



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS PENALES

LA REGULACIÓN DEL USO DE GASES LACRIMÓGENOS

Tesis para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

FERNANDO IGNACIO IRARRÁZAVAL MORA

Profesora Guía: MYRNA VILLEGAS DÍAZ

Santiago de Chile

2019

A Isabel Mora

Tabla de contenidos

Introducción	6
Capítulo I: Regulación nacional e internacional aplicable	9
1. <i>Consideraciones previas</i>	9
1.1. Gases lacrimógenos	9
1.2. <i>Sintomatología</i>	9
1.3. Breve reseña histórica	11
2. <i>Regulación nacional aplicable</i>	12
2.1. Ley 17.798 sobre control de armas	12
2.2. Decreto N°83, del Ministerio de Defensa Nacional	13
2.3. Resolución N°9.080, del 30 de abril de 1999, emitida por la Dirección General de Movilización Nacional	14
2.4. Circular N°1832 del 1 de marzo de 2019, de la Dirección General de Carabineros, que norma el uso de la fuerza	14
2.5. Orden General N°2635 del 1 de marzo de 2019, de la Dirección General de Carabineros, que aprueba “Protocolos para el Mantenimiento del Orden Público”	17
3. <i>Regulación internacional aplicable</i>	19
3.1. Tratados sobre gases lacrimógenos:.....	19
3.2. Principios de derechos humanos relativos al uso de la fuerza y armas de fuego.....	21
Capítulo II: Principio de Legalidad	23
1. <i>Concepto</i>	23
2. <i>Contenido en relación al uso de gases lacrimógenos</i>	25
Capítulo III: Eficacia de la regulación	27
1. <i>Análisis Económico del Derecho Administrativo</i>	27
1.1. Esquema jurisprudencial.....	28
1.2. Análisis de la protesta como valor.....	29
1.3. Balance en defensa del uso de gases lacrimógenos	32
1.4. Aplicación del Análisis Económico del Derecho Administrativo.....	33
Capítulo IV: Principio de Proporcionalidad	37
1. <i>Concepto</i>	37
2. <i>Requisitos</i>	38
3. <i>Expansión y recepción del Principio de proporcionalidad</i>	38
4. <i>Recepción en Chile</i>	39
5. <i>Aplicación a la regulación de gases lacrimógenos</i>	40
Capítulo V: Aproximación criminológica	43

1. <i>Delincuencia por abuso de poder</i>	43
2. <i>Análisis Económico del Derecho Penal</i>	43
2.1. <i>Función preventiva del Derecho Penal</i>	43
2.2. <i>Legitimidad social del actuar policial</i>	45
2.2.1. <i>Modelos de intervención policial</i>	45
2.1.2. <i>Influencia de la sanción informal:</i>	46
2.1.3. <i>Reproducción de la violencia:</i>	47
3. <i>Hipótesis de responsabilidad penal</i>	47
3.1. <i>Artículo 330 del Código de Justicia Militar</i>	48
3.2. <i>Disparo injustificado</i>	49
Capítulo VI: Fenómenos y posibles causas que rodean esta forma de regulación	53
1. <i>Decreto Ley 1.086 del año 1983 y la herencia de la dictadura</i>	53
2. <i>Asimetría Normativa y Excepcionalismo Policial</i>	54
3. <i>Desregulación internacional y el mercado de armas de control de masas o Crowd Control Weapons (CCWs):</i>	56
Conclusiones	58
Bibliografía	62

Resumen

La presente tesis se centra en analizar descriptiva y críticamente la normativa relativa al uso de los gases lacrimógenos en Chile, realizando un paralelo con la normativa internacional, principios aplicables respecto al uso de la fuerza y limitación a garantías fundamentales, así como frente a un criterio de eficiencia, considerando siempre la importancia del derecho a la protesta en los regímenes democráticos. También, se advierten las consecuencias criminológicas y jurídico-penales tanto de esta forma de regulación como de su eventual incumplimiento, respectivamente, teniendo esta investigación como objetivo central determinar la adecuación o inadecuación de la normativa aplicable respecto a una serie de estándares, y esclarecer los límites del uso de este armamento.

Así, se explica cómo la actual regulación no satisface casi ninguno de dichos estándares, resultando inadecuada en materia de principios relativos al uso de la fuerza, principio de legalidad, proporcionalidad, eficiencia administrativa y eficiencia penal, adoleciendo una serie de falencias. Además, se advierten los efectos que tendría en relación con la reproducción de la violencia en las manifestaciones.

Finalmente se problematiza acerca de una serie de fenómenos locales e internacionales que rodean y en cierta medida ayudan a entender este panorama normativo.

Introducción

La libertad de expresión y el derecho a reunión han tenido una trayectoria bastante accidentada en lo que a la historia chilena reciente se refiere, caracterizada por altos y bajos en los niveles de reconocimiento de estas garantías fundamentales.

El final de la segunda mitad del siglo XX marca un triste hito en las libertades públicas a raíz del golpe militar y posterior dictadura cívico-militar, época histórica caracterizada por la censura, la persecución política, el terrorismo de estado y el toque de queda, quedando las mencionadas garantías postergadas, ahogándose el derecho a la protesta, la cual sin embargo se reivindica mediante la desobediencia civil al régimen, destacándose los episodios de protestas del año 1983.

Con la posterior transición a la democracia, la sociedad chilena se enfrenta al desafío de la reconstrucción de sus libertades, y al desenvolvimiento en un régimen que se supone democrático, generándose un paulatino proceso de apropiación de las calles como forma de expresión y oposición a las medidas tomadas el gobierno de turno. Así, en las últimas décadas nos encontramos frente a un escenario político-social convulsionado caracterizado por la masividad de las movilizaciones sociales, donde se destacan los episodios del año 2006 y 2011 en torno a la reivindicación de la educación como derecho.

Así como las protestas vuelven a ocupar tanto las calles como la opinión pública en la sociedad post dictadura, también cobra protagonismo la represión efectuada por Fuerzas Especiales de Carabineros de Chile y sus mecanismos utilizados para la dispersión de multitudes.

Para los pobladores de las grandes ciudades como Santiago, resulta ya común la realización de marchas, las interrupciones al tránsito, la represión policial y las consecuencias de esta represión, las cuales se extienden a manifestantes violentos, no violentos e incluso a no manifestantes cuando se trata de medios de efecto indiscriminado como lo son los gases lacrimógenos, uno de los mecanismos más comúnmente utilizados en aras del mantenimiento del orden público. Así, la gran mayoría se ha visto expuesto a los efectos de dichos gases, sean o no participantes de las protestas, el cual produce una serie de efectos indeseados en el cuerpo, afectando una serie de garantías que van más allá de la integridad física, abarcando el derecho a un medioambiente libre de contaminación, así como el derecho de reunión.

Sin embargo y a pesar de lo invasivo y lesivo de este armamento químico y de la cotidiana exposición de la población a este, se trata de un tema de escaso desarrollo doctrinario, donde poco se ha dicho sobre cómo está regulado el uso de los gases lacrimógenos y si esta forma de regulación es adecuada y concordante con una sociedad democrática.

Es por esto que la presente investigación busca adentrarse en la temática, y analizar el tratamiento normativo que se les da a estos químicos, ante las reiteradas denuncias de abuso policial y uso indiscriminado de estos gases que se vienen reportando años atrás. Además – y si bien esta investigación se inicia meses antes de la revuelta social del 18 de octubre de 2019 – urge analizar la normativa vigente dadas las generalizadas violaciones a los derechos humanos cometidas desde fines de octubre de 2019 en adelante, en donde el uso intuitivamente impropio de gases lacrimógenos ha producido lesiones de diversa índole, incluso ceguera permanente.

La hipótesis del presente trabajo es que la actual regulación del uso de gases lacrimógenos es inadecuada – en tanto atentaría contra el principio de legalidad (reserva de ley), el principio constitucional de proporcionalidad y el estándar internacional – así como también ineficiente.

Además, esta forma de regulación tendría consecuencias criminológicas y penales que perpetúan la reproducción de la violencia y la comisión de delitos.

El objetivo general de la presente tesis es realizar un análisis crítico de la actual normativa con miras a determinar los límites al uso del armamento, la cual se comparará con la normativa internacional, y se contrastará a la luz de los principios de legalidad y proporcionalidad en la limitación de garantías fundamentales. También, se recurrirá tanto al Análisis Económico del Derecho Administrativo para determinar la eficiencia de esta forma de regulación, así como al Análisis Económico del Derecho Penal para determinar posibles consecuencias criminológicas. Para cumplir dicho objetivo, se presenta una investigación descriptiva, teórica y documental, que se valdrá del método exegético para el análisis de determinadas disposiciones legales y protocolares, analítico para la descomposición del fenómeno normativo en distintas partes, deductivo – yendo del principio a la norma – e inductivo – analizando la concordancia de particularidades con fenómenos estructurales.

Así, en el Capítulo I, luego de algunas precisiones conceptuales, se expondrá el panorama normativo tanto nacional como internacional aplicable, así como una breve comparativa entre ambos estándares.

En el Capítulo II, se revisará la regulación expuesta con anterioridad a la luz del principio constitucional de legalidad

En el Capítulo III, se analizará tanto la regulación como el balance realizado por la autoridad que defiende el uso de gases, considerando un criterio de eficiencia, valiéndose del Análisis Económico del Derecho Administrativo.

Luego, en el Capítulo IV, el contraste es realizado a la luz del principio de proporcionalidad en la limitación a las garantías fundamentales.

En el Capítulo V, se buscará determinar las consecuencias criminológicas de esta forma de regulación, valiéndose del Análisis Económico del Derecho Penal, analizando los distintos modelos de intervención policial.

Finalmente, en el Capítulo VI se expondrán una serie de fenómenos tanto jurídicos como no jurídicos que rodean esta clase de panoramas normativos, buscando otorgar una comprensión más completa del objeto de estudio.

Capítulo I: Regulación nacional e internacional aplicable

1. Consideraciones previas

1.1. Gases lacrimógenos

Como “gases lacrimógenos” entenderemos a una familia de compuestos químicos, dentro de los cuales tenemos al CS (o-clorobenzolideno malononitrilo), al gas CN (1-cloroacetofenona), CR (dibenzoxacepina) y OC (oleorresina de capsicum o gas pimienta) como los más utilizados para el control de disturbios y el mantenimiento del orden encargado a las policías. De estos mencionados, el gas CS, o *CS sry* en el entendimiento de que en estricto rigor se trata de un sry particulado y no un gas propiamente tal¹, sería el más utilizado por fuerzas de orden y seguridad a nivel comparado como mecanismo antidisturbios, los cuales *“pueden encontrarse en distintos estados (principalmente líquido y polvo) y emplearse a través de distintos medios de distribución, desde granadas de mano de corto alcance hasta medios de distribución masiva como son generadores de humo y difusores, lanzadores de municiones múltiples, lanzadores automáticos de granadas, granadas propulsadas por cohetes, morteros, municiones aéreas de largo calibre, bombas de racimo y lanzadores integrados a vehículos aéreos y terrestres.”* Sin embargo y para evitar confusiones, en adelante nos referiremos al *CS Sry* como “gas lacrimógeno”, “gas CS” o simplemente “gas”.

1.2. Sintomatología

El uso de este armamento tiene un objetivo esencialmente incapacitante respecto del sujeto al cual se aplica, pudiendo constatarse que entre sus efectos *“manifestaciones clínicas importantes son poco esperadas, no pasan de ser irritantes de los ojos y la piel, los síntomas incluyen fotofobia, conjuntivitis, edema periorbitario, laringoespasma, formación de bulas y edema subcutáneo.”*²

Sin embargo, dichos síntomas son consecuencia directa de una aplicación o uso **correcto** de los gases lacrimógenos, considerando una exposición mínima con rápida evacuación del sitio de exposición, el cual deberá tratarse de un espacio abierto que no permita superar una concentración superior a los 5.000 mg/m³.

¹ Kari Blaho y Margaret M Stark, “Is CS spray dangerous?” *BMJ* 321, (Julio 2000): 46.

² Alejandro Rísquez, “Usos y abusos de los gases lacrimógenos y la salud: prevención y manejo”, *Med Interna (Caracas)* 29 no.4 (2013): 242.

Es decir, la caracterización y definición de este armamento como uno no letal, incapacitante solo temporalmente, y cuyos efectos desaparecen poco tiempo después de verse expuesto el organismo (razón por la cual es utilizada como “arma antidisturbios”), dependen de un tipo de aplicación en concreto, la cual requiere condiciones ambientales determinadas – espacio abierto – y un límite en la concentración del químico – relación cantidad/espacio físico.

Si por el contrario nos encontrásemos con un uso **incorrecto**, o indebido (en relación a como está pensada la utilización del gas al momento de su creación) las descripciones sintomáticas son por decirlo menos, distintas:

"Características clínicas de la exposición aguda a los GL

- **Ojos:** lagrimeo profuso, sensación quemante, blefaroespasma, fotofobia, edema de la córnea. Se pueden complicar con queratitis, erosión corneal y hemorragia intraocular. Secuelas potenciales cataratas y glaucoma.
- **Tracto respiratorio:** rinorrea severa, estornudos, tos, disnea, faringitis, bronquitis y traqueitis. Potenciales complicaciones: bronco espasmo, hipoxemia, edema pulmonar tardío. Secuelas: disfunción reactiva de las vías aéreas o asma.
- **Sistema cardiovascular:** Hipertensión. Complicaciones potenciales: falla cardíaca, hemorragia cerebral.
- **Piel:** rash, edema, eritema, ampollas. Complicaciones: dermatitis irritativa, edema facial, exacerbación de la dermatitis. Secuelas: dermatitis alérgica.
- **Tracto digestivo:** irritación bucal, salivación excesiva, odinofagia, dolores abdominales, diarrea, náusea y vómitos. Complicaciones: toxicidad hepática.
- **Sistema nervioso:** temblores, agitación y ansiedad. Potenciales complicaciones: trastorno de ansiedad generalizado y/o pánico.

Estos síntomas son aumentados por el calor y la humedad. Estos signos y síntomas duran de pocos minutos a algunas horas, dependiendo del grado y tiempo de exposición al gas.

Inhalaciones intensas de CS en el tracto respiratorio han demostrado su capacidad de producir neumonitis química y congestión pulmonar fatal. También se han registrado casos de insuficiencia cardíaca, daño hepatocelular y muerte en adultos. En casos de quemaduras por

contacto se han producido sensibilizaciones con dermatitis por contacto. Algunos de los agentes CS son potencialmente tóxicos a nivel genético.”³

1.3. Breve reseña histórica

El armamento en cuestión ha tenido una evolución histórica caracterizada por una creciente popularidad a partir del periodo post guerra, volviéndose la herramienta predilecta de las fuerzas policiales alrededor del mundo para el control de disturbios y/o represión de manifestaciones⁴, dado su carácter disuasivo e incapacitante a gran escala – puesto que el gas suele transmitirse a través del aire mediante el disparo de granadas (u otros medios similares) que lo esparcen. De esta tendencia también forman parte las fuerzas policiales chilenas, en particular Carabineros de Chile, quienes tienen al gas CS como parte de su armamento no letal, siendo conocida su utilización de forma frecuente por parte de Fuerzas Especiales en la dispersión de manifestaciones, protestas, disturbios, etc. en aras del mantenimiento del orden público.

En ese contexto resulta relevante el Informe Anual del Instituto Nacional de Derechos Humanos del año 2011, en donde se contiene un apartado dedicado específicamente al uso de bombas lacrimógenas dentro de las “Situaciones de violencia policial en el marco de las manifestaciones”. Allí, se reporta un uso indiscriminado de este mecanismo, dando cuenta de numerosas situaciones de abuso policial relacionadas con un uso lesivo, indebido y abusivo de dichos gases, tales como lanzamientos en lugares cerrados o residenciales, impacto por lanzamiento directo al globo ocular, intoxicación de niñas, niños y tercera edad. Esto tanto en el contexto de movilizaciones relacionadas con el “Movimiento estudiantil”, como también aquellas realizadas por los habitantes de la localidad de Dichato con el objetivo de conseguir una efectiva política de reconstrucción a raíz de los destrozos ocasionados por el terremoto 8.8 de febrero de 2010.⁵ También, resulta de suma relevancia el “*Informe Anual 2019: Situación de los Derechos Humanos en Chile en el Contexto de la Crisis Social*” del Instituto Nacional de Derechos humanos, el cual recoge una importante cantidad de denuncias de violaciones a derechos humanos, varias relacionadas con el uso de gases lacrimógenos, hasta el 30 de noviembre de 2019 en el contexto de la crisis experimentada a partir del 18 de octubre del mismo año, donde se reportan usos indiscriminados de manera generalizada, lanzamiento

³ Rísquez, “Usos y abusos de los gases,” 244.

⁴ Felipe Muñoz, “El uso de gases lacrimógenos en Chile: Normativa internacional y nacional vigente y jurisprudencia reciente”, *Estudios Constitucionales* 14 no.1 (Julio 2016): 223.

