

## **Seminario de Licenciatura 2021**

### **Tesina de investigación**

**Libertades individuales en contexto de pandemia: ¿hasta qué punto es posible restringirlas? Un análisis desde la Filosofía del Derecho al estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública (Covid-19) en Chile.**

**Alumno: Rodrigo Pérez Jorquera  
Profesor guía: Agustín Squella Narducci**

**Escuela de Derecho**

**Diciembre  
2021**

<b>Índice</b>	
<b>Abreviaturas</b>	<b>1</b>
<b>Resumen</b>	<b>2</b>
<b>Introducción</b>	<b>3</b>
<b>I. Libertad de locomoción, libertad de reunión</b>	<b>7</b>
1.1 Libertad de locomoción, tránsito o desplazamiento	7
1.2 Libertad de reunión	8
1.3 El normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado	11
1.4 La prórroga del estado de catástrofe	13
1.5 Medidas que restringen las libertades de locomoción y reunión en contexto de pandemia	14
1.6 Medidas particulares que podrían afectar garantías constitucionales en contexto de estado de excepción	18
1.7 Análisis comparado de la regulación del estado de excepción en otros países	23
1.7.1 Alemania	23
1.7.2 España	25
1.7.3 Bolivia	27
<b>II. La restricción de los derechos fundamentales</b>	<b>30</b>
1.1 Derechos fundamentales en la Constitución chilena : concepto y clasificación	32
1.1.1 Concepto	32
1.1.2 Clasificación: atendiendo a su titularidad.	33
1.1.3 Clasificación: atendiendo a su garantía jurisdiccional	33
1.1.4 Clasificación: atendiendo al contenido sustancial	34
1.2 Teorías de los derechos fundamentales: externa, interna, mixta	35
1.3 Delimitaciones, restricciones de derechos fundamentales y su mixtura	39

1.4	Suspensión de derechos fundamentales	40
1.5	Restricciones indirectamente constitucionales	40
1.6	Habilitación al legislador para delimitar derechos fundamentales	41
1.7	Habilitación entregada al legislador para restringir un derecho fundamental	41
1.8	Habilitación al legislador para establecer bases institucionales y reglas para el ejercicio de un determinado derecho	42
1.9	Libertades de amplio contenido	42
1.10	Cláusulas tácitas	42
1.11	Reserva legal para la regulación, restricción y configuración de derechos fundamentales	43
	Conclusiones	44
	Referencias bibliográficas	48

## Abreviaturas

Las siguientes abreviaturas serán utilizadas para cada caso en que los textos aquí mencionados sean citados en la presente investigación. Para el caso en que esté disponible una versión digital de cada documento citado, se acompañará a continuación el respectivo enlace para la visualización del texto completo.

CADH	Convención americana sobre derechos humanos denominada “Pacto de San José de Costa Rica” (1969).
CPR	Constitución Política de la República de Chile.
CS	Corte Suprema.
CSan	Código Sanitario.
CGR	Contraloría General de la República.
CP	Código Penal.
DS	Decreto Supremo.
DUDH	Declaración universal de los derechos humanos.
LOC	Ley Orgánica Constitucional.
PIDCP	Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966).

## **Resumen**

El presente trabajo, desarrolla a través de un breve recorrido normativo, histórico y filosófico, los elementos centrales para comprender el funcionamiento del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública en la actual Constitución Política de la República de Chile. Para este propósito, se identificarán en primer lugar aquellas normas constitucionales que permiten su declaración, analizar su contexto histórico, para luego establecer el nexo con la Ley Orgánica Constitucional 18.415 de los Estados de excepción constitucional, analizando en detalle las normas relevantes al respecto y al mismo tiempo sentando las bases para un análisis comparado con el caso de las Constituciones de tres países , con el propósito de contrastar cómo podría ser una mejor manera de implementar estas medidas en un régimen democrático, sin perder de vista el rasgo esencialmente provisional de un estado de excepción constitucional.

**Palabras clave:** excepcionalidad, eficiencia, democracia, libertad, normalidad.

## Introducción

El primer paso necesario en toda investigación es delimitar su objetivo. Cuando decimos que nuestro tema de investigación versa acerca de las libertades individuales en contexto de pandemia, lo que pretendemos es realizar un análisis en orden a identificar cuáles son estas libertades y ver cómo se ven afectadas con las actuales medidas gubernamentales, esto es, en lo principal con el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública (Covid-19). Para esto, como punto de partida identificaremos dentro de las libertades que garantiza el catálogo de derechos fundamentales de la actual Constitución Política de la República de Chile, aquellas que son relevantes para nuestro estudio.

En primer lugar, estudiaremos el concepto de libertad personal focalizado en que lo dispone el artículo 19 n°7 a) de la Carta fundamental, esto es, como aquel que *“toda persona tiene derecho a residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros”*<sup>1</sup>. La libertad de tránsito o locomoción, garantizada ampliamente en las constituciones a lo largo del mundo, es sin duda una de las principales afectadas con el avance del Coronavirus. En el caso chileno no fue la excepción, ya que desde el 18 de marzo de 2020, Chile se encuentra en estado excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, lo que ha traído como consecuencia que ya no podamos con entera libertad trasladarnos de un lugar a otro del país. Hay toda una serie de controles y en algunos casos restricciones en donde, por ejemplo, si nos encontramos en una comuna que se encuentra en cuarentena, no podremos con entera libertad viajar hacia otra que no lo esté, todo esto por el bien superior de la comunidad evitando con ello la eventual propagación del virus de un lugar a otro.

Luego, en un segundo punto, otro derecho fundamental garantizado en la Constitución que se ve afectado es el relativo a la libertad de reunión, el cual se encuentra consagrado en el artículo 19 n°13: *“el derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas”*<sup>2</sup>. Nuevamente, desde el 18 de marzo de 2020, la libertad de reunión tampoco es plena, esta se ve atenuada según lo que disponga la autoridad sanitaria que tiene como base el Decreto Supremo N° 104 de 2020 que declara el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública en todo el territorio del país. En este sentido, es que nuestra investigación tiene como objetivo realizar un estudio acerca de cuáles son las normas que dan sustento a esta toma de decisiones, sin poner en duda que sean necesarias, sino más bien estudiando el contexto histórico en que fueron creadas en contraste a la época en que están siendo aplicadas, esto en vista de que si bien en la actual Constitución en su capítulo IV se encuentran dentro de las *Bases generales de la administración del Estado* los estados de excepción constitucional, resulta llamativo que la Ley Orgánica Constitucional que regula los Estados de Excepción no ha sido actualizada desde enero del año 1990, es decir, que desde antes del retorno a la democracia ha permanecido intacta.

Dicho esto, si revisamos el artículo 39 de la Carta fundamental, encontraremos una importante disposición que da la base para que excepcionalmente puedan verse afectado a aquellos derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas en su catálogo de derechos fundamentales: *“El ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo puede ser afectado bajo las siguientes situaciones de excepción: guerra eterna o interna, conmoción interior,*

<sup>1</sup> CPR 1980, art. 19 N°7 a). Disponible en: <http://bcn.cl/2p7gn>

<sup>2</sup> CPR 1980, art. 19 N°13. Disponible en: <http://bcn.cl/2p7gn>

*emergencia y calamidad pública, cuando afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado*<sup>3</sup>. Dicho de otra manera, solo de manera excepcional cuando una de las tres situaciones mencionadas (guerra interna o externa, catástrofe, emergencia) por la normas afecten de manera grave el desenvolvimiento de las instituciones del Estado, solo entonces podrán verse afectadas aquellas garantías y derechos fundamentales que la Constitución asegura a toda persona. Es en este sentido que para una mayor comprensión de lo que estamos viviendo actualmente en Chile, debemos acudir al artículo 41 de la Constitución que entrega las directrices generales relacionadas con el estado de catástrofe en caso de calamidad pública:

*Constitución Política de Chile*

*Artículo 41.*

*El estado de catástrofe, en caso de calamidad pública, lo declarará el Presidente de la República, determinando la zona afectada por la misma.*

*El Presidente de la República estará obligado a informar al Congreso Nacional de las medidas adoptadas en virtud del estado de catástrofe. El Congreso Nacional podrá dejar sin efecto la declaración transcurridos ciento ochenta días desde ésta si las razones que la motivaron hubieran cesado en forma absoluta. Con todo, el Presidente de la República sólo podrá declarar el estado de catástrofe por un período superior a un año con acuerdo del Congreso Nacional. El referido acuerdo se tramitará en la forma establecida en el inciso segundo del artículo 40.*

*Declarado el estado de catástrofe, las zonas respectivas quedarán bajo la dependencia inmediata del Jefe de la Defensa Nacional que designe el Presidente de la República. Este asumirá la dirección y supervigilancia de su jurisdicción con las atribuciones y deberes que la ley señale.*<sup>4</sup>

En primer lugar, tenemos que saber que quien declara el estado de catástrofe por calamidad pública es el Presidente de la República, siendo él además quien determina la zona afectada. En el inciso segundo encontramos información relacionada con el contenido del Decreto Supremo que declare el estado de excepción, este deberá, según dispone la norma, ser informado por el Presidente de la República al Congreso Nacional. Lo interesante aquí es que si bien la facultad para declarar y determinar su contenido descansa en el primer mandatario, el Congreso puede dejar sin efecto su declaración si pasados ciento ochenta días desde su declaración cesare el motivo o razón que lo justifica. Esto es lo que hemos venido observando a lo largo de la pandemia en nuestro país ya que cada 6 meses esta declaración ha venido prorrogándose consecutivamente bajo el argumento de que las condiciones que dieron su origen (pandemia global por Coronavirus) no ha cesado. Lo que interesa aquí es que el legislador dejó además otra limitación a la facultad del Presidente de la República para declarar el estado de excepción de catástrofe por calamidad pública.

En el mismo inciso, se añade que el Presidente de la República necesitará del acuerdo del Congreso para poder declarar este estado de excepción por un período superior a un año, situación que aparentemente es la que estamos viviendo porque al 18 de marzo de 2021 se cumplió 1 año de aplicación de esta medida, la cual se ha venido prorrogando con acuerdo del Congreso desde entonces. Por último a este respecto, un rasgo heredado del período anterior al retorno a la democracia es que una vez decretada esta medida, las zonas aludidas serán dependientes del Jefe de la Defensa Nacional que designe el Presidente de la República. Esto

<sup>3</sup> CPR 1980 art. 39. Disponible en: <http://bcn.cl/2p7gn>

<sup>4</sup> CPR 1980 art. 41. Disponible en: <http://bcn.cl/2p7gn>

tiene un eco en cada Decreto Supremo que prorroga el estado excepcional de catástrofe en el que se designa como jefes de Defensa Nacional para cada región del país a miembros de las Fuerzas Armadas, pero sin dudas, genera una sensación de ser algo ajeno a nuestra época al tratarse de una Ley creada en 1985<sup>5</sup> que se sigue aplicando en 2021, es decir, con 36 años de desfase y cambios que ha vivido nuestro país.

Respecto de cuáles son las libertades fundamentales que el Presidente puede restringir por esta vía, ya hemos dicho algo al comienzo de esta introducción, estas son: la libertad de locomoción o desplazamiento y libertad de reunión: Tal como dispone el inciso tercero del artículo 43 de la Carta fundamental: “*Por la declaración del estado de catástrofe, el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión. Podrá, asimismo, disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada*”<sup>6</sup>. De todas las facultades que tiene el Presidente de la República a este respecto, hasta la fecha durante el transcurso de la pandemia, hemos podido evidenciar que se ha limitado a restringir solamente las arriba mencionadas, sin ver en caso alguno la restricción al ejercicio al derecho de propiedad, pero si adoptando medidas extraordinarias administrativas para buscar el restablecimiento de la normalidad de zonas afectadas<sup>7</sup>. En relación a la orgánica que regula las medidas que se adopten durante los estados de excepción, el artículo 44 dispone que:

*Constitución Política de Chile*

*Artículo 44.*

*Una ley orgánica constitucional regulará los estados de excepción, así como su declaración y la aplicación de las medidas legales y administrativas que procediera adoptar bajo aquéllos. Dicha ley contemplará lo estrictamente necesario para el pronto restablecimiento de la normalidad constitucional y no podrá afectar las competencias y el funcionamiento de los órganos constitucionales ni los derechos e inmunidades de sus respectivos titulares.*

*Las medidas que se adopten durante los estados de excepción no podrán, bajo ninguna circunstancia, prolongarse más allá de la vigencia de los mismos.*<sup>8</sup>

La Ley Orgánica Constitucional que regula los estados de excepción en Chile es la Ley N° 18.415, promulgada el 14 de junio de 1985 con última versión del 24 de enero de 1990. Como se menciona anteriormente, resulta extraño que en 2021, a más de 36 años de la promulgación de esta ley y a 31 años de su última modificación en 1990, siga aplicándose como si esta representara el actual espíritu de nuestra época. Con todo, es interesante que la disposición de la Constitución citada dispone que dicha Ley Orgánica se remitirá a lo estrictamente necesario para el pronto restablecimiento de la normalidad constitucional y que no podrá afectar el funcionamiento, competencias, derechos e inmunidades de sus titulares. Además, señala la norma en comentario que la vigencia de las medidas adoptadas durante los estados de excepción no podrán en caso alguno extenderse más allá de la vigencia de estos. Esto quiere decir que, por ejemplo, la actual medida de toque de queda no podría perdurar una vez levantado el actual estado de excepción que vive el país.

<sup>5</sup> Ley Orgánica Constitucional N° 18.415 de los Estados de Excepción.

<sup>6</sup> CPR 1980 art. 43. Disponible en: <http://bcn.cl/2p7gn>

<sup>7</sup> Materializada generalmente en ayudas sociales, las cuales nacieron por la presión social que generó los primeros meses de pandemia en el país.

<sup>8</sup> CPR 1980 art. 44. Disponible en: <http://bcn.cl/2p7gn>



Por último, queda también por decir que durante un estado de excepción constitucional, según dispone el artículo 45 de la Constitución: “*Los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocados por la autoridad para decretar los estados de excepción, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 39*”<sup>9</sup>. Esto si lo interpretamos podría decir también que salvo que los fundamentos afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado, estos no podrán ser calificados por los tribunales de justicia. Sin embargo, no ocurrirá lo mismo con las medidas particulares que afecten derechos constitucionales: “*No obstante, respecto de las medidas particulares que afecten derechos constitucionales, siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales a través de los recursos que correspondan*”<sup>10</sup>. Según dispone el inciso segundo de la norma citada, en estos casos siempre estará la garantía de recurrir ante autoridades judiciales por la vía del respectivo recurso. Respecto de las indemnizaciones que se puedan suscitar en caso de ser acogidos estos recursos, estas se determinarán según la ley tal como dispone el inciso final de la norma en comento: “*Las requisiciones que se practiquen darán lugar a indemnizaciones en conformidad a la ley. También darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de sus atributos o facultades esenciales y con ello se cause daño*”<sup>11</sup>. Por último, en caso de que las medidas determinadas durante un estado de excepción generen privación a algún atributo u facultad esencial propia del derecho propiedad, generando así un daño, estas tendrán también derecho a ser indemnizadas.

---

<sup>9</sup> CPR 1980 art. 45. Disponible en: <http://bcn.cl/2p7gn>

<sup>10</sup> *Ibíd.*

<sup>11</sup> *Ibíd.*

## I. Libertad de locomoción, libertad de reunión

### 1.1 Libertad de locomoción, tránsito o desplazamiento.

La libertad de locomoción, tránsito o desplazamiento, recogida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada el 10 de diciembre de 1948, en su artículo 13 dispone que: “1. *Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país*”<sup>12</sup>. Luego, la volvemos a encontrar en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos<sup>13</sup>, adoptados por la asamblea general de la organización de las Naciones Unidas por resolución N°2.200 del 16 de diciembre 1966, cuyo artículo 12 en sus cuatro párrafos dispone lo siguiente:

#### *Artículo 12*

1. *Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.*
2. *Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.*
3. *Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.*
4. *Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país.*<sup>14</sup>

Y finalmente en la Convención americana sobre derechos humanos denominada “Pacto de San José de Costa Rica”<sup>15</sup>, en su artículo 22 numeral 1 y 3: “1. *Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tiene derecho a circular por el mismo y, a residir en él con sujeción a las disposiciones legales. 3. El ejercicio de los derechos anteriores no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás*”<sup>16</sup>.

