

LEGITIMIDAD DEL USO DE LA FUERZA Y DERECHOS HUMANOS



LEGITIMIDAD DEL USO DE LA FUERZA Y DERECHOS HUMANOS

“La paz es obra de la justicia”

Is.32, 17

Por Vicente Hargous*

I. Contexto Actual y Planteamiento

Desde que comenzó la crisis de octubre de 2019, la discusión pública chilena 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 más relevantes ha sido el uso de la fuerza, tanto por parte de Carabineros y Militares, como de la sociedad civil. Se han hecho muchas ‘condenas a la violencia’ desde y hacia todos los sectores, pero normalmente sin el rigor conceptual que la materia requiere (especialmente en el ámbito jurídico) o con omisión de ciertos aspectos que son fundamentales para comprender las distintas aristas del problema. Así, hemos visto que muchos, basándose en algún lamentable caso concreto, deducen una regla general de que toda acción de fuerza represiva por parte del Estado sería ‘dictatorial’, ‘fascista’, entre otros epítetos, o que sería constitutiva de 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 la podría exculpar o justificar, o bien, en el mejor de los casos, que los supuestos que la legitimarían no se han configurado en casi ninguno de los casos de esta crisis. A ello se le suman otras cuestiones, como la equivocidad en el término ‘legitimidad’, o la pregunta sobre si acaso los particulares pueden violar derechos humanos, las cuales pueden contribuir a estrechar o ampliar la mirada respecto de este tema y, muchas veces, causan confusiones innecesarias.

Para aportar a la discusión, desde Comunidad y Justicia, presentamos este trabajo, en el cual se realiza un análisis sobre la licitud del actuar de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, tanto desde una perspectiva puramente racional, reconocida a nivel doctrinario y jurisprudencial, como desde el Derecho positivo nacional e internacional. A partir de ello, concluiremos que es condición necesaria para la promoción del bien común, y por ende, legítimo, el restablecer por la fuerza el orden público, siempre que exista justa causa para ello y debida proporción al actuar.

*Investigador Comunidad y Justicia, Abogado PUC.

II. ¿Es Injusto el Uso de la Fuerza?

1. Introducción

Las preguntas que giran en torno al uso de la fuerza nos llevan a problemas de la mayor complejidad filosófico-política, sociológica y jurídica. Como es obvio, no podemos resolverlos todos —y pretenderlo sería demasiado ambicioso—, pero es imposible aproximarnos a aquellas cuestiones sin aclarar ciertos equívocos y malentendidos. Así también, resulta imperioso mencionar siquiera algunas ideas de fondo que constituyen fundamento necesario para una respuesta satisfactoria, coherente y que aporte luces a la discusión.

De todos los aspectos relevantes respecto de este problema hay uno que debe tener primacía, porque es el que, de alguna manera, ordena a los demás. La primacía claramente la tiene la filosofía y no sólo la parte de la ética o la filosofía política, sino también la antropología y la metafísica. Esto no implica, por cierto, un menosprecio por la sociología ni el derecho, cuyo lugar es obviamente insustituible. La primacía es necesaria simplemente porque no es lo mismo acercarse a problemas éticos y políticos (prácticos) asumiendo que se puede conocer el ser de las cosas, que hacerlo desde una postura escéptica; ni es lo mismo reconocer que existe un orden natural que podemos conocer —según el cual ciertos actos libres son conformes con dicho orden y otros, en cambio, son degradantes— en comparación con la negación de dicho orden o de su cognoscibilidad. De la misma manera, no es lo mismo aproximarse a estos problemas desde el supuesto de la no existencia de un bien común que cumpla una función directiva dentro del orden jurídico y político, versus asumir que sí lo hay. Sin estos fundamentos, todos los datos que mencionemos y toda evaluación de ellos no pasarán de ser una edificación fundada sobre arena, porque no es posible hacer valoración alguna sin una base filosófica (aunque ésta sea tácita o inconsciente).