⁵ Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Informe anual 2011: Situación de los Derechos Humanos en Chile* (Chile, 2011), 80.

de gases mediante disparos directos al cuerpo, además de ataques contra no manifestantes como fotógrafos, equipos médicos, etc.⁶

2. Regulación nacional aplicable

Al tratarse – el uso de gases lacrimógenos – de un mecanismo invasivo de efecto indiscriminado (por ser gaseoso en cuanto a su estado de la materia, no solo afecta a quien comete ilícitos, sino también a manifestantes y meros transeúntes o habitantes no relacionados con la protesta) que afecta tanto la integridad física (incapacidad temporal producida), como el derecho a un medioambiente libre de contaminación, así como el derecho a la protesta mismo, entre otros, el análisis será teniendo siempre como foco la búsqueda de estándares (y modalidades) claros y objetivos respecto a su uso, esto considerando también que el carácter temporal y seguro del uso de gases va acompañado de un correlato de personal capacitado, entrenamiento, y uso **adecuado**.⁷

Ley y protocolos aplicables:

Al adentrarnos en la normativa nacional, resultan relevantes los siguientes cuerpos normativos:

- Ley 17.798 sobre control de armas.
- Decreto N°83, del Ministerio de Defensa Nacional del 22 de febrero de 2007.
- Resolución N°9.080, del 30 de abril de 1999, emitida por la Dirección General de Movilización Nacional.
- Circular N°1832 del 1 de marzo de 2019, de la Dirección General de Carabineros, que norma el uso de la fuerza.
- Orden General N°2635 del 1 de marzo de 2019, de la Dirección General de Carabineros, que aprueba “Protocolos para el Mantenimiento del Orden Público”.

2.1. Ley 17.798 sobre control de armas

Primeramente, deberemos detenernos en la ley que establece el control de armas publicada el año 1972, donde podemos encontrar lo principal en materia de regulación del uso de este armamento. En la referida ley se establece una prohibición genérica a la posesión o

⁶ Instituto Nacional de Derechos Humanos, “Informe anual 2019: Situación de los Derechos Humanos en Chile en el Contexto de la Crisis Social” (Diciembre 2019[citado el 20 de diciembre de 2019] Biblioteca digital): disponible en <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1701/Informe%20Final-2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

⁷ Blaho y Stark, *Is CS spray dangerous?* 46.

tenencia de una serie de armamento, con el objetivo de conseguir el monopolio de todo aquel armamento que resulte peligroso⁸. Esto se establece en su artículo 3°, en paralelo con el debido control de las armas que serán permitidas a la población civil. Así, en lo que a este análisis respecta, en su segundo inciso se establece que: *“ninguna persona podrá poseer o tener artefactos fabricados sobre la base de gases asfixiantes, paralizantes o venenosos, de sustancias corrosivas o de metales que por la expansión de los gases producen esquirlas, ni los implementos destinados a su lanzamiento o activación”*.

Sin embargo, en el inciso 4° del referido artículo 3° se establece una excepción a esta prohibición general, excepción que incluye a Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones, Gendarmería, etc. en el siguiente sentido: *“se exceptúa de estas prohibiciones a las Fuerzas Armadas y a Carabineros de Chile. La Policía de Investigaciones de Chile, Gendarmería de Chile y la Dirección General de Aeronáutica Civil, estarán exceptuadas sólo respecto de la tenencia y posesión de armas automáticas livianas y semiautomáticas, y de disuasivos químicos, lacrimógenos, paralizantes o explosivos y de granadas, hasta la cantidad que autorice el Ministro de Defensa Nacional, a proposición del Director del respectivo Servicio. Estas armas y elementos podrán ser utilizados en la forma que señale el respectivo Reglamento Orgánico y de Funcionamiento Institucional”*.

De esta manera se consagra el monopolio anteriormente aludido respecto a la posesión y tenencia de este armamento, otorgado mediante esta excepción a Carabineros de Chile y delegándose – sin distinción en el tipo de arma – la forma o modalidad en la que podrán ser utilizadas a otra norma de inferior jerarquía (reglamentaria), quedando estas materias a cargo del *“respectivo Reglamento Orgánico y de Funcionamiento Institucional”* siendo omitidas totalmente en la ley.

2.2. Decreto N°83, del Ministerio de Defensa Nacional

En el mencionado Decreto, que aprueba el reglamento complementario de la Ley 17.798 sobre control de armas y elementos similares, nos encontramos con una serie de disposiciones que vienen a detallar aspectos técnicos del control de armas, artefactos comprendidos, establecimiento de nóminas actualizadas, clasificaciones y especificaciones respecto a la prohibición, en donde se refieren a los gases lacrimógenos en sus artículos 3°, 16°, 203°, 204° y 205°. Sin embargo, no hay ninguna mención a las modalidades, estándares, o el “cómo” o con qué criterio debe ser utilizado el armamento. Si volvemos a la ley 17.798, donde se

⁸ Historia de la Ley 17.798, discusión en Sala con fecha 19 de julio de 1972, cámara del Senado.

establece que “[e]stas armas y elementos podrán ser utilizados en la forma que señale el respectivo Reglamento Orgánico y de Funcionamiento Institucional”, nos encontramos con que esta delegación al reglamento respectivo no es complementada en lo que respecta al contenido de modalidades o directrices de utilización, generándose un doble vacío según será explicado con posterioridad.

2.3. Resolución N°9.080, del 30 de abril de 1999, emitida por la Dirección General de Movilización Nacional

Respecto a la referida resolución, titulada “Dicta Normas Sobre Elementos de Autoprotección Lacrimógenos y Eléctricos” nos encontramos con menciones expresas a los gases lacrimógenos en su parte resolutive, en donde se establece la prohibición de tenencia, uso, comercialización e importación de elementos lacrimógenos (específicamente los dos primeros gases mencionados en la sección I.1.1. del presente trabajo). Sin embargo, también nos encontramos con la ausencia de toda condición de uso, modalidad o “forma” en la que “podrán ser utilizados”. A este respecto llama la atención la siguiente disposición:

“a. Elementos Lacrimógenos:

2) Queda prohibida la tenencia, uso, comercialización e importación por parte de personas naturales o jurídicas, de elementos lacrimógenos elaborados sobre la base de Ortoclorobenzolmalononitrilo (CS) y Cloroacetofenona (CN), o cualquier otro producto químico cuya finalidad sea destinada a producir efectos fisiológicos en las personas. Asimismo, se prohíben aquellos elementos destinados a producir efectos vomitivos, asfixiantes, paralizantes, laxantes o de similares efectos. Solamente se exceptúan de esta prohibición las instituciones a que hace expresa mención la Ley N° 17.798 y en las condiciones allí indicadas”.

Como podemos ver, además de lo ya expuesto en el párrafo anterior, se contiene una mención en su segmento final que se refiere a la excepción contenida en el inciso 4° del artículo 3° de la Ley de control de armas, extendiendo esta, a la hipótesis de la resolución misma, pero **en las condiciones allí indicadas**.

De esta forma nos encontramos con un nuevo reenvío a la Ley, la cual mediante mutua imputación entre ley y reglamento no parece satisfacer nuestra búsqueda.

2.4. Circular N°1832 del 1 de marzo de 2019, de la Dirección General de Carabineros, que norma el uso de la fuerza

Dado el vacío normativo anteriormente expuesto, y ante la necesidad de establecer lineamientos para la utilización del armamento, esta laguna viene a ser completada específicamente por la reglamentación interna de Carabineros de Chile, mediante la dictación de los “Protocolos para el Mantenimiento del Orden Público”. Estos, sin embargo, deben ser leídos teniendo presente la Circular N°1832 aludida, que establece las directrices respecto al uso de la fuerza

Dicho reglamento, establece en lo medular tanto los principios básicos para el uso de la fuerza, el “modelo” para el uso de esta, así como los lineamientos para el uso de armas “potencialmente letales”.

En la sección “III. PRINCIPIOS PARA EL USO DE LA FUERZA” el reglamento señala cuatro principios fundamentales a los que se deberá ceñir el uso de la fuerza, a saber:

- **Principio de Legalidad:** Según el cual su uso debe cumplir los requisitos de estar amparado en la legislación nacional, en el cumplimiento de un deber y mediante métodos y medios “*que hayan sido previamente autorizados por Carabineros*”.
- **Principio de Necesidad:** El cual señala que deben utilizarse “*en la medida de lo posible*” medios no violentos antes de utilizar la fuerza, recurriendo a esta ante la ineficacia de los primeros para la concreción del “*resultado previsto*”. Destaca al final, el uso de la fuerza como último mecanismo “*frente a la resistencia de un sujeto sometido al control o a la acción de Carabineros o para repeler una agresión ilegítima*”
- **Principio de Proporcionalidad:** Que establece tanto un deber de equilibrio entre el grado de resistencia (o agresión) al Carabinero, y la intensidad de la fuerza que debe aplicarse para someter a control policial; así como un límite al uso de la fuerza, el cual estaría determinado por el daño que se pretende evitar (además de un deber de consideración hacia las características particulares de la persona que pretende ser controlada).
- **Principio de Responsabilidad:** En el cual se señala que el uso de la fuerza fuera de los márgenes legales conlleva la responsabilidad de los “mandos llamados a dictar órdenes” dado su deber de control y supervisión de los tres principios anteriormente mencionados.

Por su parte, la sección “IV. USO DIFERENCIADO Y GRADUAL DE LA FUERZA” establece tanto los distintos niveles de cooperación con el control policial y el orden público, así como los distintos niveles de fuerza que funcionarios de Carabineros deban emplear. Estos se ven sintetizados en el siguiente cuadro denominado “*Modelo para el uso de la fuerza policial de Carabineros*”, y se señala que su funcionamiento no es lineal, sino que responde

al nivel de resistencia o cooperación de la persona sujeta a control, así como también la permanente necesidad de diálogo.

Figura 1: Modelo para el uso de la fuerza policial de Carabineros

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 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

Del presente modelo llama la atención la indefinición del concepto de “medios reactivos” (los cuales están habilitados a utilizar a partir del nivel 3 de resistencia que no implica ningún tipo de agresión al funcionario), y que el factor determinante en el paso de medios preventivos a reactivos y por consiguiente el uso de la fuerza física es la desobediencia al funcionario. Acatar parece ser el eje central en la determinación de este esquema.

Además, los principios de legalidad, proporcionalidad, y necesidad solo son mencionados como requisitos a propósito del nivel 5 de fuerza, ausentándose en los demás.

Finalmente, en la sección “V. EMPLEO DE ARMAS POTENCIALMENTE LETALES” se establece un nuevo esquema paso a paso para el uso de este tipo de armamento, cuestión que en principio no resultaría atingente al objeto de estudio de la presente investigación. Sin embargo, se utilizan los conceptos “arma (o fuerza) potencialmente letal” y “arma de fuego” como indistintos, tratamiento que puede resultar problemático toda vez que el empleo de disuasivos químicos tiene una regulación aplicable distinta al de las armas de fuego, a pesar de que los gases lacrimógenos pueden ser utilizados mediante el este tipo de armas como la Carabina Lanza Gases.

2.5. Orden General N°2635 del 1 de marzo de 2019, de la Dirección General de Carabineros, que aprueba “Protocolos para el Mantenimiento del Orden Público”

Teniendo presente el marco normativo precedente, nos encontramos con los primeros lineamientos dedicados específicamente al uso de los gases lacrimógenos en el referido protocolo.

De esta manera, en la sección 2.7 que se refiere a “Empleo de Disuasivos Químicos”, estableciendo lo siguiente:

“1.- Deben existir alteraciones al orden público que se encuadren en el nivel 4 del cuadro de uso de la fuerza para Carabineros de Chile, donde se autoriza el uso de armas no letales. Para su utilización se deberá tener presente el espacio físico donde se va a hacer uso de gas (espacio abierto, cerrado, dirección de viento, etc.). En caso de que se trate de un lugar cerrado deberá procurarse la existencia de una vía que permita a los manifestantes salir de este.

2.- La autorización del uso disuasivos químicos, en cualquiera de sus estados, será responsabilidad del jefe del servicio o dispositivo, como también el motivo de su utilización, tales como la protección del personal que está siendo agredido y sobrepasado violentamente o con el fin de evitar un mal mayor.

3.- Antes del uso de disuasivos químicos, se advertirá, a lo menos tres veces por altavoces, indicando que por su seguridad hagan abandono del lugar adultos mayores, personas con capacidades diferentes, mujeres embarazadas, niños, niñas u adolescentes, u otras con notorios problemas de salud, pues Carabineros procederá a hacer uso de los elementos disuasivos. Existe prohibición de utilizar disuasivos químicos en sectores donde puedan verse afectados hospitales, consultorios, jardines infantiles o lugares de similar naturaleza, caso en el cual utilizarán otros mecanismos para reestablecer el orden público. Tratándose de

establecimientos educacionales de enseñanza básica y media, los disuasivos químicos solo se utilizarán cuando exista peligro para la integridad física de las personas o de los funcionarios policiales que intervengan en el lugar, situación que será evaluada por el jefe de servicio o del dispositivo, según corresponda.

4.- El uso de agua con líquido lacrimógeno sólo se utilizará con manifestantes que se nieguen a acatar violenta o agresiva las contenciones o despejes, se resistan a su detención o estén cometiendo graves alteraciones al orden público, con el fin de evitar el contacto físico y enfrentamientos directos o acciones de violencia.

5.- En el sector central de las ciudades estará restringido el uso de dispositivos lacrimógenos de mano y cartuchos lacrimógenos. Estos sólo se utilizarán frente a necesidades imperiosas y luego de haber utilizado los demás medios dispersores, al enfrentar una manifestación que se encuadre en el nivel 4 del cuadro de uso de la fuerza para Carabineros de Chile y de la forma estipulada en el Manual de Operaciones para el Control del Orden Público.

6.- De acuerdo a la actitud de la manifestación se hará el uso gradual de los gases con el fin de conseguir el objetivo visual y psicológico definido.”

7.- El uso de los gases lacrimógenos, en cualquiera de sus estados, será restringido ante la presencia de niños, niñas o adolescentes, mujeres embarazadas, adultos mayores, y personas con capacidades diferentes o notorios problemas de salud.

El citado protocolo nos muestra las primeras directrices o criterios para la utilización del gas lacrimógeno, ante lo cual es necesario destacar las siguientes consideraciones:

- En primer lugar, se establece como requisito las “alteraciones al orden público” sin establecerse ninguna distinción o gradación entre las distintas afectaciones que este concepto pueda tener.
- Se encomienda “observar el espacio físico” en dónde se lanzará el gas CS, pero no se establecen criterios objetivos respecto a en qué tipo espacios corresponde utilizarse y en cuales no, solo conteniéndose una vaga enunciación (“espacio abierto, cerrado, dirección de viento, etc.”). La única mención relativamente objetiva es aquella respecto a su uso en el sector central de las ciudades, donde estará “restringido” su uso.
- Las únicas otras menciones limitantes son las “necesidades imperiosas” “luego de haber utilizado los demás medios dispersores” (respecto al número 5 de la referida sección), y la mención enunciativa respecto al cuidado del entorno respecto a “hospitales, colegios, jardines infantiles y otros semejantes”.

- Resulta relevante también señalar que el punto de mayor desarrollo (Nº3) ha sido el que más se ha modificado en comparación con su antigua versión del año 2014, en donde se establecía que *“En lo posible, antes de usar disuasivos químicos deben hacerse advertencias a los infractores con el fin de dar a conocer a todo el entorno de tal situación (uso de altavoces).”*
- Además, dentro de los protocolos también se establecen las directrices para intervenir en manifestaciones, separándolas en lícitas (con y sin autorización) e ilícitas, las cuales a su vez pueden ser agresivas o violentas. La distinción (recogida por vez primera en el protocolo 2.3 “Intervenciones en Manifestaciones Ilícitas Violentas) es realizada en el siguiente tenor: *“Es violenta cuando se contravienen las instrucciones de la autoridad policial y los actos involucren la vulneración de derechos de terceros, como sería la libre circulación por las vías. Es agresiva cuando se generan daños o cuando se agrede intencionalmente a las personas o a la autoridad policial”*.

De esta forma, para pasar a considerar normativamente como violenta una manifestación, solo bastará contravenir las instrucciones de Carabineros y vulnerar derechos de terceros sin mención al tipo de afectación al derecho, y dando además de ejemplo una afectación relativamente intrínseca a la protesta como forma de expresión (afectar la libre circulación por las vías). A su vez, cualquier tipo de daño generado parece ser requisito suficiente para caracterizar una manifestación como “agresiva”. Estas calidades (violenta o agresiva) implican inmediatamente la aplicación de tácticas de **disuasión, despeje, dispersión y detención** (en ese orden según el nivel de violencia), descartando etapas previas de **diálogo y contención**.

- Por último, llama la atención la siguiente mención: “De acuerdo a la actitud de la manifestación se hará el uso gradual de los gases **con el fin de conseguir el objetivo visual y psicológico definido**”, punto sobre el que volveremos en la sección VI.3.

3. Regulación internacional aplicable

3.1. Tratados sobre gases lacrimógenos:

Las primeras aproximaciones en materia de regulación internacional relativas al uso de químicos vienen dadas por la Declaración de la Haya con fecha 29 de julio de 1899 y por el Protocolo sobre la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos, también conocido como “Protocolo de Ginebra”, el cual entra en vigor el 8 de febrero de 1928.

Dicha normativa, como es esperable, centra la regulación del uso de gases y químicos respecto a su utilización en contexto bélico, estableciendo la prohibición del uso de ese tipo de armamento en conflictos armados por considerar entre otras cosas, que tales medios para realizar la guerra serían “desleales”.