Si vemos el caso de Chile, podemos decir que nuestro país ha tenido a lo largo de su historia diez textos constitucionales<sup>17</sup>, en los que si hacemos una breve revisión, notaremos que esta disposición ya se encontraba consagrada en la Carta fundamental, al menos desde 1833, en su artículo 12 numeral 4: “*La libertad de permanecer en cualquier punto de la República, trasladarse de uno a otro, o salir de su territorio, guardándose los reglamentos de policía, y salvo siempre el perjuicio de tercero; sin que nadie pueda ser preso, detenido o desterrado, sino en la forma determinada por las leyes*”<sup>18</sup>. Luego nuevamente la encontraremos en la Carta fundamental de 1925 en su capítulo tercero, en el artículo 10 numeral 15, dentro de las garantías constitucionales: “*La libertad de permanecer en cualquier punto de la República, trasladarse de uno a otro, o entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de tercero, sin que nadie pueda ser detenido, preso, desterrado o*

<sup>12</sup> DUDH, art. 13. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

<sup>13</sup> Ratificado por Chile en 1974 por DL N°247 y promulgado por Decreto N° 778 del 30 de noviembre de 1976, publicado en Diario Oficial el 29 de abril de 1989.

<sup>14</sup> PIDCP (1966), art. 12. Disponible en: <http://bcn.cl/2iz9i>

<sup>15</sup> Suscrito por el Gobierno de Chile el 22 de noviembre de 1969, promulgado por Decreto N° 873 de 23 de agosto de 1990 y publicado en el Diario Oficial el 5 de enero de 1991.

<sup>16</sup> CADH (1969), art. 22 N°1 y 3. Disponible en: <http://bcn.cl/2oaze>

<sup>17</sup> Cuatro reglamentos de 1811, 1812, 1814, 1818, y 6 Constituciones, de los años 1822, 1823, 1828, 1833, 1925 y 1980. Todo esto sin considerar el nuevo texto constitucional cuyo inicio de trabajo data del 4 de julio de 2021.

<sup>18</sup> CPR 1833, art. 12 N°4. Disponible en: <http://bcn.cl/2r08r>

*extrañado, sino en la forma determinada por las leyes*<sup>19</sup>. Y actualmente en la Constitución de 1980 en el artículo 19 numeral 7 letra a): *“toda persona tiene derecho a residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros”*<sup>20</sup>.

De las tres redacciones locales que consagran este derecho fundamental, en primer lugar, llama la atención que la palabra “libertad” sea reemplazada por “derecho”, pese a que otras disposiciones del mismo numeral recurren a ella sin mayor dificultad. Es entendible que por el contexto histórico, hablar de libertad pueda tener una connotación difícil de unificar bajo una sola significación. Con todo, hablar de libertad de locomoción, tránsito o desplazamiento, representa una de las garantías más esenciales al individuo. El que toda persona que habite el territorio de la República tenga el derecho a trasladarse de un lugar a otro no quiere decir empero que no tenga limitación alguna, prueba de ello es la parte final de la norma citada ya que se establece que esto será garantizado a todas las personas siempre y cuando esta libertad respete las normas que establece la Ley y no perjudique a terceros. En este sentido es que entra como una limitación a la libertad de locomoción, para nuestra investigación, la ley 18.415 o ley orgánica constitucional de los estados de excepción.

Dicha ley en su artículo 1 refuerza la hipótesis que aquí comentamos respecto de la parte final del art. 19 N°7 letra a) de la Constitución Política de 1980 puesto que: *“El ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución Política asegura a todas las personas, sólo puede ser afectado en las situaciones en que ésta lo autoriza y siempre que se encuentren vigentes los estados de excepción que ella establece”*<sup>21</sup>. En este sentido, queda claro que la libertad de locomoción no es absoluta, tiene un límite y este será la Ley, en este caso la Ley fundamental o Constitución. Pero además, la norma añade que solo podrá ser afectada, para los efectos de esta Ley, en la medida que el estado de excepción que la afecte se encuentre vigente y esto se conecta con una falencia que tenía la versión original de la Constitución de 1980 ya que en su versión anterior no hacía referencia alguna a si la duración de estas medidas que afectaren a las garantías que la Constitución Política asegura a todas las personas tendrían o no la misma duración que el estado de excepción respectivo. Esto se modificó en la Carta Fundamental en 2005 con la incorporación de una norma específica al respecto (reemplazo de artículo 44), y en su tiempo, se enmendó con la LOC 18.415 de 1985 con última versión de 24 de enero de 1990, cuyo artículo 13 dispone que: *“Las medidas que se adopten durante los estados de excepción en ningún caso podrán prolongarse más allá de la vigencia de dichos estados”*<sup>22</sup>.

## 1.2 Libertad de reunión

Nuevamente, aquí nos encontramos con una garantía recogida por la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948). En este caso, se encuentra en el artículo 20, cuya norma dispone: *“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacíficas”*<sup>23</sup>. En la misma línea temporal anterior, podemos también encontrar la libertad de reunión consagrada en el Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966), encontraremos que en su artículo 21 establece lo siguiente: *Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar*

<sup>19</sup> CPR 1925, art. 10 N°15. Disponible en: <http://bcn.cl/2r0d8>

<sup>20</sup> CPR 1980, art. 19 N°7, letra a). Disponible en: <http://bcn.cl/2p7gn>

<sup>21</sup> LOC 18.415, art. 1. Disponible en: <http://bcn.cl/2r0il>

<sup>22</sup> *Ibíd.*

<sup>23</sup> DUDH, art. 20. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

*sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás*<sup>24</sup>. Importante a este respecto es que aquí se está hablando de restricción a la libertad de reunión, si vamos a la norma de la Constitución de 1980, en su escrito original, notaremos que el actual artículo 44 de la Carta fundamental no existía y en su lugar teníamos numeral 5 del antiguo artículo 42: “*por la declaración del estado de catástrofe el Presidente de la República podrá restringir la circulación de las personas y el transporte de mercaderías, y las libertades de trabajo, de información y de opinión, y de reunión. Podrá, asimismo, disponer de requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad, y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que estime necesarias*”<sup>25</sup>. Si bien esta disposición fue modificada posteriormente en 2005 por la Ley de Reforma Constitucional N°20.050, encontramos en ella que las restricciones son más amplias a ciertas garantías fundamentales. Encontramos aquí que por la declaración de estado de catástrofe el Presidente de la República podría además restringir la libertad de trabajo, opinión, junto con la de reunión y desplazamiento, esto es una muestra del carácter autoritario que tenía el régimen de facto de aquel entonces.

No obstante, lo interesante a destacar a aquí es que pese a todo, para esa época la Constitución acertadamente se refería a restricción de libertades y no a suspensión. Esta precisión la encontremos con posterioridad en la Ley 18.415 (1985) en su artículo 12:

*Artículo 12.*

*Entiéndase que se suspende una garantía constitucional cuando temporalmente se impide del todo su ejercicio durante la vigencia de un estado de excepción constitucional.*

*Asimismo, entiéndase que se restringe una garantía constitucional cuando, durante la vigencia de un estado de excepción, se limita su ejercicio en el fondo o en la forma.*<sup>26</sup>

En el caso de nuestra investigación, el estado de catástrofe no suspende garantías constitucionales, lo que hace en la actualidad es restringir las libertades de reunión y desplazamiento y esto porque el actual inciso final del artículo 43 de nuestra Carta fundamental dispone que:

*Artículo 43 inciso final*

*Por la declaración del estado de catástrofe, el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión. Podrá, asimismo, disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada.*<sup>27</sup>

Importante es que tanto la libertad de reunión como la de desplazamiento, podrán verse restringidas hasta estar restablecida la normalidad en la zona afectada. Si esto lo llevamos a la situación que estamos viviendo por la pandemia del Coronavirus (Sars-Cov2), en la teoría, la

<sup>24</sup> PIDCP (1966), art. 21. Disponible en: <http://bcn.cl/2iz9i>

<sup>25</sup> CPR 1980, art. 41. Texto original de 1980. Disponible en: [https://www.bcn.cl/Books/Constitucion\\_Politica\\_de\\_la\\_Republica\\_de\\_Chile\\_1980/index.html#p=38](https://www.bcn.cl/Books/Constitucion_Politica_de_la_Republica_de_Chile_1980/index.html#p=38)

<sup>26</sup> LOC 18.415 (1985, modificada en 1990), art. 12. Disponible en: <http://bcn.cl/2r0il>

<sup>27</sup> CPR 1980, art. 43. Disponible en: <http://bcn.cl/2r10q>

facultad para el Presidente de la República de prolongar el estado de excepción de catástrofe podría extenderse ampliamente en el tiempo. Esto lo hemos podido evidenciar en casi 18 meses en que Chile se estuvo en estado de excepción constitucional, situación que paradójicamente también coincide con un proceso constituyente para la creación de una nueva Constitución para el país. A este respecto, es relevante resaltar que un límite indubitable será que el riesgo sanitario por la pandemia disminuya drásticamente en los próximos meses con el avance de las campañas de vacunación y el mediáticamente conocido concepto de “inmunidad de rebaño”. De ser así, ya no tendría sentido que se extienda nuevamente el actual estado excepción, así como también resulta cuestionable que un estado de excepción en los hechos ha terminado por convertirse en lo habitual.

Otra fuente del derecho de reunión en nuestra actual Constitución es el artículo 15 de la Convención americana sobre derechos humanos (1969). En dicha norma, encontraremos una redacción similar a la actual formulación contenida en el artículo 19 N°13 de la Constitución política de la República de Chile (1980):

*Artículo 15. Derecho de Reunión*

*Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás.*<sup>28</sup>

Y aquí nuevamente nos encontramos con lo mencionado a propósito de las restricciones que se permiten establecer una vez declarado el estado de catástrofe, esto es, que las libertades de reunión y desplazamiento quedarán sujetas a las restricciones previstas por la Ley, propias de una sociedad democrática, en pos de la protección de la salud o moral públicas o los derechos o libertades de los demás. Si revisamos las constituciones anteriores de Chile, encontraremos que desde 1833 se encuentra recogida esta garantía fundamental, ya en el capítulo V, titulado Derecho público de Chile, en su artículo 12 numeral 6, encontraremos similar disposición a las anteriormente citadas en derecho foráneo: “6° El derecho de reunirse sin permiso previo y sin armas. Las reuniones que se tengan en las plazas, calles y otros lugares de uso público serán siempre regidas por las disposiciones de policía”<sup>29</sup>. Esta disposición sufre una leve modificación en la Carta fundamental de 1925, conservando su primer enunciado respecto al derecho a reunirse sin permiso previo y sin armas, y modificando lo último en lo relativo a que ya no serán regidas por las policías aquellas reuniones que tengan lugar espacios públicos como las plazas, calles y otros lugares de uso público, sino que ahora serán regidos por las disposiciones generales que la Ley establezca, todo esto en el Capítulo III titulado garantías constitucionales, en su artículo 10 N°4: “El derecho de reunirse sin permiso previo y sin armas. En las plazas, calles y demás lugares de uso público, las reuniones se regirán por las disposiciones generales que la ley establezca”<sup>30</sup>. Todo esto para que finalmente sea restituida parcialmente la versión de 1833, en la versión contenida en la Constitución de 1980, hoy situada en artículo 19 N°13: “El derecho a reunirse pacíficamente sin permiso previo y sin armas. Las reuniones en las plazas, calles y demás lugares de uso público, se regirán por las disposiciones generales de policía”<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> CADH (1969), art. 15. Disponible en: <http://bcn.cl/2oaze>

<sup>29</sup> CPR 1833, art. 12 N°6. Disponible en: <http://bcn.cl/2r11o>

<sup>30</sup> CPR 1925, art. 10 N°4. Edición de 1971. Disponible en: <http://bcn.cl/2r0d8>

<sup>31</sup> CPR 1980, art. 19 N°13. Disponible en: <http://bcn.cl/2p7gn>

### 1.3 El normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado

Como ya hemos mencionado, uno de los requisitos para que puedan verse afectados los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas, según dispone el artículo 39 de la Carta fundamental, es el situarse las zonas afectadas bajo situaciones de excepción, tales como: “*guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública, cuando afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado*”<sup>32</sup>. Esto se reitera nuevamente en el inciso tercero del artículo 43 de la misma Carta fundamental, esta vez relacionado con las medidas extraordinarias de carácter administrativo que puede tomar el Presidente de la República que según dispone el texto constitucional “*que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalizada de la zona afectada*”<sup>33</sup>. En este sentido, cobra relevancia la LOC 18.415, ya que la misma Carta fundamental hace remisión a ella en su artículo 44: “*Una ley orgánica constitucional regulará los estados de excepción, así como su declaración y la aplicación de las medidas legales y administrativas que procediera bajo aquéllos*”<sup>34</sup>.

Con todo, resulta llamativo que la actual Constitución no haga referencia alguna a qué se entiende por “normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado”. En ese orden de ideas, es que en Doctrina, Emilio Pfeffer, por ejemplo, señala que: “*se procuraría enfrentar uno de los mayores peligros del Estado Constitucional de Derecho, cual es, los amplios márgenes de discrecionalidad entregados a las autoridades políticas y administrativas, lo que es particularmente grave tratándose de la declaración de los estados de excepción constitucional*”<sup>35</sup>. Que esta expresión, siguiendo la línea de pensamiento de Pfeffer, quede sometida a la discrecionalidad de autoridades políticas y administrativas, si bien en su espíritu pudo ser pensado para dar mayor flexibilidad a la norma, en la práctica a lo largo de los casi 18 meses de estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, hemos podido evidenciar que la discrecionalidad de esta decisión ha sido puesta en tela de juicio dado que si bien ha sido una medida necesaria para proteger la vida y salud de todos los habitantes de la República de Chile, hemos notado que paralelamente también ha servido como herramienta política para apaciguar los ánimos de revuelta o inestabilidad política que vive nuestro país desde el 18 de octubre de 2019, fecha en que comenzó el así llamado “estallido social”.

La falta de aclaración en esta materia, así como lo señala el especialista citado, puede traernos como consecuencia que “*se trata de una expresión excesivamente amplia, vaga o indeterminada, y la misma podría prestarse para agudas controversias, o permitir que se subsuman en ella múltiples situaciones de hecho, todo lo cual, como se comprenderá, no contribuye a la certeza y seguridad jurídica y podría generar múltiples abusos o excesos*”<sup>36</sup>. Resulta en los hechos ser una expresión demasiado amplia, a tal punto que podría prestarse para malentendidos, como el ocurrido el 19 de octubre en donde el actual Presidente de la República decretó Estado de emergencia, amparándose en la vaguedad en que esta norma ha quedado desde su reforma en 2005 con la Ley N° 20.050 para apoyar su tesis de que el país se encontraba en guerra interna cuando en realidad era un verdadero estallido social o revuelta que reventó tras décadas de desigualdades.