¿Qué sentido tendría preguntarnos por la 'legitimidad' del actuar de la autoridad si no existe o no podemos considerar el fundamento de aquello que se dice 'legítimo', si no podemos conocer lo más esen-

cial? ¿No se vería reducida esa 'legitimidad' al mero hecho de existir apoyo popular respecto de dicho actuar? La sociología ciertamente juega un papel muy relevante, y la adhesión ciudadana manifestada por ciertas encuestas debe ser un dato que la autoridad considere con miras a tomar decisiones. Pero seguirá siendo solamente eso, un dato, que la autoridad deberá tener presente al decidir en ejercicio de la prudencia política. Por tanto, a pesar de parecer una pérdida de tiempo a ojos de muchos, hemos optado por exponer brevemente un cierto marco de fondo, filosófico, que es necesario para comprender adecuadamente el problema.

Por tanto, en primer lugar, sostenemos que existe un cierto orden objetivo que es independiente de los consensos. Nuestro propio ser está inclinado hacia ciertos bienes y a ellos se ordena. Este orden no solamente existe en el mundo natural, sino también en cada persona y en la sociedad, permitiéndonos distinguir entre lo justo y lo injusto.

Así, y siendo el ser humano libre, puede mediante sus actos, dirigirse a su fin último natural (a la perfección de su propio ser), o no. En consecuencia, toda acción u omisión voluntaria atribuible a una persona, sea particular o agente del Estado, puede ser éticamente calificada como lícita (incluso obligatoria) o ilícita.¹ El criterio según el cual se realiza dicha calificación es el de la ordenación del acto libre al fin último de la persona, es decir, en conformidad con la ley natural. Dicho esto, se comprende que las acciones de fuerza son calificables moralmente —según su conformidad o disconformidad con la ley natural— y que para saber si son justas o injustas en concreto requieren una evaluación de los hechos en cada caso particular. La fuerza, por tanto, como todo acto voluntario,

1 En cuanto sus efectos involucran a otro (es decir, habiendo alteridad) puede decirse que ellas son calificables como justas o injustas. Como puede verse, asumimos una postura iusnaturalista; creemos, por ende, que hay acciones intrínsecamente buenas y acciones intrínsecamente malas, sin importar el tiempo, el lugar o cualquier otra circunstancia que envuelva el hecho. La naturaleza de este trabajo nos impide detenernos en la larga disputa con el positivismo jurídico, pero, en todo caso, nos parece que nadie estaría dispuesto a afirmar, por ejemplo, que el genocidio cometido durante el régimen Nazi no fue malo en sí mismo, lo que necesariamente implica reconocer que hay acciones malas por naturaleza. Acerca de la doctrina del derecho natural en la historia, vid. UGARTE, José Joaquín (2010): Curso de Filosofía del Derecho, t. I, Ediciones UC, Santiago, pp. 455-496, y respecto del positivismo jurídico hay una exposición crítica en las páginas 517-542.

puede ser justa o injusta.² Es más, la fuerza en ciertos casos es necesaria y, como tal, no sólo se tolera o permite, sino que se justifica. En tales casos, por cierto, puede decirse (en el sentido aquí referido) que es legítima.

2. ¿Qué debemos entender por legitimidad?

Acercas de la palabra 'legitimidad' es necesario que nos detengamos para aclarar sus significados. Esta palabra da pie a no pocas confusiones en el debate público.³ Cuando se dice que la fuerza es legítima se puede estar refiriendo, al menos, a tres cosas diferentes, aunque relacionadas.

En un primer sentido, la legitimidad se puede entender de modo ético: se dice legítima una acción que corresponde ejercer, que es lícita o, incluso, obligatoria, desde el punto de vista del orden natural.

También, en un segundo sentido, la palabra legitimidad puede designar la conformidad con la ley positiva, es decir, como sinónimo de legalidad o, si se quiere, de juridicidad (para incorporar la conformidad con normas de distinto rango y jerarquía que el de la ley). Este segundo sentido y el primero pueden, por cierto, considerarse unidos bajo el aspecto único de la conformidad con la ley (natural y positiva).

En un tercer sentido, legitimidad significa la dimensión sociológica del problema, es decir, la de las actitudes de las personas en relación con el acto de la autoridad, su aprobación o repudio y la adecuación o no adecuación de su conducta a ellos.

