

USO DE ARMAS DE FUEGO MENOS LETALES DURANTE MANIFESTACIONES: EL CASO “PAVÓN CON ZENTENO” SCA VALPARAÍSO ROL N° 37406-2019

JAVIER WILENMANN VON BERNATH¹

RESUMEN: El comentario se enfoca en la sentencia “Pavón con Zenteno” dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso para analizar el modo en que la práctica judicial chilena ha procesado los conflictos sobre el uso de la fuerza por parte de Carabineros durante las protestas recientes.

PALABRAS CLAVE: escopeta antidisturbios, recurso de protección, justificación, uso de la fuerza.

SUMARIO: 1. Introducción 2. Procesamiento de conflictos institucionales y el problema de la determinación de la legalidad del uso de la fuerza por parte de las policías 3. Derechos fundamentales y procedencia de la acción de protección en “Pavón con Zenteno” 4. Valorando “Pavón con Zenteno”. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

El 19 de junio de 2020 la Corte de Apelaciones de Valparaíso acogió una serie de recursos de protección interpuestos por distintas organizaciones en contra de Carabineros de Chile y el Ministerio del Interior y Seguridad Pública, solo en cuanto le prohibía a la primera institución hacer uso de la escopeta antidisturbios y la mandaba a “implementar al efecto un protocolo para su utilización”. La sentencia en cuestión es parte de una serie de otras resoluciones de acciones cuyo contenido se había masificado durante los largos meses del estallido social². Sin embargo, la sentencia se destacó por

¹ Profesor Asociado Facultad de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez. javier.wilenmann@uai.cl

² Véase, en detalle, Observatorio Judicial, 2020, Informe N° 29 “Fuerza Pública e Ilegitimidad de La Violencia”, disponible en; <https://observatoriojudicial.org/wp-content/uploads/2020/09/Informe-29-Fuerza-Publica-e-ilegitimidad-de-la-violencia.pdf>

ser la única que acogió la pretensión de prohibir a Carabineros el uso de la escopeta antidisturbios³.

En sus consecuencias, “Pavón con Zenteno” fue una sentencia más bien irrelevante. A la fecha de dictación de la sentencia, el uso de la escopeta ya había cesado por la desaparición de las protestas (salvo los viernes en Santiago) y por algunos cambios en la conducta general de Carabineros. En su efecto de fijación de estándares normativos, la sentencia perdió vigencia por sus propios defectos –que revisaremos más adelante– y terminó siendo revocada por la Corte Suprema conociendo de un recurso de apelación el 22 de febrero de 2021⁴. Pero, pese a ello, se trató de una sentencia que recibió atención, que fue destacada por algunos comentaristas⁵ como una excepción a la incapacidad de los tribunales superiores de advertir el carácter sistemático de las violaciones a derechos humanos e intentar confrontarlas, y que ilustra los problemas que presenta en general el sistema chileno con el procesamiento jurídico de las actuaciones estatales⁶.

El presente comentario analiza la sentencia y su posterior revocación por la Corte Suprema, desde el punto de vista de los desafíos que presenta un sistema jurídico que concentra sus formas de reacción a problemas en la actuación estatal en el ejercicio de acciones cautelares de protección. Para ello, la primera parte presenta una breve reconstrucción del trasfondo conceptual e histórico-institucional necesario para valorar adecuadamente la sentencia. La sección se concentra en explicar, en primer lugar, las formas en que se procesan jurídicamente en Chile conflictos respecto al actuar general de órganos del Estado, las particularidades de la regulación del uso de la fuerza y su incidencia en el procesamiento de la reacción estatal al estallido, y finalmente describe brevemente la litigación pública masiva contra las actuaciones de Carabineros que

³ Observatorio Judicial (2020) p. 12.

⁴ Sentencia de 22 de febrero de 2021, causa Rol 79055-2020 de la Corte Suprema.

⁵ Véase especialmente Claudio Fuentes y Ricardo Lillo, “Respuesta Estatal Del Sistema de Justicia: La Obligación de Prevenir e Investigar Violaciones a Los Derechos Humanos”, en *Informe Anual Sobre Derechos Humanos En Chile*, ed. Centro de Derechos Humanos UDP (Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2020), pp. 150-152; Observatorio Judicial, Informe N° 29 “Fuerza Pública e Ilegitimidad de La Violencia”, p. 12.

⁶ Véase con más detalle Javier Wilenmann, “El Control Del Ejercicio de La Fuerza Pública Durante El Estallido Social En La Práctica Judicial Chilena”, *Doctrina y Jurisprudencia Penal* 41 (2020): pp. 12-15.

siguió al estallido. Sobre este trasfondo, el comentario reconstruye en la segunda sección el problema jurídico del caso y su resolución por parte de la Corte de Apelaciones de Valparaíso y de la Corte Suprema. A partir de ello, la tercera sección describe el contenido argumentativo de la sentencia, los comentarios de que ha sido objeto, y realiza una crítica a su respecto.

La tesis central del comentario es que “Pavón con Zenteno” refleja con particular nitidez los problemas que afectan al sistema de litigación pública chileno, esto es, a la forma de resolución de problemas respecto al comportamiento estatal a través de intervención judicial. “Pavón con Zenteno” no solo tiene defectos argumentativos evidentes. Sus defectos centrales se encuentran en la incapacidad del sistema judicial de desarrollar formas de comunicación e intervención claras para incidir en el comportamiento de otros órganos. “Pavón con Zenteno” ilustra una forma de acción de un sistema judicial que prefiere enviar mensajes amplios –por ejemplo afirmar que Carabineros tiene que controlar el orden público y evitar que se destruya infraestructura en las manifestaciones– antes que desarrollar una estrategia de *enforcement* para que los órganos efectivamente cambien su comportamiento.