La excepcionalidad que viene como consecuencia de la constatación de la grave afectación del normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado, trae a la discusión también acerca de si

<sup>32</sup> CPR 1980, art. 19 N°13. Disponible en: <http://bcn.cl/2r131>

<sup>33</sup> *Ibid.*

<sup>34</sup> *Ibid.*

<sup>35</sup> Pfeffer, E. (2002): “Estados de excepción constitucional y reforma constitucional”. En *Ius e Praxis* 8 n°1. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000100013>

<sup>36</sup> *Ibid.*

es efectivamente el Estado el que debe verse en peligro o es más bien la vida organizada de la comunidad: *“la excepcionalidad, la inminencia, la globalidad, en cuanto afecte a toda o gran parte de la comunidad, y la real amenaza de la vida organizada, son elementos copulativos que deben reunirse en relación a toda situación de emergencia que tenga la aptitud para decretar el correspondiente régimen de excepción. No es el Gobierno el que debe encontrarse amenazado, sino la vida organizada de la comunidad”*<sup>37</sup>. En la línea de pensamiento de Emilio Pfeffer, la cual adherimos en este sentido, se destaca que la vida organizada de la comunidad es la que debe verse amenazada. Si aplicamos esta precisión al artículo 39 de la actual Carta fundamental de Chile, cobraría sentido entonces que el estado de catástrofe por calamidad pública tenga como requisito la afectación grave del normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado. Sin embargo, sin ir más allá de lo reflexionado hasta ahora, debemos también tener presente al menos una definición de lo que se entiende por “calamidad pública”. Emilio Pfeffer la define como *“fenómenos que por causas naturales o humanas produzcan o puedan producir grave daño a la población o a la seguridad nacional”*<sup>38</sup>. Si aplicamos esta definición a lo que gatilló el actual estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, podemos encontrar que ha sido implementada acertadamente. Cosa distinta, es si su excesiva prórroga ha sido de la manera más adecuada, ya que el legislador en el inciso tercero del artículo 43 de la actual Constitución, norma también añadida en 2005 por la Ley de Reforma Constitucional 20.050, dispone que el Presidente de la República podrá adoptar todas las medidas extraordinarias administrativas necesarias para el restablecimiento de la normalidad de la zona afectada<sup>39</sup>, entregando de esta manera el legislador una herramienta para que el Presidente de la República pueda, por la vía administrativa y de forma extraordinaria, buscar el modo de restablecer la normalidad para no extender innecesariamente un situación, a todas luces, excepcional.

Por último, a este respecto cabe preguntar si es posible que las decisiones del Presidente de la República acerca de los estados de excepción constitucional puedan ser sometidas a un control de constitucionalidad previa, para de este modo poder evitar situaciones de excesiva discrecionalidad o abiertamente arbitrarias: *“tratándose de los Estados de Emergencia y de Catástrofe el Congreso Nacional no participa en su declaración de lo que se sigue que ningún órgano hará esa evaluación. Sin perjuicio, además, de que tampoco se ha previsto, respecto de aquellos estados de excepción, como de ningún otro, una instancia de control jurídico llamada a revisar si efectivamente se cumple o no con la exigencia de que la situación de excepción afecte “gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado”*<sup>40</sup>. Resulta preocupante que no hayan instancias previas para someter a deliberación la decisión del Presidente de la República de Chile respecto de la someter una zona (o toda la nación) a excepción constitucional. De lo que señala Pfeffer, podemos complementar que el artículo 8 de la LOC 18.415 contiene la norma que explica que la declaración de estado de excepción descansa en el Presidente de la República: *“Los estados de excepción constitucional se declararán mediante decreto supremo firmado por el Presidente de la República y los Ministros del Interior y de Defensa Nacional, y comenzarán a regir desde la fecha de su publicación en el Diario Oficial”*<sup>41</sup>. Sumando además en su artículo 9 que las atribuciones del Presidente de la República de Chile serán mediante Decreto Supremo, exento del trámite de toma de razón: *“Las atribuciones del Presidente de la República podrán ejercerse mediante decreto supremo, exento del trámite de toma de razón firmado por el Ministro del Interior bajo la*

---

<sup>37</sup> *Ibíd.*

<sup>38</sup> *Ibíd.*

<sup>39</sup> Cf. CPR 1980, art. 43 inciso tercero. Disponible en: <http://bcn.cl/2r131>

<sup>40</sup> Pfeffer, E. (2002: *Op. Cit.* Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000100013>

<sup>41</sup> LOC 18.415, art. 8. Disponible en: <http://bcn.cl/2r17z>

*fórmula "Por Orden del Presidente de la República"*<sup>42</sup>. Quedando en manos del Congreso Nacional solamente el ser informado de las medidas que adopte por el estado de catástrofe decretado por el Presidente de la República de Chile, dejando únicamente la posibilidad de dejar sin efecto su declaración, como dispone inciso segundo del artículo 42 de la actual Carta fundamental para el caso en que *"el Congreso Nacional podrá dejar sin efecto la declaración transcurridos ciento ochenta días desde ésta si las razones que la motivaron hubieran cesado en forma absoluta"*<sup>43</sup>, siendo de este modo, en concordancia con lo que señala Pfeffer que es: *"necesario regular por qué órgano y de qué modo se controlará al Presidente de la República cuando declare un estado de excepción constitucional en el caso que falte alguno de los requisitos formales exigidos en la Constitución o en la ley orgánica constitucional respectiva para ponerlos en vigencia"*<sup>44</sup>. No siendo así, de este modo, necesario el que exista una instancia para anular las actuaciones del Presidente de la República en esta materia, sino más bien una especie de control preventivo de constitucionalidad, que sirva para verificar, previo a su decreto, si cumple o no con los requisitos que establece la Constitución, la LOC 18.415, y si además no se ha caído en excesiva discrecionalidad y/o arbitrariedad a la hora de la toma de la decisión.

#### 1.4 La prórroga del estado de catástrofe

Respecto de la prórroga del estado de catástrofe, lo primero que debemos señalar es que la Constitución actual en el inciso segundo del artículo 41 dispone que *"el Congreso Nacional podrá dejar sin efecto la declaración transcurridos ciento ochenta días desde ésta si las razones que la motivaron hubieran cesado en forma absoluta"*<sup>45</sup>. Esta es una primera condición relativa a la duración de un estado excepción constitucional de catástrofe, tendrá (teóricamente)<sup>46</sup> una duración de 180 días sujeta a la persistencia o cese de los motivos que generaron su decreto. La norma es clara a este respecto, ya que, por ejemplo, si de aquí a la próxima fecha en que el Presidente requiera extender el estado de catástrofe, los contagios caen a cero y los motivos que generaron su decreto ya no existan (Pandemia global por Sars-Cov2), difícilmente el actual Gobierno podrá extender el estado de excepción constitucional aludiendo a los mismos motivos y conseguir extenderlo eventualmente de 3 en 3 meses hasta el final de su mandato.

De allí que, pasado los 180 días, el Presidente de la República queda sujeto a la observación del Congreso Nacional para extenderlo, y en caso de no estar los motivos fundantes, ser dejado sin efecto. Con todo, aquí nos encontramos con una contradicción de normas ya que el artículo 41 de la Constitución dispone que el plazo máximo sería de ciento ochenta días (seis meses), mientras que el artículo 8 de LOC 18.415, señala que su plazo máximo será de noventa días (3 meses): *"Los estados de asamblea y de catástrofe podrán declararse por un plazo máximo de noventa días, pero el Presidente de la República podrá solicitar nuevamente su prórroga o su nueva declaración si subsisten las circunstancias que lo motivan"*<sup>47</sup>. Lo que ha primado hasta ahora es lo que dispone la Ley Orgánica Constitucional, esto probablemente a que es un criterio de especialidad, cuya remisión hace la misma Constitución en su artículo 44, y que además, los 180 días que establece el inciso segundo del artículo 41 apuntan a la facultad del Congreso para dejar sin efecto una declaración transcurridos dicho tiempo habiendo cesado los motivos que fundaron dicha declaración. Aspecto que sin dudas, se puede prestar para malentendidos en su estudio.

<sup>42</sup> *Ibíd.*

<sup>43</sup> CPR 1980, art. 41 inciso segundo. Disponible en: <http://bcn.cl/2r182>

<sup>44</sup> Pfeffer, E. (2002): *Op. Cit.* Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000100013>

<sup>45</sup> CPR 1980, art. 41 inciso segundo. Disponible en: <http://bcn.cl/2r182>

<sup>46</sup> Decimos teórica porque su duración según el art. 8 de la LOC 18.415 es de 90 días prorrogables con el acuerdo del Congreso Nacional.

<sup>47</sup> LOC 18.415, art. 8. Disponible en: <http://bcn.cl/2r17z>



A este respecto, actualmente, con fecha 05 de mayo de 2021 ingresó un proyecto de Ley que pretende ampliar este espectro creando la categoría de estado de excepción constitucional por catástrofe sanitaria<sup>48</sup>, especificando así la actual situación en la que estamos agregando la expresión “sanitaria”, agregando al inciso primero artículo 41 de la Constitución lo siguiente: “*Si la calamidad pública está relacionada con la salud de las personas, el Presidente de la República podrá declarar estado de catástrofe sanitaria*”<sup>49</sup>. Creando así una nueva categoría de estado de excepción constitucional de catástrofe, pero además acortando los plazos incorporando al inciso segundo del artículo 41 que “*transcurridos ciento ochenta días desde ésta si las razones que la motivaron*”, por la frase “*desde los sesenta días de su vigencia, si las circunstancias que la motivaron*”<sup>50</sup>, de manera tal que el tiempo que dispondrá el Congreso Nacional para dejar sin efecto un excesivo estado de excepción constitucional por esta nueva categoría, será de 3 meses y no 6 como actualmente contempla la Constitución.

Otro aspecto relevante de este proyecto de Ley es que para que el Presidente pueda decretar esta nueva categoría de estado de excepción constitucional, ya no será requerido el acuerdo del Congreso Nacional cuando esta exceda un año. Se plantea con este proyecto de Ley el modificar el inciso segundo del artículo 41 de la Constitución a este respecto para que ahora los plazos serán desde los 6 meses<sup>51</sup>, acortando así la amplia discrecionalidad que posee el Presidente de la República y también regulando también la coherencia con la realidad de la medida, quedando así una barrera de 6 meses para que a partir de allí el Presidente requiera de acuerdo del Congreso Nacional para continuar utilizando esta medida.

Por otro lado, en relación con la excesiva militarización de una ley que proviene del final de un régimen de facto, el proyecto de Ley mencionado apunta también a eliminar del inciso tercero del artículo 41 la expresión “*del Jefe de la Defensa Nacional que designe*”, por la frase “*de un delegado presidencial designado por*”<sup>52</sup>, añadiendo a continuación que se trate alguien “*debiendo ser un funcionario con cualificaciones relacionadas con la catástrofe que da origen a la excepción constitucional*”<sup>53</sup> y “*con las limitaciones que establezca la ley*”<sup>54</sup>. De ser aprobado este proyecto de Ley, los márgenes de discrecionalidad que tiene actualmente el Presidente de la República para extender y militarizar administrativamente al país en un contexto como en el que vivimos hoy, quedarían reducidos a la mitad en cuanto a tiempos y administrativamente dejaría en lugar de militares a delegados presidenciales catalogados como funcionarios calificados para manejar la situación correspondiente.

### **1.5 Medidas que restringen las libertades de locomoción y reunión en contexto de pandemia.**

Dentro de las medidas que restringen a las libertades de reunión y desplazamiento, autorizadas por el Decreto Supremo N° 104 del 18 de marzo 2020 que declaró el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, nos encontraremos que en virtud del artículo

<sup>48</sup> Boletín legislativo 14230-07. Disponible en:

<https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=14558&prmTIPO=INICIATIVA>

<sup>49</sup> *Ibíd.*

<sup>50</sup> *Ibíd.*

<sup>51</sup> *Ibíd.*

<sup>52</sup> *Ibíd.*

<sup>53</sup> *Ibíd.*

<sup>54</sup> *Ibíd.*

6 de la Ley N° 18.415 que una vez declarado el estado de catástrofe “*las facultades conferidas al Presidente de la República podrán ser delegadas, total o parcialmente, en los jefes de la Defensa Nacional que él designe*”<sup>55</sup>. Aquí llama de inmediato la atención el carácter militarizado que esta norma facultativa entrega al Presidente. Se hace hincapié en que es facultativa en el sentido que siguiendo el tenor literal de la norma citada, nos encontramos con la expresión “*podrán ser delegadas*”. En ese orden de ideas, llama la atención que en los 18 meses<sup>56</sup> que duró en total el estado de excepción constitucional, en ninguno de los Decretos Supremos declarados se hiciera mención a que no serán delegadas la facultades conferidas al Presidente de la República a los Jefes de la Defensa Nacional, dejando de este modo a cargo de los jefes designados de la Defensa Nacional de todas las regiones de Chile tal como dispone el artículo 2 del Decreto Supremo N°104 del 18 de marzo 2020 que declaró el estado de excepción constitucional.

Luego tenemos las facultades previstas en el artículo 7 de la Ley N° 18.415, que en el artículo tercero del DS N° 104 (18.03.20) se utiliza la expresión ‘facultades’ de los Jefes de Defensa Nacional, en circunstancias que la Ley mencionada establece que serán ‘deberes y atribuciones’: “*Para los mismos efectos señalados en el artículo 5° de esta ley, durante el estado de catástrofe, el jefe de la Defensa Nacional que se designe tendrá los siguientes deberes y atribuciones*”<sup>57</sup>. Estos deberes y atribuciones son 10, y se encuentran enumerados tanto en la disposición de la ley mencionada en su artículo 7, como en los DS estudiados, ya sean de declaración o prórroga del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, y son los que comentaremos brevemente a continuación:

1. *Asumir el mando de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública que se encuentren en la zona declarada en estado de catástrofe, para los efectos de velar por el orden público y de reparar o precaver el daño o peligro para la seguridad nacional que haya dado origen a dicho estado, debiendo observar las facultades administrativas de las autoridades institucionales colocadas bajo su jurisdicción.*

Durante la vigencia del recientemente finalizado<sup>58</sup> estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, nuestro país fue testigo del amplio despliegue en el territorio de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública. Con todo, si analizamos la norma en cuestión, cabe hacer el reparo en que si bien la actividad de ‘velar por el orden público’ fue en cierta medida satisfactoria durante estos meses, el ‘precaver el daño o peligro para la seguridad nacional que haya dado origen a dicho estado’ escapa de las manos de lo que puedan realizar las Fuerzas Armadas. Muy criticado fue en su momento el hecho que era innecesario que los miembros de las Fuerzas Armadas portaran armamento de guerra durante su despliegue territorial. Siguiendo el tenor literal de la norma, de lo que se trataba aquí como origen del estado de excepción constitucional fue de una enfermedad (SARS-CoV-2) y no precisamente una guerra externa (estado de asamblea) o interna como ocurre en el caso del estado de sitio. En este sentido, para que se hubiera justificado que Fuerzas Armadas se desplegaran en todo el territorio portando armamento de guerra, correspondía al caso que dispone el artículo 40 de la actual Constitución Política de la República de Chile, que explícitamente tiene en su origen una guerra,

<sup>55</sup> LOC 18.415, art. 6. Disponible en: <http://bcn.cl/2r0il>

<sup>56</sup> Durante el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública que atravesó gran parte de la pandemia por SARS-CoV-2 en Chile, se dictaron entre el 18 de marzo de 2020 y el 30 de septiembre de 2021, 6 Decretos Supremos, a saber: DS N° 104 (18.01.20); DS N°269 (16.07.20); DS N°400 (12.09.20); DS N°646 (12.12.20); DS N° 72 (13.03.21) y DS N°153 (30.06.21).

<sup>57</sup> LOC 18.415, art. 7. Disponible en: <http://bcn.cl/2r0il>

<sup>58</sup> 30 de septiembre, 2021.

sea externa o interna: “*El estado de asamblea, en caso de guerra exterior, y el estado de sitio, en caso de guerra interna o grave conmoción interior*”<sup>59</sup>. Situación, por lo demás, que es regulada por otra norma de la Ley 18.415, específicamente el artículo 3, y que no necesariamente relega a los jefes de la Defensa Nacional como únicos destinatarios de las facultades conferidas al Presidente de la República: “*Durante el estado de sitio, las facultades conferidas al Presidente de la República podrán ser delegadas, total o parcialmente, en los Intendentes, Gobernadores o jefes de la Defensa Nacional que él designe*”<sup>60</sup>.