El punto de los significados de la palabra 'legitimidad' es relevante, puesto que la palabra otorga una carga o valoración positiva en la interpretación

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

3 Si bien es cierto que no hemos revisado la totalidad de los documentos al respecto, hay algunos que apenas toman en consideración los elementos sociológicos involucrados, de respaldo popular, pero hay otros que omiten el significado de legitimidad como licitud ética y algunos que restan importancia a la necesidad de imponer incluso coactivamente el orden público. Aunque sea una cuestión de énfasis, de matices, nos parece que el punto de la necesidad del orden para la subsistencia de cualquier sociedad es capital, y que eso influye decisivamente en la obligatoriedad moral que puede llegar a tener la autoridad en ciertos casos para ejercer la fuerza (sin perjuicio de la relevancia del juicio de prudencia política que a ella le corresponde de modo indelegable: esa necesidad es un elemento que debe ser ponderado en el juicio prudencial).

del hecho. No habiendo legitimidad, lo que se entiende en un primer momento es que el hecho estuvo mal (cosa que muestra, a juicio nuestro, que el significado paradigmático de la palabra debería ser el de la licitud ética). Por ende, debe entenderse por fuerza legítima aquel acto éticamente bueno, es decir, racionalmente necesario para la conservación del orden público que es deber de la autoridad resguardar y restablecer, y que, además, se ejerció en el marco de sus facultades legales y constitucionales vigentes (es decir, que también es legítimo desde una perspectiva jurídico-positiva).

Así las cosas, es por lo menos ambiguo sostener que el uso de la fuerza por la autoridad pública carece de legitimidad por no contar con suficiente respaldo ciudadano. Con esto no negamos la importancia de la política y de la forma en que la autoridad debe buscar conseguir el apoyo ciudadano necesario para que su actividad sea eficaz; simplemente destacamos que el punto central de la legitimidad no reside allí, porque la fuerza puede llegar a ser necesaria para la conservación del orden social y la paz aun cuando la mayoría de la ciudadanía discrepe. En tales casos, si la autoridad no se ejerce —mediante la fuerza de ser necesario— desaparece y cede frente a la anarquía.

De este modo, se confirma que la pregunta fundamental no es si acaso es legal (desde el punto de vista de la ley positiva) el uso de la fuerza, ni tampoco si dicho uso tiene legitimidad social (es decir, sobre todo, respaldo popular), sino si es justo usarla en un caso concreto y si sería injusto omitir su uso. Esta segunda pregunta (sobre la injusticia de omitir el uso de la fuerza) es quizás la más controvertida: la alternativa de usar la fuerza requiere de un juicio prudencial, que considere la materia concreta y singular del caso, lo que en definitiva significa que hasta cierto punto es contingente. Sin embargo, reiteramos, no se trata de un asunto meramente facultativo: en ciertos casos la autoridad debe usar la fuerza, quizás incluso contra el respaldo de la ciudadanía. Esto, ciertamente, no impide considerar adecuadamente la importancia de la legitimidad social y el de la legalidad positiva en torno al problema del uso de la fuerza. Es importante que la autoridad tenga presentes todas las aristas relevantes al momento de tomar la decisión de usar la fuerza,

pero la cuestión de la obligatoriedad ética (no sólo licitud) de dicho uso debe ocupar el lugar central en su discernimiento prudencial.

3. Legitimidad y justificación de la fuerza

La autoridad, por su misma esencia, tiene facultades para usar legítimamente la fuerza como un ejercicio dentro del ámbito de su competencia: "la autoridad incluye el poder de disponer, cuando ella sea indispensable y no resulte contraproducente, el uso de la coacción para que los súbditos que deban hacerlo, realicen las acciones o conductas ordenadas o se abstengan de las prohibidas"⁴, coacción que se materializa con la fuerza pública; y como ejercicio en defensa de la comunidad frente a las agresiones injustas que pueda padecer.

De hecho, "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"⁵.

