

EL USO DE GASES LACRIMÓGENOS EN CHILE: NORMATIVA INTERNACIONAL Y NACIONAL VIGENTE Y JURISPRUDENCIA RECIENTE*

THE USE OF TEAR GAS IN CHILE: EXISTING INTERNATIONAL
AND NATIONAL NORMS, AND RECENT JUDICIAL DECISIONS

FERNANDO MUÑOZ LEÓN*
Profesor Asistente, Facultad de Derecho,
Universidad Austral de Chile
fernando.munoz@uach.cl

RESUMEN: La reaparición de la protesta como instrumento de movilización social ha visibilizado los mecanismos de represión estatal empleados para responder a ella. Uno de los más utilizados, pero menos estudiados críticamente, es el uso de gas lacrimógeno. El presente artículo examina las características de este producto, las normas nacionales e internacionales vigentes al respecto, y categoriza los argumentos ofrecidos por sentencias recientes que han resuelto casos relacionados con este producto químico.

ABSTRACT: The return of protest as an instrument of social mobilization has rendered visible the mechanisms of state repression employed to respond to it. One of the most employed among these mechanisms, but at the same time one of the least critically examined, is the use of tear gas. This article analyzes the characteristics of this product, the national and international existing norms that regulate it, and offers a categorization of recent judicial decisions that have dealt with this chemical product.

PALABRAS CLAVE: gas lacrimógeno, movilización social, represión estatal.

KEYWORDS: tear gas, social mobilization, state repression.

I. INTRODUCCIÓN: LA PROTESTA Y SU REPRESIÓN

En el último quinquenio, la sociedad chilena ha estado marcada por un intenso ciclo de movilizaciones y protestas sociales; situación que ha revitalizado la atención que la sociedad civil y la academia han prestado al derecho a la protesta. 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 gobier-

* Trabajo recibido el 7 de octubre de 2015 y aprobado el 27 de abril de 2016.

* Doctor en Derecho, Universidad de Yale; Profesor Asistente, Universidad Austral de Chile. El autor agradece los comentarios de los árbitros anónimos que revisaron este texto.

no; mientras que, al igual que el segundo, es de difícil positivización en cuanto tal. La protesta, de todas maneras, se revela como una actividad tremendamente importante para toda concepción substantiva de la democracia; la oportunidad de expresar colectivamente el descontento constituye una de las formas más accesibles y efectivas de involucramiento ciudadano, tanto en sistemas democráticos estables como en aquellos regímenes donde las élites políticas son insensibles o impermeables a formas de expresión más institucionalizadas.

La reciente ola de protestas sociales ha logrado llamar la atención de la sociedad civil y de la academia no sólo en virtud del contenido de las demandas que animan dichas movilizaciones, sino también debido a que ellas han visibilizado los mecanismos de respuesta estatal existentes orientados a la protección del orden público. Estos mecanismos han comprendido “desde amenazas de prohibición a regulaciones innecesarias, esto es, no justificadas en una democracia, y proyectos de ley que buscan desplazar el eje de responsabilidad por el resguardo del orden público desde el Estado a los particulares”¹.

En este trabajo examinaré uno de los mecanismos de respuesta policial a la protesta más habituales y, sin embargo, menos estudiados por la academia nacional: los *gases lacrimógenos*. Este recurso es empleado por la fuerza pública como herramienta de dispersión y represión de movilizaciones y protestas. Debido a sus características, que permiten que el producto en cuestión sea esparcido rápidamente por el viento, su utilización ha afectado no sólo a manifestantes, sino también a trabajadores, transeúntes, menores de edad y adultos mayores. Por ello, esta práctica ha sido criticada por organizaciones de la sociedad civil, organismos públicos e instituciones académicas. Así, por ejemplo, Asesoría Ciudadana, programa de asistencia y orientación jurídica perteneciente al Instituto Igualdad, ha denunciado en una carta dirigida a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el uso “de manera indiscriminada, arbitraria y brutal [de] gases lacrimógenos tóxicos, disparados incluso a quemarropa contra los manifestantes y al interior de recintos educacionales, sitiados durante horas por Fuerzas Especiales”²; el Instituto Nacional de Derechos Humanos ha calificado el “uso indiscriminado de bombas lacrimógenas” como “un aspecto que es parte de los abusos policiales durante las

¹ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES (2011), p. 55. Si bien los proyectos presentados por el gobierno de Sebastián Piñera que ameritaron estos cuestionamientos no fueron finalmente aprobados, al momento de escribir estas líneas, el gobierno de Michelle Bachelet ha puesto en tramitación proyectos de ley que aumentan las atribuciones de la policía para detener personas discrecionalmente, entre otras medidas que restringen las libertades públicas.

² ASESORÍA CIUDADANA (2011), p. 4.

manifestaciones”³, y el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales ha observado que “[e]ntre las denuncias por violencia que más fuerte se dejan sentir están los reclamos por el uso de bombas lacrimógenas”⁴.

En las siguientes secciones, explicaré los orígenes del uso de este compuesto como mecanismo de control de masas, y proveeré de algo de contexto sobre los peligros de su uso, para a continuación revisar la normativa internacional y nacional vigente, y posteriormente revisar algunas sentencias que se han pronunciado sobre su uso.

II. EL GAS LACRIMÓGENO

¿De qué hablamos cuando usamos la expresión ‘gas lacrimógeno’? Comencemos revisando una breve definición del objeto en cuestión. Gas lacrimógeno es una “denominación común para referirse a una familia de compuestos químicos” integrada por unos “quince químicos usados mundialmente como agentes lacrimógenos”, y caracterizada por la facultad de estos compuestos de “causar discapacidad temporal”⁵.

La utilización de este producto químico se remonta a la segunda década del siglo XX. Reportes alemanes sugieren que la policía francesa empleó cartuchos de bromacetato de etilo a partir de 1912, mientras que a partir de 1914 el ejército de la misma nación empezó a utilizar granadas con el mismo material en el contexto de la I Guerra Mundial. Paralelamente, en 1918 se formó la Chemical Warfare Service, unidad del ejército de los Estados Unidos, la cual con posterioridad al término de la guerra promovió el uso de estos instrumentos en el control de disturbios civiles. Si bien la Secretaría de Guerra prohibió tal utilización en un primer momento, durante la presidencia de Woodrow Wilson (1913-1921), esta política cambió durante la presidencia de Warren G. Harding (1921-1923). Finalmente, pese a ser restablecida dicha prohibición, que afectó fundamentalmente a las tropas federales de la Guardia Nacional, diversos exfuncionarios de la CWS abrieron sus propias empresas dedicadas a producir y proveer de gases lacrimógenos a las policías de los estados, con lo cual este instrumento se generalizó y posteriormente se extendió al resto del mundo⁶. Las investigaciones sobre las

³ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2011), p. 79.

⁴ CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES (2011), p. 75.

⁵ HU (1989), p. 660.

⁶ JONES (1978).

formas más eficientes de dispersión⁷ y los compuestos más efectivos continuaron en las décadas siguientes⁸, hasta que finalmente se consolidó en los años 50 y 60 el uso para su elaboración del compuesto químico denominado clorobenzilideno malononitrilo (CS)⁹.

La forma en que estos agentes químicos producen su objetivo es mediante el dolor físico y la privación sensorial:

“Al contacto con el gas, la víctima rápidamente desarrolla un severo y quemante malestar y lacrimación pronunciada. Pueden aparecer blefaroespasmos (contracciones involuntarias de los párpados) y edemas en la membrana conjuntiva. Cuando es inhalado, el gas irrita la nariz, boca, vías respiratorias superiores, y pulmones. La profusa secreción provocada por el contacto, combinado con los mecanismos filtradores del tracto respiratorio superior atrapa las partículas más grandes. Localmente, el gas causa rinorrea, congestión nasal, e irritación. Si es inhalado, particularmente en un espacio reducido, puede causar dolor de garganta, tos, broncorrea, broncoespasmos en pacientes asmáticos, neumonía, e incluso apnea. Es particularmente peligroso en personas con enfermedades pulmonares. Así como su peculiar olor, el gas CS tiene un sabor desagradable, quemante, y ácido. Tragar saliva que contiene gas CS puede resultar en náuseas y vómitos. En la piel, el gas produce una sensación de picor y puede causar eritemas y quemaduras”¹⁰.