Sin embargo, el nacimiento, popularización y gran difusión del gas CS y su uso resulta posterior a estos cuerpos normativos, por lo que en un principio no podría considerarse a los gases lacrimógenos como comprendidos dentro de esta regulación.

Dicho esto, la situación de los gases lacrimógenos vino a ser considerada en 1968, en donde tras ser designado para elaborar un reporte, el Secretario General de la Asamblea General de las Naciones Unidas hizo un llamado en su reporte a la suscripción del Protocolo de Ginebra, pero con una reinterpretación de sus disposiciones de tal forma que permitiera la inclusión de los gases lacrimógenos dentro de los agentes químicos y biológicos prohibidos⁹.

El resultado de esta recomendación se concreta varias décadas más tarde mediante la suscripción de la Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, Producción, Almacenaje y Uso de Armas Químicas y sobre su Destrucción, más conocida como “Convención sobre Armas Químicas”, la cual entra en vigor el 29 de abril de 1997, la cual se encuentra ratificada por Chile.

Las disposiciones relativas a su uso, como ya se ha advertido, dicen relación con su prohibición como arma de guerra, pero se establece su permisibilidad como mecanismo para el control del orden interno. *“En consecuencia, ha de concluirse que la Convención prohíbe el uso de gases lacrimógenos contra tropas enemigas en tiempos de guerra, pero permite su uso contra la población civil en tiempos de paz”*¹⁰.

Esta tendencia resulta previsible dado el tratamiento conceptual que tiene esta clase de armas químicas, dado que son definidas por los mismos instrumentos como armas “anti - disturbios”, de tal forma que en cierto sentido se presume la eficacia del armamento para el mantenimiento del orden interno precisamente porque ese ha sido el fin con el cual se han desarrollado estos químicos, quedando entregados los criterios para su utilización a otra clase de instrumentos.

⁹ Muñoz, “El uso de gases lacrimógenos en Chile,”228.

¹⁰ Muñoz, “El uso de gases lacrimógenos en Chile,”229.

Por lo tanto, nos encontramos con una prohibición general de utilización en contexto bélico, pero con una habilitación expresa para el uso contra la población civil, lo cual representa una desregulación del uso de gases lacrimógenos respecto a su uso como mecanismo represivo de una forma bastante similar a la técnica legislativa utilizada en Chile (cuestión que puede ser explicable dado el objeto del tratado, el cual no es precisamente el resguardo de la población civil ante el actuar del poder público).

3.2. Principios de derechos humanos relativos al uso de la fuerza y armas de fuego

A pesar del panorama anteriormente descrito, no es posible afirmar que el Derecho Internacional nos deja desprovistos de respuestas en torno a esta temática, puesto que a través de diversos instrumentos se han establecido directrices relativas al uso de la fuerza por parte de los estados como mecanismo de control del orden interno. Así, los cuerpos normativos más importantes atinentes al objeto de estudio, serían el “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley”, adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169 del 17 de diciembre de 1979 y los “Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley”, adoptado por el 8° Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en la Habana, Cuba, entre 27 de agosto y el 07 de septiembre de 1990.

Ambos dos son recogidos como el marco jurídico de derecho internacional para el uso de la fuerza por parte de Carabineros en la Circular N°1832 aludida en la sección I.2.4. y son la base del desarrollo de los principios fundamentales de derechos humanos relativos al uso de la fuerza, los cuales son:

- **Legalidad (o legitimidad):** El cual implica como requisito la sujeción no solo a la legislación nacional, sino también a las normas internacionales de derechos humanos. Así también se extiende este requisito tanto a los objetivos perseguidos como a los medios empleados para conseguirlos¹¹.
- **Necesidad:** Que señala la excepcionalidad del uso de la fuerza, y su carácter de último recurso, debiendo preferirse medios no violentos y teniendo siempre presente la utilización de aquel que resulte menos lesivo independiente de la categoría en la que se encuentre, solo cuando sea estrictamente necesario para la concreción de los fines legítimos¹².

¹¹ Anneke Osse, *Entender la labor policial. Recursos para activistas de derechos humanos* (Madrid: Editorial Amnistía Internacional, 2006), 127.

¹² Osse, “Entender la labor policial,” 128.

- **Proporcionalidad:** Que establece como límite la necesidad de un equilibrio entre el beneficio buscado por un ejercicio legítimo de la fuerza, y el daño a causar, prohibiéndose el uso de aquella fuerza cuyo daño exceda los beneficios deseados. “*En consecuencia, exige que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se abstengan de usar esa fuerza y – en última instancia – acepten que el objetivo legítimo no podrá lograrse.*”¹³
- **Responsabilidad:** El cual establece la necesidad de mecanismos institucionales que permitan rendición de cuentas para establecer las responsabilidades tanto individuales como de mando, debiendo instaurarse “*procedimientos adecuados de prestación de informes y revisión*”¹⁴.

Los hasta ahora mencionados se encontrarían recogidos en la normativa aplicable a Carabineros mediante las normas sobre uso de la fuerza, con algunas diferencias, sobre todo respecto a los principios de necesidad – en donde no hay mención a la preferencia por un medio menos lesivo – y proporcionalidad – en donde parece establecerse una especie de igualdad entre agresión y uso de fuerza, cuando el principio mandata un equilibrio y proporcionalidad estrictos en su uso. Sin embargo, los principios básicos no se agotan aquí, comprendiéndose también dentro del listado los siguientes:

- **Penalización de la fuerza ilegítima**
- **Prestar asistencia tras un incidente**
- **Instrumentos de coerción**
- **Responsabilidad de la fabricación y despliegue de armas incapacitantes no letales**
- **Selección y capacitación de funcionarios que empleen armas de fuego**
- **Subsidiariedad**¹⁵

¹³ Amnistía Internacional, *Uso de la fuerza. Directrices para la aplicación de los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley* (Madrid: Centro de Lenguas de Amnistía Internacional, 2016), 16.

¹⁴ Osse, “Entender la labor policial,” 127.

¹⁵ Osse, “Entender la labor policial,” 128-129.

Capítulo II: Principio de Legalidad

El panorama normativo anteriormente expuesto adolece de una serie de defectos según ha sido identificado por el profesor Fernando Muñoz en una de las primeras aproximaciones académicas en torno a esta materia, a raíz de lo cual se analizará la adecuación o inadecuación de la regulación con la carta fundamental, a la luz del principio constitucional de legalidad como principio aplicable a las limitaciones a garantías fundamentales.

Primeramente, a nivel legislativo nos encontramos con una serie de reenvíos en torno a las ya mencionadas modalidades, formas de utilización o criterios orientadores respecto al uso de este armamento, en donde tanto ley como reglamentos hacen alusión a las mismas sin establecer su contenido, generándose por lo tanto un vacío normativo producto de este reenvío cíclico o “bucle” normativo de acuerdo con la tesis del profesor Muñoz¹⁶.

Siguiendo esta línea, se propone también que la regulación actual atentaría contra el principio constitucional de legalidad o principio de reserva legal, por razones de jerarquía normativa, aunque también se analizará si esta resulta deficiente por razones de fondo relacionadas con la imprecisión de las reglas. Para esto primeramente nos detendremos en el concepto del principio de reserva legal

1. Concepto

Dicho principio es definido por Ignacio De Otto de la siguiente manera: *“Hay reserva de ley cuando un precepto constitucional exige que sea la ley la que regule una determinada materia. En tal caso la materia reservada queda sustraída por imperativo constitucional a todas las normas distintas de la ley, lo que significa también que el legislador ha de establecer por sí mismo la regulación y que no puede remitirla a otras normas distintas, en concreto al reglamento”*¹⁷, y tiene su fuente formal en los artículos 19N°26, 63N°20 y 64 inciso 2°, en donde se encomienda a la ley en tanto manifestación de la voluntad soberana todas aquellas materias que dicen relación con la limitación o complemento a los derechos fundamentales consagrados por la carta fundamental: *“Así, se entiende que la reserva de ley es una expresión propia del principio democrático, en la medida que expresa la deliberación de un parlamento que es*

¹⁶ Muñoz, “El uso de gases lacrimógenos en Chile,” 232.

¹⁷ Ignacio De Otto, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. (Barcelona: Ariel, 1987), 151.

*representante directo del pueblo soberano, en el que está representado todo el cuerpo social*¹⁸.

Más allá de la discusión acerca de la existencia de un principio de reserva general de ley y su cohabitación con reservas específicas, respecto al contenido esencial de los derechos fundamentales podemos establecer que *“[l]a reserva de ley en materia de derechos fundamentales significa que, por un lado se “reserva” en exclusiva al órgano legislativo democrático la regulación de los derechos fundamentales y, al mismo tiempo, se limita su margen de autonomía en la normación de dichas materias, quedando de cierta forma obligado a regularlas y a hacerlo, además, dentro de la densidad normativa y con el contenido esencial y mínimo que se exija en las normas constitucionales.*¹⁹

Así, podemos desprender de este principio un deber, de acuerdo con las materias encomendadas por la Constitución, de regular mediante la ley, mecanismo que tiene la exclusividad y la obligación de normar en materia de derechos fundamentales, pudiendo entenderse un deber de carácter sustantivo – *dentro de la **densidad normativa** y con el contenido esencial y mínimo que se exija en las normas constitucionales* –, así como uno de carácter más bien adjetivo que dice relación con la jerarquía normativa dentro del ordenamiento jurídico que debe tener la norma. En otras palabras *“además de una reserva material de ley lleva a una reserva formal, en tanto la regulación de derechos no puede contenerse en cualquier norma de rango legislativo, sino solo en legislación emanada del parlamento.*²⁰

Sin embargo, cabe mencionar que si bien en el sistema constitucional Chileno no es clara la existencia de un estándar de intensidad normativo fijo o determinado, si lo es la existencia de la obligación de la determinación de un contenido mínimo o esencial *“permitiendo que la ley sea concebida con una alta capacidad descisoria-normadora, en cuanto a mérito y determinación de la intensidad normativa, poder que se encuentra limitado en principio por la garantía del contenido esencial y por otro lado por no incurrir en una remisión normativa de tal entidad que deslegalice la regulación del derecho fundamental y por ende eluda la garantía de reserva de ley”*.²¹

¹⁸ Rodrigo Pica, “Aspectos teóricos y jurisprudenciales en torno a la reserva legal de regulación y limitación en materia de Derechos fundamentales” *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 20, no. 1 (2013): 198

¹⁹ Pica, “Aspectos teóricos y jurisprudenciales en torno a la reserva legal,” 204

²⁰ Pica, “Aspectos teóricos y jurisprudenciales en torno a la reserva legal,” 199

²¹ Pica, “Aspectos teóricos y jurisprudenciales en torno a la reserva legal,” 208

Como ya se pretendió esbozar en la primera sección de este trabajo, el uso de los gases lacrimógenos representa una vulneración de derechos fundamentales primero de carácter intuitiva respecto a la incapacidad temporal misma producida por el efecto precisamente perseguido por estos compuestos químicos y su reacción con el organismo, pero también una quizás menos intuitiva como lo es la afectación a una serie de garantías fundamentales como lo son la libertad de tránsito, libertad de reunión, derecho de protesta, y medioambiente libre de contaminación.

Por su parte, respecto al alcance de concepto, la Corte Interamericana se ha pronunciado a través de su opinión consultiva: *“La Corte IDH, para ejemplificar el alcance de la expresión ley en relación al principio de legalidad, cita el artículo 4 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano del año 1789, el cual señala que “La libertad consiste en poder hacer todo lo que no perjudica a otro; así, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene otros límites que los que garantizan a los demás miembros de la sociedad el goce de esos mismos derechos. Estos límites sólo pueden ser determinados por la Ley”. Es decir, para que se restrinja un derecho fundamental, esta restricción debe ser por ley, pero el fundamento mismo de aquella sólo se justifica por la lesión de otro derecho fundamental.”*²²

Así las cosas, e independiente de las justificaciones en función de la ponderación de intereses legítimos que pueda existir (Libertad de expresión vs. Orden público, por ejemplo), es que la acción por parte del Estado mediante mecanismos lesivos de garantías constitucionales debe estar sujeta o establecida y detallada en la Ley, esto en virtud de las disposiciones constitucionales contenidas en el artículo 19 N°26 de la carta magna, que establece las “materias de ley”. La garantía del principio de legalidad supone entonces un respeto a la potestad reglamentaria y legislativa, así como a la distribución de competencias establecida en la Constitución.

2. Contenido en relación al uso de gases lacrimógenos

Respecto al contenido de la reserva misma en materia del uso del gas CS, Muñoz plantea que se puede encontrar una respuesta en virtud del artículo 63 N°20 de la Constitución (“norma de carácter general y obligatoria que estatuya las bases esenciales de un ordenamiento jurídico”), según el cual *“la ley debiera establecer las bases esenciales que regulen el uso de gases lacrimógenos y otros implementos similares, determinando las hipótesis que autorizan*

²² Nicoll Rojas y Diana Valdés, “Constitucionalidad de la tendencia legislativa penal en materia de Orden Público: Análisis de proyectos de ley años 2010-2012” *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas* 2 no. 2 (Julio 2013) citando a Opinión consultiva 6/86, Corte Interamericana de Derechos Humanos (1986), considerando 24, p. 6 – 7.

*el uso de tales gases, los procedimientos previos a su utilización, y los criterios con los cuales se habrán de utilizar*²³ Dada la gravedad de la intromisión, también debiese contener criterios de racionalidad y proporcionalidad en su uso, o al menos directrices orientadoras en estas materias.

Por último, plantea que, para ajustar la normativa al orden constitucional, deberá considerarse también el artículo 103, que exige que al referirse al uso de "armas u otros elementos similares", la regulación debiese además cumplir con el estándar formal de ley de quórum calificado.

De esta manera, podemos identificar una serie de falencias de la actual técnica legislativa-reglamentaria a la luz de este principio, a saber:

- Vacío legal a través de mutuo reenvío entre ley y reglamento.
- Reenvío de la ley a la potestad reglamentaria de la mano con
- Ausencia de todo criterio orientador en la ley respecto a las formas de uso del armamento.
- Formas de uso determinadas por reglamentos internos de Carabineros de Chile ante un deber de regulación mediante una ley de quórum calificado.

Finalmente llama la atención que ante el vacío normativo y los problemas normativos tanto formales como sustantivos esgrimidos, la única solución (dado que las policías requieren criterios ordenadores para su actuar que puedan ajustar a situaciones concretas a las cuales se enfrentan) sea la auto dictación de normativa. Esto nos trae a un problema adicional a la colisión con el principio. Y este sería, el problema formal detrás del control del actuar estatal en tanto poseedor del monopolio de la fuerza: a la luz del principio democrático, nos encontramos con que el único límite, criterio ordenador, modalidad de actuación o estándar a cumplir con el que se enfrentan los funcionarios de Carabineros de Chile, viene dado por la normativa auto-dictada.

Así, según lo expuesto en relación con el contenido y la importancia del principio de reserva legal (ausencia en este caso de "*deliberación de un parlamento que es representante directo del pueblo soberano*") esta "técnica" normativa se encuentra desprovista de todo control de carácter democrático, cuestión característica de la Ley en tanto manifestación de la voluntad soberana emitida por el poder del estado correspondiente; no existe ningún canal de incidencia

²³ Muñoz, "El uso de gases lacrimógenos en Chile," 230.

de la ciudadanía en esta regulación, ni control por parte de otros organismos estatales, por tanto se trata de una normativa dictada por Carabineros para Carabineros, lo cual a todas luces resulta un mecanismo de control o límite ineficiente a la hora de normar limitaciones a las garantías fundamentales otorgadas por la Constitución.

“Efectivamente, no hay mayor regulación que ésta en nuestro ordenamiento y desde ya vale la pena llamar la atención en cuanto a que se trata de un protocolo de elaboración interna de la entidad policial. Su contenido, en consecuencia, es determinado de manera autónoma por la institución.”²⁴

Capítulo III: Eficacia de la regulación

Si bien la regulación nacional, en lo que se ha expuesto hasta el momento, adolecería una serie de falencias, la autorización entregada a las fuerzas de orden respecto al uso del gas CS no responde en principio a un mero capricho, sino a un interés supuestamente legítimo de defensa de bienes jurídicos tales como la seguridad y el orden públicos. De esta manera el uso de este mecanismo se configura evidentemente como medio para un fin y no un fin en sí mismo, toda vez que se representa como un mal “menor” pero necesario (su popularidad deviene precisamente de su efecto incapacitante temporal y de una dudosa falta de secuelas) como respuesta a las alteraciones al orden público, comisión de delitos como destrucción a la propiedad privada y pública, entre otros actos característicos del vandalismo con ocasión – principalmente – de manifestaciones o protestas masivas.

Cabe entonces preguntarse ¿Es eficiente esta forma de regulación? ¿Persigue el bien deseado (detener las alteraciones al orden público) de la manera más eficaz? ¿Cuál es el detalle del balance realizado por quienes respaldan el uso del gas CS?