Dicho rol del Estado es de la mayor entidad, puesto que, si no estuviese garantizada la convivencia pacífica, no habría bien común posible y, por ende, la sociedad misma colapsaría a consecuencia del uso indebido de la fuerza por parte de particulares, sea para agredir a otros o para hacer justicia por su propia mano. La sociedad, en tal caso, se fragmentaría, se romperían los vínculos que constituyen a la misma sociedad como un todo (y no una mera suma de partes, de individuos). Lo anterior es de la mayor importancia, toda vez que 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 y en último término, de los vínculos sociales. De ahí que "el Derecho necesita ser coercitivo (primeramente, mediante sanciones punitivas, y secundariamente, mediante intervenciones preventivas y restricciones)"⁶.

Suele citarse a Max Weber a propósito del monopolio del uso de la fuerza que tiene el Estado. Con todo, es importante destacar que esta conclusión, aunque con otros nombres, es muy anterior. Entre otros, cabe citar, por su enorme relevancia en la filosofía occidental y la profundidad y precisión de su doctrina, a santo Tomás de Aquino. Él reconocía que nunca es lícito matar directamente a un inocente⁷, pero que eso no obstaría a que en ciertos casos se pueda usar la fuerza como castigo⁸ (pensemos, por ejemplo, en la violencia que importa el acto de meter a alguien en la cárcel) o como medio usado por la autoridad para proteger a la comunidad⁹. Además, reconocía también la justicia de la defensa proporcionada para impedir o repeler una agresión injusta actual o inminente. Decir que la 'violencia' (sin determinar su contenido preciso) es injusta por sí misma importa una negación de la legítima defensa y también del uso legítimo de la fuerza para restablecer o conservar el orden público, contra el consenso unánime de autores de las más variadas doctrinas.

3.1. Bien Común, orden público y obediencia debida a la autoridad

La persona humana es por naturaleza un animal político, lo que significa que su propio ser es sociable, cosa que puede verse en el hecho mismo de su nacimiento y que subsiste durante todo su desarrollo. Esto se da siempre dentro de una sociedad natural, que es la familia, y de una sociedad de sociedades, que es la sociedad política. Esta sociedad existe por el bien

4 UGARTE, José Joaquín (2019): Curso de Filosofía del Derecho, t. II, Ediciones UC, Santiago, p. 79.

5 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).

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

7 Cfr. AQUINO, Santo Tomás de (†1274): Summa Theologiae, II-IIae, q. 64, art. 6.

8 Cfr. Ibid., art. 2. Como es sabido, el autor reconoce la legitimidad de la pena de muerte, pero una explicación al respecto nos apartaría demasiado de los objetivos de este trabajo.

9 Cfr. Ibid., art. 3, c.

común, que es su causa final.¹⁰

El bien común es el bien de la persona en sociedad (lo que significa que es mucho más que la mera provisión de bienes materiales, que de suyo no son comunes, por no ser comunicables), y, como tal, comprende aspectos que reconocen tanto la corporalidad de la persona, como su espiritualidad. Ambos son necesarios para la subsistencia del todo social. Entre los bienes que pertenecen al hombre en razón de su corporalidad se cuentan (junto con la justa distribución de bienes económicos) el orden social y la paz.¹¹

Por un lado, la paz es precisamente —siguiendo la definición clásica de san Agustín— la tranquilidad en el orden. Por tanto, para que la persona pueda alcanzar su máxima perfección —la que sólo es posible en la vida dentro de la comunidad política— es necesario que exista tranquilidad en el seno del orden social. Este orden se refiere a la adecuada disposición de las

partes de la sociedad política (personas y sociedades menores o cuerpos intermedios) respecto de la dirección racional hacia el bien común dada por el gobierno o la autoridad. Esa dirección racional se manifiesta a través de mandatos —leyes, órdenes de diversa índole—, siendo la disposición de las partes la obediencia o cumplimiento de tales mandatos. De esta manera, se comprende que el bien común requiere de la obediencia de sus miembros a la autoridad. Éste es un deber de justicia, específicamente de la justicia legal, según la cual todos debemos dar a la sociedad lo debido precisamente en orden al bien común. En esto consiste el orden público: aquél que es propio de la sociedad política y que está constituido por la obediencia de las personas y sociedades al derecho.