En ese orden de ideas, el Decreto Supremo que declaró el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, si bien no debió invocar la norma citada para justificar que las Fuerzas Armadas portaran sus armas de servicio, si nos parece exagerado, en especial considerando que el motivo de la declaración correspondía a una emergencia sanitaria y no un conflicto armado, ya sea externo como ocurre en el caso del estado de asamblea, o interno como ocurre en el estado de sitio.

## 2. *Controlar la entrada y salida de la zona declarada en estado de catástrofe y el tránsito en ella*

En este caso, nos encontraremos con los distintos tipos de controles sanitarios establecidos por el Ministerio de Salud en el Decreto N° 4 del 08 de febrero de 2020 que declaró la Alerta Sanitaria (vigente hasta el 31 de diciembre de 2021), otorgando facultades extraordinarias por el brote del nuevo Coronavirus (2019-nCoV), reguladas en diversas Resoluciones exentas del Ministerio de Salud, principalmente desde la Res. Ex. 591 del 23 de julio de 2020 y las sucesivas modificaciones en el tiempo durante la vigencia de la Alerta Sanitaria<sup>61</sup>. En este sentido, nos encontraremos con atribuciones que ejercieron funcionarios de Fuerzas Armadas a modo cooperación para ejercer el control de las medidas adoptadas por el Gobierno mediante el Ministerio de Salud. En relación con la entrada y salida de la zona declarada en estado de catástrofe, la principal medida fue el establecimiento de Aduanas Sanitarias en los cruces fronterizos del país, así como también en la frontera de cada región, ciudad o comuna declarada en cuarentena. En este aspecto, es que entraron en vigencia una serie de restricciones a la libertad de desplazamiento y reunión, que si bien en algunas circunstancias que ya veremos, en términos generales, si fueron efectivas para reducir el riesgo de propagación del Coronavirus (2019-nCoV).

## 3. *Dictar medidas para la protección de las obras de arte y de los servicios de utilidad pública, centros mineros, industriales y otros.*

Esta medida, aparentemente no fue necesaria de implementar, esto en consideración a que lo que buscaba el legislador en el espíritu de dicha Ley era la protección de bienes y no necesariamente la Salud Pública como es el actual contexto en que se encuentra el país.

## 4. *Ordenar el acopio, almacenamiento o formación de reservas de alimentos, artículos y mercancías que se precisen para la atención y subsistencia de la población en la zona y controlar la entrada y salida de tales bienes, previa instrucción del Presidente de la República.*

En este contexto, fue que el Presidente de la República, mediante del Ministerio de Desarrollo Social, implementó el plan “Alimentos para Chile”, iniciativa orientada a satisfacer las

<sup>59</sup> CPR 1980, art.40. Disponible en: <http://bcn.cl/2r182>

<sup>60</sup> LOC 18.415, art. 3. Disponible en: <http://bcn.cl/2r0il>

<sup>61</sup> Resolución Exenta N° 591, 23 de julio 2020. Disponible en: <http://bcn.cl/2rxm4>

necesidades que estaba pasando gran parte de nuestro país, a raíz del desempleo y el cambio de condiciones que las restricciones de desplazamiento y reunión generó que muchas familias se vieran impedidas de recibir ingresos, ya sea porque sus fuentes de trabajo estaban relacionadas con el desplazamiento de personas, o bien que requerían para su realización la concentración de un número importante de personas en un mismo recinto (restaurantes, cines, centros comerciales).

5. *Determinar la distribución o la utilización gratuita u onerosa de los bienes referidos para el mantenimiento y subsistencia de la población de la zona afectada, previa instrucción del Presidente de la República.*

Esta medida va relacionada con la anterior, la cadena de distribución para el uso a título gratuito u oneroso de bienes para el mantenimiento y subsistencia de la población afectada, dice relación con el mismo plan antes mencionado, que si bien no fue de exclusiva realización por parte de miembros de Fuerzas Armadas, si estuvo en gran medida bajo su cooperación en sus inicios.

6. *Establecer condiciones para la celebración de reuniones en lugares de uso público, de conformidad a las instrucciones del Presidente de la República.*

Estos ‘deberes y atribuciones’ que tendrán los respectivos Jefes de Defensa Nacional, si bien en la norma aparece que corresponderá a ellos establecer las condiciones para celebrar reuniones en lugares públicos, en realidad aquellas se encuentran reguladas en las instrucciones del Presidente de la República, que en nuestra actual situación han sido entregadas por medio del decreto N°4 y las Resoluciones Exentas del Ministerio de Salud, vinculadas con la actual Alerta Sanitaria declarada el 08 de febrero de 2020, cuya vigencia se tiene contemplada, hasta el momento, hasta el 31 de diciembre de 2021.

7. *Impartir directamente instrucciones a todos los funcionarios del Estado, de sus empresas o de las municipalidades que se encuentren en la zona, con el exclusivo propósito de subsanar los efectos de la calamidad pública, y, en particular, para una adecuada implementación de las medidas sanitarias adoptadas.*

En la práctica, esta medida sirvió también como una herramienta de coordinación entre los Jefes de Defensa designados por el Presidente de la República y autoridades locales, principalmente con municipalidades y funcionarios del Estado, es decir, del sector público. La implementación de las medidas sanitarias adoptadas en este contexto, podemos evidenciar que fueron respetadas a plenitud por las autoridades locales respectivas, generando lazos de cooperación, principalmente en el control de aglomeraciones y controles sanitarios, especialmente en comunas que se encontraban en cuarentena.

8. *Difundir por los medios de comunicación social las informaciones necesarias para dar tranquilidad a la población.*

Si bien, en todo momento los Jefes de Defensa Nacional informaron oportunamente de los cambios y regulaciones en la implementación de las restricciones de desplazamiento y reunión durante la vigencia del estado de excepción constitucional, resulta contradictorio que en ocasiones se presentaran situaciones de uso desmedido de la fuerza en el contexto de fiscalización de estas medidas, tal como fue el caso del martes 13 de abril de 2021 en la ciudad

de Valparaíso en que un funcionario de la Armada, tras la negativa de un ciudadano a ser controlado de si portaba el permiso de desplazamiento para transitar en la comuna en cuarentena, es posteriormente reducido en el piso, apuntado con armamento de guerra (fusil)<sup>62</sup>.

9. *Dictar las directrices e instrucciones necesarias para el mantenimiento del orden en la zona.*

Esto dice relación, con las comunicaciones en medios de las medidas implementadas para aplicar lo establecido por la Autoridad Sanitaria, especialmente en materia de control a la población, tanto al ingreso como durante su desplazamiento en áreas que se encuentren bajo cuarentena, principalmente en materia de cordones sanitarios, aduanas sanitarias, estableciendo puntos de control de público conocimiento.

10. *Las demás que le otorguen las leyes en su calidad de tal*

Este numeral, básicamente sirve para que el listado de atribuciones y deberes de los Jefes de Defensa Nacional no sea un listado taxativo sino que tenga la flexibilidad de adaptarse a las futuras circunstancias que regulen las leyes. Tras 18 meses de estado de excepción, Chile tuvo legislativamente un valioso tiempo para aprender a conocer los límites y falencias de esta ley, eso no significa que no pueda ser modificada la actual Ley 18.415, o incluso, considerando el actual proceso constituyente, ser derogada y sustituida por una nueva que vaya en concordancia con el espíritu de la próxima Carta Fundamental, cuyo trabajo se estima que estará finalizado en julio de 2021.

### **1.6 Medidas particulares que podrían afectar garantías constitucionales en contexto de estado de excepción.**

En el artículo cuarto del DS N°104 del 18 de marzo de 2020, prorrogada cada 3 meses hasta el 30 de septiembre de de 2021, se encuentra el punto de conexión entre lo que dispone la declaración del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública y las demás medidas que puede tomar el Presidente de la República en esta materia: “*En virtud del principio de coordinación, los Jefes de la Defensa Nacional deberán tomar en consideración las medidas sanitarias dispuestas para evitar la propagación del Covid-19, en actos administrativos dictados por el Ministro de Salud, en el ejercicio de las facultades previstas en el artículo precedente.*”<sup>63</sup>. En ese orden de ideas, las medidas sanitarias que ha implementado el Presidente de la República son aquellas que recogen la declaración de Alerta Sanitaria, dictada en el Decreto N°4 del 08 de febrero de 2020 y sus sucesivas modificaciones, cuya vigencia se encuentre prorrogada hasta el 31 de diciembre de 2021<sup>64</sup>

Esto resulta interesante, ya que si recordamos que la misma Carta Fundamental en su artículo 44 inciso final dispone que “*las medidas que se adopten durante los estados de excepción no podrán, bajo*

<sup>62</sup> Bio Bio Chile, 13 de abril, 2021. Disponible en: <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-valparaiso/2021/04/13/con-fusil-en-la-espalda-y-rodilla-en-la-cabeza-armada-explica-detencion-de-hombre-en-valparaiso.shtml>

<sup>63</sup> DS N° 104, 18 de marzo 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que declara el estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile. Disponible en: <http://bcn.cl/2f9tx>

<sup>64</sup> Sin perjuicio de que pudieran cambiar las circunstancias y pueda eventualmente prorrogarse.

*ninguna circunstancia, prolongarse más allá de la vigencia de los mismos*<sup>65</sup>, si hacemos un razonamiento apresurado podríamos pensar que todas las medidas implementadas post finalización del estado de excepción constitucional serían inconstitucionales por vulnerar esta norma. La verdad es que no es tan así ya que se tratan de dos Decretos firmados por distintos Ministerios y cuya regulación constitucional es distinta. En primer lugar, como ya hemos desarrollado, las normas citadas para decretar un estado de excepción constitucional se encuentran en los artículos 39 a 45 de la Carta Fundamental, en circunstancias que el Decreto de Alerta Sanitaria, además de estar firmado por el Ministerio de Salud, su fundamento constitucional viene de los artículos 19 N° 9 de la Constitución, esto es, del derecho a la protección a la salud *“El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”*<sup>66</sup>, del artículo 32 N°6, relativo a las atribuciones especiales del Presidente de la República *“son atribuciones especiales del Presidente de la República: 6° Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que no sean propias del dominio legal, sin perjuicio de la dificultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes”*<sup>67</sup>, y finalmente en base al artículo 35 relativo a la necesidad esencial de la firma del Ministro respectivo a la hora de dictar reglamentos y decretos del Presidente de la República *“Los reglamentos y decretos del Presidente de la República deberán firmarse por el Ministro respectivo y no serán obedecidos sin este esencial requisito”*<sup>68</sup>.

Lo cierto, es que el malentendido tiene lugar en el artículo cuarto del DS N°104 del 18 de marzo de 2020, ya que según el principio de coordinación, los Jefes de Defensa Nacional deberán considerar las medidas sanitarias tomadas por el Ministerio de Salud, esto es, las que se hayan tomado en virtud de la declaración de Alerta Sanitaria, que al ser un Decreto distinto al antes mencionado, puede perfectamente subsistir tras acabado el estado de excepción constitucional. Dicho esto, lo que sí puede ocurrir es que durante un estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, puede verse alguna garantía constitucional vulnerada al implementar alguna de las medidas sanitarias dictadas por la autoridad sanitaria durante la vigencia de este estado de excepción. Pensemos que las libertades que la misma Carta Fundamental autoriza a restringir durante este tipo de estado de excepción constitucional son las libertades de reunión y de desplazamiento, por lo que perfectamente una situación de vulneración de garantías fundamentales en este contexto podría ser una restricción arbitraria o no justificada de ellas, o incluso en un caso más extremo, el que estas garantías no se vean restringidas, sino suspendidas bajo el alero de la misma declaración de estado de excepción, fruto de un actuar negligente de algún agente del Estado, pensemos por ejemplo, que un Jefe de Defensa Nacional, en las instrucciones que entregue indique que es permitido el uso de armamento de guerra durante una fiscalización de rutina para reducir a un civil.

Así las cosas, será inicialmente a lo largo de los 18 meses que han transcurrido, la Resolución Exenta N° 217 del 31 de marzo de 2020 emitida por el Ministerio de Salud, la que estableció las primeras medidas particulares que afectan garantías constitucionales, dictadas una vez ya decretada la Alerta Sanitaria por el mismo Ministerio y estando vigente el estado de excepción constitucional de catástrofe. Si revisamos dicha Res. Ex., notaremos que de las 37 medidas iniciales que se tomaron, son relevantes las siguientes:

---

<sup>65</sup> CPR 1980, art. 44 inciso final. Presente en una redacción similar en la Ley 18.415, art. 13. Disponible en: <http://bcn.cl/2p7gn>

<sup>66</sup> CPR 1980, art. 19 N° 9 inciso primero. Disponible en: <http://bcn.cl/2p7gn>

<sup>67</sup> CPR 1980, art. 32 N° 6. Disponible en: <http://bcn.cl/2p7gn>

<sup>68</sup> CPR 1980, art. 35. Disponible en: <http://bcn.cl/2p7gn>

*1. Prohíbese a los habitantes de la República salir a la vía pública, como medida de aislamiento, entre las 22:00 y 05:00 horas. Esta medida será ejecutada de acuerdo a las instrucciones que impartan al efecto los Jefes de la Defensa Nacional de las distintas regiones.*<sup>69</sup>

Lo que coloquialmente conocemos como ‘toque de queda’ fue una medida adoptada por el Ministerio de Salud, esta fue oscilando, según el estado epidemiológico de cada lugar del país hasta el punto que fue desde el 02 de septiembre de 2021 hasta finalizado el mismo mes que esta restricción de desplazamiento quedó fijada a nivel nacional desde las 00:00 horas hasta las 05:00 horas. Esta medida de restricción de desplazamiento trajo variadas polémicas de interés jurídico, en especial acerca del alcance del artículo 318 inciso primero del Código Penal acerca de si lo que concretamente se sancionaba era un peligro concreto o uno hipotético:

*Art 318.*

*El que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, será penado con presidio menor en su grado mínimo a medio o multa de seis a doscientas unidades tributarias mensuales.*<sup>70</sup>

El 18 de abril de 2020, uno de los primeros casos que llegó a la Corte Suprema en esta materia, estuvo motivado por la detención y posterior proceso penal llevado en contra de dos personas de la ciudad de Cochrane por vulnerar el artículo 318 del Código Penal. Estas personas fueron sorprendidas circulando a altas horas de la noche durante la vigencia del toque de queda<sup>71</sup> en un lugar que no circulaba gente. La discusión jurídica de este paradigmático caso fue de gran relevancia jurídica ya que hasta entonces, se produjo un descontrolado aumento de causas penales en el Ministerio Público con motivo del incumplimiento del toque de queda. En resumen, lo que se debatía era si lo que sancionaba la norma en cuestión era una situación de peligro concreto o de peligro hipotético, frente a lo cual la Corte Suprema razona que: “*advertimos, pues, que la ley exige que se ponga en peligro la salud pública. Castiga una conducta que realmente genere un riesgo para ese bien jurídico; no sanciona simplemente la infracción formal a las reglas de salubridad que la autoridad hubiere publicado, asumiendo, presumiendo o dando por sentado que ello, por sí mismo, ponga en riesgo la salud pública, como sería lo propio de un delito de peligro abstracto*”<sup>72</sup>. Dicho de otra manera, aquí si podríamos tener un caso real en que una de las restricciones establecidas por la declaración de Alerta Sanitaria, y consecuentemente aplicada por el principio de coordinación, por los Jefes de la Defensa Nacional, se consideraría vulnerada la garantía constitucional de la libertad de desplazamiento ya que pese a estar restringida por el estado de excepción constitucional, el Ministerio Público se equivoca al catalogar este tipo de delito como uno de peligro abstracto, en circunstancias que según la Corte Suprema lo que pretende sancionar dicha norma sería más bien una categoría intermedia de ambos, denominada peligro ‘abstracto-concreto’:

*De manera que la comparación de los dos tipos penales referidos, a lo sumo conduciría al artículo 318 a una categoría intermedia, llamada de peligro hipotético, o ‘abstracto-concreto’, que no exige que el acto particular que se juzga haya generado efectivamente un riesgo específico y mensurable al bien jurídico, pero sí que haya sido idóneo*

<sup>69</sup> Resolución Exenta N°217, 31 de marzo de 2020, numeral 1. Disponible en: <http://bcn.cl/2fa8x>

<sup>70</sup> Código Penal, art. 318 inciso primero. Disponible: <http://bcn.cl/2f6m7>

<sup>71</sup> CS, Rol 125.436-2020, 25 de marzo de 2021, considerando 9.

