

LA REGULACIÓN DEL USO DE GASES  
LACRIMÓGENOS COMO REACCIÓN FRENTE A LA  
PROTESTA: APROXIMACIÓN CRÍTICA DESDE EL  
ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO  
ADMINISTRATIVO

Pascual Cortés

*Investigador independiente*

**Resumen:** Recurriendo a ciertos conceptos propios del análisis económico del derecho administrativo, este trabajo sostiene que el uso de gases lacrimógenos como reacción a la protesta social es un mecanismo que no solo es potencialmente lesivo de derechos fundamentales sino que además es sumamente problemático a la hora de satisfacer la finalidad a la que supuestamente sirve, develándose la necesidad de una regulación que pueda dar cuenta de la totalidad de factores y costos sociales involucrados. Sumado a esto, el análisis propuesto sugiere que el uso de gases lacrimógenos debiese ser restringido a casos excepcionalísimos.

**Palabras Clave:** Gases lacrimógenos, protesta social, orden público, análisis económico.

Cítese como: Cortés, P. (2017) “La regulación del uso de gases lacrimógenos como reacción frente a la protesta: aproximación crítica desde el análisis económico del derecho administrativo”, en *Derecho y Crítica Social* 3(2) 191-221. ISSN 0719-5680. Recibido el 10 de octubre de 2017, aprobado para su publicación el 30 de noviembre de 2017. Contacto del autor: pascualcortes@gmail.com. El presente trabajo se enmarca en el Proyecto Fondecyt Regular N° 1161037 del cual es Investigador Responsable el profesor Raúl Letelier Wartenberg y en donde el autor participa como investigador asistente. Una primera versión de este trabajo fue presentada en el VII Congreso sobre Derecho y Cambio Social realizado en la Universidad Austral en septiembre de 2016. Agradezco profundamente los comentarios de Raúl Letelier y Francisca Moya en el proceso de elaboración del texto. Asimismo, agradezco los comentarios de Damián Vergara al borrador final.

---

THE REGULATION OF THE USE OF TEAR GAS AS A  
REACTION TO PROTEST: A CRITICAL APPROACH  
FROM THE ECONOMIC ANALYSIS OF  
ADMINISTRATIVE LAW

Pascual Cortés

*Indendent researcher*

**Abstract:** Invoking certain concepts that belong to the economic analysis of administrative law, this paper argues that the use of tear gas as a reaction to social protest is a mechanism that is not only a potential damage to fundamental rights but also very problematic when it comes to satisfy the purpose it is supposed to serve, revealing the need for a regulation that can account for all the factors and social costs involved. Added to this, the proposed analysis suggests that the use of tear gas should be restricted to extremely exceptional cases.

**Key Words:** Tear gas, social protest, public order, economic analysis

Cite as follows: Cortés, P. (2017) “La regulación del uso de gases lacrimógenos como reacción frente a la protesta: aproximación crítica desde el análisis económico del derecho administrativo”, in *Derecho y Crítica Social* 3(2) 191-221. ISSN 0719-5680. Received on Oct 10, 2017 and approved for its publication on Nov 30, 2017. Corresponding author contact: pascualcortes@gmail.com. This paper is part of the Proyect Fondecyt Regular N° 1161037 of which Prof. Raúl Letelier Wartenberg is main researcher and the author reseach asistant. A first version was presented in *VII Congreso sobre Derecho y Cambio Social* hold in the Universidad Austral (September 2016). I thank comments of Raúl Letelier and Francisca Moya during the writing up procees, likewise I thank the comments of Damián Vergara to the final version.

## INTRODUCCIÓN

Corría el año 2011, año de intensa y multitudinaria movilización social en Chile y, a mediados de mayo, el entonces Ministro del Interior, Rodrigo Hinzpeter, anunciaba que se suspendería la utilización de gases lacrimógenos para controlar el orden público en protestas. Motivó la decisión el potencial efecto abortivo de los gases lacrimógenos utilizados por Carabineros de Chile, según lo afirmaban expertos en toxicología de la Universidad de Chile. No obstante, la prohibición duró solo tres días. El gobierno encargó sus propios estudios y éstos habrían descartado posibles efectos abortivos así como otros riesgos para la salud<sup>1</sup>.

El episodio de la brevísima suspensión del uso de gases lacrimógenos del año 2011 es un buen punto de partida para el análisis que este trabajo quisiera proponer. La decisión del entonces Ministro del Interior demuestra que en ese caso había antecedentes que llevaron a la autoridad a considerar que se estaban afectando bienes relevantes en una medida que hacía al menos dudar respecto del beneficio que supone utilizar un dispositivo de represión de protestas ante una situación de alteración al orden público. La pregunta que surge, entonces, es si acaso hay otros factores que debieran ser tenidos en cuenta. En otras palabras, si hay otros bienes que podrían eventualmente afectarse, cuántos y cuáles son, y cuál es la finalidad o el bien que el mecanismo de los gases lacrimógenos está llamado a maximizar. Junto con esto, aparece la pregunta acerca de la regulación del mecanismo y si acaso ésta es capaz de dar cuenta adecuadamente de todos los elementos involucrados.

---

<sup>1</sup> Según informó el Ministro del Interior, los estudios encargados por el gobierno aclararon que los gases lacrimógenos que emplea Carabineros de Chile (del tipo CS), en la concentración empleada, que es de 0,4 miligramos por metro cúbico, no tienen efecto abortivo ni causa daño a la salud de las personas. Así, concluía Hinzpeter que estos gases “perfectamente pueden y deben ser utilizados para resguardar el orden público frente a disturbios y manifestaciones violentas”. Emol. Gobierno levanta prohibición de usar gases lacrimógenos en protestas. 20 de mayo de 2011. Disponible online en: <http://www.emol.com/noticias/nacional/2011/05/20/482723/gobierno-levanta-prohibicion-de-usar-gases-lacrimogenos-en-protestas.html> (25 de enero de 2017)

Para el derecho administrativo es relevante preguntarse por las formas de actuación de la policía. No hay que olvidar que el concepto mismo de policía designó en algún momento, de forma amplia, a todas las formas de intervención estatal en las esferas de libertad individual, siendo la función policial un elemento central del advenimiento del Estado moderno<sup>2</sup>. La progresiva restricción del concepto, que lo ha vinculado al resguardo del orden público y la seguridad, no obsta a que en su médula se trate de una actividad consustancial a la Administración del Estado. Sin duda, el problema del control del orden público y la seguridad puede ser también uno de política criminal en sentido estricto, pero lo cierto es que aquí, un fenómeno que comúnmente se discute desde esa vereda, tiene un importante reverso radicado en el derecho administrativo. La preocupación que se desarrollará en relación a la utilización de gases lacrimógenos gira, por tanto, en torno a la regulación de una actividad administrativa que tiende a satisfacer una determinada finalidad del Estado: el resguardo del “orden público”.

A pesar de lo lesivos que pueden llegar a ser, la regulación de los gases lacrimógenos ha sido escasamente tematizada por la academia. Hasta ahora, la crítica que se ha formulado proviene principalmente desde organizaciones de la sociedad civil e instituciones dedicadas a la defensa y promoción de derechos humanos, llamando la atención sobre el uso desproporcionado e indiscriminado de los gases lacrimógenos a la hora de reprimir protestas sociales, situación que provocaría una tensión con derechos fundamentales como lo son el derecho de reunión, a la libertad de expresión y el derecho a la salud<sup>3</sup>. Esfuerzos recientes han profundizado el análisis, demostrando que el uso de estos gases, a la vez que lesiona importantemente una serie de derechos fundamentales, carece de una adecuada regulación<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Un análisis en perspectiva histórica del concepto de policía y su relación con el desarrollo del Estado moderno y el Derecho Administrativo puede encontrarse en los trabajos de Alejandro Nieto y Fernando Garrido. Véase Nieto (1976) y Garrido (1953).