Evidentemente, debido a estas características, la utilización de este producto ha sido largamente cuestionada por la comunidad médica internacional. “El uso de gas lacrimógeno en recientes situaciones de desórdenes civiles”, escribían en 1989 un grupo de médicos pertenecientes a Physicians for Human Rights, “demuestra que la exposición a esta arma es difícil de controlar e indiscriminada, y que a menudo esta arma es mal utilizada”¹¹. El testimonio de la visita de este grupo de médicos a Seúl, Corea del Sur, durante el mes de junio de 1987, nos ofrece una narrativa demasiado familiar:

“Nos impresionó el uso indiscriminado y los efectos del gas lacrimógeno en transeúntes y otros individuos apostados en las cercanías de los protestantes que estaban

⁷ FINLEY (1938).

⁸ JACKSON & JACKSON (1935).

⁹ BLAIN (2003).

¹⁰ YIH (1995), p. 276. Sus efectos a largo plazo, por otro lado, han sido poco estudiados. Véase HU *et al.* (1989) y FRAUNDELDER (2000).

¹¹ HU *et al.* (1989), p. 660.

siendo atacados con gases. Escuchamos una gran cantidad de relatos sobre policías lanzando manualmente y disparando granadas lacrimógenas directamente hacia las concentraciones de gente y en espacios cerrados, tales como habitaciones, vehículos motorizados, y corredores del transporte subterráneo. Usualmente, la gente que estaba cerca del lugar de explosión de las granadas sufrían profundos traumas producto de los fragmentos, exacerbados por la presencia del químico de los gases lacrimógenos. Muchos individuos sufrieron intensas quemaduras cutáneas provenientes del contacto directo con el polvo del gas lacrimógeno. Encontramos varias historias de personas que se creía que habían experimentado daños tóxicos más severos que requerían hospitalización. Nuestras entrevistas entre los pequeños comerciantes ubicados en las cercanías de los campus universitarios donde las protestas estudiantiles eran comunes revelaron algunos síntomas entre nuestros entrevistados y sus niños, incluyendo tos y respiración entrecortada, que persistieron por varias semanas hasta el momento de nuestra encuesta. Los doctores nos reportaron que los pacientes con asma y enfermedades pulmonares obstructivas que se vieron expuestos a los gases que llegaron a las habitaciones a través de ventanas abiertas experimentaron un deterioro en sus funciones pulmonares, algunos a tal punto que requirieron una estadía más prolongada en el hospital”¹².

Esta descripción nos recuerda que el uso de gases lacrimógenos daña de diversas formas a la población. Desde luego, éstos descargan sus efectos de manera indiscriminada en todos los individuos que se ven expuestos a ellos. Esto incluye, por cierto, a todos los participantes de las marchas; pero también a los transeúntes y vecinos que circulen o habiten en las inmediaciones del lugar afectado, incluso hasta por días después del suceso. Una característica ineludible del gas lacrimógeno, debido precisamente a su condición de gas, es la imposibilidad de que aquél sea utilizado con precisión, por lo que afecta indiscriminadamente a todo aquel que se encuentre a su alrededor.

Los mecanismos mediante los cuales se arrojan dichos gases generan el riesgo adicional, para quienes se encuentran dentro del radio de acción de las tropas policiales, de sufrir serios traumatismos. El chorro usado por los carros lanzagua para dispersar los gases tienen una fuerza tal que puede lesionar gravemente a un individuo¹³. Las granadas arrojadas con la mano estallan, lanzando alrede-

¹² Hu *et al.* (1989), p. 661.

¹³ A modo de ejemplo puede mencionarse el caso de la alumna de la Universidad Austral de Chile Carolina Ángulo, quien sufrió un paro cardiorrespiratorio tras ser impactada por el chorro del carro lanzagua en 2008. Véase “Sigue grave alumna afectada por paro cardíaco tras protestas en Valdivia”, disponible en http://www.tercera.cl/contenido/25_22583_9.shtml. También puede mencionarse el caso del estudiante de

dor esquirilas candentes. Las escopetas utilizadas para disparar granadas causan graves lesiones cuando, como ocurre habitualmente, son utilizadas apuntando hacia el cuerpo de las personas¹⁴. Por si eso fuera poco, se han reportado casos de lanzamiento de granadas lacrimógenas en el interior de recintos tales como un sindicato, una estación de metro y hogares particulares; así como desde lo alto de helicópteros¹⁵. El siguiente párrafo, contenido en una sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco, nos entrega una idea sobre la manera en que la fuerza policial hace uso de este implemento:

“En cuanto a los hechos, relatan que el miércoles 2 de noviembre del presente año, alrededor de las 8 de la mañana, Nancy Calabrano fue a dejar a sus hijos al paradero que se encuentra en el camino público Cherquenco, como a 80 metros de su hogar, para esperar el bus que los lleva al colegio de Pidima. Cuando volvía a su hogar escuchó disparos y el entorno de su casa se llenó de humo, vio como frente a su casa se desplaza por el camino público, en dirección a Cherquenco un grupo de carabineros, vestidos con ropa militar, cascos, metralletas y fusiles en sus manos, tras ellos venían dos patrullas, dos furgones, zorrillos y camionetas de color blanco, rojo, plomo y negro, en las últimas camionetas venían en la parte descubierta carabineros de pie, armados apuntando hacia las casas. Los carabineros que venían adelante disparaban en dirección a su casa y lanzaban bombas lacrimógenas también hacia su hogar. Señala que corrió hacia el paradero donde se encontraban sus hijos, junto a los de su hermana Carmen y de Mireya Gallardo Cayul, a pedirles a los niños que se devolvieran a sus casas. Luego trató de hablar con carabineros para decirles que dejaran de disparar y tirar lacrimógenas, debido a que en las casas se encontraban niños y un par de ancianas, pero le respondieron con puras groserías. Agrega que al mediodía la misma caravana regresaba por el camino público que colinda con su

la Universidad Católica Rodrigo Avilés, quien sufrió un traumatismo encéfalo craneano grave tras también ser impactado por el chorro de un carro lanzaaguas, esta vez en 2015. Véase “Video confirma responsabilidad de carabineros en caso Rodrigo Avilés”, disponible en <http://www.24horas.cl/nacional/video-confirma-responsabilidad-de-carabineros-en-caso-rodrigo-aviles-1675955>.

¹⁴ Así, los estudiantes de la Universidad Austral de Chile Carlos Alarcón y Melissa González fueron lesionados de esta manera en mayo de 2011, resultando el primero con “trauma ocular grave” y la segunda con una “fractura en la mandíbula, que le significó insertarle una placa de titanio, debiendo extraerle una muela”. Véase “Estudiantes lesionados en enfrentamientos con Carabineros definen acciones legales a seguir”, disponible en <http://www.biobiochile.cl/2011/05/16/estudiantes-lesionados-en-enfrentamientos-con-carabineros-definen-acciones-legales-a-seguir.shtml>. También puede mencionarse el caso de la estudiante de la Universidad de Concepción Paulina Rubilar Méndez, quien sufrió un trauma ocular grave producto del impacto de una bomba lacrimógena lanzada por Carabineros desde 20 metros de distancia. INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2011), p. 80.

¹⁵ INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2011), p. 80.

casa, disparando balines de goma, los cuales caían como lluvia encima de los techos de sus casas, lanzando, además, bombas lacrimógenas contras sus casas”¹⁶.

¿Hasta dónde puede llegar la peligrosidad de esta arma? La respuesta la da el caso de un dirigente sindical argentino muerto por el impacto de una granada, el cual recibió dentro de su auto el disparo deliberado de una granada en su nuca¹⁷. A la luz del deber estatal de “dar protección a la población”, como prescribe nuestra Constitución Política de la República en su artículo 1º, el uso de gases lacrimógenos merece más atención de la que ha recibido hasta el momento.