2. PROCESAMIENTO DE CONFLICTOS INSTITUCIONALES Y EL PROBLEMA DE LA DETERMINACIÓN DE LA LEGALIDAD DEL USO DE LA FUERZA POR PARTE DE LAS POLICÍAS

“Pavón con Zenteno” difícilmente sobrevivirá como una sentencia emblemática de alta aplicación del derecho. Se trata de una sentencia excesivamente larga que no tiene una argumentación particularmente sofisticada sobre cuestiones de derecho constitucional o de derecho público en particular. Incluso el contenido resolutorio es más bien críptico y potencialmente contradictorio –como veremos– con la realidad que pretendía regular.

Pero el interés del caso no subyace ahí, sino que se trata antes de ilustración de los problemas asociados al procesamiento jurídico de conflictos relativos al uso de la fuerza por parte del Estado y, más generalmente, de la litigación pública en Chile. Para valorar la sentencia se necesita, en ese sentido, entender el problema institucional que le subyace, el modo en que el sistema jurídico chileno se

ha enfrentado a ese problema, y la inserción del caso en litigación masiva contra Carabineros durante el estallido social.

a. Procesamiento legal de actuaciones estatales y la cuestión de la legalidad

¿Cómo puede el sistema jurídico procesar problemas con el comportamiento de los órganos estatales? ¿Cómo puede hacer frente el sistema judicial a desviaciones de los órganos estatales frente a la conducta que se espera de ellas?

La pregunta en cuestión tiene dimensiones históricas obvias. En la consolidación del Estado de derecho se encuentra precisamente envuelta la pregunta por la sujeción de los agentes estatales a las reglas jurídicas⁷. Pero aquí no nos interesa el largo conflicto teórico-político sobre la sujeción del soberano y sus agentes a las reglas, sino la pregunta aparentemente trivial sobre los sistemas de acciones disponibles para asegurar sujeción a las reglas o modificar el contenido de estas, para evitar afectaciones indebidas de privados, y para modificar, en consecuencia, los comportamientos estatales. En esa pregunta institucional de bajo nivel se juega la práctica del Estado de derecho⁸.

Una primera respuesta consiste en hacer responsables a los individuos que, en posición de ejecutores o dando instrucciones, han contribuido a la realización de acciones ilícitas haciendo uso de medios de fuerza estatal⁹. Sea que esto se procese como acciones penales en contra de los responsables o como acciones civiles que buscan resarcir el daño causado a las víctimas, la ilicitud del uso de la fuerza es una condición negativa de procedencia de la acción y del establecimiento de la responsabilidad de los autores. Para las policías y los otros agentes estatales, la licitud del uso de la fuerza es así una defensa —una potencial causa de justificación. Pero la fun-

⁷ Sobre el paso de comprensiones prudentiales del derecho público a la idea de sujeción conforme a reglas, véase Michael STOLLEIS, *Öffentliches Rechts in Deutschland* (München: C.H. BECK, 2014), pp. 47-52. Sobre el problema teórico vinculado a la noción de soberanía y la sujeción a reglas, véase Martin Loughlin, *The Idea of Public Law* (Oxford/New York: Oxford University Press, 2003), pp. 82-83.

⁸ Véase el clásico Robert Kagan, *Adversarial Legalism: The American Way of Law*, 2nd ed. (Cambridge (MA): Harvard University Press, 2019), chap. 1.

⁹ WILENMANN (2020) pp. 14-15.

ción de esa justificación puede ir más allá de servir como defensa en casos penales discretos. La resolución de la controversia sobre la licitud del uso de la fuerza permite, al menos en teoría, que los tribunales contribuyan a fijar las condiciones en que ese uso es lícito y comuniquen indirectamente el modo en que los órganos estatales deben adaptar sus conductas.

Este primer tipo de respuesta tiene ventajas y desventajas. A diferencia del segundo tipo de acciones que veremos enseguida, la consecuencia jurídica que se sigue de este tipo de casos es clara, por lo que los tribunales no pueden simplemente adoptar conductas evasivas o mostrar un exceso de creatividad que genere problemas de distribución de competencias¹⁰. Las desventajas para guiar el comportamiento de otros órganos son igualmente claras. Los procesos de atribución de responsabilidad están naturalmente llenos de consideraciones relativas al caso particular y las circunstancias individuales de ejecución de la acción. Los juicios penales y civiles tienden además a ser lentos. Para que la litigación de atribución de responsabilidad pueda tener el efecto de comunicar claramente ajustes esperados en el comportamiento estatal, se requiere por ello de una jurisprudencia bien organizada e inteligente en poder asumir ese rol cuando se presenta la oportunidad. Este, claramente, no es el caso en Chile.

Una segunda respuesta consiste en intentar que los tribunales directamente obliguen –o intenten obligar– a que los otros órganos del Estado modifiquen su comportamiento. Dependiendo de la configuración –aquí mucho más variada en la experiencia comparada– del sistema institucional, distintas acciones pueden tender a producir este efecto. Sin contencioso administrativo ni una tradición robusta y clara de litigación pública¹¹, en Chile el recurso de protección –una acción supuestamente cautelar de urgencia– ha tendido a cumplir este rol.

A diferencia del primer tipo de respuestas, el centro de esta forma de litigación no está puesto sobre la ilicitud del actuar de un individuo o grupos de individuos. Si la acción tiene por objeto informar sobre la conducta debida de los órganos estatales, la discusión

¹⁰ WILENMANN (2020) pp. 12-14.