<sup>72</sup> CS, Rol 125.436-2020, 25 de marzo de 2021, considerando 6.

*para generarlo, sin quedar asumida esa posibilidad, a priori, como inherente a la infracción de los reglamentos sanitarios, como sería el caso de un delito de peligro abstracto propiamente tal.*<sup>73</sup>

Como sabemos, los fallos de la Corte Suprema, en general tienden a ir en una determinada línea argumentativa, que muchas veces coincide con la doctrina mayoritaria. En este caso, podemos ver que para no generar un cambio tan brusco en el razonamiento de la Corte misma, es que nos entrega una valoración intermedia del artículo 318, señalando que se trataría de un delito de peligro hipotético o ‘abstracto-concreto’, en donde lo que primaría sería además la idoneidad del acto particular, de allí que el transitar en compañía de una sola persona en horario de toque de queda, más que un delito propiamente tal debería ser catalogado como una falta. Este fallo, sin escapar del fondo de nuestra investigación, es un ejemplo de aquellos casos en que una garantía constitucional se puede ver afectada.

*2. Dispóngase que todas las personas mayores de 80 años deben permanecer en cuarentena, es decir, en sus domicilios habituales*<sup>74</sup>

Esta segunda medida, no requiere un análisis tan detallado como el anterior para notar que abiertamente lo que hace es suspender una garantía fundamental (derecho de desplazamiento), yendo en este sentido más allá de lo que se permite durante un estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública ya que pasó de restringir esta garantía a suspenderla. Si continuamos leyendo encontraremos incluso lo siguiente: “*La medida de este numeral comenzará a regir desde las 08:00 horas del 24 de marzo de 2020 y será aplicada por un plazo indefinido, hasta que las condiciones epidemiológicas permitan su suspensión*”<sup>75</sup>. No precisa mayor análisis que señalar que esta medida perdió su vigencia el 16 de abril de 2020.

Por último, hay un detalle no menor que puede abrir una posterior discusión acerca de la garantía constitucional de la inviolabilidad del hogar, consagrada en el artículo 19 N° 5 de la actual Constitución. Recientemente un dictamen de Contraloría General de la República del 16 de abril de 2021, resolvió cuál sería la naturaleza de la disposición del inciso primero del artículo 155 del Código Sanitario, norma aplicable incluso ya acabado el estado de excepción pero que durante él su aplicación fue polémica porque abiertamente excedía a lo que el estado de excepción constitucional permitía: “*Artículo 155° (146).- Para la debida aplicación del presente Código y de sus reglamentos, decretos y resoluciones del Director General de Salud, la autoridad sanitaria podrá practicar la inspección y registro de cualquier sitio, edificio, casa, local y lugares de trabajo, sean públicos o privados.*”<sup>76</sup>.

La norma citada dispone que las autoridades sanitarias podrán inspeccionar y registrar cualquier sitio, independiente que sea público o privado. Esto llama de inmediato la atención, ya que, como hemos dicho, la inviolabilidad del hogar, según dispone el artículo 19 N° 5 de la Carta Fundamental solo puede ser vulnerada en virtud de ley: “*5°.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley*”<sup>77</sup>. Así las cosas, la respuesta de Contraloría General de la República se fundamenta en la legalidad de los reglamentos,

<sup>73</sup> *Ibíd.*

<sup>74</sup> Resolución Exenta N°217, 31 de marzo de 2020, numeral 2. Disponible en: <http://bcn.cl/2fa8x>

<sup>75</sup> *Ibíd.*

<sup>76</sup> CSan, art. 155 inciso primero. Disponible en: <http://bcn.cl/2kp0j>

<sup>77</sup> CPR 1980, art. 19°5. Disponible en: <http://bcn.cl/2f6sk>



decretos y resoluciones dictadas por el Director General de Salud, es en este sentido que su respuesta es la siguiente:

*En cuanto a la eventual vulneración al derecho a la inviolabilidad del hogar consagrado en el artículo 19, N° 5, de la Constitución Política -alegada por los recurrentes-, según el cual “El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley”, cumple con indicar que, al encontrarse regulado expresamente el ingreso a recintos privados en los términos de los artículos 155 y siguientes del Código Sanitario, no cabe entender tal situación como una conculcación al derecho invocado<sup>78</sup>*

Si bien el razonamiento de Contraloría General de la República no es errado, cabe preguntarnos qué ocurre con los controles aleatorios en materia de aforos permitidos, principalmente durante la época de fiestas patrias de 2020. Las autoridades sanitarias en este sentido realizaron labores de fiscalización con el fin de verificar si en ese entonces se estaban respetando los aforos en fiestas y celebraciones familiares. Esto último no lo considera el dictamen en su razonamiento, pero a nuestro entender, considerando que no habría una sospecha cierta o idónea de que cada recinto particular se encuentre sin cumplir las normas sanitarias, en ese caso nos encontraríamos ante un vacío normativo que, por un lado permite a la autoridad sanitaria fiscalizar en virtud del artículo 155 y siguientes del Código Sanitario, pero que al mismo tiempo cae en una situación similar a la del fallo de la Corte Suprema<sup>79</sup> analizado, ya que estaríamos ante la disyuntiva si el control preventivo que realice la autoridad sanitaria sea fundado en base a un peligro concreto o ante un peligro abstracto, situación que siguiendo el razonamiento de la Corte Suprema, podría subsanarse dando como respuesta que nos encontramos ante un peligro hipotético (abstracto-concreto).

Con todo, Contraloría General de la República no se pronunció en el citado dictamen a este respecto, dado que el requerimiento apuntaba a solicitar un pronunciamiento acerca de la legalidad de estas facultades conferidas por la autoridad sanitaria a fiscalizadores para tal conducta, tal como expone acertadamente el actual Contralor de la República de Chile, el señor Jorge Bermúdez Soto, razonamiento que principalmente orienta su respuesta con correcta base normativa y basándose en el interés superior de la comunidad, por sobre el interés particular o privado en relación con un efectivo control de la pandemia:

*Finalmente, cabe recordar que la asignación de potestades a órganos de la Administración que les permiten restringir derechos de los particulares -como sucede en la especie-, es una técnica propia del Derecho Administrativo destinada a preservar los intereses de la comunidad que, de otra manera, podrían verse comprometidos. En la especie, de no existir la atribución que consagra el legislador en el Código Sanitario, el ingreso a locales particulares no podría llevarse a efecto, lo que tornaría en ineficaz la fiscalización de la normativa destinada a proteger la salud de la población. Desde esta perspectiva, cuestionar la señalada potestad, dándole primacía a los intereses privados de los propietarios por sobre los del conjunto de la comunidad -destinataria última de las medidas*

<sup>78</sup> CGR. Dictamen N° E96400 de 16.04.2021: COVID-19, Seremis de salud, facultades de fiscalización, medidas sanitarias, ingreso recintos públicos y privados. Disponible en:

<https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/E96400N21/html>

<sup>79</sup> CS Rol 125.436-2020, 25 de marzo de 2021

*restrictivas impuestas por la autoridad sanitaria-, provocaría un desbalance que terminaría mermando significativamente la acción administrativa en el control de la pandemia<sup>80</sup>*

Así las cosas, solo cabría una vulneración a la garantía fundamental de la inviolabilidad del hogar en el caso que un fiscalizador sanitario efectúe un control en un recinto privado, a sabiendas que dicho hogar ya se encontraba fiscalizado en el mismo día, o en un caso de negligencia, que su valoración de los hechos no sea imparcial y que por algún motivo en su acta constate hechos que no corresponden con la realidad. Pensemos en un hipotético caso que en un barrio pequeño de 10 casas, 9 de ellas están enemistadas con la décima y hacen una denuncia cada uno de ellos solo con el fin de perjudicar a los habitantes de ella, y, que este fiscalizador, a su vez, haya concertado esta visita con los 9 propietarios solo con la finalidad de hostigar y generar un perjuicio a los dueños de este hogar, realizando una fiscalización aleatoria, con actas que escapan de la realidad.

## 1.7 Análisis comparado de la regulación del estado de excepción en otros países.

### 1.7.1 Alemania

Sin lugar a dudas, el modo en que cada lugar del mundo fue controlando los efectos nocivos de la pandemia fue variando de acuerdo a la legislación vigente de cada país. Si miramos la legislación alemana, encontraremos una disposición relevante en su Ley Fundamental [*Grundgesetz*]. En su artículo 35, la Ley Fundamental dispone en materia de ayuda en caso de catástrofe lo siguiente: “(1) *Todas las autoridades de la Federación y de los Länder se prestarán mutuamente asistencia judicial y administrativa*”<sup>81</sup>. ¿Qué nos llama la atención de inmediato? En primer lugar, estamos hablando aquí de un país federado, luego, nos llama la atención el rol garantista que tiene el Estado frente a situaciones de catástrofe, ya no sería como en el caso chileno de un rol subsidiario que va solo en dirección del Estado hacia la ciudadanía, sino también direccionado a una lógica apoyo mutuo entre Estados federales o Länder. Luego, hay una segunda regulación interesante en materia de deberes y atribuciones de las policías, fuerzas y servicios del Cuerpo Federal de Protección de Fronteras y Fuerzas Armadas:

*Para el mantenimiento o el restablecimiento de la seguridad o el orden públicos, un Land podrá, en casos de especial importancia, reclamar, en apoyo de su policía, fuerzas y servicios del Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras, si sin ese apoyo la policía no pudiera, o sólo con notables dificultades, cumplir una misión. Con fines de ayuda en casos de catástrofe natural o cuando se produzca un siniestro particularmente grave, un Land podrá solicitar la asistencia de fuerzas de policía de otros Länder, de efectivos e instituciones de otras administraciones, así como del Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras y de las Fuerzas Armadas.*<sup>82</sup>

Primero que todo, a diferencia de la Constitución Política de la República de Chile, que en su artículo 44<sup>83</sup> hace mención expresa a que una Ley Orgánica Constitucional (LOC 18.415) regulará los estados de excepción, aquí nos encontramos que la *Grundgesetz* establece cuáles serán los casos en que tanto policías, cuerpo federal de Protección de las Fronteras y Fuerzas Armadas,

<sup>80</sup> CGR. Dictamen N° E96400 de 16.04.2021: COVID-19, Seremis de salud, facultades de fiscalización, medidas sanitarias, ingreso recintos públicos y privados. Disponible en:

<https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/E96400N21/html>

<sup>81</sup> Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, art. 35. Disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

<sup>82</sup> *Ibíd.*

<sup>83</sup> CPR 1980, art. 44 inciso primero. Disponible en: <http://bcn.cl/2f6sk>

podrán ejercer los ‘deberes y atribuciones’ que en el caso chileno se les asignan casi de inmediato una vez declarado el estado de excepción constitucional de catástrofe, según dispone el artículo 7 de la LOC 18.415<sup>84</sup>. En el caso alemán, solo se requerirá de ellos para casos de ‘especial importancia’ y, si y solo si, en aquellos casos en que la policía no pudiera sobrellevar la situación sin el apoyo de estos, dejando así libre a la población de una eventual exagerada militarización como ocurre en el caso chileno y solo como una especie de última ratio el que intervengan las Fuerzas Armadas. Además, dispone la norma alemana que en aquellos casos particularmente graves, podrá adicionalmente requerir auxilio de los cuerpos de policías de otros *Länder*, así como del Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras y de las Fuerzas Armadas. Allí nuevamente vemos reforzada la idea de que la intervención de las Fuerzas Armadas sería en casos debidamente calificados como graves y que además sería una norma facultativa, esto es, el legislador dispone que ‘podrá’ requerir auxilio de ellas, por lo que no necesariamente sería un imperativo, punto que en el caso chileno tiene similar redacción pero que en los hechos hemos evidenciado que se torna en una práctica común el designar de inmediato a Jefes de Defensa Nacional en las zonas afectadas<sup>85</sup>.

Uno de los puntos clave dentro de una decisión que debe tomarse con rapidez, tal como es el caso de un estado de excepción constitucional de catástrofe en el contexto de la pandemia por SARS-CoV-2, es el modo en que deben coordinar las relaciones de apoyo y cooperación entre los distintos territorios. En este sentido, no resulta una estrategia legislativamente práctica el retrasar la toma de este tipo de decisiones haciendo pasar de entrada todo por un proceso legislativo en el Congreso Nacional. Con todo, resulta interesante que en la legislación alemana, en lugar del principio de coordinación, que prima en la legislación chilena<sup>86</sup>, nos encontramos con el principio de cooperación de los *Länder*:

*Si la catástrofe natural o el siniestro pusieren en peligro el territorio de más de un Land, el Gobierno Federal podrá ordenar a los gobiernos de los Länder, en la medida de lo necesario para combatir eficazmente el peligro, que pongan a disposición de otros Länder, fuerzas de policía, así como emplear unidades del Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras y de las Fuerzas Armadas para prestar su apoyo a las fuerzas de policía. Las medidas del Gobierno Federal tomadas en virtud de la primera frase se suspenderán en cualquier momento a petición del Bundesrat y, en cualquier caso, sin demora alguna después de haber sido conjurado el peligro.*<sup>87</sup>

El Gobierno Federal, en este sentido, tendrá la facultad para ordenar a los *Länder* la cooperación tanto de fuerzas de policías, Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras y Fuerzas Armadas, esto siempre y cuando la catástrofe ponga en peligro más de un *Land* o Estado Federal. Esto, si bien en Chile no existen los Estados Federales, sí podría aplicarse análogamente respecto de cada región del país. Pensemos en el caso de una pequeña comunidad de la región de Coquimbo que, a consecuencia del desabastecimiento y desempleo que pudo ocasionar la pandemia, se encuentre sufriendo constantes saqueos y robos por parte de grupos organizados y que las fuerzas policiales no den abasto para controlar la situación. En este caso, si bien va más allá de la emergencia sanitaria que vivimos, se podría desde el Gobierno central ordenar que las fuerzas

<sup>84</sup> Ley N° 18.415 “Ley orgánica constitucional de los estados de excepción”, art. 7. Disponible en: <http://bcn.cl/2r0il>

<sup>85</sup> *Ibíd.*

<sup>86</sup> DS N° 104, 18 de marzo 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que declara el estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile. Disponible en: <http://bcn.cl/2f9tx>

<sup>87</sup> Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, art. 35. Disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

policiales de la región de Valparaíso faciliten una cantidad de su personal para poder controlar la situación y así poder reestablecer el orden y seguridad en aquella comuna vecina.

Sin embargo, más allá del caso hipotético recién presentado, lo interesante de esta norma constitucional radica en que estas medidas, además, podrán quedar sin efecto en ‘cualquier momento a petición del Bundesrat’, el Consejo Federal podrá solicitar el cese de aquella medida después de haber sido despejado el peligro inicial. Esto en la legislación chilena tiene su homologación con lo que dispone el artículo 41 inciso segundo de la Carta Fundamental chilena con la salvedad que en estricto rigor el homologo del Consejo Federal, para el caso chileno sería algo así como el Consejo de Gobiernos Regionales: “*El Congreso Nacional podrá dejar sin efecto la declaración transcurridos ciento ochenta días desde ésta si las razones que la motivaron hubieran cesado en forma absoluta.*”<sup>88</sup>. De este modo, comparando ambas normas, la disposición alemana brinda en cierto sentido un límite más inmediato al despliegue de las policías y Fuerzas Armadas durante una situación de catástrofe, a diferencia de la normativa chilena que establece plazos y requisitos, que hacen que una decisión sea más deliberada pero al mismo tiempo dejando un espacio de tiempo en que algunas medidas se tornan innecesarias, tal como ocurrió durante el mes de septiembre de 2021, en donde la cantidad de contagios diarios se vio reducida considerablemente, gracias a la políticas de vacunación masiva.