III. NORMATIVA INTERNACIONAL

En la actualidad, el derecho internacional hace una distinción fundamental en torno al uso del gas lacrimógeno en situaciones de guerra entre estados y de disturbios internos dentro de un estado; en el primer caso, prohíbe el uso de gases lacrimógenos, mientras que en el segundo caso, lo autoriza.

La prohibición del uso de gas lacrimógeno entre estados beligerantes, valga señalar, es fruto de un arduo proceso de deliberación y negociación internacional. La *Declaración de la Haya prohibiendo el uso de proyectiles cuyo único objeto sea la difusión de gases asfixiantes o deletéreos y el uso de proyectiles y explosivos*, de 29 de julio de 1899, apareció antes del surgimiento del gas lacrimógeno, y los países que crearon este producto no consideraron que estuviera cubierto por su esfera de prohibición¹⁸. Por su parte, el *Protocolo sobre la prohibición del empleo en la guerra de gases asfixiantes, tóxicos o similares y de medios bacteriológicos*, o Protocolo de Ginebra, firmado el 17 de junio de 1925 y que entrara en vigor el 8 de febrero de 1928, no incluía los gases lacrimógenos dentro de su prohibición. Por añadidura, la ausencia de importantes países, como Estados Unidos, y la gran cantidad de reservas formuladas por los Estados Parte le restaron fuerza operativa a este convenio.

Un nuevo impulso surgió cuando la Asamblea General de las Naciones Unidas, durante su XXIII Sesión y con fecha 20 de diciembre de 1968, adoptó la

¹⁶ Sentencia de 16 de diciembre de 2012, recaída en Recurso de Protección Rol N° 342-2011, caratulado *Calabrano con Gobernación de la Provincia de Malleco*, y seguido ante la Corte de Apelaciones de Temuco.

¹⁷ Véase “Prisión perpetua para el policía que asesinó al docente Fuentealba”, disponible en <http://edant.clarin.com/diario/2008/07/09/elpais/p-01711249.htm>.

¹⁸ Véase BUNN (1969).

Resolución 2454 A, mediante la cual comisionó a su Secretario General, U Thant, la elaboración de un “reporte sobre los varios aspectos del problema de las armas químicas, bacteriológicas y biológicas de otros tipos”. U Thant acompañó el resultante informe, titulado *Armas químicas y bacteriológicas y los efectos de su posible uso*, con un prólogo en el cual llamaba a todos los países a suscribir el Protocolo de Ginebra y a afirmar explícitamente –más bien, a reinterpretar– que dicho instrumento prohibía el uso en caso de guerra de todo tipo de agentes químicos y biológicos, incluyendo los gases lacrimógenos. Este último planteamiento fue objeto de la Resolución 2603 A, adoptada por la Asamblea General durante su XXIV Sesión de fecha 16 de diciembre de 1969, cuya votación arrojó 80 votos favorables, tres rechazos (Estados Unidos, Australia y Portugal), y 36 abstenciones¹⁹. Las conversaciones y negociaciones resultantes alcanzarían finalmente la prohibición universal y sin reservas del uso de gases lacrimógenos como método de guerra mediante la Convención sobre Armas Químicas, si bien este resultado demoró dos décadas y media²⁰.

La *Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, Producción, Almacenaje y Uso de Armas Químicas y sobre su Destrucción*, más conocida por su nombre abreviado de *Convención sobre Armas Químicas*, es un tratado internacional firmado en 1993 y que entró en vigencia el 29 de abril de 1997. En nuestro país fue promulgado mediante el Decreto N° 1764, firmado el 2 de febrero de 1996 y publicado en el *Diario Oficial* el 11 de marzo de 1997.

En su artículo II, N° 7, la Convención define el concepto de “agente de represión de disturbios” como cualquier sustancia química que pueda “producir rápidamente en los seres humanos una irritación sensorial o efectos incapacitantes físicos que desaparecen en breve tiempo después de concluida la exposición al agente”. Esto coloca a los gases lacrimógenos dentro de la esfera de prohibición establecida en el artículo I, N° 5, el cual señala que cada Estado Parte de la Convención “se compromete a no emplear agentes de represión de disturbios como método de guerra”. Incluso más, esta prohibición está reforzada por el artículo X, N° 8, el cual establece el derecho de todo Estado Parte a solicitar y recibir “asistencia contra el empleo o amenaza del empleo de armas químicas” si considera que se han empleado contra él “agentes de represión de disturbios como método de guerra”.

¹⁹ Véase BUNN (1970).

²⁰ Véase ROBINSON (1996).

Por el otro, mediante la conceptualización de los gases lacrimógenos como “agente de represión de disturbios”, la Convención excluye de su esfera de prohibición el uso de gases lacrimógenos como herramienta de control social. Esto, pues el artículo II, N° 9, letra d), identifica entre los “fines no prohibidos por la presente Convención” el “[m]antenimiento del orden, incluida la represión interna de disturbios”.

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. Por supuesto, esto no implica que cada Estado Parte no pueda adoptar normas internas más favorables para su población, que impidan su utilización como medida de represión de disturbios. Sin embargo, como veremos, ése no es el caso tratándose de la legislación chilena.

IV. NORMATIVA NACIONAL

La existencia de servicios estatales que preserven el orden público interno y externo está contemplada en la Constitución, y sin duda forma parte de las labores fundamentales que todo Estado constitucional de derecho debe realizar. Ahora bien, una vez que se asume que la mantención del orden público constituye un fin constitucionalmente legítimo, surge la pregunta de cuáles son los medios lícitos para lograr tal fin. Es ahí donde se inserta la discusión sobre el uso, tanto en abstracto como en concreto, de un producto químico, los gases lacrimógenos, cuya función consiste, como hemos visto, en producir dolor indiscriminadamente; es decir, en todo aquel que se encuentre al alcance de su ámbito de acción. Es importantísimo comprender, en este sentido, que la responsabilidad de darle una fundamentación constitucional incuestionable al uso de esta arma química corresponde a las autoridades estatales, no a quienes cuestionen su existencia. Aquí se sugerirá que dicha responsabilidad no ha sido cumplida satisfactoriamente, lo que genera importantes dudas sobre la compatibilidad de esta herramienta de coerción con un régimen constitucional respetuoso de las libertades públicas.

El análisis de la normativa nacional en materia de gas lacrimógeno debe ser realizado teniendo en consideración el principio constitucional de reserva legal. Dicho principio equivale al respeto, por parte de los titulares de la potestad legislativa y reglamentaria, de la distribución de competencias contenida en la Constitución Política de la República. Y un ámbito donde habitualmente se señala que este principio opera, en virtud del artículo 19 N° 26, es en la regulación de derechos constitucionales; varios de los cuales parecieran verse afectados por el uso de gases lacrimógenos, a juzgar por la peligrosidad de este producto ya descrita

en la sección II. En efecto, los gases lacrimógenos perturban la integridad física de la persona: su función consiste precisamente en producir dolor y molestias en los cuerpos de quienes se ven expuestos a ellos²¹. Al ser empleados contra manifestantes movilizados, amenazan el ejercicio de la libertad de circulación, el derecho de reunión y la libertad de expresión; derechos que positivizan y dan operatividad al derecho a la protesta. Por último, al constituir un producto químico dispersado en el aire, conculcan también el derecho a un medioambiente libre de contaminación²².

¿Cuál es el contenido de la reserva legal en materia de gas lacrimógeno? El artículo 63 N° 20 del texto constitucional nos permite elaborar una respuesta, al señalar que es materia de ley toda “norma de carácter general y obligatoria que estatuya las *bases esenciales* de un ordenamiento jurídico”. Esto significa, en nuestro caso, que la ley debiera establecer las bases esenciales que regulen el uso de gases lacrimógenos y otros implementos similares, determinando las hipótesis que autorizan el uso de tales gases, los procedimientos previos a su utilización, y los criterios con los cuales se habrán de utilizar. Tal regulación, cabe sugerir, debiera tomar en consideración la necesidad de sujetar su uso a estándares de racionalidad y proporcionalidad. Por último, y a fin de satisfacer la exigencia contenida en el artículo 103 del texto constitucional respecto a “armas u otros elementos similares”, dicha regulación debe tener formalmente el carácter de ley de quórum calificado.