<sup>3</sup> Instituto Nacional de Derechos Humanos (2011) 69 y ss.

<sup>4</sup> Véase Muñoz (2016).

La primera pregunta que motiva este trabajo es si acaso el análisis que hasta ahora se ha realizado respecto del uso de gases lacrimógenos, que pone el acento en la lesión de derechos fundamentales y en su regulación, pero centrándose en problemas vinculados al principio de reserva legal, puede ser complementado con un análisis que acuda a categorías propias del derecho administrativo, pero más específicamente, del análisis económico del derecho administrativo (en adelante, AEDA). De este modo, el objetivo principal consiste en identificar el fin que se busca maximizar al reprimir una protesta social, preguntándose luego si acaso, considerando todos los factores involucrados, el uso de gases lacrimógenos es una manera eficiente de conseguir dicho objetivo. Lo que se intentará demostrar es que el uso de gases lacrimógenos como reacción a la protesta social es un mecanismo que, junto con ser potencialmente lesivo de derechos fundamentales, es sumamente problemático a la hora de satisfacer la finalidad a la que sirve, develándose la necesidad de una regulación que pueda dar cuenta de la totalidad de costos sociales y externalidades en juego. Sumado a esto, el análisis propuesto sugiere que el uso de gases lacrimógenos debiese ser restringido a casos excepcionalísimos.

En una primera parte, se describirá el problema general del uso de gases lacrimógenos como mecanismo de represión de protestas sociales junto con el estado actual de la discusión en torno a su regulación. Luego, el análisis se dividirá en tres secciones. La primera sección explora una breve justificación del uso del AEDA como marco de análisis. La segunda aborda la represión de protestas sociales en general. La tercera contiene el núcleo central del análisis y aborda el uso de gases lacrimógenos como mecanismo de represión de protestas sociales, cuestionando el balance sobre el que se sostiene su actual utilización y regulación. A la luz de este análisis se propondrán, finalmente, ciertos lineamientos para enfrentar una nueva regulación.

## **I. PROTESTA SOCIAL, GASES LACRIMÓGENOS Y ESTADO DE LA DISCUSIÓN EN TORNO A LA ACTUAL REGULACIÓN**

La protesta social ocupa un lugar relevante dentro de cualquier concepción sustantiva de democracia<sup>5</sup>. En un sistema donde se producen transferencias de poder a través de mecanismos de representación se vuelve especialmente importante resguardar la posibilidad de que los ciudadanos puedan intervenir de manera directa y colectiva en los asuntos públicos, incluso cuando sea criticando duramente al gobierno de turno o a los otros poderes del Estado. Tiempo ha tomado que en Chile se vuelva a dotar de significado político a la protesta como práctica importante de una democracia todavía en construcción. Como ya se dijo, estos procesos de movilización social, que irrumpen con fuerza principalmente a partir del año 2006, han vuelto a poner de relieve el rol de la protesta social, y junto con eso, el tipo de reacciones de parte del Estado. Fue sobre todo luego de las masivas movilizaciones que tuvieron lugar en el año 2011 que se levantó como diagnóstico que, dentro de los patrones de abuso policial que tuvieron lugar en dicho contexto, se encontraba el uso indiscriminado de bombas lacrimógenas<sup>6</sup>.

Los gases lacrimógenos son la denominación que normalmente se da a ciertos compuestos químicos utilizados para el control de disturbios que producen una incapacidad temporal en las personas a través de la irritación de los ojos, las membranas mucosas y la piel. Los gases lacrimógenos actúan sobre el sistema nervioso periférico y sus efectos directos sobre las personas suelen desaparecer transcurrido un breve periodo de tiempo una vez terminada la exposición<sup>7</sup>. Distintos compuestos generan el mismo tipo de efectos, pero son la cloroacetofenona (CN), la dibenzoxazepina (CR) y el clorobenzilidenomalononitrilo (CS) los gases lacrimógenos más utilizados. De todos estos, el gas CS es el que más frecuentemente emplean las fuerzas

---

<sup>5</sup> Muñoz (2016) 222; Gargarella (2006) 144.

<sup>6</sup> Instituto Nacional de Derechos Humanos (2011) 61.

<sup>7</sup> Crowley (2016) 11.

de seguridad y orden a nivel comparado<sup>8</sup>. Es importante tener en cuenta, desde ya, que estos agentes de control de disturbios 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.

A pesar de existir hace bastante tiempo y de su muy difundida utilización a nivel mundial, se observa una generalizada desregulación del uso de gases lacrimógenos, tanto en el derecho internacional como en el ordenamiento chileno.

En el derecho internacional, el único instrumento que se refiere a los gases lacrimógenos es la Convención sobre Armas Químicas<sup>9</sup>. Esta Convención define los agentes de represión de disturbios<sup>10</sup>, prohíbe su uso para la guerra

---

<sup>8</sup> El gas CS fue sintetizado por primera vez en 1928 por los norteamericanos Ben Corson y Roger Stoughton (la sigla “CS” refiere a las iniciales de sus apellidos). El gas CS no fue masivamente utilizado como un agente de control de disturbios sino hasta tiempo después de la Segunda Guerra Mundial, cuando se descubrió que sus efectos eran menos dañinos pero más potentes que los del gas CN. El gas CS se utilizó para el control de disturbios inicialmente en el Reino Unido, en los años cincuenta, por ser más efectivo y fácilmente utilizable que el gas CN, ya que podía ser dispersado mediante aerosoles, a través de dispersión explosiva o como humo a partir de una mezcla pirotécnica. Véase Crowley (2016) 40-41.

<sup>9</sup> Convención sobre la prohibición del desarrollo, la producción, el almacenamiento y el empleo de armas químicas y sobre su destrucción. Organización para la Prohibición de las Armas Químicas. Firmada por *Chile* el 14 de enero de 1993 y ratificada el 12 de julio de 1996.

<sup>10</sup> El artículo II.7 los define como cualquier sustancia química “que puede 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”.

(art. 1.5) y lo permite para su utilización en el mantenimiento del orden interno (art. II.9.d), sin ofrecer una regulación para su empleo.

Entre nosotros, una primera aproximación crítica a la regulación de los gases lacrimógenos la encontramos en un reciente trabajo del profesor Fernando Muñoz que realiza una revisión crítica de la regulación del uso de gases lacrimógenos a nivel internacional y nacional así como el tratamiento que la jurisprudencia ha dado a casos relacionados con este producto químico. Muñoz muestra que el uso de gases lacrimógenos carece de una debida regulación en nuestro ordenamiento interno. La tesis planteada es que la regulación del uso de gases lacrimógenos viola el principio de reserva legal, en el entendido que, dada la evidente afectación de derechos que producen, es la ley la llamada a establecer las bases esenciales que regulen el uso de estos gases y otros elementos similares, determinando las hipótesis de autorización y procedimientos previos a su empleo así como los criterios con los que se habrán de usar<sup>11</sup>. Lo que encuentra Muñoz, indagando en la normativa pertinente, es un vacío de regulación en la Ley de Control de Armas y una remisión –a su juicio inconstitucional– a la potestad reglamentaria que resulta del todo deficitaria. Las únicas normas administrativas referidas a la materia (Decreto N° 83, del Ministerio de Defensa Nacional, en sus artículos 3°, 16, y 203 a 205, y la Resolución N° 9.080, de 30 de abril de 1999, emitida por la Dirección General de Movilización Nacional, titulada “Dicta Normas Sobre Elementos de Autoprotección Lacrimógenos y Eléctricos”) en realidad no determinan propiamente la forma en que serán utilizados. Incluso, uno de ellos (la Resolución N° 9.080 de la DGM), al tratar los gases lacrimógenos se remite a la Ley de Control de Armas y las condiciones ahí supuestamente establecidas para su uso<sup>12</sup>. En este escenario, la única regulación del uso de gases lacrimógenos se encuentra en protocolos internos de Carabineros de Chile. Se trata de los “Protocolos para el Mantenimiento del Orden Público”, de fecha 25 de julio de 2014, en su sección 2.14, titulada “Empleo de

---

<sup>11</sup> Muñoz (2016) 230.