Así, todo orden social exige la existencia de una autoridad que debe respetarse, al igual que la constitución misma de dicho orden social: sin obediencia la sociedad no puede subsistir porque no hay orden, y la sociedad es un cierto orden, en cuanto es un todo constituido por el conjunto de acciones de las personas y sociedades con miras a un fin común.¹² De ahí que sean tan graves los actos de desacato a la autoridad, la desobediencia a las normas generales de policía en una manifestación o la falta de respeto a los agentes del Estado. Un manifestante que enciende fuego en mitad de la calle no solamente está causando ruidos molestos a los vecinos, obstaculizando el tránsito y dañando propiedad pública (es decir, no solamente lesiona bienes particulares), sino que atenta gravemente contra la estabilidad del orden social, contra la paz y contra la unidad de la nación (es decir, atenta directamente contra el bien común, precisamente en cuanto es común).

Más aún, siendo el orden público y la paz social esenciales para el bien común político, la autoridad no sólo tiene el derecho, sino que, en ciertos casos, debe

10 Cfr. WIDOW, Juan Antonio (1988): *El hombre, animal político. El orden social: principios e ideologías*, Editorial Universitaria, 2ª ed., Santiago, pp. 91-93. El autor señala las cinco causas de la sociedad política: material (la nación), formal (la ley), eficiente (el gobierno) y ejemplar (la autoridad política o forma que dirige la acción de gobernar).

11 Cfr. WIDOW, José Luis (2004): *La naturaleza política de la moral*, Ril Editores-Universidad Adolfo Ibáñez, Santiago, p. 228. Estos bienes, por cierto, no atienden a su pura materialidad, pero sí pertenecen a él en razón de esa materialidad, pues no es posible concebir el orden social sin corporalidad. Santo Tomás de Aquino no lo señala expresamente, pero sí dice que el bien común es complejo y señala que al orden social y la paz junto con la justa distribución de los bienes económicos como presupuestos para actuar bien que deben ser promovidos por la actividad del gobernante: “[El rey], por tanto, formado por la ley divina, debe tender a preocuparse que la multitud a él sometida viva bien. Esta preocupación se divide en tres: primero, que se instaure en la multitud de los súbditos la vida buena; segundo, que una vez instituida ella sea conservada; tercero, que una vez conservada se promueva que mejore. Ahora bien, para la vida buena de un solo hombre se requieren dos cosas: una principal, que es la operación según la virtud (pues la virtud es aquello por lo que se vive bien); otra secundaria y como instrumental, a saber, la suficiencia de bienes corporales, cuyo uso es necesario para el acto de virtud. No obstante, esta unidad del hombre es causada por la naturaleza, en cambio, la unidad de la multitud, que se llama paz, debe procurarse por la industria del rey. Así, por tanto, para instituir la vida buena de la multitud se requieren tres cosas. Primero, que la multitud sea constituida en la unidad de la paz. Segundo, que la multitud unida por el vínculo de la paz sea dirigida a actuar bien. Pues, así como el hombre nada bueno puede hacer sino presupuesta la unidad de sus partes, así también una multitud de hombres que carece de la unidad de la paz, mientras combata contra sí misma, está impedida de actuar bien. Tercero, se requiere que por industria del rey haya abundancia de bienes necesarios para vivir bien. Así, por tanto, la vida buena constituida en una multitud por el oficio del rey es algo consiguiente al intento de su conservación” (De Regno, I, cap. 16). En efecto, el orden social y la paz se refieren a la unidad de una multitud, y por tanto a las acciones que relacionan a las personas en la sociedad. La paz social se perturba y se conserva mediante acciones exteriores, aunque no se agoten en la pura materialidad.