En lo medular, la regulación nacional de los gases lacrimógenos está contenida en la Ley de Control de Armas²³. Dicha normativa establece una prohibición

²¹ Ello podría incluso permitirnos conceptualizarles como un *apremio ilegítimo*; en cuyo caso, su uso quedaría prevenido por el exigente texto constitucional, según el cual “se *prohíbe* la aplicación de *todo* apremio ilegítimo”.

²² Este hecho nos obliga además a cuestionar seriamente la compatibilidad de la utilización de gases lacrimógenos con la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente. Este cuerpo legal, en su artículo 2º, letra d), establece que un agente contaminante es “todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental”. A la luz de dichas definiciones, ¿no son los gases lacrimógenos un contaminante cuya utilización vulnera el procedimiento de evaluación de impacto ambiental contemplado por la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente? En efecto, el artículo 10, letra q) de dicho cuerpo legal dispone que entre las actividades susceptibles de causar impacto ambiental “que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental” se encuentra la “[a]plicación masiva de productos químicos en áreas urbanas o zonas rurales próximas a centros poblados o a cursos o masas de agua que puedan ser afectadas”. ¿Y no es el uso de gases lacrimógenos una “aplicación masiva de productos químicos en áreas urbanas”?

²³ Ley N° 17.798, sobre Control de Armas, promulgada el 6 de diciembre de 1977 y publicada el 13 de abril de 1978.

genérica contra la posesión y tenencia de gases lacrimógenos en su artículo 3º, inciso 2º, el que señala 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 esquiras, ni los implementos destinados a su lanzamiento o activación”. Por otro lado, la misma ley levanta dicha prohibición respecto de las Fuerzas Armadas y de Orden, en el artículo 3º, inciso 4º, en los siguientes términos:

“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”.

Ahora bien, aquí pareciera aparecer un problema de vulneración de la reserva legal en materia de gas lacrimógeno de dos maneras.

En primer lugar, la Ley de Control de Armas, en su artículo 3º, delega en la potestad reglamentaria la regulación del uso de gas lacrimógeno, señalando que los disuasivos químicos y lacrimógenos “podrán ser utilizados” por las Fuerzas Armadas y de Orden “en la forma que señale el respectivo Reglamento Orgánico y de Funcionamiento Institucional”. Así, la Ley de Control de Armas no contiene ningún indicio, criterio, principio u orientación sobre cómo deban estos cuerpos emplear dicho armamento. Tal margen de discrecionalidad es contrario al principio de reserva legal, que le encomienda precisamente a la ley –no a los reglamentos– establecer “la forma” en que “podrán ser utilizados” los gases lacrimógenos. Como señala De Otto, la potestad reglamentaria, “que puede regular cualquier materia con la sola prohibición de no contravenir lo dispuesto en las leyes, encuentra un límite cuando la Constitución ha establecido que ciertas materias quedan reservadas a la ley, atribuyendo así a ésta un monopolio que acota negativamente la regulación reglamentaria”²⁴. Desde la perspectiva de la reserva legal, la inexistencia de una reglamentación de rango legal del uso de gases lacrimógenos pareciera ser inconstitucional.

²⁴ DE OTTO (1987), p. 229.

En segundo lugar, la remisión a la potestad reglamentaria que hace la Ley de Control de Armas tiene un problema adicional. El Decreto N° 83, del Ministerio de Defensa Nacional²⁵, se refiere a los gases lacrimógenos en sus artículos 3º, 16, y 203 a 205; pero en ningún caso establece “la forma” en la que “podrán ser utilizados” tales elementos, como se lo encomendara –podría decirse que inconstitucionalmente– la Ley de Control de Armas. Por su parte, la Resolución N° 9.080, de 30 de abril de 1999, emitida por la Dirección General de Movilización Nacional y titulada “Dicta Normas Sobre Elementos de Autoprotección Lacrimógenos y Eléctricos”, establece lo siguiente en su parte resolutive:

“1. Dispónense las siguientes normas de control para los elementos de autoprotección que a continuación se señalan:

a. Elementos Lacrimógenos:

1) Sólo podrán ser comercializados a personas naturales o jurídicas aquellos elementos de efecto lacrimógeno elaborados sobre la base de productos naturales, tales como extracto de ají y pimienta.

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”.

La pregunta obvia que se hace el lector es: *¿qué condiciones?* La Ley de Control de Armas, como hemos visto, remite la regulación del uso de gases lacrimógenos a sus reglamentos complementarios. De los dos cuerpos de rango reglamentario existentes en la materia, uno no dice nada sobre la materia, y el otro se remite a su vez a la ley. Ley y reglamento se imputan mutuamente responsabilidad en la materia, cual eterno –aunque no grácil– bucle. Douglas Hofstadter explica en su libro así titulado el concepto de “bucle extraño” o “jerarquía enredada”, fenómeno que aparece “cuando lo que se suponía una serie de niveles nítidamente

²⁵ MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL, Decreto N° 83, Reglamento Complementario de la Ley N° 17.798, sobre Control de Armas y Elementos Similares, promulgado el 22 de febrero de 2007.

jerárquicos nos da la sorpresa de cerrarse sobre sí misma”²⁶. Tal fenómeno, que puede resultar de gran gracia en las obras de M. C. Escher, o de gran utilidad a efectos de comprender las propiedades autorreferenciales del lenguaje o incluso del derecho, resulta de poca gracia y poca utilidad cuando estamos tratando con un objeto que se define precisamente por su estructura jerárquica: la jerarquía constitucional de fuentes. El problema práctico de ello es que la regulación en cuestión termina siendo dictada por protocolos internos de Carabineros, cuyo proceso de elaboración y cuya implementación constituyen un misterio. Esto, como es evidente, viola los principios constitucionales de publicidad y de subordinación de la fuerza pública a la autoridad civil. Por lo demás, en gran medida explica los abusos policiales a los que ya se ha hecho referencia. Es así que en materia de gas lacrimógeno, a la clásica pregunta *Quis custodiet ipsos custodes?*, la respuesta pareciera ser *nemo*.

La Ley de Bases Generales del Medio Ambiente²⁷, en su artículo 2º, letra d), establece que un agente contaminante es “todo elemento, compuesto, sustancia, derivado químico o biológico, energía, radiación, vibración, ruido, o una combinación de ellos, cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas, a la calidad de vida de la población, a la preservación de la naturaleza o a la conservación del patrimonio ambiental”. A la luz de dichas definiciones, los gases lacrimógenos son un contaminante cuya utilización vulnera el procedimiento de evaluación de impacto ambiental contemplado por la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente. En efecto, el artículo 10, letra q) de dicho cuerpo legal dispone que entre las actividades susceptibles de causar impacto ambiental “que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental” se encuentra la “[a]plicación masiva de productos químicos en áreas urbanas o zonas rurales próximas a centros poblados o a cursos o masas de agua que puedan ser afectadas”. Esta exigencia no es opcional para los agentes que desarrollan las actividades allí identificadas, sino que constituye un requisito de legalidad propiamente tal: su ausencia constituye un quebrantamiento de la ley. El uso de gases lacrimógenos consiste en la “aplicación masiva de productos químicos en áreas urbanas” y, sin embargo, no ha sido nunca sometido a estudios de impacto ambiental. Por último, cabe señalar que en ausencia de una regulación completa y comprehensiva en la

²⁶ HOFSTADTER (1982), p. 819.

²⁷ Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente.

ley respectiva, y en sus reglamentos complementarios, Carabineros ha procedido a establecer una reglamentación al respecto en su documento “Protocolos para el Mantenimiento del Orden Público”, fechado el 25 de julio de 2014. Esta reglamentación está contenida en su sección 2.14, titulada “Empleo de Disuasivos Químicos”, sección que establece lo siguiente:

- “1. Deben existir alteraciones al orden público. Observar el espacio físico donde se va a hacer uso de gas (espacio abierto, cerrado, dirección de viento, etc.).
2. La autorización del uso del gas lacrimógeno, líquido y polvo, será responsabilidad del jefe del servicio 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.
2. 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).
3. El uso de agua con líquido C.S., sólo se utilizará con manifestantes que desobedezcan en forma violenta o agresiva las contenciones, despejes o detenciones, o se estén cometiendo graves alteraciones al orden público, con el fin de evitar el contacto físico y enfrentamientos directos o acciones de violencia.
4. 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.
5. 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. Se deberá tener especial cuidado del entorno, especialmente hospitales, colegios, jardines infantiles y otros semejantes”.

La pregunta, evidentemente, es si estos criterios son efectivamente utilizados por Carabineros al momento de enfrentarse a grupos de personas percibidos por los mismos como una amenaza al orden público. Responder esta pregunta requiere que prestemos atención a la jurisprudencia sobre gases lacrimógenos.

V. JURISPRUDENCIA

En esta sección identificaré diversas sentencias que, en el contexto de conflictos sociales recientes, se han pronunciado sobre el uso de gases lacrimógenos. Mi análisis, antes que adentrarse en las circunstancias de los hechos que dieron origen a las sentencias en cuestión, buscará elaborar una taxonomía de los argumentos

empleados por los tribunales chilenos durante el reciente ciclo de protestas para hacer frente a las peticiones de protección jurisdiccional contra el uso de gases lacrimógenos.

Es importante prestar atención a la jurisprudencia en esta materia, pues si bien la letra de la normativa vigente en nuestro país autoriza el uso de gases lacrimógenos como un agente de contención de disturbios, los tribunales están llamados a desempeñar, por la naturaleza de la jurisdicción, un importante rol en identificar casos concretos de utilización inidónea de este peligroso recurso. Por ello, la jurisprudencia misma debe ser examinada de manera crítica, evaluando si ella ha generado criterios que permitan precisar las condiciones pragmáticas de empleo del gas lacrimógeno.

La jurisprudencia aquí identificada sobre uso gases lacrimógenos involucra cuatro acciones de protección: en orden de presentación, *Pizarro con Carabineros de Chile*; *Muñoz con Ministerio del Interior*; *Calabrano con Gobernación de la Provincia de Malleco*; *Instituto Nacional de Derechos Humanos con IX Zona de Carabineros de la Araucanía*; una de estas acciones de protección, *Muñoz con Ministerio del Interior*, incluye un breve paso por el Tribunal Constitucional. También comprende tres acciones de amparo: *Aylwin con Autoridades Región Aysén*; *Estudiantes de Escuela Municipal Temucuicui con Carabineros de la Prefectura de Malleco I y Estudiantes de Escuela Municipal Temucuicui con Carabineros de la Prefectura de Malleco II*; una medida de protección ante un juzgado de familia (*Menores*); y un pronunciamiento de la Contraloría General de la República en un caso por denuncia sobre falta de fiscalización (*Condiciones Laborales de Carabineros*). Por último, también incluye cuatro sentencias sobre responsabilidad patrimonial del Estado en las cuales se menciona el uso de gases lacrimógenos como parte de un contexto de violencia policial: *Sanhueza con Fisco*, *Aravena con Fisco*, *Catrileo con Fisco*, y *Quezada y Catrileo con Fisco*²⁸.

Estas acciones legales responden a distintos escenarios de conflictividad social. *Pizarro* y *Muñoz* fueron presentados en el contexto de protestas estudiantiles en zonas urbanas. Los hechos que dieron lugar a *Aravena* corresponden a las movilizaciones realizadas anualmente en el así llamado “Día del Joven Combatiente”.

²⁸ También se identificó un procedimiento de acceso a información pública seguido ante el Consejo para la Transparencia, en el cual un solicitante requirió a Carabineros información sobre el número de cartuchos de gases lacrimógenos empleados por Carabineros durante el año 2011. El Consejo resolvió favorablemente esta solicitud mediante su decisión de amparo N° 1341-2011. Carabineros recurrió contra esta decisión mediante el reclamo de ilegalidad N° 4366-2012, en el cual la Corte de Apelaciones de Santiago revocó la decisión del Consejo.

Calabrano, Instituto, Estudiantes, Catrileo y Quezada corresponden a situaciones de violencia policial en comunidades mapuches. *Aylwin y Menores* tuvieron por escenario la movilización social de Aysén de 2011. La situación discutida en *Sanhueza* se verificó en el marco de una protesta realizada por trabajadores. Por último, *Condiciones Laborales* consistió en una denuncia presentada a favor del personal de Carabineros.

Clasificaré los contenidos de la jurisprudencia en cuestión distinguiendo entre aquellas líneas argumentativas que respaldan el uso de gas lacrimógeno y aquellas que lo critican en el caso concreto sometido a conocimiento del tribunal. Dentro del primer grupo es posible distinguir tres tipos de argumentos para tal negativa, a los cuales denominaré *procedimental, textualista y sustantivo*. Por su parte, en el segundo grupo vemos invocados argumentos relacionados con dos tipos de argumentación: el *interés superior del menor* y la *prohibición contra la violencia policial excesiva*. En lo que sigue examinaré las categorías de esta sencilla taxonomía, identificando los contenidos de las sentencias en cuestión que se corresponden con ellas.

1. Sentencias que respaldan el uso de gases lacrimógenos

A mi juicio, las consideraciones ofrecidas por los tribunales para respaldar el uso de gases lacrimógenos en los casos concretos sometidos a su conocimiento pueden ser categorizadas como consideraciones procedimentales, textualistas y sustantivas.

Entiendo por consideración o argumentación *procedimental* aquella negativa a censurar el uso concreto de gases lacrimógenos fundada en una comprensión restrictiva del instrumento procesal invocado o, de manera más genérica, del rol del órgano jurisdiccional. Esto ocurrió en *Pizarro*, caso en el cual la Corte de Apelaciones de Santiago derechamente declaró inadmisibile la acción de protección, aduciendo que los hechos descritos y las peticiones formuladas en el recurso presentado “son ajenos y excede a las materias que deben ser conocidas por el recurso de protección, atendida su naturaleza cautelar”²⁹. La misma línea argumental se encuentra en *Muñoz*, donde la Corte de Apelaciones de Valdivia resolvió que la pretensión del recurrente, consistente en que la Corte de Apelaciones restringiera la utilización por parte de Carabineros de Chile del gas lacri-

²⁹ Considerando 2º, sentencia de 8 de junio de 2011, recaída en Recurso de Protección Rol N° 6595-2011, caratulado *Pizarro con Carabineros de Chile*, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

mógeno, es “ajena y excede a las materias que deben ser conocidas por el recurso de protección, atendida su naturaleza cautelar”³⁰. Asimismo, la Corte Suprema revocó la sentencia *Calabrano* de primera instancia, aduciendo que por la vía de una acción constitucional como el recurso de protección “no es posible impartir órdenes de carácter general a Carabineros de Chile para que adecue su conducta y proceder en eventos futuros en los que pueda verse afectado el orden público, de manera que el recurso de protección no puede contener declaraciones en esos términos”³¹. De similar forma, el Tribunal Constitucional declaró inadmisibles un requerimiento de inaplicabilidad de la Ley de Control de Armas solicitado en *Muñoz*, argumentando que “la impugnación genérica de una institución o de una norma”, como la solicitada allí, es “improcedente” debido a que “extralimita el objeto de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”³².

El problema con esta línea argumental, a mi juicio, es que ignora el rol que le corresponde a la judicatura tanto en el proceso general de interpretación de las normas como, de manera más específica, en la defensa y promoción de las libertades públicas y los derechos políticos. Que los tribunales consideren que las vías procesales empleadas no son aptas para canalizar el desacuerdo entre dos interpretaciones del derecho —en este caso, la de recurrentes y la de recurridos— o que la naturaleza misma de la jurisdicción les impide involucrarse en la elucidación del sentido del sistema jurídico, significa que dicho desacuerdo se resolverá fuera de tribunales y específicamente mediante la fuerza de los hechos. Puede que tal abstencionismo sea consistente con la relación entre los poderes públicos deseada por quienes redactaron el artículo 3º, inciso 2º del Código Civil³³; pero tal concepción restrictiva del rol de la judicatura, en gran medida responsable de la actitud que los tribunales tuvieron ante las violaciones a los derechos humanos durante la dictadura militar³⁴, es además disfuncional a la luz de las potestades que la Constitución Política de la República vigente efectivamente les entrega a

³⁰ Considerando 5º, sentencia de 10 de noviembre de 2011, recaída en Recurso de Protección Rol N° 625-2011, caratulado *Muñoz con Ministerio del Interior*, seguido ante la Corte de Apelaciones de Valdivia.

³¹ Considerando 7º, sentencia de 3 de abril de 2012, recaída en Recurso de Apelación Rol N° 12558-2011, caratulado *Calabrano con Gobernación de la Provincia de Malleco*, seguido ante la Corte Suprema.

³² Considerando 9º, sentencia de 13 de marzo de 2012, recaída en Requerimiento de Inaplicabilidad Rol N° 2140-2011, seguido ante el Tribunal Constitucional.

³³ Código Civil, artículo 3º, inciso 2º: “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”.

³⁴ Véase HILBINK (2014).

los tribunales. Que las sentencias de los tribunales no tengan el carácter de precedente no significa que la judicatura no pueda utilizar de manera proactiva sus potestades, impartiendo instrucciones perentorias a los órganos del Estado sobre su actuar o adoptando “de inmediato” cualquier otra providencia “que juzgue necesarias”, máxime cuando el propósito de tales potestades sea “restablecer el imperio del derecho”³⁵.

Negativa *de legalidad*, a su vez, es aquella en virtud de la cual los tribunales consideran que la mera constatación de que la Ley de Control de Armas autoriza la utilización de gases lacrimógenos consiste en un argumento para respaldar su utilización en el caso concreto sometido a su conocimiento. Esta argumentación se encuentra presente también en *Muñoz*, donde la Corte de Valdivia sostuvo que Carabineros de Chile se encuentra “autorizado a utilizar el disuasivo químico señalado en los mencionados procedimientos de control del orden público, gas que no transgrede tampoco la Ley sobre Control de Armas, por expresa disposición de sus artículos 3º y 4º”³⁶. Lo mismo se hace en *Aylwin* al mencionar el artículo 101 inciso 2º de la Constitución, la Ley Orgánica Constitucional de Carabineros, y el Decreto Supremo Nº 1086 de 1983, textos legales que, en opinión de la Corte, demuestran que las tropas policiales cuestionadas “actuaron dentro de las facultades que les son propias”³⁷. En el caso de *Condiciones Laborales*, esta forma de argumentación llega a su culminación en la afirmación de la Contraloría, según la cual “atendido lo informado por Carabineros de Chile, y lo dispuesto en la normativa y jurisprudencia precedentemente citada, se desestima la denuncia y reclamos formulados por el recurrente”³⁸. Esta línea argumentativa yerra al identificar permisión con discrecionalidad no constreñida. Junto con Dworkin, podríamos decir que una actividad no reglada no equivale a una actividad discrecional en la medida en que haya principios que rijan en la materia³⁹. Si los órganos

³⁵ Artículo 20, Constitución Política de la República.

³⁶ Considerando 6º, *Muñoz con Ministerio del Interior*.

³⁷ Considerando 10º, sentencia de 29 de febrero de 2012, recaída en Recurso de Amparo Rol Nº 2-2012, caratulado *Aylwin contra Autoridades Región Aysén*, seguido ante la Corte de Apelaciones de Coyhaique.

³⁸ Dictamen Nº 80.582 de la Contraloría General de la República, de fecha 25 de diciembre de 2011, recaído en denuncia de Rubén Jeréz Atenas, abogado del Departamento de Derechos Humanos de la Central Unitaria de Trabajadores, ante la falta de fiscalización de las condiciones sanitarias y ambientales básicas que afectan a los funcionarios de Carabineros de Chile, especialmente a quienes se desempeñan en la Tercera Comisaría de Santiago.

³⁹ DWORKIN (1978).

del Estado deben someter su acción a la Constitución, entonces deben actuar respetando los derechos públicos en cuanto principios que constriñen el actuar estatal, incluyendo el mandato de proporcionalidad construido por la doctrina y la jurisprudencia constitucionales. Por ello, la judicatura debe colaborar en el actuar estatal produciendo criterios de aplicación de las normas generales y abstractas.

Finalmente, existen negativas *substantivas* cuando el órgano jurisdiccional, en lugar de esconderse detrás de los límites de su potestad o de la letra de la ley, se atreve a identificar razones que justifiquen *moralmente* el uso del gas lacrimógeno. La versión más clara de esta línea argumental la proporciona el voto de minoría presentado en *Calabrano* por el Ministro Luis Troncoso Lagos, quien “estuvo por rechazar el libelo presentado, por cuanto, estima que es de conocimiento público que en la zona existe (*sic*) muchos conflictos entre las comunidades indígenas y las Empresas Forestales y *el Estado chileno debe resguardar la propiedad privada* que también es un derecho consagrado por la Constitución y las leyes de la República y 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”⁴⁰. Propiedad y orden público, para el Ministro Troncoso, justifican el actuar policial en el caso en cuestión; incluso frente a los abusos policiales registrados en el expediente en cuestión. Argumentaciones similares, aunque más moderadas, se encuentran en la sentencia que resuelve la apelación de *Calabrano*, donde la Corte Suprema sostiene que Carabineros “procedió resguardando, manteniendo y caracterizando el orden público alterado”⁴¹. Tal forma de argumentación, desde luego, clarifica la discusión de fondo: específicamente, cuál es la jerarquía de valores promovida por los órganos públicos, en este caso por la judicatura.

2. Sentencias que cuestionan el uso de gases lacrimógenos

Veamos ahora las sentencias que cuestionan el uso de gas lacrimógeno en el caso concreto. Una primera línea jurisprudencial gira en torno a la *protección del interés del menor*. Esto ocurre en las sentencias *Menores*, *Calabrano*, *Instituto y Estudiantes I y II*. Ahora bien, el problema con estas sentencias, desde el punto de vista de la argumentación constitucional, es que en ellas la invocación de la Convención sobre

⁴⁰ Voto de Minoría, sentencia de 16 de diciembre de 2011, recaída en Recurso de Protección Rol N° 342-2011, caratulado *Calabrano y otras con Gobernación de la Provincia de Malleco*, seguido ante la Corte de Apelaciones de Temuco. Énfasis agregado.

⁴¹ Considerando 5°, *Calabrano con Gobernación de la Provincia de Malleco* (apelación).

los Derechos del Niño desempeña el mismo rol textualista que en el primer grupo asume la Ley de Control de Armas. En otros términos, estas sentencias no logran articular criterios o estándares que puedan ser racionalizados y, de esa manera, aplicados a situaciones distintas de aquella que motiva su pronunciamiento. *Menores* declara que los hechos denunciados y constatados implican amenaza a la integridad física y psíquica “en especial de los menores en cuyo favor se han otorgado facultades al tribunal de Familia para adoptar medidas de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”⁴². En *Instituto* se afirma que “los recurridos no tuvieron presente lo dispuesto en el artículo 3º de la Convención sobre Derechos del Niño, que obliga a las instituciones públicas o privadas a tener como consideración primordial atender el interés superior del niño”⁴³. En *Calabrano* se señala que “los actos precedentemente descritos devienen en ilegales, al trasgredir el artículo 3º de la Convención sobre Derechos del Niño”⁴⁴. Finalmente, en *Estudiantes I y II* se señala que los hechos denunciados “provocaron un evidente detrimento a la libertad personal y seguridad individual de los niños y niñas individualizados en el recurso, quienes, según da cuenta informe de fojas 127 y siguientes, vivieron la situación con temor, rabia, incertidumbre y vulnerabilidad”⁴⁵.

Algo parecido ocurre en *Calabrano e Instituto* respecto del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo. En la primera sentencia leemos que el actuar de Carabineros “vulnera el artículo 4 N° 1 del Convenio N° 169 sobre pueblos indígenas, que señala que deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas de estas comunidades indígenas”⁴⁶, mientras que la segunda afirma que “los actos impugnados infringen el Art. 3º N° 2 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo”⁴⁷.

⁴² Medida de Protección, Causa Rol N° 33-2012, pronunciada por el Juzgado de Letras y Garantía de Aisén, en ejercicio de su competencia en asuntos de familia.

⁴³ Considerando 4º, sentencia de 15 de marzo de 2012, recaída en Recurso de Protección Rol N° 127-2012, caratulado *Instituto Nacional de Derechos Humanos contra IX Zona de Carabineros de La Araucanía*, seguido ante la Corte de Apelaciones de Temuco.

⁴⁴ Considerando 4º, *Calabrano con Gobernación de la Provincia de Malleco*.

⁴⁵ Considerando 7º, sentencia de 26 de agosto de 2014, recaída en recurso de amparo Rol N° 569-2014, caratulado *Estudiantes de Escuela Municipal Temuicui con Carabineros de la Prefectura de Malleco (I)*, seguido ante la Corte de Apelaciones de Temuco; y considerando 5º, sentencia de 19 de agosto de 2014, recaída en recurso de amparo Rol N° 741-2014, caratulado *Estudiantes de Escuela Municipal Temuicui con Carabineros de la Prefectura de Malleco (II)*, seguido ante la Corte de Apelaciones de Temuco.

⁴⁶ Considerando 4º, *Calabrano con Gobernación de la Provincia de Malleco*.

⁴⁷ Considerando 4º, *Instituto Nacional de Derechos Humanos con IX Zona de Carabineros de La Araucanía*.

En gran medida, la poca argumentación de estas sentencias se debe a la crudeza con que presentan los hechos de violencia, así como a la utilización de testimonios personales. Todas estas formas narrativas tienen una gran fuerza emotiva y, en consecuencia, alivianan al hablante del peso retórico de formular una argumentación moral. Así, en *Instituto* vemos a un oficial de Carabineros que golpea “a una mujer desarmada, en presencia de niños de corta edad”⁴⁸; en *Menores* nos encontramos con un relato en primera persona –“la observación efectuada por este juez”, “circunstancias que el suscrito pudo constatar en forma personal”– que describe diversos destrozos que sugieren la violencia con que Carabineros atacó viviendas habitadas por menores –“habitación en cuyo interior se encontraba durmiendo el niño N.N., de 7 años de edad”, “inmueble en el cual pernoctaban entre otros adultos, 3 niñas y 2 adolescentes”–; y en *Calabrano* se nos proporciona el testimonio ya transcrito al comienzo de este trabajo⁴⁹. Así y todo, el problema del enfoque ostensivo aquí empleado es que, al centrarse en reportes de hechos, la jurisprudencia fracasa en ofrecer guía normativa al actuar de los órganos policiales⁵⁰.

Otro reproche contra el uso de gases lacrimógenos está contenido en las sentencias que fallan demandas por responsabilidad civil derivadas del uso excesivo de fuerza policial. En uno de estos casos, *Aravena*⁵¹, el hecho consistió en la pérdida del ojo izquierdo que sufrió una persona que, tras haber increpado a un grupo de carabineros que habían lanzado cartuchos de gas lacrimógeno en el antejardín de su domicilio, recibió en pleno rostro el impacto de un cartucho lanzado por uno de dichos carabineros mediante una escopeta lanzagranadas. Otros dos casos, *Catrileo con Fisco*⁵² y *Quezada con Fisco*⁵³, versan sobre un mismo hecho, la muerte

⁴⁸ Considerando 2º, *Instituto Nacional de Derechos Humanos con IX Zona de Carabineros de La Araucanía*.

⁴⁹ Véase *supra*, nota 16.

⁵⁰ Esta crítica ha sido también formulada por el Instituto Nacional de Derechos Humanos, el que cuestiona que, a pesar de tener que decidir sobre la presunta violación de diversos derechos de comunidades indígenas en recursos constitucionales presentados por este organismo, “los tribunales superiores que decidieron sobre las acciones de protección no hayan aventurado a delimitar casi ninguno de estos derechos fundamentales”. Instituto Nacional de Derechos Humanos (2014), p. 105.

⁵¹ Sentencia de 31 de diciembre de 2013, recaída en causa Rol Nº 4377-2010, caratulada *Aravena con Fisco*, seguida ante 3º Juzgado Civil de Santiago.

⁵² Sentencia de 16 de marzo de 2013, recaída en causa Rol Nº 7030-2011, caratulada *Catrileo con Fisco*, seguida ante 1º Juzgado Civil de Temuco.

⁵³ Sentencia de 15 de julio de 2014, recaída en causa Rol Nº 33197-2011, caratulada *Quezada con Fisco*, seguida ante 2º Juzgado Civil de Santiago.

del comunero mapuche Matías Catrileo como resultado del disparo realizado por un carabinero en el marco del desalojo de terrenos ancestrales mapuches. Por último, en *Sanhueza* también se discute la responsabilidad estatal por la muerte de un individuo, en este caso un trabajador impactado por balas disparadas por carabineros en el marco de una protesta sindical⁵⁴. En estos casos, el grueso de la discusión gira en torno a acreditar los presupuestos jurídicos de la responsabilidad civil estatal; y el peso del reproche judicial respecto al actual policial reposa sobre el hecho de que ha habido pérdida de funcionalidad corporal en un caso y, en los otros, resultado de muerte. Estas sentencias, en consecuencia, tampoco producen estándares o criterios normativos para determinar la procedencia del uso de gases lacrimógenos más allá del (evidente) mandato de que con ellos no se debe lesionar o matar a nadie.

El único pronunciamiento judicial que elabora el tipo de argumentación jurídica que cabe esperar por parte de los tribunales es el voto de minoría redactado por el Ministro de la Corte Suprema Sergio Muñoz en la apelación de *Calabrano*, suscrito también por la Ministra Sonia Araneda. En dicha disidencia, el Ministro Muñoz presenta la protección de la vida privada y el hogar como una preocupación central de la historia constitucional chilena y el ordenamiento jurídico presente, a la par que analiza las circunstancias jurídicas que justifican su afectación por parte de la fuerza pública. A la luz de estas premisas revisa el actuar policial, concluyendo que los hechos “no permiten tener por acreditados supuestos que habilitaran a la fuerza policial a afectar las moradas de los recurrentes en la forma que lo hicieron, lanzando gases lacrimógenos a los hogares y sus sitios próximos a ellos, en términos tales que afectarían la intimidad de quienes se encontraban en ellos”⁵⁵. La conclusión de Muñoz es que “la garantía de inviolabilidad del hogar de los recurrentes se ha visto afectada, puesto que, como se ha dicho, se ha vulnerado directamente la materialidad misma de la morada por el proceder policial, al no poder menos que representarse los funcionarios policiales que los gases lacrimógenos afectarían a las personas que se encontraban en su interior, de manera que la acción constitucional debe ser acogida para el solo efecto de declarar que la actuación de los funcionarios de Carabineros de Chile el día 2 de noviembre de 2011, en cuanto se refiere a las

⁵⁴ Sentencia de 1 de abril de 2013, recaída en causa Rol N° 3228-2011, caratulada *Sanhueza con Fisco*, seguida ante 1° Juzgado Civil de Concepción.

⁵⁵ Considerando 1° del Voto de Minoría, *Calabrano Torres y otras con Gobernación de la Provincia de Malleco y otros* (apelación).

casas ocupadas por los recurrentes, afectó injustificadamente la garantía de la inviolabilidad del hogar”⁵⁶. Cabe observar, sin embargo, que los límites de esta argumentación respecto al uso de gas lacrimógeno están dados por su intensa vinculación con el espacio privado. Si bien sólidamente fundamentado, este voto de minoría no llega a pronunciarse sobre el bien que paradigmáticamente se ve afectado por el uso de gases lacrimógenos; es decir, el derecho a la protesta. Lo único que logra es evidenciar que los gases lacrimógenos no deben penetrar en el hogar. ¿Y qué ocurrirá con el espacio público? Sencillamente, queda desprotegido.

En resumidas cuentas, la jurisprudencia nacional sobre gases lacrimógenos considera que su utilización es reprochable únicamente cuando ella produce temor entre segmentos particularmente vulnerables de la población, o cuando ella daña físicamente a algún individuo. No existe en nuestra jurisprudencia reflexión alguna sobre la compatibilidad del uso de gases lacrimógenos con el derecho a la protesta. No queda sino concluir que en nuestro país este derecho es, a la luz del uso de gases lacrimógenos, jurídicamente irrelevante.

VI. CONCLUSIONES

El uso de gases lacrimógenos constituye una potencial amenaza o perturbación de diversos derechos garantizados por el texto constitucional vigente en Chile, cuyo respeto y promoción es deber de los órganos del Estado. Los gases lacrimógenos han sido utilizados por las fuerzas de Carabineros para enfrentar movilizaciones y protestas ciudadanas realizadas con el propósito de criticar diversos aspectos del orden social actual, no para hacer frente a saqueos o a enfrentamientos entre facciones civiles beligerantes. En este contexto, la certeza que tiene quien concurre a dichas movilizaciones de que se expone al uso de armamento químico por parte de las fuerzas policiales perturba y amenaza el ejercicio de derechos políticos de quienes se manifiestan, específicamente de su derecho de reunión y de su libertad de expresión. Por otro lado, derechos tales como el derecho a la integridad física y psíquica, el derecho a vivir en un medioambiente libre de contaminación, y el derecho a la protección de la salud también se ven amenazados por este instrumento. La dispersión de este armamento químico en las calles perturba además el derecho a vivir en un

⁵⁶ Considerando 2º del Voto de Minoría, *Calabrano Torres y otras con Gobernación de la Provincia de Malleco y otros* (apelación).

medioambiente libre de contaminación de toda la población afectada. Esto se suma al hecho de que, como ha sido observado, el estado actual de la normativa nacional sobre gases lacrimógenos quebranta el sistema jerárquico de fuentes de la regulación jurídica establecida por la Constitución.

El uso de gases lacrimógenos como respuesta a la protesta social, en definitiva, adolece de múltiples problemas. La inexistencia de una reglamentación de rango legal sobre el uso correcto de dichos gases, vacío ocupado en el presente por protocolos de Carabineros de carácter interno, posibilita que, como ocurre en la actualidad, los gases lacrimógenos sean utilizados no contra alzamientos civiles o motines, sino contra ciudadanos que ejercen su derecho a expresar su descontento contra las autoridades mediante la movilización social. Podría haberse esperado que los tribunales hubiesen desarrollado, a través de su jurisprudencia, estándares y criterios para la utilización del gas lacrimógeno; sin embargo, hemos visto que eso no ha ocurrido en las sentencias aquí identificadas, y no se divisan razones que permitan suponer que ello ocurra en el futuro. Por ello, parece más realista requerir la dictación de una modificación a la Ley de Control de Armas que establezca tales estándares y criterios, así como mecanismos de fiscalización que permitan controlar la arbitrariedad del actuar policial.

El gas lacrimógeno constituye, en estricto rigor, un arma química cuya utilización entre naciones beligerantes está prohibida. Que su empleo contra la población civil constituya una práctica común hoy en día en el tratamiento de disturbios internos no significa que ello deba seguir siendo así. Aquello que llamamos 'progreso moral' ha sido logrado mediante el cuestionamiento de prácticas sociales que, de ser aceptadas en algún momento, pasan a ser vistas como contrarias a la dignidad humana. Así ocurrió en algún momento con la tortura como componente del proceso judicial; así ha ocurrido en Chile y en la casi totalidad de los países occidentales con la pena de muerte; y así debe ocurrir hoy con el uso contra la población civil de armas químicas prohibidas por tratados internacionales⁵⁷. En esta esperanza de progresivo sometimiento de nuestras prácticas e instituciones a estándares emancipatorios consiste el Imperio del Derecho como proyecto de convivencia humana.

⁵⁷ Así ha ocurrido, por lo demás, en algunos casos. Junto a las sentencias aquí comentadas cabe citar el ejemplo de la suspensión de la venta de gas lacrimógeno a Israel en 1988 fruto de los esfuerzos del Comité Americano-Árabe contra la Discriminación, organización que logró concientizar a la opinión pública y a los fabricantes del gas sobre el uso que se estaba haciendo de este producto. Véase WENGER (1988).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ASESORÍA CIUDADANA (2011): *Carta a Santiago Cantón, Secretario Ejecutivo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, disponible en http://asesoria-ciudadana.cl/doc/Carta_Asesoria_Ciudadana_a_CIDH_5_Agosto_20111.pdf.
- BAZELL, Robert (1971): “CBW Ban: Nixon would exclude tear gas and herbicides”, en *Science*, Vol. 172, pp. 246-248.
- BLAIN, Peter (2003): “Tear Gases and Irritant Incapacitants: 1-Chloroacetophenone, 2-Chlorobenzylidene Malononitrile and Dibenz[B,F]-1,4-Oxazepine”, en *Toxicological Reviews*, Vol. 22, pp. 103-110.
- BUNN, George (1969): “Banning poison gas and germ warfare: should the United States agree”, en *Wisconsin Law Review*, Vol. 1969, pp. 376-420.
- BUNN, George (1970): “The banning of poison gas and germ warfare: the U.N. rôle”, en *The American Journal of International Law*, Vol. 64, pp. 194-199.
- CENTRO DE DERECHOS HUMANOS DE LA UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2011*.
- COLE, Leonard (1998): “The Poison Weapons Taboo: Biology, Culture, and Policy”, en *Politics and the Life Sciences*, Vol. 17, pp. 119-132.
- DWORKIN, Ronald (1978), *Taking Rights Seriously* (Cambridge, Harvard University Press).
- EARL, Jennifer (2003): “Tanks, tear gas, and taxes: towards a theory of movement repression”, en *Sociological Theory*, Vol. 21, pp. 44-68.
- ELY, John Hart (1980), *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review* (Harvard University Press, Cambridge).
- FINLEY, Maynard (1938): “A New Method of Dispensing Tear Gas in Dealing with Riots and Mobs”, en *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 29, pp. 254-260.
- FRAUNFELDER, F. T. (2000): “Is CS Gas Dangerous? Current Evidence Suggests Not but Unanswered Questions Remain”, en *British Medical Journal*, Vol. 320, pp. 458-459.
- HOFSTADTER, Douglas (1982): *Gödel, Escher, Bach: una eterna trenza dorada* (Conacyt, México).
- HU, Howard *et al.* (1989): “Tear Gas: Harassing Agent or Toxic Chemical Weapon?”, en *Journal of the American Medical Association*, Vol. 262, pp. 660-663.
- HILBINK, Lisa (2014): *Jueces y política en democracia y dictadura. Lecciones desde Chile* (México, Flacso).

- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2011): *Informe Anual 2011: Situación de los Derechos Humanos en Chile*.
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS (2014): *Estudio exploratorio. Estado de Chile y pueblo Mapuche: Análisis de tendencias en materia de violencia estatal en la Región de La Araucanía*.
- JACKSON, Kirby & JACKSON, Margaret (1935): "Lachrymators", en *Chemical Reviews*, Vol. 16, pp. 195-242.
- JONES, Daniel (1978): "From military to civilian technology: the introduction of tear gas for civil riot control", en *Technology and Culture*, Vol. 19, pp. 151-168.
- DE OTTO, Ignacio (1987), *Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes* (Editorial Ariel S.A., Barcelona).
- PRICE, Richard (1995): "A Genealogy of the Chemical Weapons Taboo", en *International Organization*, Vol. 49, pp. 73-103.
- ROBINSON, Julian (1996), "Implementing the Chemical Weapons Convention", en *International Affairs*, Vol. 72, pp. 73-89.
- YIH, Jean Paul (1995): "CS gas injury to the eye", en *British Medical Journal*, Vol. 311, p. 276.
- WENGER, Martha (1988): "Tear Gas Update", en *Middle East Report*, Vol. 154, p. 48.