1. Análisis Económico del Derecho Administrativo

El Análisis económico del Derecho Administrativo – más allá de las consideraciones respecto a esta metodología²⁵ – nos ayudará a responder estas preguntas y a establecer si

²⁴ Pascual Cortés, “La regulación del uso de gases lacrimógenos como reacción frente a la protesta: aproximación crítica desde el análisis económico del derecho administrativo”, *Derecho y Crítica Social* 3 no.2 (noviembre 2017): 218.

²⁵ “Así, se busca proponer un modelo analítico que permita evaluar una determinada facultad policial –el uso de gases lacrimógenos para reprimir protestas sociales– como medio para maximizar una determinada finalidad, identificando todos los costos y externalidades involucradas, revisando la distribución que de éstos hace su regulación actual. Este análisis puede a la

realmente es eficiente este uso, dada la cantidad de recursos materiales y humanos, así como las afectaciones eventuales a derechos fundamentales. Sin embargo, para hacer una correcta valoración debemos detenernos primeramente en el concepto de protesta social:

1.1. Esquema jurisprudencial

Continuando esta línea, en relación con la ponderación de bienes jurídicos, Muñoz esquematiza las posturas jurisprudenciales recientes a la fecha de su trabajo (2016) que se pronuncian sobre el uso de gases lacrimógenos en relación con las líneas argumentales seguidas:

- A. Sentencias que respaldan el uso de gases lacrimógenos, bajo argumentos:
 - a. *Procedimentales*, a saber, se niegan a restringir el uso de gases lacrimógenos arguyendo una limitación en el instrumento procesal (acción de protección e inaplicabilidad por inconstitucionalidad) utilizado.
 - b. *Textualistas*, es decir, consideran que la sola autorización abstracta contenidas en los artículos 3° y 4° de la Ley sobre Control de Armas, así como la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros, el Decreto Supremo N°1086 de 1983 y el artículo 101 inciso 2° de la Constitución, es más que suficiente para considerar el actuar de Carabineros como dentro de las funciones que les son propias, en los casos concretos sometidos a análisis.
 - c. *Substantivas*, en tanto efectúan una ponderación de bienes jurídicos, esgrimiendo las razones que consideran en su balance para estimar justificado el uso de gases lacrimógenos, evidenciando qué valores son dotados de mayor jerarquía dado el juicio moral que realizan los sentenciadores. Se consideran entonces bienes superiores la propiedad y el orden público.

- B. Sentencias que cuestionan el uso de gases lacrimógenos, en función de:
 - a. El interés superior del niño.
 - b. La prohibición de la violencia policial excesiva.²⁶

Para cumplir el propósito de esta sección nos centraremos en el punto A.c. del esquema (argumentación *substantiva*), dejando de lado por el momento los puntos A.a (por

vez contribuir a una crítica a la actual regulación así como iluminar un nuevo horizonte normativo para la utilización del dispositivo en cuestión.”

Cortés, “La regulación del uso de gases lacrimógenos,” 202.

²⁶ Muñoz, “El uso de gases lacrimógenos en Chile,” 234-243.

restarse la misma judicatura a realizar un análisis respecto al fondo), A.b. (por solo dar razones de texto, dado que *“esta línea argumentativa yerra al identificar permisión con discrecionalidad no constreñida”*²⁷, puesto que considerando los vacíos ya expuestos *“una actividad no reglada no equivale a una actividad discrecional en la medida en que haya principios que rijan en la materia”*²⁸) y B.a. (puesto que manifiesta un análisis escaso similar a los argumentos textualistas sin poder vislumbrar criterios para la utilización – o prohibición del uso – del gas). El punto B.b. será recogido con posterioridad.

Sin embargo, para la realización de un correcto balance primero deberemos detenernos en el punto siguiente:

1.2. Análisis de la protesta como valor

A efectos del análisis, resulta relevante poner el foco, aunque sea brevemente, sobre este elemento y su deseabilidad; debiendo entonces necesariamente diferenciarse del concepto de desórdenes públicos a pesar de que ambos parezcan tener un tratamiento similar o indistinto por parte de la regulación del gas CS.

En ese sentido, el ejercicio de la protesta si bien se relaciona fácticamente con los desórdenes públicos por razones más bien de corte sociológico, no es lo mismo, en tanto su fin está íntimamente conectado con las garantías de libertad de expresión y libertad de reunión: *“El derecho a la protesta constituye el punto medio entre el derecho de petición y el derecho de rebelión: al igual que el primero, no aspira a sustituir ni al gobierno ni al régimen político, sino que pretende influir en el ejercicio mismo del gobierno; mientras que, al igual que el segundo, es de difícil positivización en cuanto tal”*²⁹. Respecto al valor de la protesta misma como ejercicio de estas garantías, adquiere relevancia como un ejercicio del principio democrático: *“la protesta, de todas maneras, se revela como una actividad tremendamente importante para toda concepción substantiva de la democracia”*³⁰. Por su parte, Robin Lipp identifica un valor en la protesta social tanto desde una perspectiva cultural como una democrática *“(…) in which protest events directly enhance the things we value about*

²⁷ Muñoz, “El uso de gases lacrimógenos en Chile,” 238.

²⁸ Muñoz, “El uso de gases lacrimógenos en Chile,” 238.

²⁹ Muñoz, “El uso de gases lacrimógenos en Chile,” 221.

³⁰ Muñoz, “El uso de gases lacrimógenos en Chile,” 222.

democracy”³¹. Respecto a esta última arista, la protesta vendría a representar un valor en tanto refuerza la democracia de al menos tres formas:

- i. Representan una oportunidad equitativa de participación en la toma democrática de decisiones (“*Protests allow individuals — particularly those with limited access to mass media—to give public voice to their preferences on a somewhat more equal footing with dominant groups.*”³²)
- ii. La protesta es el lugar central (*core loci*) para el autodescubrimiento democrático (descubrimiento de la interacción policía-masa protestante).
- iii. Llamar la atención respecto a las fallas, fracasos o desatención del estado en relación con los principios de la democracia nos acercaría al ideal de influir en las decisiones y que estas sean tomadas en observancia de estos fines.³³

De esta forma, la protesta resulta deseable a la luz del principio democrático como forma de expresión de la voluntad popular, lo cual debe tenerse en cuenta a la hora de determinar sus formas de afectación.

Siguiendo esta línea, y en atención a la inevitable afectación del orden público que en alguna medida producirá esta clase de manifestaciones, es que Cortés realiza una clasificación en torno a los distintos tipos o grados de afectación del orden público, planteando que las alteraciones lejos de ser todas homogéneas, tendrían distintas intensidades:

Así, se distingue entre:

- **Amenazas graves (Ag):** Afectación grave y evidente del orden público interno. “*Caben aquí los ataques terroristas, motines, ataques con armas de fuego o amenazas directas a la vida de particulares o funcionarios policiales*”³⁴.
- **Amenazas intermedias (Ai):** Afectaciones de carácter significativas no encuadrables dentro de afectaciones menores a la propiedad privada, pero que no resultan equiparables a ataques terroristas o un motín. “*Aquí caben ataques de mayor entidad a la propiedad privada o pública (destrucción de grandes vitrinas o semáforos, podrían*

³¹ Robin Lipp, “Protest policing in New York City: balancing safety and expression,” *Harvard Law and Policy Review* 9 (2015): 289.

³²Lipp, “Protest policing in New York City,” 289.

³³ Lipp, “Protest policing in New York City,” 290.

³⁴ Cortés, “La regulación del uso de gases lacrimógenos,” 205.

*ser algunos ejemplos) y agresiones físicas a particulares o funcionarios policiales que no impliquen el uso de armas ni pongan en peligro la vida*³⁵.

- **Amenazas menores (Am):** Daño colateral casi intrínseco en el contexto de manifestaciones masivas, *“externalidades esperables (...) como son actos de vandalismo menores, pequeñas afectaciones a la propiedad privada o bloqueo temporal del tráfico*³⁶.

Teniendo presente el tipo de mecanismo represivo sujeto a análisis (gaseoso, inhalable, indiscriminado, no focalizado, general, etc.) podemos concluir que el uso de gases lacrimógenos conlleva casi necesariamente una neutralización de la protesta misma en tanto no diferencia en su afectación entre manifestantes, no manifestantes, autores de destrozos, etc.; y que por lo tanto su utilización no resultaría proporcional, eficiente o deseable ante afectaciones menores al orden público (Am), por tanto estas resultan casi inherentes a la protesta misma y representan una externalidad de la misma.

Por otra parte, ante afectaciones de carácter intermedio (Ai) se justificaría cierto grado de intervención policial por considerarse que las afectaciones superan las externalidades esperables ante protestas masivas, pero esta intervención debiese ser *“focalizada y restrictiva*³⁷, constituyendo por tanto una excepción que permita aminorar los destrozos al mismo tiempo que se resguarda la realización de valores democráticos que constituye la protesta sin intentar atentar contra la misma en principio dado que el costo social atribuido sería superior a la ganancia (afectación al orden público no representa una gravedad que justifique neutralizar la protesta).

Por último, ante el escenario de amenazas graves (Ag), la afectación al orden público interno es tan grave que el costo social aparejado supera el valor que representa la realización de la protesta, dado que inclusive la vida misma de los manifestantes se encontraría en riesgo, razón por la cual resultaría justificada la utilización de mecanismos que neutralicen completamente la manifestación en aras del orden público y la seguridad interna, resultando esta clase de intervención eficiente o deseable.

Los escenarios descritos no excluyen por cierto la concurrencia de hechos delictuales aislados que podrían ser objeto de detenciones por parte de Carabineros.

³⁵ Cortés, “La regulación del uso de gases lacrimógenos,” 205.

³⁶ Cortés, “La regulación del uso de gases lacrimógenos,” 205.

³⁷ Cortés, “La regulación del uso de gases lacrimógenos,” 205.

Del análisis de las categorías expuestas, pareciera indicarse que el uso del gas CS dado su potencial para neutralizar completamente las manifestaciones masivas, no resultaría en principio eficiente ante amenazas menores o intermedias, sino ante amenazas graves al orden público.

1.3. Balance en defensa del uso de gases lacrimógenos

Como ya se ha adelantado, en los casos en cuestión se realiza un balance respecto a la utilización del gas lacrimógeno, en donde la atención a las alteraciones al orden público justifica el uso del armamento, considerándose que “las Fuerzas Policiales tienen la obligación de actuar cuando sean requeridos por el Ministerio Público, cuando existen disturbios y amenazas que alteren el orden público establecido”³⁸, o bien, que “Carabineros procedió resguardando, manteniendo y caracterizando el orden público alterado”³⁹.

Para dilucidar de mejor forma el balance realizado por quienes respaldan el uso del gas CS, resulta esclarecedor a ojos de Pascual Cortés el análisis del informe emitido por el Intendente de la Región de Los Ríos con ocasión de haber sido recurrido por una acción de protección que se encuadra dentro del punto A.c., cuya sentencia estima como eficiente el uso de gases lacrimógenos frente a alteraciones al orden público⁴⁰.

Así, el informe establece: “*Por tanto, si Carabineros, con el objetivo de cumplir con su deber legal utiliza una facultad que la ley le otorga en el escenario que la norma prevé, da cumplimiento íntegro al principio de legalidad contenido en el artículo 6 y 7 de la CPR. Se trata de una actuación que se encuentra dentro de sus objetivos (mantención del orden público), dirigida por quienes han sido legalmente nombrados para ello (General Constanzo), haciendo uso de facultades que el ordenamiento jurídico les entrega (uso de lacrimógenas para controlar disturbios) en la forma que ella señala (concentraciones menores del gas CS, y ello, por la simple y sencilla razón de que no afecta de modo alguno la salud o integridad física de las personas)*”⁴¹

³⁸ SCA de Temuco de 16 de diciembre de 2011, Rol N°342-2011, “Calabrano v/s Gobernación de la Provincia de Malleco”. Voto de Minoría.

³⁹ SCA de Temuco de 16 de diciembre de 2011, Rol N°342-2011, “Calabrano v/s Gobernación de la Provincia de Malleco”. Considerando 5°

⁴⁰ SCA de Valdivia de 10 de noviembre de 2011, Rol N°625-2011, “F.M.L. v/s Ministerio del Interior”.

⁴¹ Informe emitido por el Intendente de la Región de Los Ríos ante la Corte de Apelaciones de Valdivia en el caso caratulado “Muñoz, Fernando con Ministerio del Interior y Otros”, Rol N°625-2011.

Lo expuesto en definitiva sintetiza la postura que estima como eficiente el uso del gas lacrimógeno en tanto el beneficio otorgado por su utilización (capacidad de control del orden público) resulta mayor a los costos de la medida.

1.4. Aplicación del Análisis Económico del Derecho Administrativo

Del informe, así como de las apreciaciones de la Corte se desprende que dentro de las motivaciones para el uso del gas como mecanismo necesario o eficiente, junto con el mantenimiento del orden público, sería la presencia de “*grupos violentistas*” “*cortes de tránsito*” “*desmanes y destrozos*”, la característica del gas como inofensivo a mediano/largo plazo, la habilitación en virtud del principio de legalidad, y la idoneidad del mecanismo para lograr así evitar enfrentamientos más directos o violentos⁴².

De esta forma, el balance arrojaría que la medida resultaría eficiente en tanto el beneficio otorgado (**mantenimiento del orden público → *Bcop***) es mayor que el costo asociado al uso de los gases lacrimógenos (denominado **costo de la acción directa → *Cad***), el cual se constituye por las afectaciones fisiológicas producidas al manifestante (**incapacidad por un lapso de tiempo → *Im × t***), así como las poco probables afectaciones de carácter permanentes o importantes (**afectaciones más graves a la salud o incapacidades multiplicadas por una baja probabilidad de ocurrencia → *Ima × p***). El balance incluye también dentro de los costos de forma implícita la posibilidad del uso arbitrario de la medida (***Ca***), el cual tendría como contrapeso los argumentos de legalidad y actuación en cumplimiento de un deber que se esgrimen (**medidas de protección ante dicha acción arbitraria → *Pa***, dentro de las cuales se consideran tanto **una adecuada regulación → *R***, así como **mecanismos de control internos → *Ci*** y **externos → *Ce***, todos los cuales contrarrestan y reducen las posibilidades de un uso arbitrario de la medida anteriormente mencionado).⁴³

Dichas consideraciones son expresadas por Cortés en la siguiente inecuación, denominada Balance del status quo o B1.

⁴² SCA de Valdivia de 10 de noviembre de 2011, Rol N°625-2011 “*F.M.L. v/s Ministerio del Interior*”. Considerando séptimo.

⁴³ Cortés, “La regulación del uso de gases lacrimógenos,” 207-209.

Figura 2: Balance del status quo:

$$\begin{array}{c} Bcop > Cad + (Ca - Pa) \\ \downarrow \qquad \qquad \qquad \downarrow \\ [(Im * t) + Ima * p] \qquad \qquad \qquad (R + Ce + Ci) \end{array}$$

De esta ponderación podemos advertir ya una serie de falencias, en tanto no hay una apreciación de la protesta como un valor reflejado en el anterior análisis de las distintas formas de amenazas al orden público interno, toda vez que se entremezclan distintos tipos de afectaciones en los relatos sin hacer distinciones en las gravedades de estas y los idealmente distintos tipos de intervención requeridos. También parte de la base de una regulación adecuada, de que los costos tendrían que ver únicamente con incapacidades temporales y con una ínfima probabilidad de afectaciones importantes a la salud, cuestión al menos discutible en lo que al conocimiento científico se refiere.

Así, podremos distinguir dos tipos de falencias en este balance:

- Aquellas propias del mismo en tanto ponderación errónea, a saber:
 - o Ningún tipo de gradación en la intervención acorde con una correcta identificación del grado de amenaza al orden público en contrapeso con el ejercicio de la protesta social.
 - o Considerar adecuada la regulación cuando esta según hemos ido exponiendo adolece de serias falencias que atentan precisamente contra el principio de legalidad.
 - o Falta de certeza científica respecto a lo inofensivo de la exposición al gas CS
 - o Se identifica, al igual que en el primer capítulo de este trabajo, la falta de criterios diferenciados de acuerdo a los grados de intensidad, en relación con los distintos tipos de amenazas expuestos, pero Cortéslo realiza solo desde el análisis del *Protocolo para el mantenimiento del Orden Público*, debiendo considerarse también el circular 1832 de fecha 01 de marzo de 2019, de la Dirección General de Carabineros, que norma el uso de la fuerza, dado que allí

se establece una suerte de gradación correlativa entre niveles de resistencia y niveles de uso de la fuerza en donde – como se ha expuesto – se considera el uso de disuasivos químicos dentro del cuarto nivel.

Sin embargo, el criterio está orientado desde la perspectiva de la obediencia a la autoridad, la cooperación con instrucciones de control policial y el entendimiento de, la violencia como contravención a las instrucciones de la autoridad, y de la agresividad según si se generan daños sin establecerse mayores distinciones ni consideraciones respecto a las vulneraciones a garantías fundamentales o neutralización de la protesta.

- Aquellas que debiendo ser consideradas dentro de esta ponderación, no son incluidas, cuestión en la que nos detendremos a continuación⁴⁴.