12 La cuestión de la ontología de la sociedad supera los propósitos de este trabajo, pero creemos pertinente mencionar, aunque sea escuetamente, una definición: la sociedad política es “un todo potestativo moral —no sustancial, obviamente—, constituido por la operación de las partes en orden al fin común” (WIDOW, Juan Antonio (1988): *El hombre, animal político. El orden social: principios e ideologías*, Editorial Universitaria, 2ª ed., Santiago, p. 26). Hemos tratado este tema en COMUNIDAD Y JUSTICIA (2020), “De cara al plebiscito: elementos esenciales para un orden político-social justo desde la Doctrina Social de la Iglesia”, p. 8, texto disponible en https://comunidadjusticia.cl/wp-content/uploads/2020/10/Informe_De-Cara-al-Plebiscito.pdf.

tomar medidas coactivas para proteger o restablecer el orden público y la paz social, no sólo para defender la propiedad pública o privada o la vida y la integridad de ciertos individuos (entre otras razones, porque la perfección de la persona humana no es puramente individual).

3.2. Uso de la fuerza en defensa de la comunidad política

Uno de los casos en que la fuerza se justifica —y que nadie pone en duda— es el de la legítima defensa: es lícito defender de manera proporcionada los derechos propios o de terceros (no sólo la vida) mediante la fuerza, incluso con efectos letales en ciertos casos y bajo ciertos respectos (si la proporción se respeta) para hacer cesar la agresión injusta que se padece. Este derecho asiste a toda persona frente a una agresión injusta: “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”.¹³

En efecto, es posible que ciertas personas devenguen en sujetos que no solamente se abstienen de actuar para el bien común, sino que directamente atentan contra él, desobedeciendo deliberadamente a la autoridad o promoviendo activamente su debilitamiento y caída. La autoridad, en servicio a la sociedad, y como garante del orden para el bien común, tiene entonces derecho a “hacer obedecer” y a castigar, según sea el caso, a quien deliberadamente desobedece atentando contra los mandatos necesarios para el bien común. Como se dice en el escudo de armas de la República: “por la razón o la fuerza”. De ahí que la autoridad deba ejercerse incluso coactivamente, bajo ciertas condiciones (que veremos más adelante). Y es que los subversivos intentan destruir el orden social, atentando contra el orden de la razón y la justicia.¹⁴

Quien atenta contra la paz social y perturba el orden público es un poder fáctico subversivo, que debilita el orden del todo social para servirse de él, para cumplir sus fines particulares¹⁵, lo que hace necesario someterlos coactivamente (lo que no quita, insistimos, que existan ciertos requisitos para dicha coacción) a dicho orden, para evitar la anarquía y el caos. Por eso, a fin de cuentas, el desobediente manifiesto y deliberado es, por analogía, un agresor frente al cual la sociedad puede defenderse coactivamente.

Dicho de otro modo, la injusticia no puede tener más amparo que la justicia. El efecto práctico de esta afirmación es que la autoridad puede y debe usar la fuerza —en ciertos casos, incluso con efectos letales— para defender a la comunidad de las agresiones injustas que atentan contra ella.

4. Condiciones para el uso legítimo de la fuerza

Teniendo presente que la fuerza puede ser legítima o no, tanto desde el punto de vista ético como jurídico-positivo (y, por cierto, también desde el punto de vista sociológico), debemos a continuación detallar cuáles son las condiciones o requisitos para que sea justa. Dado que la perspectiva ética, de racionalidad, es la que tiene primacía y es aquella en que se funda la perspectiva jurídica-positiva, corresponde primero estudiar estos requisitos desde el punto de vista ético (sin perjuicio de que ellos estén reconocidos positivamente, como veremos).

Si bien la legítima defensa y el uso de la fuerza pública son cosas distintas, sus requisitos pueden tratarse unidos.

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, por el contrario, se trata de una agresión actual o inminente, procede legítima defensa por parte de un particular o

13 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.

14 En WIDOW, Juan Antonio (1988): *El hombre, animal político. El orden social: principios e ideologías*, Editorial Universitaria, 2ª ed., Santia-

go, p. 125-126, se explica la naturaleza de estos poderes subversivos. Si bien en esas páginas no se incluyen los actos de destrucción de propiedad pública y privada y otros actos de desorden público o desobediencia a la autoridad, nos parece que la definición que allí se da de estos poderes coincide perfectamente con el caso que aquí tratamos.