### 1.7.2 España

Las libertades de reunión y desplazamiento, garantizadas en la Constitución española en sus artículos 21 y 19 respectivamente<sup>89</sup>, pueden, según dispone la Carta Fundamental española, suspenderse una vez declarado el estado de excepción. Interesante a este respecto es que la legislación española es muy similar a la chilena en relación de estas normas constitucionales:

*1. Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1 a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.*<sup>90</sup>

Llama la atención, que en la Carta Fundamental de España se hace referencia a la suspensión de estas garantías fundamentales y no a su restricción. En este sentido, la actual legislación chilena podemos decir que es más exacta, ya que tanto en el artículo 43 inciso tercero de la Constitución Política de la República de Chile<sup>91</sup>, como en la LOC 18.415<sup>92</sup> en su artículo 12, se señala expresamente que el estado de catástrofe restringe libertades fundamentales (desplazamiento y reunión) y que hay que diferenciar entre suspender y restringir garantías constitucionales en virtud de la declaración de un estado de excepción.

Luego, nos encontraremos con una remisión a una ley orgánica que determine la forma y casos en que se puedan restringir (en el caso español) la detención preventiva, la inviolabilidad del hogar, y el secreto de las comunicaciones:

<sup>88</sup> CPR 1980 art. 41 inciso segundo. Disponible en: <http://bcn.cl/2f6sk>

<sup>89</sup> Constitución de España. Artículos 19 y 21. Disponible en: <https://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#a17>

<sup>90</sup> *Ibíd.*, art. 55 N°1. Disponible en: <https://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#a55>

<sup>91</sup> CPR 1980. Disponible en: <http://bcn.cl/2f6sk>

<sup>92</sup> LOC 18.415, art. 7. Disponible en: <http://bcn.cl/2r0il>

*2. Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, pueden ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.*<sup>93</sup>

De este numeral, llama la atención, en primer lugar, que la detención preventiva sea considerada como norma constitucional, en particular dado que la misma Carta Fundamental de España garantiza el derecho a la libertad y seguridad en el numeral primero del artículo 17<sup>94</sup>. Luego, vemos también que la misma Constitución establece como norma constitucional el modo en que dos garantías constitucionales puedan ser vulneradas (inviolabilidad del hogar y de secreto de comunicaciones), esto resulta ciertamente preocupante si lo miramos desde una perspectiva garantista ya que entrega el legislador jerarquía constitucional a dos normas que en cierto sentido se pueden considerar como opuestas, generando así un eventual pronunciamiento de la autoridad respectiva acerca de la primacía de una norma u otra norma ya que, siguiendo la legislación chilena, las garantías constitucionales mencionadas en virtud de una Ley podrían no necesariamente verse suspendidas, siendo en el caso chileno materia de Ley más que de norma constitucional. Con todo, lo positivo de esta normativa es que el legislador acto seguido entrega el reconocimiento constitucional que ante un eventual abuso o uso injustificado de dicha ley orgánica, estos puedan producir eventualmente responsabilidad penal al verse vulnerados los derechos y libertades que la Ley reconozca<sup>95</sup>.

Con todo, en relación a la regulación de los estados de excepción y de sitio, la Constitución de España posee una similar regulación en el sentido que hace remisión a una Ley Orgánica que regule sobre estas materias: “1. Una ley orgánica regulará los estados de alarma, de excepción y de sitio, y las competencias y limitaciones correspondientes”<sup>96</sup>. Sin embargo, la diferencia principal con la legislación chilena en materia de estados de excepción es que en el caso español, para su declaración no basta solamente que sea una decisión deliberada entre el Presidente y los Ministros de Interior y Defensa Nacional:

*3. El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos.*<sup>97</sup>

La situación en el caso español es distinta, se sacrifica celeridad por la democratización de una decisión. Como sabemos, en Chile la actual Constitución tiene un carácter marcadamente presidencialista a la hora de tomar decisiones. Es en este sentido que, para el caso chileno, a la hora de declarar estado de excepción esta decisión recae inicialmente en el Presidente de la República, y en cuyo caso sea de catástrofe, además requerirá de las firmas del Ministro de

<sup>93</sup> Constitución de España. Art. 55 N°2. Disponible en:

<https://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#a55>

<sup>94</sup> *Ibíd.*, Art. 17 N°1. Disponible en:

<https://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#a17>

<sup>95</sup> *Ibíd.*, art. 55 N°2. Disponible en:

<https://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#a55>

<sup>96</sup> *Ibíd.*, art. 116 N°1.

<sup>97</sup> *Ibíd.*, art. 116 N°3.

Interior y el de Defensa Nacional<sup>98</sup>. En el caso español, como se puede apreciar, se requiere además la autorización del Congreso de Diputados. Esta medida, si bien, le resta rapidez a una tan decisión relevante, si resulta útil ya que no la deja libremente entregada a la mera declaración de estado de excepción constitucional por parte del Presidente, sobretodo pensando en todas las consecuencias que esto conlleva en las garantías constitucionales de las personas. Respecto al plazo de duración de un estado de excepción, se establece además en la Constitución española un plazo inferior al chileno, la Carta Fundamental de España fija como plazo general una duración de 30 días prorrogables por otro igual, cumpliéndose los mismos requisitos. El caso chileno presenta matices, dependiendo si se trata de estado de asamblea (cinco días), estado de sitio (quince días), estado de catástrofe (90 días)<sup>99</sup>, estado de emergencia (quince días). Contrastando ambas Constituciones, podemos resaltar que resulta útil la disminución del plazo de duración del estado de catástrofe, sobre todo en consideración a que las condiciones eventualmente pueden ser favorables en menos tiempo, dejando así menos espacio un uso innecesario de esta medida.

### 1.7.3 Bolivia

Otro caso interesante es del Estado plurinacional de Bolivia. En primer lugar, encontraremos, como en la mayoría de los casos, que el derecho a la libertad de reunión y desplazamiento se encuentran garantizados en su Carta Fundamental en su artículo 21, numerales 4 y 7 respectivamente<sup>100</sup>. En el capítulo tercero de la Carta Fundamental de Bolivia encontraremos nuevamente un tratamiento general a los estados de excepción:

*Artículo 137*

*En caso de peligro para la seguridad del Estado, amenaza externa, conmoción interna o desastre natural, la Presidenta o el Presidente del Estado tendrá la potestad de declarar el estado de excepción, en todo o en la parte del territorio donde fuera necesario. La declaración del estado de excepción no podrá en ningún caso suspender las garantías de los derechos, ni los derechos fundamentales, el derecho al debido proceso, el derecho a la información y los derechos de las personas privadas de libertad.*<sup>101</sup>

En rigor, si leemos la primera parte de esta norma constitucional, encontraremos que es muy similar al artículo 39<sup>102</sup> de la Constitución Política de la República de Chile. Sin embargo, aquí encontramos una precisión que el legislador chileno entrega para cada caso particular respecto de si declarado el estado de excepción constitucional se suspendan o restrinjan determinados derechos fundamentales, según sea el caso. La constitución del Estado plurinacional de Bolivia señala expresamente que en ningún caso se suspenderán garantías de los derechos, derechos fundamentales, el debido proceso ni el derecho a la información y derechos a personas privadas de libertad. En este sentido, podemos ver que el rol del Estado en el caso de Bolivia a este respecto sería más garantista que el nuestro ya que en la Carta Fundamental chilena el Presidente de la República si podrá eventualmente suspender la libertad personal, el derecho de reunión y la libertad de trabajo en el caso que sea declarado el estado de asamblea según dispone el artículo 43 de la actual Constitución chilena<sup>103</sup>.

<sup>98</sup> LOC 18.415, art: 9. Disponible en: <http://bcn.cl/2r0il>

<sup>99</sup> *Ibíd.*, art. 8.

<sup>100</sup> Constitución de Bolivia (2009). Artículo 21 N° 4, 7. Disponible en: [https://constitutionproject.org/constitution/Bolivia\\_2009.pdf?lang=es](https://constitutionproject.org/constitution/Bolivia_2009.pdf?lang=es)

<sup>101</sup> *Ibíd.*, art. 137.

<sup>102</sup> CPR 1980, art. 39. Disponible en: <http://bcn.cl/2f6sk>

<sup>103</sup> *Ibíd.*, art. 43.

Otro aspecto relevante, lo encontraremos en lo relativo a la duración del estado de excepción constitucional, ya que el modo en que se defina esta es distinto al caso chileno:

*Artículo 138*

*I. La vigencia de la declaración del estado de excepción dependerá de la aprobación posterior de la Asamblea Legislativa Plurinacional, que tendrá lugar apenas las circunstancias lo permitan y, en todo caso, dentro de las siguientes setenta y dos horas a la declaración del estado de excepción. La aprobación de la declaración indicará las facultades conferidas y guardará estricta relación y proporción con el caso de necesidad atendida por el estado de excepción. Los derechos consagrados en la Constitución no quedarán en general suspendidos por la declaración del estado de excepción.*<sup>104</sup>

La vigencia aquí será decidida por la Asamblea Legislativa Plurinacional en un plazo de setenta y dos horas luego de ser declarado el estado de excepción por el Presidente o Presidenta. Interesante también resulta que aquí las facultades conferidas serán proporcionales al caso particular y su necesidad, aspecto interesante ya que bajo esta normativa es posible adecuar a las necesidades de cada caso las facultades conferidas y no necesariamente serán de un mismo modo y plazo como ocurre en el caso chileno, situación que durante el estado de excepción constitucional recientemente finalizado el 30 de septiembre de 2021, en Chile se pudo apreciar que algunas medidas, si bien fueron proporcionales a la situación, otras no lo fueron como es el caso de la militarización nacional de todo el territorio con la designación de Jefes de Defensa Nacional por cada región. Por otro lado, nuevamente aquí se enfatiza que bajo ningún respecto quedarán suspendidas las garantías constitucionales que establece la Constitución, punto a favor de la regulación del país vecino en esta materia y que eventualmente pudiera ser tomada en consideración para la futura Constitución de Chile. Otro punto relevante es que no se podrá una vez finalizado el estado de excepción declarar otro dentro del siguiente año a menos que se cuente con autorización legislativa para ello<sup>105</sup>. Esto puede ser una señal de que el legislador en este sentido, lo que buscaba era evitar que esta herramienta administrativa pueda eventualmente convertirse en sujeto de un uso innecesario o con fines más políticos que sociales.

Luego, la Carta Fundamental boliviana establece en su artículo 19 tres normas relativas a la responsabilidad del Ejecutivo respecto de su declaración de estado de excepción constitucional. En primer lugar, tenemos la rendición de cuentas del ejecutivo a la Asamblea Legislativa Plurinacional, punto a favor de la Carta Fundamental boliviana ya que en la Constitución chilena “los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocados por la autoridad para decretar los estados de excepción”<sup>106</sup>. De modo, la Constitución boliviana será más justa en este sentido: “El Ejecutivo rendirá cuentas a la Asamblea Legislativa Plurinacional de los motivos que dieron lugar a la declaración del estado de excepción, así como del uso que haya hecho de las facultades conferidas por la Constitución y la ley”<sup>107</sup>. Además, la Constitución del Estado plurinacional de Bolivia establece la responsabilidad penal respecto de quienes violen los derechos garantizados por esta Constitución<sup>108</sup> y fija una remisión normativa a una ley para la regulación de los estados de

<sup>104</sup> Constitución de Bolivia (2009). Art. 138, I. Disponible en: [https://constituteproject.org/constitution/Bolivia\\_2009.pdf?lang=es](https://constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009.pdf?lang=es)

<sup>105</sup> *Ibíd.*

<sup>106</sup> CPR 1980, artículo 39. Disponible en: <http://bcn.cl/2f6sk>

<sup>107</sup> Constitución de Bolivia (2009). Art. 139. Disponible en: [https://constituteproject.org/constitution/Bolivia\\_2009.pdf?lang=es](https://constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009.pdf?lang=es)

<sup>108</sup> *Ibíd.*

excepción<sup>109</sup>. Si buscamos el símil de estas normas en la Constitución chilena, solamente encontraremos que la Carta Fundamental chilena en la parte final del artículo 45 dispone que “*respecto de las medidas particulares que afecten derechos constitucionales, siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales a través de los recursos que corresponda*”<sup>110</sup>, y que, según el artículo 44 de la Carta Fundamental chilena “*Una ley orgánica constitucional regulará los estados de excepción, así como su declaración y la aplicación de las medidas legales y administrativas que procediera bajo aquéllos*”. Dejando de este modo como punto a favor de la Constitución del Estado plurinacional de Bolivia el hecho de que la declaración del estado de excepción constitucional, además de ser regulada su duración por la Asamblea Legislativa, también el ejecutivo tendrá el deber de rendir cuentas a la misma, cosa que no ocurre en Chile sino transcurridos más de un año ante el Congreso Nacional, cosa que tampoco es una rendición de cuentas propiamente tal sino más bien una argumentación para poder prorrogar el estado de excepción.

Finalmente, en el artículo 140 de la Carta Fundamental de Bolivia, encontraremos que en materia de facultades extraordinarias, ningún órgano o institución podrá conceder “*facultades extraordinarias diferentes a las establecidas en esta Constitución*”<sup>111</sup>. Esto último lo podemos concordar con los ‘deberes y atribuciones’ que menciona el artículo 7 de LOC 18.415, ya que allí se establecen de manera un tanto taxativa, sin perjuicio de lo que establece su último numeral<sup>112</sup>. Luego tenemos una manifestación de la garantía de igualdad ante la ley del artículo 19 N°2 de la Constitución chilena, ya que el legislador boliviano en su Carta Fundamental establece que: “*No podrá acumularse el Poder Público, ni otorgarse supremacía por la que los derechos y garantías reconocidos en esta Constitución queden a merced de órgano o persona alguna.*”<sup>113</sup>. Por último, para cerrar este análisis comparativo, encontraremos que la Constitución boliviana deja una norma que, si bien, parece del todo acertada dada la, valga la redundancia, situación de excepción de la Constitución, para nuestro caso chileno resulta de mucha relevancia ya que, dispone la norma constitucional boliviana que: “*La reforma de la Constitución no podrá iniciarse mientras esté vigente un estado de excepción*”<sup>114</sup>. Esto resulta pertinente en el contexto chileno ya que, como sabemos, desde Julio de 2021 ha comenzado el proceso de trabajo y redacción para una nueva Carta Fundamental para Chile. Si esta norma constitucional estuviera en la Constitución actual chilena, a simple vista, habría sido imposible dar curso al trabajo de la Convención Constitucional sin una previa modificación de la Carta Fundamental actual, con toda la dificultad y tiempo que requiere en el Congreso Nacional el promover una modificación de la Constitución, pudiendo significar además un recurso para retrasar este proceso, ya que, si así fuera, se habría tenido que esperar hasta el 30 de septiembre de 2021 para poder modificar la actual Constitución en lo pertinente al capítulo XV de las reformas de la misma<sup>115</sup>, punto esencial que dio sustento normativo para el actual proceso constituyente chileno.

---

<sup>109</sup> *Ibíd.*

<sup>110</sup> CPR 1980, art. 45 inciso primero. Disponible en: <http://bcn.cl/2f6sk>

<sup>111</sup> Constitución de Bolivia (2009). Art. 140. Disponible en: [https://constituteproject.org/constitution/Bolivia\\_2009.pdf?lang=es](https://constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009.pdf?lang=es)

<sup>112</sup> Ver apartado “Medidas que restringen libertades de locomoción y reunión en contexto de pandemia”, p.6.