<sup>12</sup> Muñoz (2016) 232.



Disuasivos Químicos” (en adelante, el “Protocolo”). Conviene, para efectos del análisis que se desarrollará, citar la norma *in extenso*:

“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”.

Efectivamente, no hay mayor regulación que ésta en nuestro ordenamiento<sup>13</sup> 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.

---

<sup>13</sup> Esto ha sido confirmado recientemente por la misma institución de Carabineros de Chile al responder a una solicitud de información pública mediante Resolución Exenta N° 70 de 7 de marzo de 2017 suscrita por el Jefe del Departamento de Información Pública y Lobby. En dicha respuesta se informó que es en los Protocolos para el Mantenimiento del Orden Público, numeral 2.14, donde se reglamenta “el modo en que la Institución emplea determinados disuasivos químicos, en caso de existir alteraciones al orden público”.

## I. ANÁLISIS ECONÓMICO Y CRÍTICO DE LA REGULACIÓN DEL USO DE GASES LACRIMÓGENOS

### 1. Desde el análisis económico del derecho administrativo a la represión de la protesta: breve justificación y marco de análisis

Ciertas categorías económicas pueden ser de gran utilidad para el estudio de la regulación de los distintos Órganos de la Administración del Estado, porque es el derecho administrativo la rama del derecho que trata sobre la actividad e intervenciones estatales así como sobre las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, y los conflictos que surgen entre ellos<sup>14</sup>. Se ha dicho respecto del análisis económico del derecho –y resulta pertinente en lo referido a su aplicación al derecho administrativo– que éste ayuda a saber “cómo reaccionará la gente frente a las normas jurídicas, qué consecuencias tendrá esa reacción para el bienestar social y cómo pueden afectar diversas circunstancias sociales al contenido de esas normas”<sup>15</sup>. Junto con esto, se ha dicho que este tipo de análisis contribuye a “[e]valuar si una solución jurídica constituye los incentivos adecuados para que la gente se comporte de manera que se maximice, realmente, la satisfacción de ciertos fines (...)”<sup>16</sup>. Finalmente, se puede destacar que el AEDA, al develar los factores que entran en tensión en una determinada regulación, puede mostrar también que ciertas normas jurídicas tengan un contenido “*ineficiente*, sesgado a favor de ciertas posiciones”<sup>17</sup>.

Una distinción importante es aquella que diferencia dentro del análisis económico del derecho, dos tipos fundamentales: el análisis positivo y el análisis normativo. El primero se centra en el análisis de la reacción real de la gente frente a una determinada norma, sus costes y beneficios así como la manera en que influyen ciertas circunstancias reales en el contenido y forma

---

<sup>14</sup> Palacios (2009) 4.

<sup>15</sup> Doménech (2014) 119.

<sup>16</sup> Doménech (2014) 120.

<sup>17</sup> Doménech (2014) 121.

de ciertas decisiones jurídicas<sup>18</sup>. El segundo, esto es, el llamado análisis normativo, intenta determinar “el diseño óptimo del Estado desde la perspectiva de las decisiones, los costos, y los beneficios que pueden tomar las distintas entidades que se encuentran en el interior de éste. Desde esta perspectiva, el objeto de estudio consiste en determinar aspectos como el grado de discreción que se le debe dar a las entidades administrativas cuando se les atribuyen o delegan ciertas funciones, así como el tipo de control adecuado que debe ejercerse para garantizar que dicha discreción se use adecuadamente”<sup>19</sup>. En un sentido similar, se ha dicho que este análisis “se ocupa de estudiar qué es lo que los agentes (el legislador, la Administración, los tribunales, las partes contratantes, etc.) a la vista de las consecuencias esperadas de sus diversas alternativas de actuación, deberían hacer, qué decisiones deberían adoptar, qué normas deberían eventualmente establecer, a fin de maximizar la satisfacción de ciertas preferencias”<sup>20</sup>.

El análisis propuesto aquí podría situarse en esta segunda categoría. Se trata, ante todo, de recuperar para los estudios de la policía una aproximación que ponga el énfasis en el análisis de estructuras institucionales y su funcionamiento: los mecanismos internos de toma de decisiones, los procesos de control, cómo se satisfacen ciertos fines, las regulaciones que contienen y contrarrestan de mejor forma las ambiciones de la policía, alineando sus objetivos colectivos con el interés público. No se trata, por tanto, de un esfuerzo por reducir una discusión compleja a un ejercicio numérico sino que ocupar un método de análisis que justamente ayude a develar las aristas y elementos involucrados en un problema concreto donde, de hecho, abundan las simplificaciones.

La importancia del análisis institucional con perspectiva económica en relación a la función policial ha sido defendida por David Alan Sklansky en un notable trabajo en torno a la policía y la democracia, señalando que la reconciliación entre policía y democracia se ha pensado fundamentalmente,

---

<sup>18</sup> Doménech (2014) 104-105; Palacios (2009) 14.

<sup>19</sup> Palacios (2009) 13.

<sup>20</sup> Doménech (2014) 105.

en el contexto norteamericano, enfocándose demasiado en asuntos culturales, desatendiendo las cuestiones de estructura institucional: tanto los aspectos de toma de decisiones internas como los procesos externos de control político<sup>21</sup>. El llamado que ha hecho Sklansky es a volver a tener presente, para este tipo de análisis, la perspectiva de la economía política, sosteniendo que:

“los grandes aportes de dicha perspectiva son que las instituciones importan, que la persecución racional de los objetivos individuales importan, y que lo primero debe tener en consideración lo segundo. En el contexto de la función policial, esto implica que una apreciación del rol de la cultura en la policía –el rol de las normas y la personalidad y el discurso– no debería cegarnos respecto del rol de las estructuras institucionales –cadenas de comando y rutas de ascenso dentro de los departamentos policiales, oportunidades ocupacionales e incentivos, sistemas para la revisión interna, mecanismos de supervigilancia civil y mecanismos de control político externo”<sup>22</sup>.

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

## 2. La represión de la protesta social

La primera pregunta relevante que resolver es si acaso hay algún bien o interés que resguardar que amerite reprimir ciertos actos en el contexto de protestas sociales. La pregunta es, entonces, por aquel espacio donde la protesta social puede ser contenida mediante el uso de mecanismos represivos.

En general, se entiende que los mecanismos de contención de protestas se despliegan con miras a resguardar la seguridad interna o lo que suele llamarse, entre nosotros, “orden público”. Eso es lo que dicen resguardar los protocolos que en Chile regulan la represión de protestas. A través de la

---

<sup>21</sup> Sklansky (2005) 1799.