15 Cfr. WIDOW, Juan Antonio (1988): *El hombre, animal político. El orden social: principios e ideologías*, Editorial Universitaria, 2ª ed., Santiago, pp. 125-126.

de un agente del Estado).

En segundo lugar, el uso de la fuerza debe constituir un acto de restablecimiento del orden público o de defensa propia o de terceros, de modo que el acto no constituya abuso de autoridad, tortura, agresión ilegítima u otras conductas ilícitas. La fuerza frente a la deliberada desobediencia a la autoridad es un acto de restablecimiento del orden de la justicia, pues la obediencia a la autoridad es un deber de justicia legal que tienen todos los particulares. La coerción es necesaria en tales casos. Por tanto, la autoridad que no fuerza el cumplimiento del ordenamiento jurídico deja de cumplir su función de promover el bien común.

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.¹⁶

De todos estos requisitos, claramente el más difícil de conocer si se da en la práctica es el de la proporción, tanto si se trata de un caso de restablecimiento del orden público como de un caso de defensa. Llamamos proporcionado al acto de fuerza cuando es racionalmente necesario para alcanzar el objetivo que lo legitima (la conservación o el restablecimiento del orden público, o la neutralización de una agresión injusta), es decir, cuando no existe otro medio posible para alcanzar dicho fin. Además, para que el acto de fuerza sea proporcionado es necesario que los efectos negativos que pueda producir sean equivalentes o conmensurables con sus efectos positivos.¹⁷ Así se desprende de la norma que establece la legítima de-

fensa como eximente de responsabilidad criminal, en la que también se exige el requisito de la proporción¹⁸: 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 matemática,¹⁹ ni tampoco a usar la defensa temporalmente como último recurso, sino por un lado, a lo que un hombre medio en esas circunstancias habría considerado como probablemente imprescindible para no frustrar la protección del bien jurídico y, por otro, a que exista un equilibrio entre los efectos positivos y negativos que se produzcan por la fuerza, esto es, no se debe producir un mal mayor que el que se busca evitar. Este equilibrio, como veremos más adelante, no es cuantitativo. En resumen, la fuerza es de ultima ratio, pero eso no significa necesariamente haber ya tomado otras medidas, sino que no exista otra alternativa²⁰ 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. Conviene explicar un poco más los dos errores frecuentes que hemos mencionado.

El que la necesidad racional o proporción no sea equivalente a una igualdad matemática de medios ni una subsidiariedad temporal, constituye un criterio abrumadoramente mayoritario de nuestra doctrina, y que se encuentra reconocido por nuestra jurisprudencia.²¹

16 Hemos tomado estos requisitos de WIDOW, Juan Antonio (1988): El hombre, animal político. El orden social: principios e ideologías, Editorial Universitaria, 2ª ed., Santiago, p. 47. Sin embargo, hemos omitido un requisito, que es el de la determinación de la decisión por un juicio de una autoridad que otorgue garantías de certeza y objetividad respecto de la justificación de la fuerza. Hasta cierto punto, esto es parte del primer requisito, con la diferencia del énfasis en la certeza y objetividad; sin embargo, el autor no detalla mecanismos que aseguren dicha certeza y objetividad. Con todo, encontrarse dentro de los marcos generales de las órdenes de los superiores parece que sería una forma concreta de aplicarlo, pero eso parece ya estar dentro del primer requisito.

17 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, a juicio de la Corte de Apelaciones de Concepción, 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°.

18 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 distinta. A pesar de que este apartado busca explicitar los fundamentos racionales del uso legítimo de la fuerza, lo cierto es que dichos fundamentos están recogidos legalmente y que el aspecto de la proporción ha sido tratado muy acertadamente en diversas sentencias y autores en materia de Derecho Penal. La separación entre la legalidad de la fuerza y sus bases naturales no es tan tajante como podría pensarse. 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 Respeto.

19 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.