Lo que parecen olvidar quienes respaldan institucionalmente el uso de gases lacrimógenos, son la universalidad de costos producidos con su utilización, partiendo por el *Costo del instrumento (Ci)*, omitiendo la cantidad de recursos públicos que se destinan a esta clase de medidas, el cual se conforma de tres componentes:

- o **Costo unitario (Cb):** costo de cada bomba o granada lacrimógena, las cuales en las últimas décadas son de uso cotidiano en protestas u otra clase de manifestaciones, incluso desórdenes en espectáculos de fútbol⁴⁵, de tal forma que nos encontramos ante un uso relativamente indiscriminado y frecuente. *“Tan solo a modo de ejemplo, durante una manifestación estudiantil que tuvo lugar el año 2011, en Santiago, se estimó que, en tan solo cinco horas, se gastaron cerca de 60 millones de pesos en bombas lacrimógenas lanzadas por Carabineros únicamente hacia la Casa Central de la Universidad de Chile y el Instituto Nacional”*⁴⁶. Además, tras una solicitud vía transparencia respecto a estos gastos con motivo de la intervención policial en la crisis social de octubre de 2019 *“[l]a institución informó que, en tan solo diez días, gastó 1.175 millones de pesos por este concepto, sin entregar mayores detalles respecto de si fueron*

⁴⁴ Cortés, “La regulación del uso de gases lacrimógenos,” 212.

⁴⁵ Javier Zamorano, “CSD Colo Colo presentó querrela contra carabineros por incidentes en el Estadio Monumental,” *BioBioChile* (12 septiembre de 2019 [citado el 17 de octubre de 2019]BioBio Deportes): disponible en <https://www.biobiochile.cl/noticias/deportes/futbol/colo-colo/2019/09/12/csd-colo-colo-se-querello-contra-carabineros-por-incidentes-en-el-estadio-monumental.shtml>

⁴⁶ Agencia Uno, “Carabineros gastó 2.300 millones de pesos en bombas lacrimógenas desde 2011,” *24Horas* (30 de marzo de 2019[citado el 17 de octubre de 2019]): disponible en <https://www.24horas.cl/nacional/carabineros-gasto-2300-millones-de-pesos-en-bombas-lacrimogenas-desde-2011-3205029>

*para uso de bombas lacrimógenas, del carro lanzagases o para incluirlo en la mezcla del agua que dispara el carro lanza-agua*⁴⁷.

- **Costo de capacitación (Cc):** correspondiente al costo que tiene para el Estado capacitar al funcionario que emplea el armamento.
- **Costo de recurso humano (Crh):** gasto de recursos que significa el funcionario policial mismo para el Estado.

Así mismo y como se ha venido adelantando, tampoco se consideran las afectaciones a las protestas - y el consiguiente aporte a la democracia que significan – que implica el uso de este armamento, de tal forma que el **Costo para la protesta social (Cps)** que trae de forma inherente este tipo de mecanismos dado su efecto general y neutralizador respecto al ambiente o espacio, no está siquiera dentro del balance. El uso actual del gas CS se extiende más allá de las afectaciones graves (*Ai* y *Am*), resultando su ineficacia un costo a considerar.

También representan un costo a considerar las *externalidades* de su uso, puesto que al ser por naturaleza un armamento que se dispersa en la atmósfera, este es inhalado por todos aquellos que se encuentran en el espacio determinado, no diferenciando entre “violentistas”, manifestantes, meros transeúntes, comerciantes o residentes, generando afectaciones tanto a quienes forman parte de la protesta como a las actividades comerciales que se desarrollan y a la vida cotidiana de quienes viven en las cercanías, más aún considerando la capacidad del gas de adherirse a superficies⁴⁸, el uso reiterado en determinados espacios, así como la potenciación del uso combinado entre carro lanza aguas y gases lacrimógenos.

Por último, resulta relevante el *Costo de la reproducción de la violencia (Crv)*, que desde una perspectiva sociológica pone el foco sobre los efectos que producen en las masas el uso de este tipo de armamento, cuestión sobre la que se profundizará en la sección V.2.1.3.

⁴⁷ Nicolás Massai, “Estado de Emergencia: Carabineros gastó 1.175 millones de pesos en gases lacrimógenos en diez días,” *Interferencia* (22 de diciembre de 2019[citado el 28 de diciembre de 2019]): disponible en <https://interferencia.cl/articulos/estado-de-emergencia-carabineros-gasto-1175-millones-de-pesos-en-gases-lacrimogenos-en>

⁴⁸ Michael Crowley, *Chemical Control: Regulation of Incapacitating Chemical Agent Weapons, Riot Control Agents and their Means of Delivery* (New York: Palgrave Macmillan, 2016), 92.

Capítulo IV: Principio de Proporcionalidad

En las secciones anteriores de este trabajo hemos ido identificando algunas de las particularidades jurídicas tanto de la regulación como de los criterios del ejecutivo y parte de la jurisprudencia en torno a la materia, y las hemos analizado bajo un criterio de legalidad, así como uno de eficiencia administrativa. Cabe preguntarse esta vez, si tanto la regulación como el criterio judicial que justifica el uso de gases bajo el argumento del mantenimiento del orden visto en la sección anterior, satisfacen el criterio del principio de proporcionalidad en materia de limitaciones a garantías fundamentales.

1. Concepto

El principio de proporcionalidad, construido inicialmente a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal (TCF), en Alemania, nace como límite a las actuaciones excesivas del poder público, buscando la protección de los derechos fundamentales mediante la contención del actuar del Estado dentro de sus propias limitaciones. *“Por ende, se trata esencialmente de un principio destinado a proteger los derechos y libertades, que si bien no está escrito, el TCF entiende que está implícito en los fundamentos del sistema constitucional alemán”*⁴⁹.

El significado de este límite dice relación con la consideración de la libertad de los sujetos como un principio en tanto garantía constitucional, de tal forma que la intromisión del poder público en esta esfera sería una excepción. Al no tratarse tampoco de sujetos aislados, al desenvolverse en sociedad, se está limitado por las libertades de los otros, y por las intervenciones del Estado, las cuales a la luz de este principio deben reducirse a un mínimo indispensable: *“Éste conlleva la idea de que la intervención pública debe ser excepcional, lo que también implica un especial cuidado en cuanto a su intensidad y a su impacto respecto del individuo. Esta excepcionalidad exige una ponderación entre el interés público y el interés individual”*⁵⁰.

Siguiendo esta línea, la “teoría de las fases” desarrollada por el Tribunal Constitucional Federal, establece que este principio se establece a través de dos dimensiones:

⁴⁹ Rainer Arnold, José Martínez y Francisco Zúñiga, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” *Estudios Constitucionales* 10, no. 1 (mayo 2012): 68.

⁵⁰ Arnold, Martínez y Zúñiga, “El principio de proporcionalidad,” 69.

- Primero, mientras mayor sea el grado de intromisión en cuestión (que fase de intervención es), respecto a las libertades de los individuos, mayor será el grado de justificación requerida en torno a consideraciones de interés público. *“En resumen, de acuerdo al TCF la proporcionalidad se expresa en diversos grados de intervención correspondientes a diversas finalidades”*⁵¹.
- Segundo, que la finalidad perseguida debe ser cumplida con el menor grado de intervención posible (la fase más baja), de tal forma que no se debe avanzar a otros tipos de intromisiones en las libertades más gravosas si los objetivos pueden ser cumplidos con grados mínimos de intervención. *“En otros términos, la intervención del poder público no debe ir más allá de la intensidad mínima que sería necesaria para un cumplimiento eficaz de la finalidad perseguida”*⁵².

2. Requisitos

El principio de proporcionalidad se expresa a través de cuatro requisitos exigibles al poder público en materia de limitaciones a las garantías constitucionales:

*“Estos resultan aplicables a toda intervención en la libertad y propiedad de las personas por parte del poder público, **sea del legislador, del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial:***

- a) *Debe perseguir una finalidad legítima.*
- b) *Debe ser adecuada o idónea para la promoción (no necesariamente la realización) de dicho objetivo legítimo (geeignetheit o adecuación).*
- c) *Debe ser necesaria, y entre varias alternativas de intervención debe preferirse la que afecte menos a los derechos involucrados (mínimo de intervención).*
- d) *Debe ser proporcional en sentido estricto, es decir, la gravedad de la intervención ha de ser la adecuada al objetivo de la intervención. Por tanto los instrumentos y los medios aplicados deben justificarse en su grado de gravedad: la gravedad de las intervenciones debe ser proporcionada a la urgencia o necesidad de los objetivos. Si éstos no son urgentes o no son muy necesarios, los instrumentos utilizados deben ser de menor intensidad”*⁵³.

3. Expansión y recepción del Principio de proporcionalidad

⁵¹ Arnold, Martínez y Zúñiga, “El principio de proporcionalidad,” 70.

⁵² Arnold, Martínez y Zúñiga, “El principio de proporcionalidad,” 70.

⁵³ Arnold, Martínez y Zúñiga, “El principio de proporcionalidad,” 71.

El principio de proporcionalidad se ha exportado y expandido hasta finalmente ser adoptado primeramente por el sistema europeo a través de la Corte Europea de Derechos Humanos, y luego por el sistema interamericano a través de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Si bien dicho principio no se establece expresamente en el Pacto de San José de Costa Rica, se desprendería de la jurisprudencia de la CIDH respecto a las limitaciones a las restricciones que pueden realizar los Estados a los derechos a través de su regulación: *“En el sistema interamericano existe una tercera limitación: sólo se permiten restricciones “necesarias en una sociedad democrática”. Este requisito se establece explícitamente para los derechos de reunión pacífica, libertad de asociación y libertad de movimiento”*⁵⁴.

Siguiendo a Arnold, Martínez y Zúñiga, la Corte Interamericana haría suya la terminología de la Corte Europea respecto a la expresión “necesarias en una sociedad democrática”, lo cual quedaría claro a través de la Opinión Consultiva 5-85, en la cual se establecería *“(…) que en el sistema interamericano la restricción (i) debe responder a la “existencia de una necesidad social imperiosa”, es decir, debe estar orientada “a satisfacer un interés público imperativo”; (ii) entre varias opciones para alcanzar este objetivo “debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido”, y (iii) la restricción debe ser “proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo”*⁵⁵. Dicho de otra forma: *“la restricción debe ser (i) conducente para conseguir proteger el valor que se puede proteger mediante la restricción de ese derecho particular; (ii) debe ser proporcional, es decir, en la medida estrictamente necesaria para conseguir el fin perseguido; y (iii) no debe haber otra alternativa para conseguir el fin que restringir ese derecho, lo que implica que, si la hay, debe emplearse esa alternativa y no la restricción.”*⁵⁶

4. Recepción en Chile

Respecto al sistema constitucional chileno, tampoco encontramos menciones expresas, pero se considera implícito en una serie de garantías relativas al Estado de Derecho: *“el principio de proporcionalidad se encuentra subsumido en el ordenamiento constitucional chileno en la garantía genérica de los derechos establecida constitucionalmente en las bases de la Institucionalidad que dan forma al Estado de Derecho (artículos 6º y 7º), en el principio*

⁵⁴ Cecilia Medina y Claudio Nash, *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección* (Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2007) 34.

⁵⁵ Medina y Nash, “Sistema Interamericano de Derechos Humanos,” 34-35.

⁵⁶ Medina y Nash, “Sistema Interamericano de Derechos Humanos,” 35.

*de prohibición de conductas arbitrarias (art. 19 N° 2) y en la garantía normativa del contenido esencial de los derechos (art. 19 N° 26 de la Constitución), además del valor justicia inherente al Derecho*⁵⁷

De esta forma, dicho principio encontraría plena vigencia en el orden constitucional chileno, a la luz del cual podríamos analizar la normativa actual respecto al uso de los gases lacrimógenos.

5. Aplicación a la regulación de gases lacrimógenos

Para esto debemos detenernos en los requisitos que se establecen de acuerdo con el principio de proporcionalidad, para establecer limitaciones a garantías fundamentales:

Primeramente, ¿es legítima la finalidad perseguida?

En principio parece legítimo como un objetivo de interés público, el mantenimiento del orden interno, o el “derecho humano a la seguridad”⁵⁸. Sin embargo, esta narrativa resulta dudosa dado el análisis realizado en el capítulo anterior de este trabajo: ¿realmente está en juego la seguridad interna? ¿Se trata, en la mayoría – o al menos en una gran cantidad – de los casos de utilización de este armamento, de motines o ataques terroristas? Considerando la conceptualización en torno a los tipos de amenazas, el concepto de afectaciones al orden público interno debiese ser aterrizado en consideración de las amenazas que resultan inherentes a determinadas formas de expresión masivas. Mas, para proseguir en este análisis debemos detenernos en la problemática de la ponderación de derechos: ¿debe ceder terreno las garantías fundamentales y libertades latamente aludidas en virtud del orden y la seguridad?

Un ejercicio de balance de los derechos afectados en aquellos términos es una de las formas en las que se entiende el principio de proporcionalidad como herramienta de “pesaje” de derechos fundamentales, de acuerdo con la doctrina de Alexy⁵⁹, postura que no es compartida en el presente trabajo (este punto será abordado de forma breve en atención al objeto de la presente investigación)⁶⁰, dado que implicaría equiparar el concepto de derecho al concepto de norma, considerar que los derechos no tienen límites y que por tanto colisionan entre sí, y

⁵⁷ Humberto Nogueira, *El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno* (Santiago: Librotecnia, 2010), 374.

⁵⁸ Carabineros de Chile, *Manual de Técnicas de Intervención Policial para Carabineros de Chile Nivel 1* (Chile: Dirección de Derechos Humanos de Carabineros, 2019), 18.

⁵⁹ Robert Alexy, *Teoría de los Derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007).

⁶⁰ Para un análisis lato de la problemática anteriormente planteada, revisar: Arnold, Martínez y Zúñiga, “El principio de proporcionalidad,” 80-86

que un derecho en consecuencia tras realizar este balance debe ser sacrificado en virtud de otro, estableciéndose que una garantía fundamental es más importante que otra⁶¹. Esta clase de ejercicios conllevaría una preferencia de uno por sobre otro por consideraciones meta – jurídicas que darían cuenta de la primacía de ciertas concepciones o posturas, morales o políticas previas, alejándose de un criterio objetivo en la solución de esta clase de conflictos⁶².

Lo que resulta realmente relevante a efectos de este análisis, es el entendimiento de que los derechos tienen límites, y la determinación de su contenido esencial resulta de suma importancia a la hora de establecer un criterio objetivo para resolver aparentes conflictos entre derechos⁶³.

Dicho esto, es necesario recordar que el principio de proporcionalidad surge como mecanismo de control de los excesos de poder. *“Por tanto, la proporcionalidad es antes que todo un mecanismo de control del poder o, lo que es lo mismo, es un instrumento destinado a medir si la intervención estatal es o no lícita”*⁶⁴.

Resulta entonces evidente, que no existe una colisión entre dos derechos como tal, sino solo en apariencia, puesto que se han extendido de forma excesiva los límites del concepto de seguridad interna, llegando a preferirse ante todo tipo de afectaciones en contextos de movilización masivas, lo cual a todas luces afecta el núcleo esencial del derecho a protesta.

Concluye así el profesor Muñoz, respecto al derecho a protesta, que *“en nuestro país este derecho es, a la luz del uso de gases lacrimógenos, jurídicamente irrelevante”*⁶⁵. Dado el potencial neutralizador por excelencia que tiene este armamento, y el relevante factor de la ausencia de criterios objetivos y graduales respecto a los tipos de afectaciones que consideren efectivamente la naturaleza de este tipo de expresiones y por lo tanto las externalidades inherentes por razones sociológicas, no resultaría legítima esta clase de medidas, pues si bien la finalidad en principio aparenta serlo, este valor (orden público interno) no estaría real o gravemente en juego en cada protesta, por no tratarse la mayoría (ni siquiera una cantidad relevante o alarmante) de amenazas graves (Ag) al mismo, no siendo la regla general en las últimas décadas la ocurrencia de motines, ataques terroristas, o subversiones masivas al orden institucional.

⁶¹ Arnold, Martínez y Zúñiga, “El principio de proporcionalidad,” 80-85.

⁶² John Finnis, *Ley Natural y Derechos naturales* (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 200) 147.

⁶³ Arnold, Martínez y Zúñiga, “El principio de proporcionalidad,” 86.

⁶⁴ Arnold, Martínez y Zúñiga, “El principio de proporcionalidad,” 86.

⁶⁵ Muñoz, “El uso de gases lacrimógenos en Chile,” 243.

Dicho de otra forma, el sacrificio de un derecho en beneficio del otro es en realidad aparente, en tanto el núcleo esencial del derecho a la seguridad no es trastocado sino por amenazas graves (Ag), mientras que la protesta se ve completamente neutralizada ante el uso del armamento.

¿Es adecuada o idónea dicha medida?

El uso de gases en muchos casos efectivamente concreta el objetivo deseado – con la amplia gama de costos hasta ahora estudiados – respecto a quienes son afectados por los mismos por su naturaleza incapacitante, sin embargo, dicha concreción se encontraría en la mayoría de los casos más allá de los límites del objetivo deseado. Por lo tanto, respecto a los casos de reales afectaciones a la seguridad pública, destrozamiento de propiedad privada, o comisiones de delitos, resulta idónea su utilización, pero se debe tener presente que los mecanismos de control de esta clase de manifestaciones masivas, con episodios de violencia, son del todo complejos, pudiendo su uso indiscriminado tener un efecto contrario a una baja en los niveles de violencia (cuestión a tratar en el capítulo siguiente).