<sup>22</sup> Sklansky (2005) 1808. (Traducción propia).

historia, distintos modelos han sido utilizados, lo que resulta interesante de analizar para efectos de ver cómo cada modelo se sitúa entre el derecho a protestar y la seguridad. Basándose sobre todo en la experiencia norteamericana, distintos autores han identificado tres modelos o paradigmas<sup>23</sup>:

(1) *El modelo de la fuerza escalonada (escalated force)*: este fue el modelo dominante entre los años 60's y 70's y consistía en imponer para la policía el estándar de "superar la fuerza" de la protesta a medida que ésta vaya incrementando. Para cumplir dicha tarea, no entraba mayormente en consideración el respeto de los derechos civiles. Este modelo fue caracterizado y nutrido por la llamada mob sociology, cuya principal premisa era que los grupos de manifestantes constituyen siempre una potencial turba violenta<sup>24</sup> y es, como sostienen algunos, el modelo que impera hasta el día de hoy en los países latinoamericanos, incluido Chile<sup>25</sup>.

(2) *Modelo del control basado en la gestión negociada (Negotiated Management Policing)*: a fines de los 60's, en el marco de los movimientos de los derechos civiles y anti-guerra, se avanza hacia un modelo que entiende que la fuerza excesiva no resulta eficaz para controlar el desorden. Según Schweingruber, 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<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Véase Lipp (2015) y Schweingruber (2000).

<sup>24</sup> Schweingruber (2000) 373.

<sup>25</sup> Véase Bonner (2014).

<sup>26</sup> Schweingruber (2000) 380.

(3) *Modelo del control incapacitante*: se basa en la identificación de los manifestantes “malos”. El objetivo es dirigir las acciones de contención hacia ellos para prevenir o restringir protestas sin necesariamente provocar un daño permanente o un castigo que se haga extensivo a todos los manifestantes. No obstante, algunas agencias policiales han adoptado una aproximación que también cabría dentro de la lógica del modelo incapacitante: un modelo de “comando y control”, regido por el principio de la “tolerancia cero” adhiriendo a la conocida “teoría de las ventanas rotas”<sup>27</sup>.

Hay una premisa relevante a la que es necesario volver e implica entender la protesta social como un elemento indispensable al interior de una comunidad democrática, que promueve la deliberación política y la participación de la ciudadanía en los procesos democráticos. De este modo, la protesta es en sí deseable y beneficiosa para una sociedad democrática. Esto lleva a concluir que la represión de la misma, no es justificable salvo cuando los actos de protesta traspasan un cierto umbral y dejan de ser, propiamente tal, protesta para pasar a convertirse en atentados reales contra el orden público. Que dichos atentados contra el orden público puedan ocurrir no le restan importancia a la protesta, la que puede seguir entendiéndose como normal y su contención como excepcional. Esto implica discutir acerca de qué es lo que concretamente subvierte el orden público y si acaso existen distintos niveles de afectación.

Siguiendo el ejercicio que realiza Robin Lipp, los niveles de amenaza al orden público interno podrían ser clasificados en amenazas graves (Ag), amenazas

---

<sup>27</sup> La teoría de las ventanas rotas fue formulada en los años ochenta, basada en estudios de comportamiento humano que mostraban que cuando un automóvil es dejado desatendido, basta romper una ventana para que el resto sea completamente vandalizado. El mensaje de una ventana rota de un auto o un edificio abandonado sería que nadie se está haciendo cargo de su cuidado. De acuerdo a Lipp (2015) nota 94, esta teoría sugiere que la policía debería controlar estrictamente las infracciones menores a través de arrestos proactivos en orden a prevenir la escalada del crimen. En su libro más reciente, Alex Vitale señala que lo que está detrás de la teoría de las ventanas rotas es la idea de que la policía debe recordarle a las personas que el comportamiento desordenado, revoltoso y antisocial no es aceptable. De abandonar la policía esta función, se cree que las personas tenderán a ser presas de sus instintos y comportamientos predatorios. Véase Vitale (2017) 5.

intermedias (Ai) y amenazas menores (Am). Partiendo por los extremos, las amenazas graves suponen contar con evidencia de la ocurrencia de una subversión grave 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. Las amenazas menores, por su parte, comprenden externalidades esperables en contexto de protestas masivas como son actos de vandalismo menores, pequeñas afectaciones a la propiedad privada o bloqueo temporal del tráfico. Entre los extremos se encuentran amenazas intermedias, comprendiendo amenazas significativas pero no tan severas como un ataque terrorista o un motín. Aquí caben ataques de mayor entidad a la propiedad privada o pública (destrucción de grandes vitrinas o semáforos, podrían ser algunos ejemplos) y agresiones físicas a particulares o funcionarios policiales que no impliquen el uso de armas ni pongan en peligro la vida.

La respuesta policial varía para cada uno de estos niveles de amenaza. Obviamente, en cualquiera de ellos se encontrarán hechos aislados de infracción a la ley que pueden ser objeto de detenciones por parte de los funcionarios policiales. Lo realmente importante es saber cuándo la policía puede desplegar mecanismos de neutralización de la protesta, como cuando se opta por su dispersión masiva e indiscriminada. Si se entiende que la protesta realiza valores democráticos, entonces la utilización de mecanismos represivos con el potencial de neutralizar por completo la protesta frente a (Am) es a todas luces desproporcionada, entendiendo que se trata de externalidades negativas menores, prácticamente inevitables en cualquier acto de manifestación masiva. Los costos sociales son aquí, entonces, muchísimo mayores al beneficio que significa evitar (Am) por lo que una intervención policial no es “eficiente”, o si se quiere, deseable. Tratándose de (Ai) algún nivel de intervención policial puede resultar apropiado, ya que se ha superado el umbral de externalidades negativas que es propio de cualquier manifestación masiva, pero dicha intervención debiese ser mínimamente restrictiva y focalizada, intentando armonizar el resguardo del orden público con los valores democráticos que realiza toda protesta social. Así, por regla general, el empleo de mecanismos neutralizantes de la protesta también genera un costo social mayor al beneficio que implica evitar (Ai). Finalmente,

es solo en el caso de muy graves amenazas o ataques al orden público (Ag) que crean además la necesidad de proteger a los mismos manifestantes y residentes, donde puede evaluarse la utilización de mecanismos que tienen el potencial de neutralizar por completo una protesta. Solo aquí puede configurarse, en general, un escenario donde el costo social que implica evitar (Ag) resulta en una maximización del orden público interno<sup>28</sup>.

Hecho este análisis inicial, se puede pasar a examinar el uso de gases lacrimógenos como mecanismo represivo para efectos de resguardar el orden público.

### **3. El uso de gases lacrimógenos frente a la protesta social**

En septiembre de 2011, en la ciudad de Valdivia, en el marco de las movilizaciones estudiantiles de dicho año, se produjeron incidentes entre manifestantes y funcionarios de Carabineros de Chile en el sector de Isla Teja. El episodio terminó con policías haciendo uso intensivo de gases lacrimógenos en una zona residencial y universitaria, lo que provocó la interposición de una acción de protección ante los tribunales de justicia, presentada en nombre de académicos, funcionarios y estudiantes de la Universidad Austral de Chile, así como de otras personas afectadas del sector: trabajadores, comerciantes, residentes y transeúntes, entre otros. Resulta interesante observar la argumentación utilizada tanto por los recurridos como por la Corte de Apelaciones de Valdivia, que rechazó la acción presentada, ya que son ilustrativos de la justificación del uso de gases lacrimógenos como una respuesta eficiente frente a alteraciones del orden público. Especialmente útil para estos efectos es el informe que emitió uno de los recurridos del caso,

---

<sup>28</sup> Lipp hace una analogía entre este razonamiento y los estándares de la Corte Suprema Norteamericana en lo que refiere a la aplicación de sanciones legales al discurso político dirigido a una multitud. Según dicho estándar, las garantías constitucionales de la libertad de expresión y la libertad de prensa no permiten al Estado prohibir o proscribir la apología al uso de la fuerza o la infracción a la ley, excepto cuando dicha apología esté dirigida a incitar o producir inminentes acciones ilegales y probablemente puede incitar o producir esa acción. Véase Lipp (2015), nota 124.



el Intendente de la Región de los Ríos. Dentro de dicho informe se contiene la siguiente idea, que condensa esta posición:

“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)”<sup>29</sup>.