20 En el mismo sentido se pronunció nuestra Corte Suprema en SCS, Rol 3011-1998, considerando 14°.

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

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción lo formula brevemente, respecto de la legítima defensa (pero de todos modos aplicable también a la fuerza pública), 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 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).²²

Acerca del equilibrio entre los efectos positivos y negativos es importante hacer algunas precisiones. Una interpretación errada podría hacer creer a algunos que basta simplemente con comparar si la vida del agresor injusto es un bien superior a ciertos bienes materiales, de modo tal que si tales bienes se encontrasen en peligro jamás sería legítimo causar la muerte del agresor. Esto es un error: el equilibrio no consiste en un balance cuantitativo. Más bien, implica lo siguiente: que el acto de fuerza no cause más daño del que sea necesario o indispensable para hacer cesar la agresión injusta, manteniendo así indemne el derecho injustamente agredido. De este modo, la fuerza debe ser suficiente para neutralizar la agresión y proteger el derecho. Se desprende de lo anterior que la fuerza ha de usarse con la mayor moderación posible, pero siempre con la intensidad suficiente y necesaria para hacer cesar la injusticia. El principal argumento en favor de esta postura es que el agresor ha obrado injustamente, y no puede ser que la injusticia tenga mayor derecho que la justicia, lo que incentivaría la insubordinación. Como decíamos más arriba, la desobediencia a la autoridad es de suyo contraria a la justicia legal y, también, el desobediente es por analogía un agresor frente al cual la sociedad tiene derecho a defenderse.

La apreciación de lo anterior, por cierto, es casuística, por lo que su aplicación práctica exige prudencia (lo que no la hace puramente subjetiva). En consecuencia, esta apreciación debe ser realizada en el momento por la autoridad que debe emplear la fuerza —los superiores inmediatos en el mando y el funcionario mismo— y no por los jueces, quienes, por su parte, después del hecho han de juzgar su justificación. El juez debe apreciar el hecho con un juicio ex ante, pues la racionalidad del uso de la fuerza designa proporción teniendo presente lo que el sujeto que ejecutó el acto de fuerza conocía en ese momento y las circunstancias que lo rodeaban²³; esto significa que la fuerza “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 lucu-

22 SCAA de Concepción, Rol 992-2016, considerando 4º.

23 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.

brarse en la apacible tranquilidad de un gabinete".²⁴

En conclusión, la fuerza ejercida por la autoridad pública en principio es justa, no sólo cuando se trata de un caso de defensa propia o de terceros, sino también cuando se busca restablecer el orden público. Podemos decir que lo ilícito no es la fuerza, sino el mal innecesario o inútil, el exceso, inmoderación o falta de medida en la intensidad de la coacción; y viceversa, la fuerza, por agresivos que parezcan los efectos que cause, será justa si resultaba necesaria para restablecer el orden público y la paz social.

5. 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 desde octubre del 2019. Sin embargo, podemos comprobar con facilidad que en general los requisitos se cumplieron. La fuerza usada por agentes del Estado fue, por regla general, un 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".²⁵ 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 general.²⁶ Esto es lo que ocurre si se dispara una bomba 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 si existe también una cierta equivalencia entre el efecto negativo (el daño al manifestante y otros efectos colaterales) 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 eventual importancia o nobleza de las demandas sociales por las cuales los involucrados se hayan manifestado (de hecho, subsiste la necesidad de la proporción si la demanda social no es legítima).

Además, como ya señalamos, debemos tener presente que en muchos casos procede incluso la legítima defensa personal del funcionario policial o de terceros, la que es indudablemente legítima desde el punto de vista ético y jurídico o legal. La relevancia de esto es esencial, pues los medios (al igual que muchas organizaciones y estudios empíricos) tienden a mostrar datos de funcionarios que causan determinados daños (por ejemplo, lesiones oculares), sin atender a las circunstancias concretas. Si las circunstancias de un determinado funcionario son las de encontrarse

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

25 WIDOW, Juan Antonio, op. cit., p. 47.

26 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.

frente a un peligro para su vida actual o inminente, causada por uno o muchos agresores injustos, procede la legítima defensa incluso letal.

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 de modo individual y ser juzgados por el juez competente. La fuerza, aun letal, puede ser justa y, en ciertos casos, llega a constituir un deber.



comunidad
y justicia

www.comunidadyjusticia.cl

contacto@comunidadyjusticia.cl | +56 222076389