Respecto a si la medida es necesaria, y proporcional en sentido estricto, dependerá del caso concreto y de si el orden público interno está realmente siendo vulnerado, o, dicho de otra forma, si se trata de amenazas graves (Ag), y no hay otros medios de intervención que impliquen la neutralización completa de la protesta. Su uso resultará necesario en la medida en que otra forma de intervención menos gravosa e idealmente focalizada en las situaciones que excedan las externalidades propias de la manifestación sea imposible, y proporcional en la medida en que responda al nivel de gravedad de la afectación al orden interno. En ese sentido, ante **Ag**, resultaría proporcional por la naturaleza de las circunstancias, y necesario por tanto el derecho a protesta estaría siendo afectado incluso por la escalada de violencia generada, de tal forma que el uso de gases representaría un medio menos lesivo en comparación a otras formas de intervención directas ante un escenario de violencia generalizada, y por tanto más adecuado de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

Ante los tipos de amenazas restantes el uso – hoy por hoy indiscriminado – de este químico resultaría innecesario y desproporcionado.

Capítulo V: Aproximación criminológica

1. Delincuencia por abuso de poder

Se ha postergado hasta esta sección el análisis tanto de los casos de uso del armamento relacionados con la prohibición de la violencia policial excesiva, como el análisis de la idoneidad o el carácter adecuado de la medida de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

Esto por tanto nos abocaremos al análisis de los efectos o repercusiones de este tipo de legislación bajo la óptica del Derecho Penal y la Criminología.

Para esto, tendremos que detenernos ante lo controversial que puede resultar el concepto tradicional de delincuencia, en tanto el funcionamiento del abuso del poder por parte del actuar del Estado, implica un grado importante de institucionalización del uso de la violencia, por tanto, no es tan evidente ni cotidiano el fenómeno de la delincuencia por abuso de poder, como el de la delincuencia convencional. Con el objeto de investigar este tipo de conductas se considera un concepto de delincuencia más amplio que el de delincuencia convencional firmemente asociado a la comisión de conductas tipificadas en la ley, y realizadas – de forma mayoritaria – por las clases más bajas. En ese sentido Santiago Mir Puig establece que *“una vez reconocida la conveniencia de delatar que las relaciones entre el delito y el poder no sólo tienen lugar en el ámbito formal del poder político estatal, tal vez sea útil diferenciar dentro del amplio espectro del abuso de poder las formas de criminalidad relacionadas con el poder por excelencia, el poder del Estado. Tales manifestaciones caben en un sentido estricto de delincuencia por abuso de poder”*⁶⁶.

Dicho esto, cabe preguntarse ¿Existe alguna relación entre estas formas de regulación y la delincuencia por abuso de poder? ¿Cómo incide el actual uso de gases lacrimógenos en el grado de violencia en torno a la protesta social?

2. Análisis Económico del Derecho Penal

2.1. Función preventiva del Derecho Penal

Ahora, para aproximarnos a una respuesta debemos tener presente la expectativa moldeamiento de la conducta presente en los fines de la pena, y que más allá de las diversas

⁶⁶ Santiago Mir Puig, *La delincuencia relacionada con el abuso de poder. Aspectos criminológicos* (Donostia: Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1992), 46.

teorías explicativas de esta y de los fines del Derecho Penal, puede reconocerse una función preventiva. *“De esta manera, el Derecho, a través de sus disposiciones, motivaría a los sujetos para que se comporten de una manera determinada. Mediante normas jurídicas, ínsitas a los enunciados legales, el sujeto obligado modelaría su comportamiento, sea a partir del reconocimiento del valor involucrado en la prescripción de una conducta o, de la previsión de la reacción desfavorable asociada a la defraudación del mandato”*⁶⁷.

Así, se espera que los sujetos puedan adecuar sus conductas motivados por las normas jurídicas.

Sin embargo, para determinar la capacidad motivadora de las normas, resultará de suma ayuda el Análisis Económico del Derecho Penal⁶⁸:

Los factores que pueden determinar la adecuación de la conducta a la norma no solo estarían determinados por la gravedad de la pena asociada, sino que – partiendo del supuesto de la actuación de los sujetos en tanto entes racionales que buscan maximizar sus beneficios, o cuya conducta es dirigida por una pluralidad de valores – también por la probabilidad de la realización del castigo, de tal forma que se incluye dentro del cálculo la posibilidad de que efectivamente el delincuente deba responsabilizarse por su actuar, circunstancia en la cual cobra suma relevancia el grado de conocimiento que tiene el sujeto sobre el funcionamiento del sistema⁶⁹. Este punto cobra relevancia desde la óptica del actuar de Carabineros, quienes en tanto presuntos representantes de la Ley y supuestos concedores de las normas tendrían una ponderación distinta de la probabilidad de ser castigados, siendo esta menor si consideramos límites del todo difusos en la regulación del uso de armas químicas.

Otro factor relevante relacionado con el grado de conocimiento del sujeto es que la modificación de la conducta es influenciada no por la existencia misma de la norma que tipifica, sino por el conocimiento de la misma, de tal forma que las creencias verdaderas como las falsas que se asumen verdaderas tienen similar efecto: *“De esta manera, la creencia errada y aquella que es correcta tienen semejante influencia en el comportamiento del sujeto (...) Aquello que se ignora no posee fuerza disuasiva alguna”*⁷⁰. Siguiendo esta línea, ¿Tienen conocimiento los funcionarios de Carabineros de las garantías que están siendo transgredidas

⁶⁷ Daniel Martorell, “Eficiencia, disuasión y Derecho Penal. Algunos comentarios acerca del funcionamiento del sistema penal y sus consecuencias criminológicas”, *Revista de Derecho Universidad San Sebastián* 19 no.24 (otoño 2018): 164.

⁶⁸ Las consideraciones metodológicas en torno al uso del Análisis Económico del Derecho Penal son profundizadas en Martorell, “Eficiencia, disuasión y Derecho Penal,” 166-168.

⁶⁹ Martorell, “Eficiencia, disuasión y Derecho Penal,” 169.

⁷⁰ Martorell, “Eficiencia, disuasión y Derecho Penal,” 171.

mediante el uso de este armamento? Resulta difícil imaginar una respuesta afirmativa si consideramos lo difusa e indeterminada de la legislación nacional en la materia, junto con el enfoque contenido en la normativa interna de la institución, la cual está lejos de centrarse en criterios objetivos que permitan analizar cada situación de acuerdo a distintos niveles de intensidad, y que a su vez, consideren el núcleo esencial de del derecho a la seguridad y su interacción con el núcleo esencial de la libertad de reunión y de expresión.

Asimismo, mientras menos estricta sea la regulación del actuar en torno al uso del gas CS, mayores serían las posibilidades de usos cada vez más lesivos de los mismos: de estar las formas de utilización del armamento especificadas de manera detallada y con lineamientos que respondan a los criterios de legalidad, proporcionalidad y eficiencia (así como de sujeción a los principios básicos que norman el uso de la fuerza), menor sería la probabilidad de usos que impliquen lesiones graves a garantías fundamentales, en tanto hay una adecuación o reconocimiento entre las lesiones y las conductas prohibidas.

Por lo tanto, al haber una regulación difusa que permite la lesión de garantías como regla general – sobre todo en lo relacionado con el derecho a la protesta, amparadas en el cumplimiento de deberes –, la ocurrencia de violaciones de carácter más grave resulta más probable, toda vez que desde la perspectiva del funcionario es más difícil visualizarse como sujeto al borde de la comisión de actos ilegítimos. *“Cualquier uso posible de aerosoles irritantes con el fin de neutralizar temporalmente a una persona debe estar sujeto a directrices y limitaciones estrictas. Las sustancias irritantes provocan dolor, y se deben utilizar en cantidades y situaciones muy limitadas y controladas. Su uso debe ser objeto de evaluaciones y supervisión”*⁷¹.

2.2. Legitimidad social del actuar policial

2.2.1. Modelos de intervención policial

Otro factor de suma relevancia en el presente análisis sería el grado de legitimidad social del actuar de los agentes del estado, y las repercusiones que más o menos legitimidad acarrea. Sin embargo, primero debemos detenernos en un breve análisis respecto a las técnicas de intervención policial

De acuerdo con Robin Lipp⁷² podemos identificar tres modelos de intervención policial, a saber:

⁷¹ Osse, “Entender la labor policial,” 133.

⁷² Lipp, “Protest policing in New York City,” 286-288.

- **Modelo de la fuerza escalonada:** caracterizado por una falta de preocupación en torno al respeto de los derechos de los manifestantes y por partir de la base de considerar a la manifestación como una potencial turba violenta, tiene como método de acción la imposición de una fuerza superior a la de los manifestantes, que permita “superarla” conforme esta vaya incrementándose.
- **Modelo del control basado en la gestión negociada:** el cual tras constatar que el empleo de más fuerza y violencia *in crescendo* resulta ineficaz para el control de disturbios “*este modelo se caracteriza por (1) el respeto de los derechos civiles, (2) la alta tolerancia de la policía hacia la disrupción, la que es vista como un producto inevitable de las manifestaciones y del cambio social en general, (3) el contacto y la comunicación entre la policía y los manifestantes, de manera abierta y franca, discutiendo los objetivos, responsabilidades y las prácticas a emplear, cediendo la policía parte del control a los organizadores, (4) el despliegue de esfuerzos para evitar las detenciones, (5) el uso de la fuerza como último recurso excepcional, como reacción a la resistencia hacia el arresto o para prevenir la muerte o serios daños corporales*”⁷³.
- **Modelo del control incapacitante:** caracterizado por la focalización en la acción en torno a los manifestantes considerados violentos, de tal forma que se restrinja la manifestación evitando un castigo generalizado a la masa.

2.1.2. Influencia de la sanción informal

De acuerdo con Michelle Bonner, el primer modelo descrito en la sección anterior sería el imperante hasta nuestros días en Latinoamérica y Chile particularmente⁷⁴.

En ese sentido, resulta relevante el impacto de las sanciones informales en relación con la estigmatización social de quienes cometen ilícitos, en donde la concordancia entre lo que la sociedad ha internalizado como punible y lo que se tipifica, persigue y castiga, aumenta las posibilidades de cumplimiento de las normas. “*Atendida la utilidad que reporta, en la disuasión de los delitos, la identificación valorativa entre la comunidad y el legislador, debe evitarse la instrumentalización de la respuesta penal y su utilización exclusiva para perseguir objetivos meramente simbólicos, si es que no se quiere que el propio sistema penal pierda legitimidad*”⁷⁵

Redondeando, y considerando el modelo imperante en Chile (Modelo de la fuerza escalonada), la actual regulación tendría un efecto criminológico tanto desde la perspectiva

⁷³ Cortés, “La regulación del uso de gases lacrimógenos,” 207.

⁷⁴ Michel Bonner, *Policing protest in Argentina and Chile* (Colorado: First Forum Press, 2014), 3.

⁷⁵ Martorell, “Eficiencia, disuasión y Derecho Penal,” 170.

del policía en tanto delincuente (dado sus expectativas de castigo y el conocimiento que tenga sobre las normas en relación con una determinación difusa de sus formas de actuar) como de su interacción con los manifestantes, dado que su actuar mediante el uso de bombas lacrimógenas ante mínimas alteraciones al orden interno (aquellas que no vulneran su núcleo esencial) e incluso ante manifestaciones de carácter pacífico – en lugar de utilizarlas como mecanismo excepcional – harían ver al actuar policial como ilegítimo.

Este actuar evitaría el efecto inhibitor de la sanción informal que representa la sociedad, y el control que puedan tener la misma masa manifestante respecto a hechos aislados de violencia no deseados: *“En la medida que el actuar policial sea arbitrario, la percepción de legitimidad del sistema se verá comprometida, reduciendo su potencial disuasivo”*⁷⁶.

2.1.3. Reproducción de la violencia

Además, recogiendo el concepto del costo de la reproducción de la violencia (*Crv*) en consideración con el modelo de la fuerza escalonada, el uso de bombas lacrimógenas, tanto por la percepción de ilegitimidad en su uso, como por su efecto indiscriminado, tiende al aumento de la violencia, reproduciéndola y aumentándola en lugar de disminuirla, puesto que genera *“la provocación de reacciones violentas de parte de manifestantes no predispuestos a la violencia o intensificación de aquellos sujetos ya predispuestos a la violencia”*⁷⁷.

Este efecto de los gases lacrimógenos fue estudiado a partir de las tácticas policiales utilizadas por Inglaterra en el control de disturbios, en donde se demostró que el uso de armamento de efectos indiscriminados no es eficiente a la hora de disminuir los niveles de violencia: *“We show that while discriminative policing always reduces violence, policing methods that hit members of targeted groups at equal force independently of how violent they are, may, in fact, increase violence”*⁷⁸.

Este aumento en los niveles de violencia no es una preocupación meramente teórica, sino que repercutiría directamente en la cantidad de daños e ilícitos que se producen en el contexto de una protesta en ambos sentidos, acrecentándose la posibilidad de ataques contra la autoridad, así como la comisión de abusos de poder.

3. Hipótesis de responsabilidad penal

⁷⁶ Martorell, “Eficiencia, disuasión y Derecho Penal,” 173.

⁷⁷ Cortés, “La regulación del uso de gases lacrimógenos,” 215.

⁷⁸ Panu Poutvaara & Mikael Priks, “Hooliganism and Police Tactics: Should Tear Gas Make Crime Preventers Cry?”, *IZA discussion papers* no. 2812 (May 2007): 3.

Ahora bien, ¿qué hipótesis se contemplan en nuestro ordenamiento para las actuaciones más allá del límite legal difusamente establecido?

En el análisis de jurisprudencia realizado por el profesor Muñoz (sección III.1.1.) se identifican en su último apartado – relativo a la prohibición de la violencia policial excesiva – hipótesis de responsabilidad derivadas del uso de gases lacrimógenos. Sin embargo, la mayoría de la jurisprudencia corresponde a acciones cautelares de derechos fundamentales (acción de protección y acción de amparo constitucionales), motivo por el cual no se realiza un mayor análisis de la responsabilidad individual, así como jurisprudencia relativa al establecimiento de la responsabilidad del Estado dada la naturaleza civil de la acción. La búsqueda de límites al uso de estos gases se centrará, en esta sección, en la determinación de responsabilidades penales por uso inadecuado del armamento en contravención a los protocolos establecidos.

3.1. Artículo 330 del Código de Justicia Militar

A pesar del panorama anteriormente descrito, en casos similares por mal uso de los instrumentos para el control de manifestaciones, como el caso Rodrigo Avilés⁷⁹ en donde el joven resultó con graves lesiones encontrándose incluso al borde de la muerte tras recibir el impacto directo de un chorro del carro lanza aguas, se ha establecido en virtud del principio de especificidad, que **la contravención a las normas protocolares de Carabineros** respecto al uso del carro lanza aguas con las gravosas consecuencias del caso, configurarían la hipótesis del artículo 330 del Código de Justicia Militar, a saber:

“El militar que, con motivo de ejecutar alguna orden superior o en el ejercicio de funciones militares, empleare o hiciere emplear, sin motivo racional, violencias innecesarias para la ejecución de los actos que debe practicar, será castigado:

1° Con la pena de presidio mayor en sus grados mínimo a medio si causare la muerte del ofendido;

2° Con la de presidio menor en su grado medio a presidio mayor en su grado mínimo si le causare lesiones graves;

3° Con la de presidio menor en sus grados mínimo a medio si le causare lesiones menos graves, y

⁷⁹ STOP de Valparaíso de 10 de marzo de 2019, RIT N°13-2019, “Ministerio Público v/s M.A.N.P”.

4° Con la de prisión en su grado máximo a presidio menor en su grado mínimo si no le causare lesiones o si éstas fueren leves.

Si las violencias se emplearen contra detenidos o presos con el objeto de obtener datos, informes, documentos o especies relativos a la investigación de un hecho delictuoso, las penas se aumentarán en un grado.”

El presente tipo castigaría aquellas conductas que ocasionaren lesiones en sentido amplio, así como la muerte del agredido, en ejercicio de las funciones del cargo (o con motivo del cumplimiento de una orden) “*sin motivo racional*” efectuando “*violencias innecesarias*”.

Así, en caso de causarse lesiones – o muerte – por un mal uso del armamento (el cual como vimos en la sección I.1.2 es potencialmente letal) en incumplimiento de los protocolos correspondientes, podría encuadrarse dentro de esta hipótesis. El tenor del artículo pareciera hacer alusión a los requisitos de proporcionalidad estricta y/o necesidad por tanto se trataría de un abuso de la fuerza, un exceso del Carabinero en el ejercicio de sus funciones o en el cumplimiento de órdenes.

Sin embargo, si el requisito vulnerado fuese el de la legitimidad, las consecuencias jurídicas debiesen ser en principio distintas, dado que al no haber justificación para la acción no se trataría de un uso sin proporciones de la fuerza, sino de uno sin fundamento. “*Si se toma como ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 25 de febrero de 2009, por la que se enjuician y condenan unas lesiones provocadas con las defensas por policías a manifestantes ante el Congreso, por golpear reiteradamente a algunos manifestantes **cuando estos ya se estaban marchando de la manifestación**, no se produce un exceso en el uso de fuerza, sino una falta de legitimación para ejercerla, por lo que se trataría de unas lesiones no justificadas*”⁸⁰.