<sup>113</sup> Constitución de Bolivia (2009). Art. 140. Disponible en: [https://constituteproject.org/constitution/Bolivia\\_2009.pdf?lang=es](https://constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009.pdf?lang=es)

<sup>114</sup> *Ibíd.*

<sup>115</sup> Cf. Ley 21.216 del 24 de marzo del 2021, que modificó la Carta Fundamental para permitir la conformación de pactos electorales de independientes y garantizar la paridad de género en las candidaturas y en la integración del órgano constituyente que se conforme para la creación de una nueva Constitución Política de la República (creación de disposiciones transitorias vigésimo novena a trigésima primera); Ley 21.221 del 26 de marzo de 2020, que incorpora las disposiciones transitorias tercera a trigésima séptima; Ley 21.315 del 06 de marzo de 2021, que



## II. La restricción de los derechos fundamentales

*Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención*<sup>116</sup>

Ciertamente, no podemos cerrar esta investigación sin antes hacer un estudio complementario a todo el entramado jurídico y análisis comparado que hemos realizado a lo largo de estas páginas. No es tarea sencilla reflexionar acerca de la libertad y su relación con los derechos fundamentales, ya lo decía Robert Alexy en 1985: “*El concepto de libertad es uno de los conceptos prácticos más fundamentales y, a la vez, menos claros. Su ámbito de aplicación parece ser casi ilimitado. Casi todo aquello que desde algún punto de vista es considerado como bueno o deseable, es vinculado con él. Esto es válido tanto para las discusiones filosóficas como para la polémica política*”<sup>117</sup>. En armonía a las palabras de Alexy, debemos primero reconocer que la noción ‘libertad’ fue para nosotros solamente el punto de partida, y que, al modo en que Agustín Squella señala debemos reconocer que para hablar de libertad se debe saber hablar de ella tanto de forma singular como plural: “*la libertad es una, pero también múltiple. Es singular y plural*”<sup>118</sup>. Así las cosas, debemos pensar cuál es el nexo que pueden tener estas libertades con los derechos fundamentales, y de esta manera ofrecer alguna mejora al modo en que se aplica el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública en Chile.

Si pensamos en derechos fundamentales, debemos primero tener una definición. A este respecto, el profesor Pablo Marshall, provisionalmente nos entrega la siguiente: “*El difundido concepto de derechos fundamentales podría referirse, si se atiende al sentido calificativo de la voz «fundamental», a cierto grupo de derechos sin los cuales la existencia de un orden estatal sería ilegítima. Sería un conjunto de derechos de los cuales pendería la legitimación del orden jurídico-estatal*”<sup>119</sup>. De este conjunto de derechos que legitiman un orden jurídico-estatal, nosotros a lo largo de nuestra investigación hemos estudiado en particular cómo están consagrados constitucionalmente el derecho de desplazamiento y el derecho de reunión (arts. 19 N°7 y 13 CPR 1980). Estudiamos también cómo estos derechos pueden ser restringidos, haciendo hincapié en que para el caso del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, solamente pueden ser restringidos, y que resultaba un tanto exagerado el que Fuerzas Armadas portaran, dentro sus armas de servicio, equipamiento de guerra a la hora de realizar labores de fiscalización de las medidas sanitarias. A continuación, nos queda hacer un recorrido un tanto teórico-complementario, y junto con ello, transitar por aspectos doctrinales acerca de todos aquellos elementos que durante las primera páginas de esta investigación, hemos dejado a cargo del lector. Abordaremos en lo sucesivo la opinión de destacados especialistas en la materia, principalmente respecto de las restricciones a garantías fundamentales, clasificaciones, teorías, contenido esencial, su posible renuncia, y su interpretación.

---

modificó el artículo 131 de la Constitución Política de la República de Chile y modificó la disposición cuadragésima cuarta transitoria; Ley 21.324 del 07 de abril de 2021, que incorpora la disposición transitoria cuadragésima novena.

<sup>116</sup> Alexy, R. (2004): Epílogo a la *teoría de los derechos fundamentales*, trad. C. Bernal Pulido, CEPC, Madrid, p.93.

<sup>117</sup> Alexy, R. (2012): *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. C. Bernal Pulido, CEPC, Madrid, p.186.

<sup>118</sup> Squella, Agustín (2017): *Libertad*, UV, Valparaíso, p.11.

<sup>119</sup> Marshall, Pablo (2017a): “Clasificación de los derechos fundamentales”. En: Contreras, P., Salgado, C. (2017): *Manual sobre derechos fundamentales*, LOM, Chile, p.97.

Como primera referencia, daremos un recorrido sobre la opinión de Robert Alexy acerca de las restricciones a los derechos fundamentales. A este respecto, el autor alemán sostiene que: “*Lo que puede restringirse son los bienes protegidos por los derechos fundamentales (las libertades/ las situaciones/ las posiciones de derecho ordinario) y las posiciones prima facie conferidas por principios de derecho fundamental*”<sup>120</sup>. Siguiendo el razonamiento del jurista alemán, lo que ocurriría en nuestro caso chileno es que no es que los derechos fundamentales garantizados en la Constitución Política de la República de Chile sean restringidos como tales, sino que más bien son los bienes jurídicos protegidos por estos mismo, esto es, las libertades y sus características conferidas por los principios de derecho fundamental.

Cabe ahora preguntarnos cuál sería un requisito para que estas normas puedan ser efectivamente una restricción para un derecho fundamental. Ante esto, Alexy nos señala que para que eso ocurra es menester que esta norma sea de rango constitucional y no a la inversa: “*Una norma puede ser una restricción de derecho fundamental sólo si es constitucional. Si no lo es, su creación puede tener el carácter de una intervención pero no de una restricción. De esta manera, puede ya determinarse una primera propiedad: las normas pueden ser restricciones a los derechos fundamentales, sólo si son constitucionales*”<sup>121</sup>. Adicionalmente a esto, el jurista alemán comenta, que adicionalmente a lo anterior, hay una posibilidad de que una norma de rango inferior pueda restringir una un derecho fundamental de rango constitucional, pero que esta debe ser autorizada o remitida originalmente desde la primera:

*Los derechos fundamentales, en tanto derechos de rango constitucional, pueden ser restringidos sólo mediante, o sobre la base de, normas con rango constitucional. Por ello, las restricciones de derechos fundamentales son siempre o bien normas de rango constitucional o normas de rango inferior al de la Constitución, que normas de rango constitucional autorizan a imponer restricciones.*<sup>122</sup>

¿Cómo podemos aplicar esto a nuestro ordenamiento jurídico? La reflexión de Robert Alexy la podemos ver materializada en el Decreto N° 4 de 2020 del Ministerio de Salud que declaró la Alerta Sanitaria en nuestro país. En dicha declaración, que tiene de base la figura de un Decreto y no de una Ley, podemos ver una serie de medidas que básicamente constituyen una restricción a los derechos fundamentales de desplazamiento y reunión, fundamentándose en la urgencia de controlar y evitar la propagación de la pandemia por Coronavirus. Otro ejemplo, que va de la mano con lo anterior, puede ser el artículo 155 inciso primero del Código Sanitario que autoriza a las autoridades sanitarias, con motivo de fiscalización, el poder vulnerar el derecho fundamental de inviolabilidad del hogar, aspecto ya desarrollado en nuestra investigación, pero que sirve aquí como modo de aplicación de la reflexión del jurista alemán. Es en este sentido que Alexy señala línea más abajo que: “*Las restricciones de rango constitucional son directamente constitucionales; las restricciones de rango inferior a la Constitución, indirectamente constitucionales*”<sup>123</sup>.

En este sentido, para Robert Alexy hay restricciones directamente constitucionales, por ejemplo, en nuestra Carta Fundamental, la que dispone el artículo 43 inciso tercero de la Constitución al señalar que durante el estado de catástrofe se restringirán las libertades de reunión y desplazamiento. Y luego tenemos la indirectamente constitucionales que coincide con el ejemplo

---

<sup>120</sup> Alexy, R. (2012): *Op. Cit.*, p.243.

<sup>121</sup> *Ibíd.*, p.244.

<sup>122</sup> *Ibíd.*, p. 249.

<sup>123</sup> *Ibíd.*

de las medidas sanitarias tomadas en virtud de un Decreto N° 4 de 2020 del Ministerio de Salud. Dicho así, las restricciones indirectas constitucionales son definidas por Alexy como:

*Aquellas cuya imposición está autorizada por la Constitución. La competencia para imponer restricciones indirectamente constitucionales se expresa de manera clarísima en las cláusulas de reserva explícitas. Las cláusulas de reserva explícitas son aquellas disposiciones de derecho fundamental, o partes de disposiciones de derecho fundamental, que autorizan expresamente llevar a cabo intervenciones, restricciones o limitaciones.<sup>124</sup>*

En otras palabras, la materialización de estas normas de restricción indirecta constitucional, la podemos encontrar en el ya extensamente analizado artículo 44 de la Carta Fundamental chilena, específicamente en la remisión a que una Ley Orgánica Constitucional regulará los estados de excepción y la aplicación de sus medidas en nuestro ordenamiento jurídico, esta ley es la LOC 18.415, cuya historia ya hemos mencionado al inicio de nuestra investigación. Respecto a la admisibilidad de una restricción de derechos fundamentales, Robert Alexy sostiene que corresponderá en caso que tenga un mayor peso que el principio de derecho fundamental mismo:

*“Una restricción a los derechos fundamentales sólo es admisible si en el caso concreto a los principios contrapuestos les corresponde en peso mayor que aquél que corresponde al principio de derecho fundamental. Por ello, se puede decir que los derechos fundamentales, en sí mismos, son restricciones a sus restricciones y a la posibilidad de restringirlos”<sup>125</sup>*

Esto llevado a la práctica, nos da la señal de que para que un derecho fundamental pueda ser restringido será necesario que el bien protegido sea en cierto sentido superior al que protege dicha garantía fundamental. Esto quiere decir que, si en el caso de la restricción de la libertad de reunión y desplazamiento, dejamos en una balanza el restringirlas temporalmente por el bien del bien jurídico vida de todo un territorio al cual se declara el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, siguiendo el razonamiento de Robert Alexy, estaríamos en lo correcto al tolerar que estos derechos fundamentales se vieran restringidos temporalmente, siguiendo todos los lineamientos y requisitos que establece la Constitución.

## **1.1 Derechos fundamentales en la Constitución chilena : concepto y clasificación.**

### **1.1.1 Concepto**

Pablo Marshall define a los derechos fundamentales como *“cierto grupo de derechos sin los cuales la existencia de un orden estatal sería ilegítima. Sería un conjunto de derechos de los cuales pendería la legitimación del orden jurídico-estatal”<sup>126</sup>*. Si bien, esta definición la habíamos entregado como una un tanto provisoria, consideramos que es necesario reiterarla como punto de partida en este apartado para luego continuar con su clasificación y teorías. Marshall sostiene que atendiendo al contenido de las disposiciones de la Carta Fundamental podemos hacer una serie de clasificaciones de los derechos fundamentales<sup>127</sup>.

---

<sup>124</sup> *Ibíd.*, p.253.

<sup>125</sup> *Ibíd.*, p.257.

<sup>126</sup> Marshall, Pablo (2017a): “Clasificación de los derechos fundamentales”. En: Contreras, P., Salgado, C. (2017): *Manual sobre derechos fundamentales*, LOM, Chile, p.97.

<sup>127</sup> *Cf. Ibíd.*, p.99.

### 1.1.2 Clasificación: atendiendo a su titularidad.

Una primera clasificación, según Marshall, será acorde a quiénes son titulares de estos derechos fundamentales: “*La primera de ellas es la clasificación según quienes son titulares de derecho [art. 13 inc. 2º, art. 19, art. 17, art. 12, art. 22 N° 5 CADH]*”<sup>128</sup>. Siguiendo esta clasificación tenemos los siguientes derechos fundamentales:

- El ejercicio de los derechos que confiere la ciudadanía para quienes se encuentren en Chile por más de un año en relación a los hijos de padre o madre chilenos nacidos en territorio extranjero y extranjeros que posean carta de nacionalización conforme a la ley (Art. 13 inc. 2º en relación art. 10 n°2 y 3 CPR).
- El catálogo completo de derechos fundamentales del artículo 19 CPR.
- Acerca de la pérdida de la titularidad de la ciudadanía: por pérdida de nacionalidad chilena, condena a pena aflictiva, condena por delitos calificados por la ley como terroristas (art. 17 CPR)
- El derecho a recurrir en caso de verse afectado por resolución o acto administrativo que prive de la nacionalidad chilena en un plazo de treinta días ante la Corte Suprema (art. 12 CPR)
- El derecho a no ser expulsado del territorio del Estado que se es nacional ni privado a ingresar al mismo (art. 22 N°5 CADH).

Estos derechos, atendidos a su titularidad, podemos señalar que son, como todo derecho fundamental, irrenunciables y versan principalmente en la calidad que tienen en quienes recaen como titulares de ellos, esto lo podemos recoger también de lo que señala Ernesto Riffo a propósito de ellos: “*desde cualquier punto de vista que se tome en serio el carácter fundamental de ellos, la titularidad de los derechos fundamentales es irrenunciable*”<sup>129</sup>. En este aspecto, cabe precisar que el hecho que los derechos fundamentales sean irrenunciables no significa necesariamente que algunos de ellos no puedan ser restringidos o suspendidos según sea el caso. Pensemos en los casos que efectivamente la ley y la Constitución autoriza a que una persona sea privada de libertad, en el hipotético de alguna persona que sea sorprendida en flagrancia cometiendo un acto terrorista o yendo al contexto de nuestra investigación, en el caso de que una persona que se encuentra en una residencia sanitaria, a sabiendas de saber que su resultado de examen PCR es positivo, abandone el recinto de manera irregular exponiendo a la población.

### 1.1.3 Clasificación: atendiendo a su garantía jurisdiccional.

El profesor Marshall, añade como segunda categoría aquella relacionada con las garantías jurisdiccionales que la Carta Fundamental nos entrega. En este sentido, sostiene el autor, que debemos distinguir entre aquellos que quedan susceptibles de ser protegidos por acciones de protección y amparo, de aquellos que quedan excluidos de dicha tutela<sup>130</sup>. En ese orden de ideas, aquellos que quedan protegidos por las garantías que señala Marshall presentes en el artículo 20 CPR (por actos u omisiones arbitrarias o ilegales que perturben o amenacen un legítimo derecho) y 21 CPR (en caso de detención con infracción a lo que dispone la Constitución y la leyes) son los siguientes:

---

<sup>128</sup> Ibíd.

<sup>129</sup> Riffo E., Ernesto (2017d): “Renuncia de derechos fundamentales”. En: Contreras, P., Salgado, C. (2017): *Manual sobre derechos fundamentales*, LOM, Chile, p. 358.

<sup>130</sup> Ibíd.

Para el primer caso (art. 20 CPR), se aplica a los siguientes derechos fundamentales:

- Derecho a la vida e integridad física y psíquica de la persona (art. 19 N°1).
- Igualdad ante la ley (art. 19 N°2).
- Debido proceso (art. 19 N°3 inciso °5).
- Respeto a la vida privada y honra de la persona y su familia (art. 19 N°4).
- Inviolabilidad del hogar (art. 19 N°5).
- Libertad de conciencia (art. 19 N°6)
- Derecho a vivir en un medio libre de contaminación (art. 19 N°8)
- Derecho a la salud (art. 19 N°9 inciso final)
- Libertad de enseñanza (art. 19 N°11)
- Libertad de expresión (art. 19 N°12)
- Libertad de reunión (art. 19 N°13)
- Libertad de asociación (art. 19 N°15)
- Libertad de trabajo y su protección (art. 19 N°16)
- Libertad de sindicarse en la forma que señale la ley (art. 19 N°19)
- Libertad de desarrollar cualquiera actividad económica no contraria a las moral, orden público o seguridad nacional (art. 19 N°21)
- La no discriminación arbitraria en el trato que debe dar el Estado y sus organismos en materia económica (art. 19 N°22)
- Libertad de adquirir dominio de toda clase de bienes excepto aquellos comunes a todos los hombre o que pertenezcan a la Nación (art. 19 N°23)
- El derecho de propiedad (art. 19 N°24)
- Libertad de crear y difundir las artes, así como el derecho de autor sobre sus creaciones intelectuales y artísticas de cualquier especie por el tiempo que señale la ley y no inferior al de la vida del titular (art. 19 N°25).