¹¹ Véase el clásico Abram CHAYES, “The Role of the Judge in Public Law Litigation”, *Harvard Law Review* 89, no. 7 (1976): pp. 1281-1316.

jurídica debe concentrarse al menos en parte en justificar cuál es el contenido debido de las acciones en cuestión. Una pregunta tradicional a la que se ha enfrentado la idea de litigación pública es si los tribunales tienen suficiente información y una orientación adecuada para lograrlo¹². Pero el éxito de la acción también supone desviación; supone que los órganos hayan ejecutado conductas ilícitas. Esa ilicitud puede tener lugar por dos vías, como bien asume el artículo 20 de la Constitución Política de la República de Chile: ella puede ser ilícita porque es simplemente ilegal, o porque el uso de la potestad legal que subyace a ella ha sido ejecutado de un modo incorrecto (“arbitrario”).

En el caso de los recursos de protección interpuestos por el actuar de Carabineros durante el estallido social —y cuyo objeto era obligarle a actuar de otro modo— las dos dimensiones han tenido relevancia. En “Pavón con Zenteno”, prácticamente todas las organizaciones que interpusieron recursos de protección hicieron alegatos de arbitrariedad por “contrariedad con los protocolos”, pero varias de ellas también cuestionaron la legalidad abstracta del uso de escopetas antidisturbios pese a encontrarse contempladas en esos instrumentos. La sentencia se concentró, llamativamente, en esta segunda dimensión, ordenando el cese en abstracto del uso de la escopeta antidisturbios y que se dictara un protocolo al efecto¹³.

La interposición y resolución de acciones de protección basadas en cuestiones abstractas de legalidad no deja ser llamativa. En abstracto, la existencia de autorizaciones legales para que Carabineros controle el orden público y repela manifestaciones violentas es difícil de poner en cuestión. Como veremos en la segunda sección, ni siquiera la Corte de Apelaciones de Valparaíso lo puso en duda en “Pavón con Zenteno”, la única sentencia que prohibió el uso de las escopetas. En cambio, es altamente probable que, en contextos de amplio desorden, el ejercicio de esa potestad se desvíe de lo normativamente esperable y que, por ello, la alegación central sea de arbitrariedad.

¹² Charles SABEL y William H SIMON, “Destabilization Rights: How Public Succeeds”, *Harvard Law Review* 117 (2004): p. 1016-1101; Donald L. Horowitz, “Decreeing Organizational Change: Judicial Supervision of Public Institutions”, *Duke Law Journal*, 1983, pp. 1265-1307.

¹³ “Pavón con Zenteno”, sentencia de 19 de junio de 2020, causa Rol 37046-2019, parte resolutive, de la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

Pero hay dos razones plausibles que explican la tendencia a discutir también sobre la legalidad abstracta del actuar de Carabineros en la litigación que siguió al estallido social. La primera es obvia: si el objeto de la acción es producir cambios generales en el actuar de un órgano (por ejemplo: prohibir usar escopetas antidisturbios), entonces es probable que el modo de acción estratégicamente racional sea atacar la licitud abstracta del acto. La consecuencia es entonces que el órgano tiene que abstenerse de desplegar esa conducta del todo. La segunda razón es menos obvia, pero crucial en este caso. El derecho chileno adolece de falta de regulación legal sobre el uso de la fuerza pública. Su contenido normativo es más bien puramente administrativo (o informado por estándares generales de derechos humanos) y ello como resultado de campañas anteriores de litigación pública. Su estatus es así algo incierto, por lo que la litigación pública también ha hecho uso de esta incertidumbre para el ejercicio de sus acciones. En lo que sigue, me interesa explicar este punto y su potencial influencia en las acciones de protección interpuestas durante el estallido.

b. La legalidad del uso de la fuerza pública en el derecho chileno y su tematización en los recursos de protección

Como hemos visto, la cuestión de la licitud del ejercicio de fuerza pública puede ser vista en dos contextos distintos: como una pregunta de justificación del actuar de un agente estatal o de un grupo de agentes estatales, o como una pregunta abstracta sobre el contenido de la potestad de hacer uso de la fuerza por parte de organizaciones estatales.

El derecho chileno ha estado históricamente aquejado de indeterminación respecto de ambas preguntas. En materia de justificación, las reglas legales, por diseño, nunca han establecido criterios de determinación de la licitud del actuar policial¹⁴. En la definición general de los poderes de uso de la fuerza por parte del Estado, la cuestión es similar: se tiende a simplemente invocar el artículo 101 de la Constitución para dar cuenta de la existencia de una potestad de control del orden público, sin que ello implique definiciones

¹⁴ WILENMANN (2020) pp. 5 y ss.; Javier Wilenmann, *La Justificación de Un Delito En Situaciones de Necesidad* (Madrid: Marcial Pons, 2017) p. 999 y siguientes.

precisas de las condiciones en que el ejercicio de esa fuerza está autorizado y de la forma en que debe ejercerse. El derecho legal chileno se ha cuidado históricamente de establecer fuentes de licitud del actuar policial –no podría ser de otro modo–, pero al mismo tiempo se ha cuidado de darle un contenido concreto que pueda enjuiciar posibles desviaciones¹⁵.

Con el recrudecimiento del conflicto Mapuche a principios de los años 2000 y el surgimiento de ciclos intensos de protestas el año 2011, esta indeterminación y abstracción comenzó a ser cuestionada. Y ese cuestionamiento tuvo lugar como una cuestión de litigación pública en el ámbito que ofrecía mayores perspectivas de éxito dada la índole del conflicto, a saber, el derecho internacional de los derechos humanos¹⁶. El derecho chileno comenzó a ser medido, por su contenido en los libros y por las actuaciones de Carabineros, en relación con las exigencias establecidas en este ámbito¹⁷.

En ese contexto, el Gobierno y Carabineros comenzaron a desarrollar desde el 2012 distintos instrumentos administrativos que pretendían suplir la falta de regulación determinada sobre el uso de la fuerza en el control del orden público: la Circular 1756 de 2013 y la Orden General 2287 de 2014 de la Dirección General de Carabineros de Chile. Posteriormente, el Acuerdo de Cumplimiento de las Recomendaciones emitidas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso *Edmundo Alex Lemun Saavedra Vs. Chile*¹⁸ obligó a precisar y modificar estos protocolos establecidos pocos años antes en lo relativo al uso de fuerza letal por parte de la policía, lo que resultó en la publicación de la Circular 1832 de la Dirección General de Carabineros de Chile de 1 de marzo de 2019 y la Orden General 2635 de la misma fecha, ambas impulsadas por el Decreto 1364 del Ministerio del Interior y Seguri-

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ El monopolio que se ha establecido a este respecto es tan relevante que incluso autores más bien conservadores recurren al derecho internacional de los derechos humanos para discutir sobre el punto. Así, por ejemplo, Álvaro Paúl, ‘Derechos Humanos Y Obligación De Usar La Fuerza. A Propósito De La Crisis De Orden Público De 2019’, *Revista Chilena de Derecho*, 46.3 (2019), pp. 633-641, disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-34372019000300633>.

¹⁷ Esto es obvio en los trabajos que han comentado “Pavón con Zenteno”. Véase FUENTES Y LILLO (2020) pp. 125-134; Observatorio Judicial (2020) pp. 7-8.

¹⁸ Informe de Fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Lemún y otros v. Chile* de 21 de marzo de 2017, puntos 89 y siguientes.

dad Pública de 13 de noviembre de 2018¹⁹. En julio de 2020, estos protocolos fueron actualizados mediante la Orden General 2780 de la Dirección General de Carabineros de Chile que pasó a darle una regulación más diferenciada al uso de la escopeta antidisturbios.

En los hechos, esta evolución ha tenido dos consecuencias en el modo en que la administración –y luego los jueces– reconstruyen las fuentes normativas del uso de la fuerza pública: ella es vista como una cuestión de derechos humanos, por una parte, pero se tiende a juzgar en relación con circulares, órdenes generales y protocolos administrativos de actuación dictados por Carabineros, por otra.

Esta marca del modo de discusión es fácilmente perceptible en “Pavón con Zenteno”. En el caso, la Corte de Apelaciones de Valparaíso resolvió los recursos interpuestos por 18 organizaciones distintas respecto del modo de controlar el orden público en Valparaíso por parte de Carabineros. Prácticamente todas ellas se fundan en “incumplimientos de los protocolos” en el acercamiento de Carabineros al control del orden público, agregando consideraciones relativas a los estándares de derechos humanos referentes al control del orden público. Algunas de ellas, pese a la existencia de autorizaciones explícitas relativas a las armas de fuego menos letales, también fundaban la ilicitud del actuar en la falta de autorización para hacer uso de estas armas.

En la sección 3 revisaremos con más detalle los argumentos de procedencia de la acción de protección.

c. La litigación pública contra el uso de las escopetas y otros medios de control del orden público

Un último antecedente relevante de tener en consideración al acercarse a “Pavón con Zenteno” es su inserción en un contexto de litigación masiva contra las actuaciones de Carabineros.

“Pavón con Zenteno” no es una causa aislada o en la que se haya concentrado la resolución de acciones que solicitaban modificar el

¹⁹ Acuerdo del Estado de Chile sobre el cumplimiento de las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Edmundo Alex Lemún Saavedra y otros v. Chile, firmado el 9 de marzo de 2018 y publicado como Decreto Supremo del Ministerio del Interior el 4 de diciembre de 2018.

comportamiento de Carabineros. Se trata, en ese sentido, solo de una de muchas sentencias que resolvió las acciones de protección²⁰ y amparo²¹ interpuestas durante el estallido por el actuar de Carabineros²². No todas ellas, por cierto, se enfocaban en la cuestión del uso de la escopeta antidisturbios. Algunas tenían solicitudes más bien indeterminadas respecto a que Carabineros vulneró derechos humanos en un caso particular²³. Otras se concentraban ampliamente en los medios de represión utilizados por la institución. Pero a causa de la masividad de las mutilaciones causadas por el uso de la escopeta, este se convirtió probablemente en el centro de la litigación una vez que el fenómeno ya se consolidó. Se trata, además, del ejercicio que tenía una pretensión más concreta y que, en ese sentido, la intervención judicial podía ser potencialmente más relevante.

La campaña de litigación respecto al uso de la escopeta puede ser caracterizada, en su desarrollo, en dos etapas. En una primera etapa, la campaña tuvo resultados cautelares contradictorios. Varias cortes acogieron la solicitud de decretar órdenes de no innovar, mientras varias otras las rechazaron²⁴. Esta contradicción también tuvo lugar al interior de las propias cortes. En Valparaíso, la misma jurisdicción en que fue resuelto “Pavón con Zenteno”, varias órdenes de no innovar relativas al uso de la escopeta antidisturbios fueron concedidas y denegadas casi en paralelo.

²⁰ Un listado no taxativo: sentencia de 2 de diciembre de 2019, causa Rol protección 8013-2019 de la Corte de Apelaciones de Antofagasta; sentencia de 5 de diciembre de 2019, causa Rol protección 983-2019 de la Corte de Apelaciones de Iquique; sentencia de 11 de diciembre de 2019, causa Rol protección 1563-2019 de la Corte de Apelaciones de Arica; sentencia de 20 de diciembre de 2019, causa Rol protección 3429-2019 de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt; sentencia de 13 de enero de 2020, causa Rol protección 5317-2019 de la Corte de Apelaciones de Valdivia; sentencia de 7 de febrero de 2020, causa Rol protección 1690-2020 de la Corte de Apelaciones de Concepción; sentencia de 14 de febrero de 2020, causa Rol protección 19877-2019 de la Corte de Apelaciones de Rancagua; sentencia de 14 de febrero de 2020, causa Rol protección 173904-2019 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

²¹ Sentencia de 13 de noviembre de 2019, causa Rol 206-2019 de la Corte de Apelaciones de Concepción; sentencia de 13 de noviembre de 2019, causa Rol amparo 195-2019 de la Corte de Apelaciones de Temuco.

²² El informe de Observatorio Judicial, “Fuerza Pública e Ilegitimidad de La Violencia”, ofrece una buena descripción.

²³ Así por ejemplo en febrero de 2020 en la causa Rol 1690-2020 de la Corte de Apelaciones de Concepción, el INDH entabló una acción de protección por un golpe perpetrado por un carabinero con fecha 12 de noviembre de 2019. Juzgando que fue innecesario, la Corte le ordenó a Carabineros hacer lo posible por evitar que se repitiera.

²⁴ OBSERVATORIO JUDICIAL (2020) pp. 2-3.

La segunda etapa –de fallos en definitiva y de consolidación de una postura de la Corte Suprema– tuvo efectos menos ambivalentes. El Observatorio Judicial reconoce un 95 % de rechazo a nivel de Cortes de Apelaciones de los recursos de protección que solicitan la prohibición del uso de la escopeta antidisturbios²⁵. La Corte Suprema ha asimismo unificado en los hechos su jurisprudencia relativa a estos casos, rechazando todos los casos –incluso en febrero de 2021 el propio caso “Pavón con Zenteno”. La tendencia a rechazar los recursos también se manifestó en Valparaíso. La Corte de Apelaciones de Valparaíso se caracterizó como aquella en que la resolución de órdenes de no innovar fue más contradictoria, con distintas composiciones de ministros acogiendo o rechazando la solicitud casi en paralelo. Pero en diciembre de 2019, la Corte de Apelaciones de Valparaíso resolvió y rechazó 13 recursos de protección paralelamente tramitados²⁶. Esto fue tomado como el criterio definitivo de esta corte hasta que, sorpresivamente, en “Pavón con Zenteno” la sentencia acogió un recurso de protección.

3. DERECHOS FUNDAMENTALES Y PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN EN “PAVÓN CON ZENTENO”

En “Pavón con Zenteno”, a diferencia de prácticamente todas las otras sentencias de protección relativas al uso de la escopeta antidisturbios, la Corte de Apelaciones acogió el recurso y dispuso que Carabineros debía abstenerse de hacer uso de ella y debía dictar un protocolo al efecto. ¿Cómo se justificó el cumplimiento de las condiciones de procedencia de la protección, cuando ello había sido desechado en prácticamente todos los otros casos?

Como toda acción de protección, el caso suponía la existencia de actos ilegales o arbitrarios que privaran, perturbaran o amenazaran el ejercicio de algunas de las garantías constitucionales contenidas en el artículo 20 de la Constitución, y suponía asimismo que el recurso de protección fuera el medio idóneo para restablecer el derecho y evitar vulneraciones de derechos fundamentales. Aunque

²⁵ OBSERVATORIO JUDICIAL (2020) p. 5.

²⁶ Sentencia de 3 de febrero de 2020, causa Rol 37.406-2019 de la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

parte importante de las otras sentencias en casos similares tendieron a razonar sobre consideraciones de oportunidad y de idoneidad del recurso de protección para hacer frente a los modos de actuación de Carabineros²⁷, como “Pavón con Zenteno” acogió el recurso, la sentencia debiera haber dedicado parte de su argumentación a justificar el cumplimiento de los requisitos sustantivos de la acción.

La jurisprudencia chilena, sin embargo, no tiende a razonar con una estructura dogmática ordenada al justificar el cumplimiento de cada uno de estos requisitos de las acciones constitucionales, sino que tiende más bien a producir impresiones generales de un actuar ilícito. En “Pavón con Zenteno”, la Corte de Apelaciones de Valparaíso llevó a cabo este ejercicio de generación de impresión de tres modos.

En primer lugar, entre los considerandos 18 y 24, la Corte dedicó parte importante de sus esfuerzos argumentativos a describir situaciones generales que darían cuenta de los excesos en las actuaciones de Carabineros, concentrándose en el (innegable) alto potencial lesivo de las escopetas antidisturbios²⁸.

En segundo lugar, la Corte dio por establecido, en su considerando 25, que el comportamiento general de Carabineros durante las manifestaciones conducía arbitrariamente a una perturbación de los derechos a la vida e integridad física (art. 19 número 1 de la Constitución Política de la República de Chile) y a reunión (artículo 19 número 13 de la Constitución Política de la República de Chile).

Finalmente, en el mismo considerando, la Corte parece establecer que esa afectación es arbitraria por no hacer uso de “gradualidad y proporcionalidad” en el actuar de Carabineros.

Visto en términos jurídico-formales, los argumentos centrales se encuentran en la segunda (afectación a los derechos fundamentales vida, integridad y reunión) y en la tercera consideración (por medio de actos ilegales o arbitrarios aquí por “falta de gradualidad o de proporcionalidad”). La segunda consideración es obviamente

²⁷ Véase la sistematización del OBSERVATORIO JUDICIAL (2020) pp. 8-11.

²⁸ Véase el excelente resumen de Javier VELÁSQUEZ VALENZUELA, Catalina FERNANDEZ CARTER y Scott A. REYNHOUT, “¿No Letales? Un Análisis Criminológico, Criminalístico y Jurídico Sobre Los Peligros de Los proyectiles de Impacto de Energía Cinética”, *Política Criminal* 16, N° 32 (Diciembre 2021): pp. 524-556, disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-33992021000200524>.

correcta, pero no implica sin más un argumento de vulneración de derechos fundamentales. Es, por cierto, innegable que el uso de la fuerza por parte de Carabineros afecta individuos en sus derechos fundamentales si ellos resultan heridos o cuando se termina una reunión contra la voluntad de los manifestantes. Y es innegable que la escopeta antidisturbios es idónea para producir lesiones graves, como muestran los cientos de casos de mutilaciones en los ojos.

Pero la vulneración de derechos fundamentales supone dos requisitos copulativos adicionales: ella debe tener lugar por actuaciones “arbitrarias o ilegales” y no debe estar constitucionalmente justificada. Más allá de impresiones generales, “Pavón con Zenteno” no ofrece una argumentación clara a este respecto. No hay en ella un razonamiento claro sobre el potencial justificatorio de la regulación del uso de estos instrumentos, de las condiciones en que opera la justificación, y de la relación de los hechos del caso con esa potencial justificación. La Corte simplemente no toca estos temas. Y en el establecimiento de la ilegalidad o arbitrariedad del acto, hay poco más que impresiones generales. La referencia a la “falta de gradualidad y proporcionalidad” parece referirse en general a los tiempos de reacción de Carabineros. Ella parece suponer que Carabineros escala muy rápido sus medios de fuerza o que no responde solo frente a situaciones de agresión o peligro actual. Pero todo esto está más bien crípticamente contenido en la sentencia. Y ello tiene influencia en la principal debilidad del fallo: la relación de estas argumentaciones con el contenido resolutivo de la sentencia.

Estableciendo las “providencias necesarias para reestablecer el imperio del derecho”, la parte resolutiva prohíbe a Carabineros en abstracto hacer uso de la escopeta antidisturbios y manda a dictar un protocolo. Una prohibición abstracta y exigencia de dictación de un protocolo debiera ser una consecuencia de falta de base para el uso de la escopeta o una consecuencia de la insuficiencia de los instrumentos administrativos existentes para regular adecuadamente el uso de la escopeta. Pero los largos considerandos que analizan los instrumentos administrativos no contienen argumentaciones de ilicitud general, sino que más bien asumen –al igual que parte importante de los recurrentes– que el problema no son los instrumentos sino la desviación de los instrumentos. “Pavón con Zenteno” así parece reflejar los marcos de comunicación general que se establecieron durante el estallido para referirse al actuar de Carabineros:

el problema es que “no se ajustan a sus protocolos”; sus protocolos son así el estándar central de licitud de la actuación de Carabineros. Pero si ese es el caso, es difícil seguir la conclusión de la corte en “Pavón con Zenteno”: ¿por qué la solución es entonces dictar un protocolo nuevo?.

Esta falta de claridad argumentativa y las inconsistencias que suscita están en la base de los problemas de “Pavón con Zenteno”. Con toda seguridad, Carabineros hizo un uso sistemáticamente incorrecto de la escopeta antidisturbios durante el estallido –las centenas de casos de mutilaciones son indicativas de esto. Pero “hambre no hace pan”: el hecho de que haya sido necesario reaccionar para modificar el comportamiento de Carabineros durante el estallido no implica que la respuesta de “Pavón con Zenteno” sea adecuada. Ella es más bien inconsistente, no permite distinguir entre un problema de regulación y un problema de cumplimiento de la regulación de parte de Carabineros, no ofrece argumentos claros para sus conclusiones y, ante todo, termina estableciendo una “providencia para el restablecimiento del derecho” absurda a la luz de la existencia de protocolos y de la actualización del protocolo de la escopeta.

Como veremos en la sección de discusión, “Pavón con Zenteno” es en esto expresivo de los problemas del sistema institucional de litigación pública en Chile: sin tomarse en serio, sus consecuencias solo pueden ser muy limitadas.

4. VALORANDO “PAVÓN CON ZENTENO”

En lo que alcanzo a ver, solo dos comentarios han tematizado “Pavón con Zenteno”: el informe del Observatorio Judicial de Libertad y Desarrollo sobre los recursos de protección presentados durante el estallido social y un artículo de Claudio Fuentes y Ricardo Lillo sobre el procesamiento de las violaciones a derechos humanos por parte del sistema judicial. Los dos comentarios se encuentran en las antípodas. El informe del Observatorio Judicial tiene como pretensión central mostrar a la opinión pública que el sistema judicial rechazó las acciones de protección que se interpusieron durante el estallido²⁹. “Pavón con Zenteno” es aquí la excep-

²⁹ OBSERVATORIO JUDICIAL (2020) p. 2.

ción y como excepción negativa requiere ser criticada. La crítica no es especialmente difícil de producir, por los obvios problemas argumentativos de la sentencia y, ante todo, por las inconsistencias entre sus argumentos y la resolución³⁰.

La tesis de Fuentes y Lillo es la contraria. Aunque, según ellos, el sistema judicial presentó una buena respuesta a nivel de juzgados de garantía frente a los abusos policiales durante el estallido³¹, el actuar de las cortes merecería ser criticado³². Las cortes se habrían negado a asumir el carácter sistemático de las violaciones a derechos humanos y por ello habrían rechazado en general los recursos³³. Si la cuestión son problemas individuales, la forma correcta de procesamiento serían acciones de responsabilidad penal o civil. “Pavón con Zenteno” sería la excepción de acuerdo con Fuentes y Lillo: se trataría de la única sentencia de los recursos de protección que asumió el carácter sistemático del problema que se presentó con Carabineros durante el estallido³⁴.

Los dos comentarios son, en sus términos, correctos. El Observatorio Judicial tiene indudablemente la razón en enfatizar las inconsistencias argumentativas y resolutivas de “Pavón con Zenteno”. Fuentes y Lillo tienen seguramente razón en relevar que las cortes fueron incapaces de abordar adecuadamente la pregunta de cómo conducir la conducta de Carabineros durante el estallido o, al menos, de qué consecuencias normativas extraer para corregir comportamientos futuros. Pero enfocadas cada uno de estos comentarios en ese nicho argumentativo, mi impresión es que pierden de vista el principal problema que no solo —como señalan Fuentes y Lillo— puede ser atribuido al sistema judicial general en la capacidad de guiar el comportamiento de los órganos estatales, sino respecto al cual “Pavón con Zenteno” es una expresión clara (y no una excepción).

³⁰ OBSERVATORIO JUDICIAL (2020) pp. 12-14.

³¹ FUENTES Y LILLO (2020) pp. 144-149.

³² FUENTES Y LILLO (2020) pp. 149-153.

³³ FUENTES Y LILLO (2020) p. 152.: “La conclusión general que emerge de la revisión de las sentencias analizadas, y que podría explicar por qué los recursos han sido en su gran medida rechazados, dice relación con que la mayoría de las Cortes no ha estado dispuesta a aceptar en sus fallos la existencia por parte de Carabineros de una práctica sistemática de violación de derechos humanos en el contexto de manifestaciones sociales”.

³⁴ FUENTES Y LILLO (2020) p. 153.

Asúmase, en efecto, el siguiente supuesto respecto al buen funcionamiento institucional: frente a problemas en el comportamiento de los órganos estatales, el sistema judicial debiera servir como una posible vía para su superación. Esta premisa no es obvia. Quien asuma que la reconducción del comportamiento estatal es un problema democrático, debiera probablemente llegar a la conclusión de que los órganos políticos democráticamente legitimados son quienes deben realizar el juicio de la inadecuación del comportamiento estatal y establecer la forma en que debe corregirse³⁵. También como cuestión de gobernanza comparada, la resolución de conflictos sobre el comportamiento de los órganos estatales tiende a ser más eficiente en sistemas que asumen diseños burocráticos-jerárquicos que aquellos que, bajo el paradigma norteamericano, asumen una dimensión primordial de desarrollo litigioso y judicial³⁶. Pero si se acoge la premisa de que el sistema judicial debe, al menos, servir como una de las vías idóneas para resolver problemas de comportamiento estatal, entonces surge la pregunta del tipo de orientación que deben asumir los tribunales para que ello sea posible.

La pregunta puede concretizarse respecto al tipo de problema institucional que generó la ola de litigación de protección. La cuestión puede ser vista desde dos puntos. En primer lugar, se trata de una pregunta más general por el comportamiento estatal adecuado y los riesgos admisibles en el control del orden público en contextos masivos. El control de eventos masivos y de la violencia que pueda producirse en su interior es normativamente complejo. En él no solo se encuentran en tensión distintos valores —el derecho a reunión, el derecho a la protesta, frente al mantenimiento del orden público, la protección del patrimonio público y la indemnidad de posibles afectados—, sino que la masividad implica que es fácticamente improbable que pueda reaccionarse de distinto modo frente a sujetos en distintas situaciones normativas. Esto es: en una mani-

³⁵ Tanto la tradición centrada en la teoría de la democracia como tradiciones centradas en lo propio de la política son así en general hostiles a la idea de gobernanza judicial. En el primer sentido, véase por ejemplo el clásico Jeremy WALDRON, *Law and Disagreement* (Oxford/New York: Oxford University Press, 1999) parte III. En el segundo sentido, véase la clásica sospecha de Carl Schmitt a la realidad (y probablemente deseabilidad) de un Estado efectivamente controlado por reglas y ajeno a la esfera de la política, Carl SCHMITT, *Verfassungslehre*, 11th ed. (Berlin: Duncker & Humblot, 2017), pp. 125-127.

³⁶ KAGAN (2019) chap. 1.

festación o protesta que se torna violenta, es obvio que la posición normativa de quien se comporta violentamente (tirando piedras o bombas molotov o realizando otras agresiones) no es la misma que la de otros participantes, o de simples transeúntes, que no desarrollan esas conductas.

Las formas de reacción normativamente aceptables son así distintas para cada caso. Pero la masividad hace improbable que las medidas de control que puedan ser adoptadas afecten de un mismo modo a todos los que se encuentran en la misma posición³⁷. Esta es una premisa básica que debe asumirse al preguntarse por el actuar adecuado de los agentes del Estado en estos contextos y una de la que el derecho chileno no ha podido hacerse cargo. Y como hay tensión normativa y muy probable afectación de sujetos en situaciones normativas distintas, la regulación debe buscar limitar los riesgos de afectaciones de terceros, limitar posibles excesos y actos innecesarios, identificar límites que no pueden ser sobrepasados, y al mismo tiempo permitir que los medios estatales se impongan.

No hay fórmula perfecta para hacer esto. Pero si se demuestra, como en el estallido social, que esos objetivos no se están alcanzando y que probablemente hay problemas en el comportamiento policial vinculados a su frustración, entonces la gobernanza del problema (judicial, administrativa, o lo que sea) debiera buscar comunicar claramente sobre todas estas dimensiones. Un tribunal que se tome en serio su labor de conducción del comportamiento de órganos estatales cuando se pasan ciertos límites debiera así identificar con precisión los problemas de comportamiento que ataca o los problemas en la regulación existentes; debiera establecer estándares normativos que conjuguen los tres objetivos que están en tensión; y debiera tener una estrategia de incidencia en el comportamiento de los órganos relevantes. “Pavón con Zenteno” es un ejemplo de ausencia de todo esto.

En segundo lugar, se trata de una pregunta por un medio discreto (la escopeta antidisturbios) como medio de respuesta frente a actos de violencia en contextos de manifestación masiva. El estallido social mostró un uso que, en los hechos, era abiertamente inadecuado de la escopeta. La gran cantidad de casos de lesión ocular

³⁷ Un acercamiento inicial puede encontrarse WILENMANN (2020) pp. 20 y siguientes.

ocurridos muestra que existían problemas de entrenamiento y exceso de disposición a utilizarla. Si se asume la premisa de arriba —que los órganos judiciales son conductos idóneos para alterar el comportamiento de órganos estatales—, entonces tienen razón Fuentes y Lillo en que las cortes debieran haber intervenido. Pero eso no significa que toda forma de intervención tenga sentido. De nuevo, en ámbitos de litigación pública la precisión en la resolución es central. Una respuesta adecuada identificaría (o descartaría) problemas en la operacionalización en protocolos de las condiciones de uso de los instrumentos en cuestión; mandaría a identificar riesgos y problemas en el entrenamiento; podría intervenir sobre el tipo de munición que se acepta; etc. En “Pavón con Zenteno” no hay una estrategia clara de intervención respecto a la escopeta. De modo lacónico, la sentencia prohíbe su uso y manda a dictar un protocolo. En eso, nuevamente, “Pavón con Zenteno” es una sentencia que ante todo refleja problemas en el funcionamiento de la litigación pública.

El problema, por cierto, no es exclusivamente “Pavón con Zenteno”. El problema se origina en defectos de diseño y de evolución de las instituciones: una acción cautelar de emergencia se ha naturalizado como la forma de responder a problemas normativos relevantes en el comportamiento de órganos estatales. En su resolución, la dictación de providencias sin orientación estratégica a la modificación del comportamiento de las instituciones también se ha generalizado. Y, por último, su uso como simple instrumento de reafirmación simbólica sin ninguna perspectiva de *enforcement* ha devenido común (reflejado, entre otros, en fallos que obligan por ejemplo al gobierno a reclamar por la situación de Venezuela). “Pavón con Zenteno” es desafortunadamente un ejemplo de esto en la segunda de sus providencias, a saber, aquella referida a la ineficacia de Carabineros en controlar el orden público y evitar daños en el patrimonio público y privado en Valparaíso. Para “reestablecer el imperio del derecho”, la Corte ordenó “instruir al recurrido Carabineros de Chile, para que en lo sucesivo, en el caso que se produzcan manifestaciones públicas en la ciudad de Valparaíso, se adopten todas las medidas de resguardo, seguridad y vigilancia tanto de los edificios públicos como privados, frente a todo acto de carácter vandálico que amenace o afecte la integridad de dichos inmuebles”. Esto es una expresión tan nítida como es posible de la orientación

casi puramente simbólica –sin ninguna preocupación por el *enforcement*– que tiene la litigación pública en Chile.

BIBLIOGRAFÍA

- CHAYES, Abram. “The Role of the Judge in Public Law Litigation”. *Harvard Law Review* 89, N° 7 (1976), pp. 1281-1316.
- FUENTES, Claudio y LILLO, Ricardo. “Respuesta Estatal Del Sistema de Justicia: La Obligación de Prevenir e Investigar Violaciones a Los Derechos Humanos”. En *Informe Anual Sobre Derechos Humanos En Chile*, editado por el Centro de Derechos Humanos UDP, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, 2020, pp. 123-59.
- HOROWITZ, Donald L. “Decreeing Organizational Change: Judicial Supervision of Public Institutions”. *Duke Law Journal*, 1983, pp. 1265-1307.
- KAGAN, Robert. *Adversarial Legalism: The American Way of Law*. 2nd ed. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2019.
- LOUGHLIN, Martin. *The Idea of Public Law*. Oxford/New York: Oxford University Press, 2003.
- OBSERVATORIO JUDICIAL. Informe N° 29 “Fuerza Pública e Ilegitimidad de La Violencia”, 2020, disponible en: <https://observatoriojudicial.org/wp-content/uploads/2020/09/Informe-29-Fuerza-Publica-e-ilegitimidad-de-la-violencia.pdf>.
- SABEL, Charles, and William H SIMON. “Destabilization Rights: How Public Succeeds”. *Harvard Law Review* 117 (2004), pp. 1016-1101.
- SCHMITT, Carl. *Verfassungslehre*. 11th ed. Berlin: Duncker & Humblot, 2017.
- STOLLEIS, Michael. *Öffentliches Rechts in Deutschland*. München: C.H. Beck, 2014.
- VELÁSQUEZ VALENZUELA, Javier, Catalina FERNANDEZ CARTER y Scott A. REYNHOUT. “¿No Letales? Un Análisis Criminológico, Criminalístico y Jurídico Sobre Los Peligros de Los Proyectiles de Impacto de Energía Cinética”. *Política Criminal* 16, N° 32

(Diciembre 2021), pp. 524-556, disponible en: <https://doi.org/10.4067/S0718-33992021000200524>.

Waldron, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford/New York: Oxford University Press, 1999.

WILENMANN, Javier. “El Control Del Ejercicio de La Fuerza Pública Durante El Estallido Social En La Práctica Judicial Chilena”. *Doctrina y Jurisprudencia Penal* 41 (2020), pp. 3-24.

WILENMANN, Javier, *La Justificación de Un Delito En Situaciones de Necesidad*, Madrid: Marcial Pons, 2017.