Con todo, si aquí corresponde establecer una diferencia conceptual entre uso desproporcionado y uso injustificado dependería de si el requisito de legitimidad se encuentra o no comprendido dentro de la acepción “*sin motivo racional*”, puesto que de estar considerado la falta de legitimación nos reconduciría a este mismo tipo penal especial.

3.2. Disparo injustificado

⁸⁰ Luis Ruíz, “El tratamiento legal de las técnicas de intervención policial: uso de la fuerza y responsabilidad penal”, *Revista Nuevo Foro Penal* 10, no.83 (primavera 2014): 60.

Por otra parte, nuestro ordenamiento considera también la hipótesis de disparo injustificado contenida en el artículo 14 D de la ya mencionada Ley 17.798 sobre control de armas, el cual establece que:

“El que colocare, enviare, activare, arrojare, detonare, disparare o hiciere explotar bombas o artefactos explosivos, químicos, incendiarios, tóxicos, corrosivos o infecciosos en, desde o hacia la vía pública, edificios públicos o de libre acceso al público, o dentro de o en contra de medios de transporte público, instalaciones sanitarias, de almacenamiento o transporte de combustibles, de instalaciones de distribución o generación de energía eléctrica, portuarias, aeronáuticas o ferroviarias, incluyendo las de trenes subterráneos, u otros lugares u objetos semejantes, será sancionado con presidio mayor en su grado medio. La misma pena se impondrá al que enviare cartas o encomiendas explosivas, químicas, incendiarias, tóxicas, corrosivas o infecciosas de cualquier tipo.

Si las conductas descritas en el inciso precedente se realizaren en, desde o hacia lugares u objetos distintos de los allí señalados, la pena será presidio mayor en su grado mínimo.

Ejecutándose las conductas descritas en los incisos anteriores con artefactos incendiarios, explosivos, tóxicos, corrosivos o infecciosos cuyos componentes principales sean pequeñas cantidades de combustibles u otros elementos químicos de libre venta al público y de bajo poder expansivo, tales como las bombas molotov y otros artefactos similares, se impondrá únicamente la pena de presidio menor en su grado máximo, en el caso del inciso primero, y de presidio menor en su grado medio, en el del inciso segundo.

Quien disparare injustificadamente un arma de fuego de las señaladas en la letra b) del artículo 2º en, desde o hacia uno de los lugares mencionados en el inciso primero será sancionado con la pena de presidio menor en su grado máximo. Si lo hiciere en, desde o hacia uno de los lugares que indica el inciso segundo, la pena será de presidio menor en su grado medio. Si el arma disparada correspondiere a las señaladas en la letra a) del artículo 2º o en el artículo 3º, se impondrá la pena inmediatamente superior en grado.”

De la lectura podemos desprender la mención expresa a la falta de justificación en relación con su disparo en, desde o hacia determinados lugares (vía pública, edificios públicos

o de libre acceso al público, dentro de o en contra de medios de transporte público, instalaciones sanitarias, de almacenamiento o transporte de combustibles, instalaciones de distribución o generación de energía eléctrica, portuarias, aeronáuticas o ferroviarias, instalaciones de trenes subterráneos, u otros lugares semejantes) conllevaría el castigo descrito, así como una pena menor en caso de realizarse en lugares distintos a los mencionados.

Para el análisis del precepto debemos recordar que la autorización entregada a Carabineros para el uso de armamento (incluido los gases lacrimógenos) se realiza en virtud de la excepción contenida en el artículo 3° de la Ley 17.798, la cual libera a la institución de la prohibición general respecto a la posesión y tenencia del armamento.

Sin embargo, dada su naturaleza excepcional, no sería correcto interpretar de forma extensiva este precepto, estando Carabineros fuera de la prohibición solo en lo que respecta a tenencia y posesión, siendo perfectamente aplicable la disposición del inciso final del artículo 14° letra D, no pudiendo acarrear responsabilidad penal por porte o tenencia de armamento, pero sí por su disparo sin justificación, dada la inclusión de las armas contenidas en el artículo 3° mediante los términos “*artefactos fabricados sobre la base de gases asfixiantes, paralizantes o venenosos*” así como “*disuasivos químicos, lacrimógenos, paralizantes o explosivos*”.

Esta hipótesis, por cierto, resulta pertinente ante ciertos mecanismos de dispersión del gas CS. Si bien este está reglamentado como arma no letal, separado de las armas de fuego como se mencionó en la sección I.2.4. de este trabajo, este puede ser disparado mediante la Carabina Lanza Gases que sí se encuadra dentro de la categoría de armas de fuego (que serían en principio, no letales).

De esta forma, el uso de dichos gases (mediante disparo) podría encuadrarse dentro de esta hipótesis ante el incumplimiento de los protocolos establecidos, puesto que “[e]l término aludiría a toda utilización que exceda de las autorizaciones legales existentes”⁸¹, pero a diferencia de la hipótesis anterior, esta no requeriría la realización de un daño o lesión propiamente tal, puesto que el tipo pena el disparo sin justificación y no la lesión o muerte que puedan producirse, lo cual lo encuadra dentro de los delitos de peligro abstracto.

⁸¹ Gonzalo Bascour, “Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la Ley N°17.798 sobre Control de Armas,” *Política criminal* 12, no. 23 (julio 2017): 584.

Siguiendo esta línea, cabe preguntarse entonces qué normas resultarían aplicables cuando sí se producen lesiones o muerte, con la acción, como por ejemplo en el caso de la estudiante mapuche Fabiola Antiqueo, quién producto de un impacto de una bomba lacrimógena en su rostro sufrió un estallido ocular y consecuentemente pérdida de visión en su ojo izquierdo⁸². Los hechos narrados en la querrela describen cómo la joven, junto demás estudiantes, se refugian en el techo del hogar universitario, tras iniciarse una persecución por parte de Carabineros contra un grupo de manifestantes de los que la estudiante no formaba parte. A pesar de haberse disuelto la manifestación y de haber huido al techo del establecimiento a causa de los disparos de bombas lacrimógenas al interior del recinto, Carabineros persiste en su actuar apuntando directamente a los cuerpos de los manifestantes, teniendo como lamentable resultado las lesiones que motivan la querrela criminal.

En ese sentido, respecto a las normas de concurso, se aplicarían las reglas generales respecto a los delitos de posesión o tenencia ilegales, en tanto en concurso aparente se produciría la absorción de un tipo por el otro. Sin embargo, la situación cambia teniendo en consideración el artículo 17 B inciso primero, el cual establece que:

“Las penas por los delitos sancionados en esta ley se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los delitos o cuasidelitos que se cometan empleando las armas o elementos señalados en las letras a), b), c), d) y e) del artículo 2º y en el artículo 3º, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 74 del Código Penal.”

En consecuencia, nos encontraríamos ante dos delitos que no se absorben el uno al otro, sino ante un concurso real en donde se es responsable tanto por el incumplimiento protocolar en el disparo, como por las lesiones causadas: *“la sanción por el disparo se considera en forma independiente al resultado lesivo que dicha bala provoque, el que generalmente será un delito o cuasidelito de lesiones o de homicidio, dependiendo de la previsibilidad del resultado”*⁸³

⁸² Juzgado de Garantía de Temuco, querrela RIT 4567-2017

⁸³ Bascour, “Análisis de los principales delitos,” 586.

Capítulo VI: Fenómenos y posibles causas que rodean esta forma de regulación

El análisis de la regulación de los gases lacrimógenos que se ha venido trabajando a lo largo de la presente investigación, nos ha adentrado en una serie de particularidades jurídicas en tanto dicho análisis se ha servido de una serie de herramientas o focos de estudio. Sin embargo, dichas particularidades que caracterizan esta forma de regulación no son un fenómeno aislado, puesto que forman parte de fenómenos jurídicos y meta-jurídicos más amplios, que bien rodean o incluso explican por qué se han construido de esta forma las normas, cuestión sobre la que se hará referencia a continuación. El presente capítulo si bien se encontraría más bien al límite del objeto de estudio, ayudará a comprenderlo de manera más acaba.

1. Decreto Ley 1.086 del año 1983 y la herencia de la dictadura

Si bien ya nos hemos detenido respecto al valor de la protesta en las sociedades democráticas, su reconocimiento y tratamiento en el ordenamiento jurídico chileno no es tema zanjado. Esto por tanto la norma mencionada – ya aludida con anterioridad (sección III.1.1.A.b.) – viene a reglamentar las disposiciones generales policía a las que hace referencia el artículo 19 N°13.

En torno a esta norma que transforma el aviso previo a la protesta en un verdadero permiso previo es que se han levantado dos posturas en relación con el reconocimiento del derecho a la protesta en Chile, a saber:

- Tesis amplia, la cual reconoce este derecho como uno no textual implícito a partir de otros derechos fundamentales (derecho de reunión y libertad de opinión), así como el derecho internacional de los derechos humanos, y que consideraría al Decreto Ley como inconstitucional por vulnerar la reserva de ley contenida en el artículo 19 N°26⁸⁴.
- Tesis restringida, que realiza una “*priorización valorativa de los aspectos de orden público, por sobre la expresión y participación ciudadana que la protesta implica*”⁸⁵, propia del contexto histórico que da origen a este decreto. Esta postura se centra en una interpretación más bien textualista de las disposiciones.

⁸⁴ Domingo Hernández, “Parámetros sobre el derecho a la protesta social y garantías constitucionales. El caso chileno,” *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 20 (2014): 351

⁸⁵ Hernández, “Parámetros sobre el derecho a la protesta social,” 353.

Si bien esto parece ser una discusión doctrinaria interesante, no permea al funcionamiento de una institución como Carabineros, quienes ante la existencia de este decreto están mandatados por ley – de dictadura – a disolver todas aquellas manifestaciones que perturben derechos de terceros, cuestión que puede explicar en parte la falta de distinciones o gradaciones de tipos de afectaciones al orden público, dado que el correlato ideológico de la norma base implica el sacrificio de un derecho en favor de otro favoreciendo a la criminalización de la protesta social.⁸⁶

Esta preferencia realizada por la tesis más restrictiva, según lo planteado en el capítulo IV, sería fruto de un juicio más bien moral que jurídico.

2. Asimetría Normativa y Excepcionalismo Policial

El estudio de la regulación de la función policial en otros países como Estados Unidos han puesto sobre la mesa los problemas estructurales que esta adolece.

Uno de ellos, el de la asimetría en la regulación, dice relación con las brutales diferencias entre el tratamiento de los crímenes cometidos **contra** policías de aquellos cometidos **por** policías. Se identifica que, si bien la función policial se caracteriza por su rol público de hacer cumplir la ley, cuestión que justifica lo intrusivo y potencialmente lesivo de su actuar en el cumplimiento de sus deberes, no habría justificación para un trato tan diferenciado, situación que envía a la población la señal de que la infracción a la ley cometida por el policía es mucho menos grave que la cometida por un civil.⁸⁷

Esto se acrecienta a la hora de determinar responsabilidades, sobre todo en materia probatoria.⁸⁸

Por otra parte, se ha identificado también, que la función policial parece restarse de los estándares democráticos de regulación de funciones públicas en materia de limitación a garantías fundamentales.

El modelo democrático norteamericano, implica una serie de controles que permitan controlar y legitimar las formas de regulación, mediante la adaptación del modelo de separación de poderes, dentro del mismo poder ejecutivo.

⁸⁶ Hernández, "Parámetros sobre el derecho a la protesta social," 354-357.

⁸⁷ Monu Bedi, "The asymmetry of crimes by and against Police Officers", *Duke Law Journal Online* 66 (2017): 87-89.

⁸⁸ Bedi, "The asymmetry of crimes," 88.

Este mecanismo opera estableciendo como requisitos para la dictación de normativa por parte de estos órganos: la consideración de la opinión tanto de los afectados por la norma como de la población en general, y una posterior revisión judicial que toma como base los comentarios y opiniones efectuados con anterioridad, buscando asegurar cumplimiento de la ley, representatividad social y control judicial de forma simultánea⁸⁹.

Sin embargo, nada de esto se cumple a la hora de la regulación de las policías, estableciéndose este “*pólize exceptionalism*”, el cual se expresa principalmente a través de:

- **Lagunas legislativas y administrativas**, en donde la regulación y estipulación de los mecanismos de actuación es más bien episódica y llena de vacíos (a diferencia de las leyes y demás normas que afectan las libertades públicas), dando espacio a la auto-dictación de normativa.⁹⁰
- **Falta de transparencia**, en donde se inhibe a la policía de la supervisión que debería ejercer la población de acuerdo con el modelo democrático norteamericano, además de existir escasos mecanismos de rendición de cuentas, impidiendo el control democrático y determinación de responsabilidades.⁹¹
- **Política sin evaluación**, en donde los balances costo-beneficio a la hora de determinar las tácticas de intervención, son realizados por las mismas agencias de policía, no existiendo en la mayoría de los casos evaluación externa.⁹²
- **Falta de cambios en las políticas** que regulan estas materias, lo que demuestra la poca o nula incidencia de quienes ven afectados sus derechos, en la forma en la que estas afectaciones se llevarán a cabo.⁹³

Independientemente de las causas jurídicas o históricas de este fenómeno normativo – cuestión que no será abordada en esta investigación⁹⁴ – llama profundamente la atención el nivel de lejanía de la regulación policial con los principios democráticos imperantes. Si bien la función policial amerita un trato normativo adaptado a las particularidades de su desempeño como limitante a las garantías fundamentales, el fenómeno analizado versa más bien sobre una sustracción de los principios atingentes produciendo una ausencia de contrapesos en el ejercicio del poder (y en este caso, la fuerza. Esto genera un trato diferenciado no adaptado o

⁸⁹ Barry Friedman y María Ponomarenko, “Democratic Policing”, *New York University Law Review* 90, no. 6 (2015):1837-1843.

⁹⁰ Friedman y Ponomarenko *Democratic Policing*, 1843-1848.

⁹¹ Friedman y Ponomarenko *Democratic Policing*, 1848-1849.

⁹² Friedman y Ponomarenko *Democratic Policing*, 1850-1852.

⁹³ Friedman y Ponomarenko *Democratic Policing*, 1852-1855.

⁹⁴ Para una mayor profundización en estos aspectos revisar: Friedman y Ponomarenko *Democratic Policing*.

amoldado a la función policial, sino uno que la exime de múltiples obligaciones para con la ciudadanía.

3. Desregulación internacional y el mercado de armas de control de masas o Crowd Control Weapons (CCWs):

Como vimos en la sección I.3.1. tratándose específicamente de los gases lacrimógenos encontramos con una falta de regulación en el derecho internacional, lo cual daría cuenta de una despreocupación de la comunidad internacional por el uso cada vez más creciente de este tipo de armamento en represión de protestas que no siempre significan una grave alteración al orden interno, así como por el mercado asociado a su producción, y las masivas compras por parte de determinados Estados. *“El desarrollo de armas antidisturbios se ha extendido por el mundo durante los últimos veinte años y el número de compañías que las fabrican y comercializan ha aumentado notablemente. A la vez que los fabricantes tradicionales siguen desarrollando CCWs (en países como Francia, Alemania, Israel, Reino Unido y Estados Unidos), están surgiendo nuevas empresas en más de 50 países”*⁹⁵.

Parte de la popularidad del uso de este armamento, y su uso indiscriminado aun considerando los costos unitarios asociados, tiene que ver con el crecimiento del mercado armamentístico que otorga facilidades adquisitivas a las fuerzas de seguridad. *“Por desgracia, los mecanismos internacionales no han seguido con la misma rapidez el desarrollo de las tecnologías y técnicas de control de multitudes. Las normas internacionales que regulan el uso de este tipo de armas son muy limitadas y no establecen restricciones en cuanto al tipo de armamento que puede utilizarse en manifestaciones ni en la producción y comercialización de armas antidisturbios”*⁹⁶.

Sobre este punto, tanto la “Red Internacional de Organizaciones de Libertades Civiles” (INCLC) como la organización “Médicos por los Derechos Humanos” (PHR) han afirmado que *“el uso de estas armas en las manifestaciones debería ser utilizado como último recurso y utilizarse cumpliendo con las normas de proporcionalidad, necesidad, legalidad y rendición de cuentas”*⁹⁷

Dicha tendencia a la desregulación también puede encontrar su origen en el mercado de las armas no letales, en donde las mismas empresas que se dedican a su venta y

⁹⁵ Red Internacional de Organizaciones de Libertades Civiles, “Armas letales disfrazadas: ¿necesitan las armas de control de multitudes una regulación más estricta?” *OpenDemocracy London* (noviembre 2017): 2.

⁹⁶ Red Internacional de Organizaciones de Libertades Civiles, “Armas letales disfrazadas,” 2.

⁹⁷ Red Internacional de Organizaciones de Libertades Civiles, “Armas letales disfrazadas,” 3.

fabricación son quienes imparten las capacitaciones respectivas para su uso, e incluso muchas veces están involucrados en los estudios que buscan establecer las consecuencias sanitarias de su utilización. En palabras de Anna Feigenbaum “[h]ay esta lógica de negocio, donde las corporaciones están estableciendo las pautas de capacitación, haciendo el entrenamiento para el uso del gas, lucrándose con las armas que venden. A menudo se trata de un paquete: ‘le daremos esta gran cantidad de armas policiales y el entrenamiento para usarlas’. Así que hay que fijarse en este gran negocio donde existe un interés personal en que se usen cada vez más de estas armas y en aumentar su fuerza, porque cuanto más escalada en el uso de la fuerza por ambos lados tengamos, más armas se necesitan”⁹⁸.