#### **1.1.4 Clasificación: atendiendo al contenido sustancial.**

Marshall, utilizando el criterio de Alejandro Silva Bascuñán, sostiene que podemos distinguir un «contenido sustancial» distinto entre los derechos establecidos en la Carta Fundamental<sup>131</sup>. En ese orden de ideas, para el autor es posible distinguir, por ejemplo, entre:

##### Derechos

- Derecho de protección a la salud (art. 19 N°9).
- Derecho a la educación (art. 19 N°10).

##### Igualdades

- Igualdad ante la ley (art. 19 N°2).
- Igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos (art. 19 N°3).

##### Libertades

- Libertad de conciencia (art. 19 N°6).
- Libertad de expresión (art. 19 N°12).

##### Inviolabilidades

- Inviolabilidad del hogar (art. 19 N°5).

---

<sup>131</sup> *Ibíd.*, p.100.

## Seguridades

- No podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio, los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza (art. 19 N°26).

Marshall sobre esta clasificación de los derechos fundamentales sostiene que: “*Las implicancias de dicho uso lingüístico, si bien importantes para la reconstrucción dogmática de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política, en lo que se podría denominar la parte especial del derecho constitucional de los derechos fundamentales, parece no haberse desarrollado sistemáticamente*”<sup>132</sup>. El desarrollo sistemático de la parte especial de los derechos fundamentales que consagra la Carta Fundamental, será sin duda un punto de discusión dentro del trabajo del actual proceso constituyente llevado por la Convención Constitucional.

### 1.2 Teorías de los derechos fundamentales: externa, interna, mixta.

Cuando hablamos de la restricción a los derechos fundamentales, hay que distinguir entre lo que sería una como tal, una suspensión y una violación del mismo. En este sentido Constanza Delgado ofrece un lúcido recorrido por las teorías externa, interna y mixta de los derechos. En primer lugar, hay que tener presente que los derechos fundamentales no son absolutos ni ilimitados:

*La afirmación de que los derechos fundamentales no son absolutos ni ilimitados es ya un lugar común en la jurisprudencia y la doctrina. Esto implica afirmar que los derechos tienen límites, admiten restricciones y han de ser configurados y regulados legislativamente. La mayoría de las constituciones señalan, expresamente, de manera particular o general, que los derechos y libertades tienen límites y que pueden ser restringidos lícitamente.*<sup>133</sup>

Reconocer que los derechos fundamentales tengan límites, explica que estos bajo ciertos contextos, como ocurre en el caso de los estados de excepción constitucional, puedan verse restringidos, tal como ocurre en el caso del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública que restringe los derechos de desplazamiento y reunión. Así las cosas, no debemos confundir una restricción con una violación de un derecho fundamental, la primera está amparada constitucionalmente, en general regulada en nuestro ordenamiento por una Ley Orgánica Constitucional como ocurre con la LOC 18.415 que regula los estados de excepción constitucional, mientras que una violación de un derecho fundamental transgrede toda norma, pensemos en el caso en que deliberadamente un agente del Estado decida prohibir una reunión pacífica de civiles en una plaza pública en un contexto de normalidad constitucional: “*La violación de un derecho fundamental es algo muy diferente al establecimiento de ciertos límites, restricciones o regulaciones. Por eso, cuando tratamos los límites de los derechos o sus restricciones estamos tratando de decisiones autoritativas legítimas, es decir, decisiones admitidas por la Constitución*”<sup>134</sup>. En definitiva, siguiendo el razonamiento de Delgado, una restricción a un derecho fundamental será en rigor una decisión legítima tomada por la autoridad cuya soporte normativo se encuentra amparado por la Carta Fundamental.

<sup>132</sup> *Ibíd.*

<sup>133</sup> Delgado, Constanza (2017b): “Límites y restricciones a los derechos fundamentales”. En: Contreras, P., Salgado, C. (2017): *Manual sobre derechos fundamentales*, LOM, Chile, p. 207.

<sup>134</sup> *Ibíd.*

Cabe ahora preguntarnos cuál sería la justificación para que un derecho fundamental pueda ser restringido. Recordando la reflexión de Robert Alexy al respecto que “*Cuanto más intensa sea una intervención en un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de las premisas que sustentan la intervención*”<sup>135</sup>, podemos complementar con la opinión de Delgado que “*a grandes rasgos, el argumento general que justifica la existencia de restricciones es que éstas son necesarias para conciliar el ejercicio de cada derecho con el ejercicio de los derechos de los demás, con otros bienes constitucionales y con fines lícitos que pueda perseguir el Estado en pos del interés general*”<sup>136</sup>. Dicho en síntesis, esto puede encontrarse en la actual Constitución con la referencia al “*normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado*” que se menciona en el artículo 39 de la Carta Fundamental. Con todo, cabe hacer la precisión de que no todo derecho fundamental podrá ser restringido, esta es la postura ecléctica (derechos absolutos y derechos limitados) que Delgado destaca en doctrina refiriéndose al profesor Humberto Nogueira: “*hay pocos derechos en la práctica de carácter absoluto, los derechos que tienen un carácter absoluto son el no ser torturado, vale decir, sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes (artículo 19, núm. 1 de la Constitución); el de no ser sometido a esclavitud y el de no ser discriminado (artículo 19, núm. 2)*”<sup>137</sup>. El derecho a la vida y la igualdad ante la ley, a juicio de Nogueira y Delgado serán entonces aquellos casos en que un derecho fundamental tiene el carácter de absoluto, vale decir, que no puede ser restringido. Con todo, siguiendo a Robert Alexy, Delgado sostiene que podríamos encontrar otro caso de derecho fundamental absoluto haciendo el paralelo de la *Grundgesetz* con la Constitución chilena, ya que en ambas podemos encontrar en su artículo primero alusión a la dignidad humana<sup>138</sup>. Más adelante, añade Delgado que:

*Efectivamente dicha disposición de la sensación de absolutidad, al igual que como sucede en los casos de la prohibición de la tortura que consagran los tratados internacionales, la prohibición de la esclavitud (art. 19 N°2 CPR), el derecho a no auto-incriminarse respecto de un delito (art. 19 N° 7, letra f) CPR) o la libertad de expresión sin censura previa (art. 19 N° 12 CPR).*<sup>139</sup>

Esto nos lleva, siguiendo el razonamiento de Delgado, a revisar las teorías externa, interna y mixta de los derechos derechos. La teoría externa, señala la autora “*los derechos han de entenderse de la manera más amplia posible, por lo que toda ley, lícitamente, puede restringir su contenido. De esta forma, es normal que las leyes restrinjan derechos en la medida en que estos, tal como están consagrados en la Constitución, tienen un sentido amplio que no se encuentra delimitado en sus contornos*”<sup>140</sup>. Esto quiere decir que tomando el sentido amplio que puede tener una norma constitucional es razonable que en situaciones particulares estos puedan eventualmente verse restringidos, por ejemplo esto puede ocurrir en el caso de personas privadas de libertad, aquellas verán su derecho de desplazamiento del art. 19 N°7 restringido, pero no por ello se entenderá que se encuentre vulnerada esta garantía fundamental. Respecto de la teoría interna, Delgado sostiene, siguiendo a Carlos Bernal, que corresponden, pese a haber varias teorías internas, en términos comunes a “*teorías del contenido reducido de los derechos fundamentales*”<sup>141</sup>, pero que para efectos prácticos hay que hacer la precisión que para un teoría aplica la palabra restringir (teoría externa) y para la otra delimitar (teoría

<sup>135</sup> Alexy, R. (2004): Epílogo a la *teoría de los derechos fundamentales*, trad. C. Bernal Pulido, CEPC, Madrid, p.92.

<sup>136</sup> Delgado, Constanza (2017b). *Op. Cit.*, p.207.

<sup>137</sup> *Ibid.*, p.210.

<sup>138</sup> El artículo primero de la *Grundgesetz* dispone: “la dignidad de la persona es intangible”. Mientras que el artículo primero de la Carta Fundamental chilena prescribe que: “todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.

<sup>139</sup> Delgado, Constanza (2017b): *Op. Cit.*, p.210.

<sup>140</sup> *Ibid.*, p.218.

<sup>141</sup> *Ibid.*

interna), Delgado plantea, a propósito de esto, que ambas teorías pudieran ser consideradas como excluyentes entre sí:

*Ambas teorías se han planteado como teorías mutuamente excluyentes. Por supuesto, en los términos que han sido planteadas lo son. Sin embargo, no es conceptualmente necesario entender que el legislador siempre actúa, o bien restringe (según la teoría externa), o bien delimita los derechos (según la teoría interna). Dependiendo del caso, puede entenderse que el legislador hace una u otra cosa.*<sup>142</sup>

Ahora bien, respecto de la interpretación que pueda hacerse desde ambas posturas para precisar los límites legales para restringir o delimitar un derecho, Delgado sostiene que desde la teoría interna para alcanzar dichos fines se requiere interpretar la norma constitucional en cuestión, mientras que para la teoría externa lo que se realizará es seguir al principio de proporcionalidad<sup>143</sup>. El principio de proporcionalidad dice relación con el contenido esencial de los derechos fundamentales, tema ampliamente desarrollado por los constitucionalistas Jaime Bassa y Christian Viera quienes sostienen que: “*El contenido esencial será respetado cuando se justifica razonablemente en la necesidad de preservar otros bienes constitucionalmente protegidos: necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto*”<sup>144</sup>. La necesidad, adecuación y proporcionalidad en sentido estricto, son los criterios a considerar a la hora de restringir derechos fundamentales, esto siempre orientado desde la perspectiva de la teoría externa. Con todo, se hace necesario también conocer los elementos del principio de proporcionalidad, los cuales acertadamente explican los constitucionalistas antes mencionados: “*el examen de la adecuación de la limitación al bien que mediante ella se quiere proteger; el examen de la lesión del derecho para el fin pretendido, al no existir una medida menos gravosa y la proporcionalidad estricta, que trata de valorar si la lesión es proporcionada al fin que con ella se pretende*”<sup>145</sup>. Dicho en síntesis, se trataría de un examen de adecuación de la limitación, lesión del derecho pretendido y de proporcionalidad estricta, que en lugar de lo que Alexy planteaba (que la restricción represente un bien superior comparado con el derecho restringido), según esta interpretación debiera ser proporcional.

Continuando con la teoría externa, Delgado retomando ideas de Robert Alexy, considera que: “*los derechos son principios que ordenan que su objeto sea realizado en la mayor medida posible. Esta comprensión de los principios supone, a su vez, una teoría amplia del supuesto del hecho, de forma tal que, básicamente, la Constitución garantiza «un derecho prima facie a hacer y omitir lo que uno quiera*”<sup>146</sup>. Que los derechos sean principios que suponen una teoría amplia del supuesto de hecho que consagran, nuevamente nos hace llegar al razonamiento que son disposiciones generales, las cuales no necesariamente tendrán el carácter absolutos. Con todo, esto también en el constitucionalismo chileno puede ser una señal de lo que los especialistas denominan como *neoconstitucionalismo*:

*Se trata de una categoría constitucional polémica, que se ha consolidado al alero del llamado neoconstitucionalismo, proyecto constitucional caracterizado por sobrevalorar los principios constitucionales y la función de los jueces constitucionales como máximos intérpretes de la Constitución. En efecto, esta categoría ha significado una inmejorable puerta de entrada para la configuración judicial del derecho constitucional, convirtiéndose en una*

<sup>142</sup> *Ibíd.*, p.220

<sup>143</sup> *Ibíd.*, p.222.

<sup>144</sup> Bassa, J, Viera, C. (2017c): “Contenido esencial de los derechos fundamentales”. En: Contreras, P., Salgado, C. (2017): *Manual sobre derechos fundamentales*, LOM, Chile, p. 329.

<sup>145</sup> *Ibíd.*

<sup>146</sup> Delgado, Constanza (2017b): *Op. Cit.*, p.227.



*herramienta recurrente para encauzar la actividad política dentro de los límites (supuestamente) determinados por la Constitución.*<sup>147</sup>

Lo que los constitucionalistas Bassa y Viera refieren al mencionar al contenido esencial de los derechos fundamentales como un categoría constitucional polémica, viene a concordarse con la relevancia que tiene para la teoría externa que el principio de proporcionalidad sea tomado como eje principal a la hora de restringir derechos fundamentales, esta inmejorable puerta de entrada también la podemos incluso encontrar presente en la amplia gama de principios que se fijaron para los reglamentos para el trabajo de la Convención Constitucional, representa a nuestro entender una buena señal de que en lo sucesivo para una nueva Carta Fundamental, se contará con esta herramienta que evidentemente logró encauzar la multiplicidad que representa el trabajo de 154 convencionales constituyentes en el actual debate constitucional iniciado el 18 de octubre de 2021<sup>148</sup>.

Es en ese orden de ideas que Delgado también se refiere a que la teoría externa busca alcanzar un espectro más amplio de libertades, contrastando de este modo con la teoría interna ya que esta busca que los derechos no colisionen: “*si la teoría interna reducía el contenido de los derechos con el objeto de que no colisionaran, en cambio, «la teoría amplia del supuesto de hecho conduce a un aumento del número de colisiones entre derechos fundamentales»*”<sup>149</sup>.

Respecto al desarrollo sistemático que Pablo Marshall alude<sup>150</sup>, Delgado coincide en que la doctrina chilena no ha sistematizado los límites y restricciones como algo separado del análisis dogmático de cada derecho en cuestión<sup>151</sup>. En este sentido Delgado cita el trabajo que han realizado dos constitucionalistas al respecto: J.L. Ugarte y Humberto Nogueira:

*J.L. Ugarte, por ejemplo, en un trabajo titulado Los derechos en su nueva hora: la teoría externa de los derechos fundamentales, ha defendido expresamente una teoría externa de los derechos, es decir, una comprensión de los derechos como principios, que llevarían implícito el principio de proporcionalidad como modo de resolver cuándo deben ser restringidos para proteger otros bienes o derechos cuyo peso es mayor en ciertas circunstancias.*<sup>152</sup>

La cita nos permite, además de conocer la postura a favor de J.L. Ugarte por la teoría externa de los derechos fundamentales, ratificar lo mencionado por Bassa y Viera acerca de la tendencia *neoconstitucionalista* inclinada hacia una concepción de los derechos fundamentales como principios, esto en conexión con nuestro comentario, a su vez, de lo que ha ocurrido en los reglamentos de la Convención Constitucional que nos augura una tendencia neoconstitucionalista en orden a buscar entender los derechos fundamentales como principios, tomando como punto de partida el principio de proporcionalidad. Por otro lado, Delgado nos presenta también la postura de Humberto Nogueira, la cual a criterio de Delgado, correspondería a una teoría mixta:

<sup>147</sup> Bassa, J, Viera, C. (2017c): *Op. Cit.*, p. 323.

<sup>148</sup> Los documentos oficiales de los reglamentos de la Convención Constitucional se pueden revisar en el siguiente enlace: <https://www.chileconvencion.cl/documentos/normas-y-reglamentos/>

<sup>149</sup> Delgado, Constanza (2017b): *Op. Cit.*, p.227.

<sup>150</sup> Marshall, Pablo (2017a). “Clasificación de los derechos fundamentales”. En: Contreras, P., Salgado, C. (2017): *Manual sobre derechos fundamentales*, LOM, Chile, p.100.

<sup>151</sup> Delgado, