. Respecto de lo segundo, Chile muestra índices de movilidad social muy buenos, dentro de los países de la OCDE; mejores incluso que el de Alemania, por ejemplo. Cfr. https://read.oecd-ilibrary.org/social-issues-migration-health/broken-elevator-how-to-promote-social-mobility_9789264301085-en#page1 (consultado el 14-12-2019 a las 22:46 hrs.).

está dicho, justamente, en la Constitución y en la ley, siendo tan claro y evidente como un axioma”³³.

- Es más, **las Cortes han sido categóricas en señalar que no pueden dar por acreditados ciertos hechos, puesto que los asuntos denunciados son materia del Ministerio Público, para que éste investigue los antecedentes y finalmente sea un juez penal quien dirima si existió o no comisión de un crimen o delito.** En los escasos casos en que se han acogido los recursos, se ha hecho sólo con la finalidad de apercibir a la autoridad a dar cabal cumplimiento a los protocolos que la regulan y para iniciar sumarios administrativos que permitan determinar si existió o no responsabilidad en los hechos denunciados.
- Asimismo, la Corte de Apelaciones de Valparaíso enfatizó “en este orden de ideas, y atendido lo que se viene razonando, es de competencia del Ministerio Público y del Juzgado de Garantía, determinar las circunstancias en que se han producido los abusos denunciados, que asimismo forman parte de la investigación penal, no pudiendo esta Corte pronunciarse en el sentido que solicitan los recurrentes en relación a la ilegalidad del procedimiento y a la adopción de medidas cautelares”³⁴.
- El informe del ACNUDH confunde al lector, pues no aclara que **las restricciones a las cuales hace referencia son provenientes de Órdenes de No Innovar, las cuales son resoluciones de los tribunales superiores de justicia que pretenden detener los efectos de los hechos denunciados hasta que se dicte sentencia.** En caso alguno implican un prejuizamiento o una constancia de la ocurrencia de los hechos. Estas Órdenes de No Innovar acogidas por algunas Cortes de Apelaciones, han sumado un **total de 18 en todo el país, habiéndose rechazado a la fecha 41 solicitudes de ésta índole.** Por su parte, respecto al gas lacrimógeno, en la mayoría de los casos, las Cortes siquiera han considerado pronunciarse sobre su uso. Por último, **en los pocos casos en que las Cortes acogieron las solicitudes de Órdenes de No Innovar, en algunos de ellos se revocó la medida, volviéndose a dar a Carabineros la totalidad de su potestad.** Además, en la mayoría de las resoluciones no se acogió la solicitud tal cual fue formulada, sino que se circunscribió únicamente a que Carabineros de Chile no utilice dicho armamento contra manifestantes pacíficos, permitiéndose en cualquier circunstancia que lo amerite el uso proporcionado de la fuerza. Cabe agregar que **en el informe del ACNUDH no se cita fallo o resolución alguna ni se acompañan roles para verificar sus dichos,** por lo que todas sus afirmaciones pueden ser fácilmente desestimadas al acceder a las causas relacionadas.
- El informe no considera una eventual responsabilidad del Estado de violar por omisión los derechos humanos de los ciudadanos pacíficos. Es posible hablar de una violación a los derechos humanos por omisión de manera mediata, es decir, que el Estado *omita* realizar las acciones pertinentes para *prevenir* y *sancionar* las posibles violaciones a los derechos humanos cometidas por particulares, incluyendo la omisión del uso de la fuerza si determinado caso así lo amerita.

33 Sentencia Recurso de Amparo Rol 246-2019, Corte de Apelaciones de Talca

34 Considerando QUINTO N.º I, letra c), sentencia Recurso de Amparo ROL 859-2019, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, de fecha 9 de noviembre de 2019.

- **Crítica referida al contenido de las normas**

- Una de las pocas normas vinculantes desde el punto de vista internacional que el informe cita es el artículo 21 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que reconoce el derecho de reunión pacífica en los siguientes términos:

*Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar **sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás.***³⁵

- En general, el informe se ampara en este derecho (consagrado además constitucionalmente) al señalar que se usó la fuerza contra personas que estaban en un contexto de marchas pacíficas, i.e., ejerciendo este derecho³⁶. El informe, sin embargo, pura y simplemente asume que todas o la mayoría de las marchas fueron pacíficas, sin siquiera incorporar datos sobre los destrozos. Tal asunción constituye, por tanto, una calificación jurídica errada (contraria a Derecho). Este derecho no es el simple derecho de reunión, sino de reunión *pacífica*.
- Desde el artículo citado, en las partes que hemos destacado, podemos concluir que se puede limitar el ejercicio del derecho de reunión pacífica por ley en interés de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás (cabe destacar que no se refiere sólo al derecho a la vida; la formulación incluye otros derechos). Muchas veces, además, no es posible para los agentes estatales distinguir en la práctica quiénes son pacíficos y quiénes no, dentro de una misma turba.

- **Crítica por uso de criterios no vinculantes**

- El informe parte de la base de ciertos principios³⁷. Ahora bien, sobre ellos es pertinente mencionar dos datos incuestionables:
 - 1) Tales principios no son vinculantes desde el punto de vista del Derecho Internacional y Chile no ha suscrito ningún tratado o protocolo en que los acepte.
 - 2) Estos principios fueron redactados por el mismo órgano que emite el informe (es decir, su principal fuente es un documento redactado por ellos mismos).
- A cada país corresponde regular los protocolos de acción de sus policías e incluso definir este tipo de criterios, respetando las normas constitucionales y legales que los rigen, así como también los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes (que sí son vinculantes). Estos principios no son tratados y no obligan al Estado de Chile.

³⁵ El énfasis es nuestro.

³⁶ Cfr. ACNUDH, *Informe sobre la misión a Chile. 30 de octubre-22 de noviembre de 2019*, pp. 7, 8, 20, 21, 32 y 33.

³⁷ Cfr. ACNUDH, *Informe sobre la misión a Chile. 30 de octubre-22 de noviembre de 2019*, pp. 7, 8, 9, 14, 20, 23, 30, 33, 34.

- **Crítica por error de apreciación en la aplicación de los criterios**
 - La aplicación de estos criterios debe ser realizada mediante un juicio *ex ante*, es decir, quien juzga esto debe ponerse en el lugar del funcionario y prescindir del dato de los efectos que se producirán después del hecho (esto sería un juicio *a posteriori*). Como dice Novoa, la fuerza defensiva **“ha de ser apreciada según la reacción que un sujeto razonable habría tenido en el momento mismo de la agresión y no conforme a posteriori pueda lucubrase en la apacible tranquilidad de un gabinete”**³⁸. Ahora bien, esto mismo ha de aplicar también a estos casos, pues el requisito de proporcionalidad, al que aquí se está refiriendo Novoa, se exige en ambas situaciones.
 - El informe parece asumir que los funcionarios policiales son espíritus puros, capaces de realizar cálculos perfectos de las consecuencias de ciertos actos y de medir con exactitud los efectos producidos por sus armas, incluso en situaciones extremas donde no es claro quiénes son manifestantes pacíficos y quiénes son violentos. En el párrafo 16, por ejemplo, se establece que se debe intentar separar a los violentos de los pacíficos. Esto no considera la estrategia de los violentistas —muy conocida por lo demás— de pasar desapercibidos entre la multitud “pacífica” (que, en todo caso, muchas veces interrumpe el tráfico y marcha sin permiso de la Intendencia, cosa que es ilegítima).
 - Los mismos principios del ACNUDH incluyen excepciones a los límites para el uso de la fuerza: “usarán *en la medida de lo posible*, medios no violentos”³⁹ (N°4); “Al dispersar reuniones ilícitas pero no violentas, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley evitarán el empleo de la fuerza o, *si no es posible*, lo limitarán al *mínimo necesario*”⁴⁰ (N°13). Tales restricciones implican necesariamente que existen ciertos casos en que es lícito el uso de la fuerza, aunque bajo ciertos respectos.
 - Por último, es directamente contrario al debido proceso poder imputar un hecho a un sujeto, calificarlo jurídicamente como una conducta ilícita (en este caso, como contrario a los derechos humanos) y establecer que es culpable, si todo esto se realiza fuera de un juicio. Estas constituyen facultades propias de órganos jurisdiccionales, que operan en procesos con bilateralidad de la audiencia, pruebas que pueden ser contradichas, argumentos jurídicos para calificar el hecho en un sentido o en otro, etc. Sin un juicio previo, todas estas conclusiones no pasan de ser una opinión política parcial. De hecho, como ya hemos dicho, en los tribunales se han desestimado muchos recursos de amparo o acciones de protección, así como también órdenes de no innovar.
- No se menciona que los funcionarios de **Carabineros pueden reaccionar con fuerza si se ataca violentamente (y con riesgo de la vida o integridad de los mismos carabineros) a los carabineros que estaban protegiendo algo** (ejemplo: un edificio —propiedad— público o privado).
- **Cabe destacar que las afirmaciones del ACNUDH no son vinculantes.**

³⁸ NOVOA, Eduardo (1985): *Curso de Derecho Penal Chileno*, Tomo I, Editorial Cono Sur, Santiago, p. 382.

³⁹ <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/UseOfForceAndFirearms.aspx>

⁴⁰ *Ibíd.*

- Los informes del ACNUDH no son vinculantes.
- Los números 17, 20 y 21 del informe hacen referencia a medidas de carácter político-económico, que nada tienen relación con las supuestas violaciones a los derechos humanos. La ACNUDH, excede sus atribuciones al recomendar al Estado acciones para abordar el conflicto, ya que las medidas que adopte el gobierno son manifestación de la autonomía y soberanía del país, y en nada se relacionan con la promoción o protección de los derechos humanos.
- Además, esto muestra lo parcial que es la postura del ACNUDH, desde el punto de vista político.

CONCLUSIÓN: En atención a lo expuesto, podemos apreciar que el informe al cual nos hemos referido no es metodológicamente sólido, ya que sus afirmaciones no han sido debidamente fundadas ni respaldadas. Tal como se puede apreciar en las causas que hemos citado y demás información incorporada, es posible poner en duda los hechos referidos por el ACNUDH, que están lejos de constituir una prueba concluyente. Además, realiza algunas calificaciones jurídicas de modo contrario a Derecho y propone medidas excediéndose en sus atribuciones. Todo esto sin mencionar la manifiesta parcialidad del ACNUDH en la materia, al prescindir incluso de ciertos datos que son públicos y al tomar postura en debates políticos internos.