Dicho esto, difícilmente habrá un interés por una bajada en los niveles de violencia en tanto es conveniente por razones de mercado que esta se siga reproduciendo.

Este comportamiento también se relaciona con el concepto o la finalidad detrás del origen de las armas de control de disturbios o de control de masas, el cual se relacionaría más con el control del espacio o la atmósfera que con el control sobre el individuo mismo, centrándose en el control sobre determinado lugar por sobre la reacción a infracciones a la ley, cuestión que colisiona directamente con el derecho a la protesta. “[E]l gas lacrimógeno es el más emblemático en eso: se trata de una ‘gobernanza de la atmósfera’. Después del gas lacrimógeno, otras armas se desarrollan bajo la misma lógica. Entonces, armas de sonido: ‘¿De qué otra manera podemos contaminar el área? Hagamos un sonido intolerable’. Con armas apestosas: ‘Vamos a hacer un olor intolerable’. De modo que la idea es que podamos llenar la atmósfera con algo que hace imposible que la gente mantenga su solidaridad, que mantenga su masa colectiva, obligar a la gente a separarse”⁹⁹

Esto puede verse expresado en lo acotado en la sección I.2.5. en relación con el control del espacio y en el impacto mediático del uso de este tipo de armamento dados los efectos en específico que produce. “Algunas de las citas encontradas en los archivos son muy reveladoras en términos de las razones iniciales para el desarrollo de gas lacrimógeno. La idea es hacer que la multitud parezca ridícula. Es una gran táctica de relaciones públicas: crear un disturbio a través del control antidisturbios.”¹⁰⁰

⁹⁸ Anna Norman, “Gases lacrimógenos y protesta: “hay un gran interés en la escalada del uso de la fuerza”,” *OpenDemocracy London* (noviembre 2017):3.

⁹⁹ Norman, “Gases lacrimógenos y protesta,” 2.

¹⁰⁰ Norman, “Gases lacrimógenos y protesta,” 3.

Conclusiones

- I. El marco regulatorio nacional del uso de gases lacrimógenos presenta una serie de vacíos y lagunas legislativas, que junto con una serie de reenvíos en bucle le dejan sin regulación de rango legal. Este vacío es llenado por normas de rango reglamentario dictadas por la misma institución a la que se pretende limitar en el ejercicio de la fuerza, situación que resulta problemática y antidemocrática. Los reglamentos, si bien entregan directrices, estas son difusas y se centran en la obediencia a la autoridad y el mantenimiento del orden público, sin vislumbrarse la identificación de un valor en la protesta social.

La regulación internacional específicamente en materia de mecanismos de utilización del gas CS es coincidente con la legal: no existe. Sin embargo, dicha desregulación viene a ser completada por los principios básicos internacionales para el uso de la fuerza que son también reconocidos y recogidos en las primeras secciones de la circular N°1832 de Carabineros, en donde si bien se encuentran coincidencias, también hay diferencias sobre todo en los principios de necesidad y proporcionalidad.

Sin perjuicio de lo anterior, la expresión de estos principios en las normas específicas de cada protocolo no es completamente fiel a los mismos, menos aún al estándar internacional toda vez que son únicamente mencionados respecto al 5° nivel de fuerza según el modelo esquematizado en la Figura 1.

- II. Esta “técnica” normativa de regulación vía reglamento ante lagunas legislativas es completamente inconstitucional en tanto vulnera la reserva de ley consagrada en el principio constitucional de legalidad.

Una materia tan importante como la regulación del uso de gases CS, dado su potencial limitante y lesivo de garantías fundamentales, debe tanto estar contenida en una norma de rango legal (ley de quórum calificado), como responder a un estándar de densidad normativa que satisfaga y no eluda la reserva legal, debiendo indicarse en esta ley directrices, lineamientos, métodos, etc. sobre el uso de estos disuasivos químicos, de tal forma que el poder legislativo como expresión de la voluntad general sea quien establezca como el uso de gases lacrimógenos limitará el ejercicio de garantías fundamentales.

III. La protesta social representa un valor en sí mismo a la luz del principio democrático que tiende a fortalecer la participación ciudadana en temas de interés general, por lo que resultaría a todas luces deseable. La regulación del gas CS y la “preferencia” por el orden público en sacrificio del derecho a protesta, resultan completamente ineficaces, o al menos representan una ponderación defectuosa de costos y beneficios.

Esto porque los elementos considerados en el balance que realizan los defensores del uso de gases en el estado actual de cosas estarían mal ponderados y parten de premisas no comprobadas (como la ausencia de efectos por exposición a largo plazo), además de no considerar una serie de elementos que influyen considerablemente en este ejercicio costo-beneficio. Además, parece ignorarse que la realización de una manifestación conlleva de forma intrínseca cierta afectación a otros derechos que sin embargo no significan la negación de estos.

IV. Para poder resolver conflictos entre garantías que parecen colisionar, el sacrificio de una en favor de otra no representa una forma objetiva de resolución de esta clase de conflictos, en tanto solo expresaría una preferencia previa por consideraciones morales o políticas, cuestión que parece explicar el balance analizado en el Capítulo III. Una óptima herramienta es recurrir al análisis del núcleo esencial de los derechos, análisis del cual podemos concluir que tanto ante amenazas menores como amenazas intermedias al orden público (según la nomenclatura expuesta), este no se vería afectado en su esencia, mientras que el uso de gases lacrimógenos afecta directamente al núcleo esencial del derecho a la protesta dados sus efectos dispersivos. Por lo tanto, su uso ante amenazas al orden público que no afectan su esencia – así como la actual regulación – no solo sería ineficiente, sino que también atentaría contra el principio constitucional de proporcionalidad, dado que incumple al menos tres de sus cuatro requisitos por no ser un medio necesario, legítimo ni proporcionalmente estricto que garantice el mínimo posible de afectación a derechos fundamentales, incumpléndose esta garantía de límite a la intervención estatal.

V. El panorama descrito hasta el momento también tendría repercusiones criminológicas, aumentando las probabilidades de comisión de abusos policiales dado lo difusa de la regulación y la falta de directrices específicas relacionadas con el respeto a los derechos humanos y al derecho a la protesta. Así también, el uso indiscriminado

de gases lacrimógenos inhibiría el potencial neutralizador de conductas ilícitas que tiene la “sanción informal” social, puesto que la falta de legitimidad en el actuar genera una disociación entre lo perseguido y lo que la población espera que se persiga.

Además, el uso de este armamento no produce una baja sino el alza en los niveles de violencia, haciendo que la interacción entre manifestantes y Carabineros solo se torne más agresiva, lo cual hace más probable la comisión de delitos contra Carabineros y por Carabineros por las razones expuestas anteriormente.

Respecto a estos últimos, se harían aplicables las hipótesis de responsabilidad penal contenidas en el art. 14D inciso final de la Ley 17.798 de control de armas, así como el art. 330 del Código de Justicia Militar, por la contravención a los protocolos en el disparo de bombas lacrimógenas y/o daños derivados del uso de los gases respectivamente, según corresponda. Por otra parte, Chile aún cuenta con un modelo del uso de la fuerza que resulta desactualizado tanto respecto a técnicas efectivas de control policial, como al avance en el respeto por los derechos fundamentales a propósito del ejercicio de la función policial.

VI. Finalmente, las particularidades expuestas en torno a la regulación, así como las violaciones generalizadas a los derechos humanos en relación con el derecho a la protesta, hacen sentido si se considera que la norma que mandata legalmente a actuar a Carabineros de Chile es un Decreto Ley originado en dictadura, respondiendo a estándares antidemocráticos que sin embargo continúan aplicándose.

También, el tratamiento normativo de los gases lacrimógenos en Chile, serían un caso más del fenómeno del Excepcionalismo Policial en tanto se sustrae de los estándares constitucionales e internacionales que norman la limitación a garantías fundamentales. Las formas de expresión del excepcionalismo se ven en su mayoría calcadas en el panorama normativo expuesto en el primer capítulo, evidenciando que esta forma de regulación es un caso más perteneciente a este fenómeno estructural.

Además, estas tendencias se encuentran rodeadas por el fenómeno del gigantesco creciente mercado de las armas de control de disturbios, cuyos intereses económicos permean a las capacitaciones entregadas, así como a la realización de estudios sobre los efectos de estos disuasivos químicos.

A modo de conclusión general, el tratamiento reglamentario de los gases lacrimógenos es inadecuado, inconstitucional e ineficiente, además de favorecer la reproducción de la violencia y la consiguiente comisión de ilícitos.

Esta temática debe ser tratada con la gravedad que merece, en observancia de los principios atinentes en la limitación a las garantías fundamentales, tanto en el plano nacional como internacional.

Urge en ambos espacios una regulación específica de la materia ante los peligros de la utilización indiscriminada de estas armas químicas, que asegure adecuación a estándares de derechos humanos, realización de estudios independientes y capacitaciones sean realizadas por organizaciones externas, de tal forma de evitar el cruce intereses entre quien entrena y quien vende las armas.

Bibliografía

A. Autores

1. Alexy Robert., *Teoría de los Derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2007.
2. Arnold, Rainer., José Martínez y Francisco Zúñiga. "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". *Estudios Constitucionales* 10, no. 1 (mayo 2012): 65-116.
3. Bascour, Gonzalo. "Análisis de los principales delitos y su régimen de sanción previsto en la Ley N°17.798 sobre Control de Armas." *Política criminal* 12, no.23 (julio 2017): 533-609
4. Bedi, Monu. "The asymmetry of crimes *by* and *against* Police Officers." *Duke Journal Online* 66 (2017): 79-97
5. Blaho, Kari., y Margaret M Stark. "Is CS spray dangerous?". *BMJ* 321, (Julio 2000): 458-459
6. Bonner, Michel. *Policing protest in Argentina and Chile*. Colorado: First Forum Press, 2014.
7. Cortés, Pascual. "La regulación del uso de gases lacrimógenos como reacción frente a la protesta: aproximación crítica desde el análisis económico del derecho administrativo". *Derecho y Crítica Social* 3 no.2 (noviembre 2017): 191-221.
8. Crowley, Michael. *Chemical Control: Regulation of Incapacitating Chemical Agent Weapons, Riot Control Agents and their Means of Delivery* New York: Palgrave Macmillan, 2016.
9. De Otto, Ignacio. *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel, 1987.
10. Finnis, John. *Ley Natural y Derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.

11. Friedman, Barry., y María Ponomarenko. "Democratic Policing". *New York University Law Review* 90, no.6 (diciembre 2015): 1827-1907.
12. Hernández, Domingo. "Parámetros sobre el derecho a la protesta social y garantías constitucionales. El caso chileno." *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano* 20 (2014): 343-358.
13. Lipp, Robin. "Protest Policing in New York City: balancing safety and expresión." *Harvard Law and Policy Review* 9 (2015): 275-306.
14. Martorell, Daniel. "Eficiencia, disuasión y Derecho Penal. Algunos comentarios acerca del funcionamiento del sistema penal y sus consecuencias criminológicas". *Revista de Derecho Universidad San Sebastián* 19, no.24 (otoño 2018): 161-179.
15. Medina, Cecilia., y Claudio Nash. *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*. Santiago: Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2007.
16. Mir Puig, Santiago. *La delincuencia relacionada con el abuso de poder. Aspectos criminológicos*. Donostia: Servicio Editorial Universidad del País Vasco, 1992.
17. Muñoz, Felipe. "El uso de gases lacrimógenos en Chile: Normativa internacional y nacional vigente y jurisprudencia reciente". En *Estudios Constitucionales* 14, no.1 (Julio 2016):221-246
18. Nogueira, Humberto. *El principio de proporcionalidad y su aplicación en Sudamérica por la jurisdicción constitucional, con especial mención al Tribunal Constitucional chileno*. Santiago: Librotecnia, 2010.
19. Osse, Anneke. *Entender la labor policial. Recursos para activistas de Derechos Humanos*. Madrid: Editorial Amnistía Internacional, 2006.

20. Pica, Rodrigo. "Aspectos teóricos y jurisprudenciales en torno a la reserva legal de regulación y limitación en materia de Derechos fundamentales". *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 20, no. 1 (2013): 193-228.
21. Poutvaara, Panu. y Mikael Priks. "Hooliganism and Police Tactics: Should Tear Gas Make Crime Preventers Cry?". *IZA discussion papers*, no. 2812 (May 2007): 1-18.
22. Rísquez, Alejandro. "Usos y abusos de los gases lacrimógenos y la salud: prevención y manejo". *Med Interna (Caracas)* 29, no.4 (2013): 239-248
23. Rojas, Nicoll., y Diana Valdés. "Constitucionalidad de la tendencia legislativa penal en materia de Orden Público: Análisis de proyectos de ley años 2010-2012". *Revista de Filosofía y Ciencias Jurídicas* 2, no. 2 (Julio 2013): 33-54.
24. Ruíz, Luis. "El tratamiento legal de las técnicas de intervención policial: uso de la fuerza y responsabilidad penal". *Revista Nuevo Foro Penal* 10, no.83 (primavera 2014): 39-70.

B. Documentos de instituciones

1. Amnistía Internacional. *Uso de la fuerza. Directrices para la aplicación de los principios básicos sobre el empleo de la fuerza y de armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*. Madrid: Centro de Lenguas de Amnistía Internacional, 2016.
2. Carabineros de Chile. *Manual de Técnicas de Intervención Policial para Carabineros de Chile Nivel 1* Chile: Dirección de Derechos Humanos de Carabineros, 2019.
3. Instituto Nacional de Derechos Humanos. *Informe anual 2011: Situación de los Derechos Humanos en Chile*. Chile: Consejo Instituto Nacional de Derechos Humanos, 2011.
4. Instituto Nacional de Derechos Humanos. "Informe anual 2019: Situación de los Derechos Humanos en Chile en el Contexto de la Crisis Social" (Diciembre 2019 [citado el 20 de diciembre de 2019] Biblioteca digital): disponible en

<https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/1701/Informe%20Final-2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

5. Red Internacional de Organizaciones de Libertades Civiles. "Armas letales disfrazadas: ¿necesitan las armas de control de multitudes una regulación más estricta?". *OpenDemocracy London* (noviembre 2017): 1-4.
6. Norman, Anna. "Gases lacrimógenos y protesta: "hay un gran interés en la escalada del uso de la fuerza"". *OpenDemocracy London* (noviembre 2017): 1-6.

C. Noticias

1. Agencia Uno. "Carabineros gastó 2.300 millones de pesos en bombas lacrimógenas desde 2011". *24Horas* (30 de marzo de 2019 [citado el 17 de octubre de 2019]): disponible en <https://www.24horas.cl/nacional/carabineros-gasto-2300-millones-de-pesos-en-bombas-lacrimogenas-desde-2011-3205029>
2. Massai, Nicolás. "Estado de Emergencia: Carabineros gastó 1.175 millones de pesos en gases lacrimógenos en diez días". *Interferencia* (22 de diciembre de 2019 [citado el 28 de diciembre de 2019]): disponible en <https://interferencia.cl/articulos/estado-de-emergencia-carabineros-gasto-1175-millones-de-pesos-en-gases-lacrimogenos-en>
3. Zamorano, Javier. "CSD Colo Colo presentó querrela contra carabineros por incidentes en el Estadio Monumental,". *BioBioChile* (12 septiembre de 2019 [citado el 17 de octubre de 2019]BioBio Deportes): disponible en <https://www.biobiochile.cl/noticias/deportes/futbol/colo-colo/2019/09/12/csd-colo-colo-se-querello-contra-carabineros-por-incidentes-en-el-estadio-monumental.shtml>

D. Fuentes jurisprudenciales nacionales

1. Corte de Apelaciones de Temuco. Rol N°342-2011, 16.12.2011.
2. Corte de Apelaciones de Valdivia. Rol N°625-2011, 10.11.2011.
3. Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso. RIT N°13-2019, 10.03.2019.

4. Juzgado de Garantía de Temuco. Querrela RIT N°4567-2017.

E. Legislación nacional

1. Constitución Política de la República
2. Código Penal
3. Código de Justicia Militar
4. Ley 17.798 sobre control de armas
5. Decreto N°83 del Ministerio de Defensa Nacional
6. Decreto Ley N°1086 del 16 de septiembre de 1983 emitido por el Ministerio del Interior
7. Resolución N°9080 del 30 de abril de 1999, emitida por la Dirección General de Movilización Nacional
8. Circular N°1832 del 1 de marzo de 2019 de la Dirección General de Carabineros, que norma el uso de la fuerza
9. Orden General N°2635 del 1 de marzo de 2019 de la Dirección General de Carabineros, que aprueba “Protocolos para el Mantenimiento del Orden Público”

F. Legislación internacional

1. “Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley” adoptado por la Asamblea General en su resolución 34/169 del 17 de diciembre de 1979
2. “Principios básicos sobre el empleo de la fuerza y las armas de fuego por los funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley”, adoptado por el 8° Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en la Habana, Cuba, entre 27 de agosto y el 07 de septiembre de 1990.