Este extracto muestra la adhesión a un balance que justifica el uso de los gases lacrimógenos en tanto medida eficaz para el resguardo del orden público. Dicho balance, que mantiene el actual estado de cosas y que no observa problemas en la regulación del mecanismo, lo llamaremos en lo sucesivo balance del *statu quo* o B1. A éste contraponemos un segundo balance, B2, que considere elementos que quedan invisibilizados en B1 y que permiten realizar una aproximación crítica a la actual regulación.

### 3.1. El balance del *statu quo* (B1).

El balance del *statu quo* (B1) entiende que el mecanismo del gas lacrimógeno es eficiente a la hora de suprimir el acto que está produciendo una alteración del orden público. El resguardo del orden público, mediante una eficaz supresión del acto alterador, es la principal ganancia o beneficio del uso de gases lacrimógenos en el contexto de protestas sociales. Esto es lo que en la Figura 1 identificaremos como el beneficio del control del orden público (*Bcop*).

---

<sup>29</sup> 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 de ingreso 625-2011.

$$Bcop > Cad + (Ca - Pa)$$

$$\downarrow \qquad \qquad \qquad \downarrow$$

$$[(Im * t) + (Ima * p)] \qquad \qquad \qquad (R + Ce + Ci)$$

**Bcop:** Beneficio de control del orden público.

**Ima:** Incapacidad mayor de salud.

**Cad:** Costo de la acción directa.

**p:** Probabilidad.

**Ca:** Costo de la arbitrariedad.

**R:** Regulación.

**Pa:** Protección contra la acción arbitraria.

**Ce:** Control externo.

**Im:** Incapacidad del manifestante.

**Ci:** Control interno.

**t:** Tiempo.

*Figura 1. Balance del statu quo (B1)*

En B1, el beneficio del uso del gas lacrimógeno, dado por la capacidad de control del orden público que ha sido alterado (*Bcop*), es entendido como un beneficio mayor a los costos de la medida. Los costos se reducen a un costo de acción directa (*Cad*), internalizado por quienes alteran el orden público mediante actos violentos. Dicho costo sería acotado y menor, por tratarse de una incapacidad del manifestante (*Im*) de carácter temporal (*t*) que no supone riesgos importantes para la salud. A esto se suman incapacidades mayores a la salud (*Ima*) pero de una probabilidad de ocurrencia (*p*) extremadamente baja. Se suele entender que salvo que se utilice una concentración muchísimo mayor, está prácticamente descartada cualquier posibilidad de afectación relevante de la salud. Eso fue, no obstante, lo que se puso en duda cuando ocurrió la brevísima prohibición del uso del mecanismo en el año 2011, como lo recordábamos en las primeras líneas de este trabajo.

En el caso revisado de Valdivia, el Jefe de Zona de Carabineros de Los Ríos, explicaba lo anterior al decir que el gas CS, utilizado en sus concentraciones permitidas (0,4 mg/m<sup>3</sup>) “es un efectivo agente de control de muchedumbres ya que provoca incapacidad temporal a través de la sensación de quemazón en los ojos, el lagrimeo abundante y cierre involuntario de los ojos, tos, pecho tirante y dificultad para respirar, goteo nasal e intensa sensación de quemazón en las partes húmedas del cuerpo”<sup>30</sup>. Agregó que no se dispone de evidencia científica que permita concluir que exista una posible asociación causal entre el gas CS y situaciones de aborto u otras patologías severas en la población humana.

Junto con un bajo costo de la acción directa (*Cad*) se agrega que el mantenimiento del orden público se produce con criterios de corrección y oportunidad, o en otras palabras, es una medida dotada de razonabilidad, que se adopta en virtud de una habilitación legal, delimitada solo a casos excepcionales de alteración del orden público. Así, el costo de un eventual uso arbitrario de la medida (*Ca*) es contrarrestado por una medida de protección de dicha acción arbitraria (*Pa*). Esta última consistiría en una adecuada regulación (*R*) y en mecanismos de control externo (*Ce*) e interno (*Ci*) que reducen las posibilidades de la arbitrariedad.

En su informe, el Intendente de Los Ríos señaló que el uso de gases CS constituye una acción expresamente permitida por nuestro ordenamiento jurídico, citando la regulación contenida en la Ley sobre Control de Armas y su Reglamento, el Decreto Supremo N° 83 del 13 de mayo de 2008; la Resolución N° 9.080 de 30 de abril de 1999, de la Dirección General de Movilización Nacional, y el Reglamento Sanitario sobre manejo de residuos peligrosos, Decreto Supremo N° 148/03, del 16 de junio de 2004. Este marco

---

<sup>30</sup> Informe emitido por el Jefe de Zona de Carabineros de Los Ríos, General Jorge Eduardo Constanzo Malgarejo ante la Corte de Apelaciones de Valdivia en el caso caratulado “Muñoz, Fernando con Ministerio del Interior y Otros”, rol de ingreso 625-2011.

normativo también fue invocado por la Corte de Apelaciones de Valdivia en su sentencia<sup>31</sup>.

Adicionalmente, en el caso de Valdivia, se justificó el uso del gas lacrimógeno como una “herramienta eficaz, puesto que evita el enfrentamiento con armas letales o cuerpo a cuerpo donde el control se lograría mediante el sometimiento físico de un sujeto por medio de la fuerza”. De este modo, el Intendente sostuvo en su informe que la utilización del gas CS es una medida adecuada, necesaria y proporcional:

*“Adecuada, pues consigue el fin de disuadir a los violentistas y está empíricamente comprobado que contribuye significativamente a restablecer el orden y seguridad pública; necesaria, ya que no es posible elegir otra medida, de la misma eficacia, que no implique molestia para los violentistas o que implique una molestia más leve. En otras palabras, el fin que se persigue con la utilización del gas CS no puede ser alcanzable a través de un medio igualmente eficaz pero menos molesto. Por último, es proporcional, en la medida que la utilización de este gas no genera ningún efecto colateral peligroso para la integridad o vida de las personas, más allá de la molestia inherente que se necesita generar para cumplir su función. Por el contrario, desproporcionado parece el sometimiento de un individuo a la autoridad mediante la utilización de la fuerza y la violencia, única vía factible de prohibirse el uso de este elemento”*<sup>32</sup>.

En el caso de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia la medida también fue juzgada como “prudente, racional y proporcional”, pero justificando dicha afirmación en la presencia de grupos “violentistas” y “encapuchados” que ocasionaron “desmanes y destrozos en bienes públicos

---

<sup>31</sup> Corte de Apelaciones de Valdivia. “Muñoz, Fernando con Ministerio del Interior y Otros”, rol de ingreso 625-2011. Sentencia de 10 de noviembre de 2011. Considerando sexto.

<sup>32</sup> Destacado en el original. Desde ya puede decirse que la última afirmación es poco rigurosa ya que la detención como actuación policial es un típico caso de uso de la fuerza física por parte de la policía y no se cuestiona la falta de legitimidad ni de proporcionalidad si se emplea respecto de una persona que ha cometido un delito.

y privados, obstaculizando el libre tránsito de los ciudadanos y lanzando piedras y objetos a personal de Carabineros de Chile<sup>33</sup>.

Lo cierto es que B1 es problemático por varias razones. En primer término, la forma en que se suele justificar el uso de gases lacrimógenos y la misma regulación del mecanismo no permite realizar el más fundamental equilibrio entre el empleo de una medida de contención de la protesta social con capacidad para su total neutralización y el derecho mismo a la protesta. Siguiendo la distinción planteada en la sección anterior, no permite apreciar contra qué tipo de amenazas al orden público se dirige, si es contra amenazas menores (Am), intermedias (Ai), o graves (Ag).

En segundo lugar, como se desarrollará en mayor detalle, es al menos discutible que estén descartadas todo tipo de afectaciones relevantes para la salud.

Hay también, en tercer lugar, importantes deficiencias en los dispositivos que controlan el uso arbitrario del mecanismo. De partida, ya lo veíamos antes, toda la regulación del uso de gases lacrimógenos en Chile, se reduce, en realidad, a un protocolo interno de Carabineros. Dicho Protocolo, en los primeros dos numerales de su sección 2.14, entrega los únicos criterios de procedencia del uso de disuasivos químicos. La hipótesis para su empleo es la existencia de “alteraciones al orden público”, sin mayores precisiones ni distinciones, salvo para el caso del uso del químico mezclado con agua, donde debe utilizarse ante “graves alteraciones”. Asimismo, en su numeral segundo se sujeta el uso de gas lacrimógeno, líquido y polvo, a la autorización del jefe del servicio policial, sin establecer exigencias claras, refiriéndose a los motivos a través de ejemplos formulados en términos genéricos. Adicionalmente, debe decirse que los mecanismos de control de la policía en nuestro país no se han caracterizado ni por su eficacia ni por su transparencia. A nivel de control externo, es asentado el diagnóstico respecto de la incapacidad que tuvo por años la Justicia Militar para operar como un adecuado mecanismo de control

---

<sup>33</sup> Corte de Apelaciones de Valdivia. “Muñoz, Fernando con Ministerio del Interior y Otros”, rol de ingreso 625-2011. Sentencia de 10 de noviembre de 2011. Considerando séptimo.

de situaciones de abuso contra particulares. Esto solamente cambió de manera reciente, de la mano de la ley 20.968, que tipificó el delito de tortura y modificó la competencia de los tribunales militares. En cuanto a los mecanismos de control interno, regulados por el Reglamento de Disciplina de Carabineros de Chile, éstos están marcados por el secreto y la falta de transparencia<sup>34</sup>. Sin una regulación *ex ante* adecuada y con cuestionados mecanismos de control *ex post*, lo que tenemos es una casi completa confianza en que la policía ponderará los factores en juego para desplegar el uso de gases lacrimógenos.

Finalmente, junto con presentarse estos problemas, hay una serie de costos y externalidades que B1 no considera y a los que nos referiremos en lo que sigue.

### 3.2. Un segundo balance (B2)

Los costos del uso de gases lacrimógenos son múltiples y se extienden bastante más allá del círculo de manifestantes involucrados en una alteración al orden público. Lo que corresponde identificar, entonces, son la totalidad de elementos que conforman el “costo social” del uso de gases lacrimógenos. Este costo comprende tanto lo que paga el generador de la medida (lo que suele denominarse *costo interno*) y lo que la sociedad paga por la medida (*costo externo*). El análisis que debiese hacerse para arribar a un segundo balance (B2) es aquel que dé cuenta de todos los elementos que componen el costo del uso de gases lacrimógenos situados en una inecuación junto con los beneficios de dicha medida, a los que ya nos hemos referido.

---

<sup>34</sup> En un estudio del año 2001, Claudio Fuentes indicaba: “Quizá los mecanismos internos son eficientes, pero -al menos en forma pública- no conocemos ni sus criterios, ni la cantidad de casos que se estudian, ni los resultados de dichas investigaciones.” Recientemente, estudios realizados en la población La Legua, en la ciudad de Santiago reafirman la misma idea. Véase Fuentes (2001) 64; Clínica de Interés Público y Derechos Humanos UDP & Comité de Defensa y Promoción de Derechos Humanos de La Legua (2017) 78-85; y García-Campo *et al.* (2017) 318-326.

$$Bcop > Cad + (Ca - Pa) + Ci + Cps + Crv + E$$

$[(Im * t) + (Ima * p)]$   
 $(R + Ce + Ci)$   
 $(Cb + Cc + Crh)$

**Ci:** Costos del instrumento.

**Crh:** Costo del recurso humano.

**Cps:** Costos para la protesta social.

**Crv:** Costos de reproducción de la violencia.

**E:** Externalidades.

**Cb:** Costo de cada bomba lacrimógena.

**Cc:** Costo en capacitación.

*Figura 2. Balance B2*

Entre todos los costos que se derivan del uso de gases lacrimógenos podemos relevar, al menos, los siguientes:

(1) *Costo de la acción directa (Cad):* es importante, primero, repensar el alcance del costo de la acción directa asociado al uso de gases lacrimógenos. Esto implica, sobre todo, disputar sus comúnmente minimizados efectos en cuanto a la afectación de la salud. Del mismo modo, debe disputarse el hecho de que los únicos afectados sean quienes se encuentran efectivamente alterando el orden público.

Sobre lo primero, a pesar de la baja toxicidad de los gases lacrimógenos, no es posible descartar que en ciertas condiciones puedan producir graves afectaciones a la salud. Distintas investigaciones han indicado que potenciales

efectos de los gases lacrimógenos incluyen lesiones corneales, dermatitis, ampollas en la piel, quemaduras, edemas, bronco-constricción, bronconeumonía y, en ciertos casos, la muerte, pudiendo agravarse estos efectos en grupos de personas que tienen mayor propensión a ser afectadas: asmáticos, personas con bronquitis, personas con enfermedades cardíacas o con hipertensión<sup>35</sup>. Asimismo, la exposición a altas concentraciones y/o múltiples y repetidas exposiciones, durante largos periodos de tiempo, puede potencialmente vincularse a aumentos de asma, fallas respiratorias, deterioro de las funciones pulmonares. También se ha asociado a pérdidas de embarazos y otras anomalías reproductivas<sup>36</sup>. Todo esto habla de que, al menos, hay evidencia contradictoria respecto de potenciales afectaciones graves a la salud producto de la exposición a gases lacrimógenos, lo que debiera ser considerado a la hora de regular la procedencia del uso del mecanismo<sup>37</sup>.

(2) *Costos del instrumento (Ci)*: un primer elemento que aparece en B2 y no en B1 es el costo del instrumento. En el debate en torno al uso de estos dispositivos no se ha reparado mucho en este punto, pero se trata de un producto de elevado precio, partiendo por el costo unitario de cada bomba o granada (Cb)<sup>38</sup>. Del mismo modo, la utilización del gas a través de otros

---

<sup>35</sup> Crowley (2016) 48-49. Entre los estudios citados por Crowley se encuentran: Dimitroglou *et al.* (2015); Haber *et al.* (2007); Hilmas *et al.* (2009) 153-175; Levin & Mershon (1973); Salem *et al.* (2008) 441-482.

<sup>36</sup> Crowley cita los estudios Physicians for Human Rights (1987); Physicians for Human Rights (1988); Physicians for Human Rights (2012).

<sup>37</sup> Aunque excede los límites de este trabajo, resultaría interesante analizar el uso de gases lacrimógenos a la luz del principio de precaución, en virtud del cual la Administración del Estado puede adoptar medidas de protección para gestionar el riesgo en situaciones donde hay incertidumbre científica sobre los efectos que en la salud o el medio ambiente puede producir una actividad determinada. Para un estudio sobre el principio de precaución puede consultarse Moya (2014).

<sup>38</sup> En cumplimiento de la Decisión de Amparo de Acceso a la Información C786-17, de 6 de junio de 2017, resuelta por el Consejo para la Transparencia, Carabineros de Chile informó que el costo unitario de cada granada lacrimógena es de 35,8 USD.



modos de distribución es, presumiblemente, muy elevado. Se han hecho estimaciones sorprendentes. 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<sup>39</sup>. A esto se deben sumar otros costos incorporados en el instrumento: el costo en capacitación del personal que lo emplea (Cc) y el costo del recurso humano en sí mismo, es decir, lo que cuesta el contingente policial (Crh).

(3) *Costos para la protesta social (Cps)*: entre aquellas reacciones policiales capaces de neutralizar por completo la protesta social se encuentra justamente el uso de gases lacrimógenos. Es más, probablemente es éste el ejemplo paradigmático. Así, para dimensionar la entidad de este costo se hace necesario volver a la distinción entre tipos de alteraciones o amenazas al orden público (Am, Ai, Ag). Siendo deseable la protesta social en una democracia, el costo de neutralizarla mediante el uso de gases lacrimógenos será muy alto en (Am) y (Ai) y solo ofrecerá un balance razonable al ser utilizado para (Ag). El problema que produce la utilización de gases lacrimógenos en (Am) y (Ai) no es solo que se neutraliza la protesta social sino que además estigmatiza la protesta en todas sus formas como un ejercicio presumiblemente ilícito, indeseable para la sociedad.

(4) *Costo de reproducción de la violencia (Crv)*: el uso de gases lacrimógenos debe considerar que, dada su intensidad y consecuencias neutralizantes, es de esperar la incapacitación de algunos, pero también la provocación de reacciones violentas de parte de manifestantes no predispuestos a la violencia o intensificación de aquellos sujetos ya predispuestos a la violencia. Estudios comparados han intentado cuantificar el incremento de la violencia que significa el uso de bombas lacrimógenas en el caso de los hooligans, en el

---

<sup>39</sup> Cambio 21. Exclusivo: Cerca de 60 millones de pesos en bombas lacrimógenas fueron lanzadas por Carabineros a Casa Central de la Universidad de Chile y el Instituto Nacional en sólo cinco horas. Disponible online en: <http://www.cambio21.cl/cambio21/site/artic/20110805/pags/20110805180855.html> (22 de junio de 2017).

fútbol, sosteniendo que el uso de dispositivos con capacidad de discriminación siempre reduce la violencia, al contrario de lo que provocan los gases lacrimógenos, que recrudece la violencia de las reacciones<sup>40</sup>. Asimismo, es interesante tener en cuenta que existe cierto acuerdo en torno a que la superación del modelo de la fuerza escalonada (*escalated force*) en Estados Unidos se produjo en parte al constatar que la utilización de mecanismos represivos tendía a incrementar los niveles de violencia. Esa idea estuvo dentro del diagnóstico de las comisiones que sugirieron un cambio de modelo en dicho país, avanzando hacia uno de negociación, con posterioridad a las grandes manifestaciones de los años sesenta<sup>41</sup>.

(5) *Externalidades (E)*: sabiendo que se trata de un mecanismo que no se caracteriza por ser focalizado, sino al contrario, son diversas las externalidades adicionales que éste produce. Esto es especialmente claro cuando se emplea a través de medios de distribución masiva, como en su forma líquida o a través de polvo que se dispersa en el aire.

Aunque el empleo de este producto proceda ante alteraciones del orden público, sus efectos se extienden indistintamente a quienes produzcan dicha alteración y a quienes no. Es por tanto un costo que debe asumir todo quien se encuentre en el lugar afectado o sus alrededores. El problema fundamental es, entonces, uno de discriminación. Casi con absoluta certeza, el efecto de los gases lacrimógenos afecta a transeúntes en la vía pública, a residentes y a los locatarios del comercio local. En especial para residentes y locatarios, el costo puede ser incluso mayor que para buena parte de los manifestantes, ya que el efecto del gas es capaz de perdurar hasta por varios días por su capacidad de adherirse a superficies<sup>42</sup>. Aunque en nuestra regulación el Protocolo se refiere al cuidado que se debe tener respecto del entorno en que se despliegan los gases (Sección 2.14 N° 4), la verdad es que su uso en la ciudad –donde se utiliza con especial frecuencia– siempre alcanzará zonas

---

<sup>40</sup> Poutvaara & Priks (2007).

<sup>41</sup> Schweingruber (2000) 380.

<sup>42</sup> Crowley (2016) 92.

residenciales y, con cierta probabilidad, otros espacios particularmente sensibles, como hospitales, colegios o jardines infantiles.

La utilización de gases lacrimógenos también crea externalidades para el medio ambiente. El gas lacrimógeno es, como sabemos, un producto químico que se disipa en el aire, que afecta evidentemente el medio ambiente, aunque sus efectos específicos no hayan sido demasiado estudiados. Curiosamente, la misma Ley de Bases Generales del Medio Ambiente comprende dentro de su definición de agente contaminante, todo compuesto, sustancia o derivado químico cuya presencia en el ambiente, en ciertos niveles, concentraciones o períodos de tiempo, pueda constituir un riesgo a la salud de las personas o a la calidad de vida de la población. Se ha dicho que aun calzando dentro de esta definición, el uso de gases lacrimógenos no ha sido nunca tratado como agente contaminante<sup>43</sup>.

¿Qué nos muestra este nuevo balance? En primer lugar, nos muestra que los costos involucrados son muchos más que los visualizados en B1. Efectivamente, este nuevo balance lleva a dudar por completo del tipo de justificaciones que suelen utilizarse para el uso de gases lacrimógenos en protestas y muestra con claridad que hay una serie de costos y externalidades de los cuales la actual regulación no es capaz de dar cuenta. B2 muestra que estos costos y externalidades no permiten su focalización y que, bajo el silencio de la regulación, deben ser sistemáticamente soportados no solo por los y las manifestantes sino también por otros amplios grupos de personas, incluyendo manifestantes que no han provocado ningún tipo de alteración del orden público y terceros por completo desvinculados de los hechos que provocan la reacción estatal.

En segundo lugar, el nuevo balance es ilustrativo respecto de lo desproporcionada que puede llegar a ser la utilización de gases lacrimógenos frente a alteraciones del orden público que no reviste una particular gravedad. Como se señalaba en la sección anterior, al asignársele un valor a la protesta social, como forma de acción política deseable en una democracia, debe entenderse que su neutralización solo debe considerarse cuando está en juego

---

<sup>43</sup> Muñoz (2016) 233.

una amenaza grave ( $A_g$ ) al orden público, no así amenazas menores ( $A_m$ ) o intermedias ( $A_i$ ). Mediante el nuevo balance (B2) se sugiere incorporar esta idea, relevando que el uso de gases lacrimógenos representa un costo para la protesta social ( $C_{ps}$ ) o, en otras palabras, la neutralización del beneficio que la protesta representa, en general, para una sociedad democrática. Si se considera que junto con el costo para la protesta social hay, además, otros costos y externalidades no visibilizados en B1, se hace todavía más clara la desproporción en la respuesta que significa utilizar gases lacrimógenos cuando no se está en hipótesis excepcionalísimas de alteraciones graves al orden público (motines, uso de armas, destrucción masiva de propiedad privada o pública, etc.).

#### **A MODO DE CONCLUSIÓN: DEL EXCEPCIONALISMO HACIA UNA REGULACIÓN DEMOCRÁTICA DEL USO DE GASES LACRIMÓGENOS**

De algún modo, el ejercicio realizado devela un problema estructural de la función policial en nuestro país y que consiste en su deficiente sujeción a estándares democráticos. Esto es lo que otros han caracterizado como el “excepcionalismo policial” (*police exceptionalism*). Este fenómeno, caracterizado en trabajos recientes<sup>44</sup>, vendría dado por distintas formas en que la función policial se encuentra sustraída de estándares democráticos que aplican por regla general a los organismos públicos. La función policial se encuentra en esta situación excepcional al mismo tiempo que es de aquellos organismos públicos que más intrusión realizan en los derechos fundamentales de las personas.

Las lagunas legales y regulatorias así como la falta de evaluación de costos y beneficios en el diseño de políticas concretas son ejemplos que forman parte del fenómeno del excepcionalismo. En el contexto norteamericano se han identificado situaciones concretas donde se observa este fenómeno. Uno de ellos es la desregulación de las unidades policiales SWAT, donde las mismas agencias policiales han ampliado sus márgenes de acción. Inicialmente concebidas para emergencias tales como captura de rehenes o ataques de

---

<sup>44</sup> Friedman & Ponomarenko (2015).

francotiradores, hoy dichas unidades han asumido tareas policiales regulares, como la ejecución de órdenes de detención. Muchas de sus actuaciones consiguen los resultados, pero con importantes daños y situaciones traumáticas para particulares, debido al funcionamiento propio de estas unidades. Así, no son pocos los casos en que por el uso desproporcionado de la fuerza se han producido lesiones y muertes de animales, civiles e incluso policías.<sup>45</sup> Similares críticas se han realizado a la desregulación del uso de pistolas de electro-shock y sprays de gas pimienta.

La tarea que se enfrenta es aquella de insistir en que aquellos que ejercen la función policial sean tratados como los funcionarios públicos que son, sometidos a los mismos requisitos democráticos de transparencia, rendición de cuentas y regulación *ex ante*<sup>46</sup>. La regulación del uso de mecanismos destinados a reprimir protestas sociales debiese ser materia de regulación legal precisamente porque parte de la sujeción de la función policial a la voluntad democrática implica que sea la ley la que se haga cargo de equilibrar los costos y beneficios de una medida de este tipo. Evidentemente, puede combinarse una regulación general a nivel legal con una remisión a la potestad reglamentaria para un mayor desarrollo de esta facultad, pero lo que no puede admitirse es una regulación como la actual, radicada en un protocolo interno de Carabineros de Chile.

Cualquier regulación legal de la represión de protestas sociales debiese cuestionarse los mecanismos a emplear y respecto de cada cual que vaya a estar disponible debiesen definirse claramente los medios de distribución disponibles y el tipo de alteración al orden público al que responderán, sus responsables, hipótesis de procedencia y forma de uso. Finalmente, tratándose de los gases lacrimógenos, su utilización debiese en cualquier caso considerarse únicamente para aquellas alteraciones graves al orden público.

---

<sup>45</sup> Friedman & Ponomarenko (2015) 1850-1851. Véase también Vitale (2017) 10-11; 25-26.

<sup>46</sup> Friedman & Ponomarenko (2015) 1833.

**REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

- Bonner, M. (2014) *Policing protest in Argentina and Chile*. Colorado: First Forum Press.
- Clínica de Interés Público y Derechos Humanos UDP & Comité de Defensa y Promoción de Derechos Humanos de La Legua (2017) *A quince años de intervención estatal: violencia policial en La Legua*. Santiago: J&P.
- Crowley, M. (2016) *Chemical control. Regulation of incapacitating chemical agent weapons, riot control agents and their means of delivery*. New York: Palgrave Macmillan.
- Dimitroglou, Y. *et al.* (2015) “Exposure to the riot control agent CS and potential health effects: a systematic review of the evidence” en *International Journal of Environmental Research and Public Health* 12: 1397–1411.
- Doménech, G. (2014) “Por qué y cómo hacer Análisis Económico del Derecho” en *Revista de Administración Pública* 195: 99-133.
- Friedman, B. & Ponomarenko, M. (2015) “Democratic Policing”, en *New York University Law Review* 90 (6): 1827-1907.
- Fuentes, C. (2001) *Denuncias por actos de violencia policial*. Santiago: FLACSO.
- García-Campo, G. *et al.* (2017) “Las fallas en el control de la acción policial: el caso de la violencia policial en la población La Legua” en Vial, T. (Ed.) *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2017*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- Gargarella, R. (2006) “El derecho a la protesta social” en *Revista Derecho y Humanidades* 12: 141-151.
- Garrido, F. (1953) “Las transformaciones del concepto jurídico de policía administrativa” en *Revista de Administración Pública* 11: 11-31.
- Haber, L. *et al.* (2007) *Human effectiveness and risk characterization of OC and PAVA handheld devices*. Air Force Research Laboratory, DTIC Technical Report No. ADA476262.
- Hilmas, C., *et al.* (2009) “Riot Control Agents” en Gupta, R. (ed.) *Handbook of Toxicology of Chemical Warfare Agents*. London: Academic Press, 153–175.

- Instituto Nacional de Derechos Humanos (2011) *Informe anual 2011*, Santiago: Instituto Nacional de Derechos Humanos.
- Levin, R. & Mershon, M., (1973) *Contact Sensitization to CS, A Riot Control Agent*, Maryland: Edgewood Arsenal, Aberdeen Proving, 1973.
- Lipp, R. (2015) “Protest policing in New York City: balancing safety and expression”, *Harvard Law and Policy Review* 9: 275-306.
- Moya, F. (2014) *El principio de precaución*, Santiago: Thomson Reuters.
- Muñoz, F. (2016) “El uso de gases lacrimógenos en Chile: normativa internacional y nacional vigente y jurisprudencia reciente” en *Estudios Constitucionales* Año 14, N° 1: 221-246.
- Nieto, A. (1976) “Algunas precisiones sobre el concepto de policía” en *Revista de Administración Pública* 81: 35-75.
- Palacios, A. (2009) “Introducción al Análisis Económico del Derecho Administrativo” en *Revista de Derecho Público* 22: 2-24.
- Physicians for Human Rights (1987) *The Use of Tear Gas in the Republic of Korea*. Somerville, MA: Physicians for Human Rights.
- Physicians for Human Rights (1988) *The Casualties of Conflict: Medical Care and Human Rights in the West Bank and Gaza Strip*. Somerville, MA: Physicians for Human Rights.
- Physicians for Human Rights (2012) *Weaponizing Tear Gas: Bahrain’s Unprecedented Use of Toxic Chemical Agents Against Civilians*. Somerville, MA: Physicians for Human Rights.
- Poutvaara, P. & Priks, M. (2007) “Hooliganism and Police Tactics: Should Tear Gas Make Crime Preventers Cry?” en IZA Discussion Paper No. 2812, May 2007, Institute for the Study of Labor (IZA), Bonn.
- Salem, H. *et al.* (2008) “Riot Control Agents” en Borden Institute, Office of The Surgeon General, AMEDD Center & School, US Army. *Medical Aspects of Chemical Warfare*, Washington D.C, 441–482.
- Schweingruber, D. (2000) “Mob sociology and escalated force: sociology's contribution to repressive police tactics” en *The Sociological Quarterly* 41 (3): 371-389.
- Sklansky, D. (2005) “Police and Democracy” en *Michigan Law Review* 103 (7): 1699-1830.
- Vitale, A. (2017) *The end of policing*, London-New York: Verso.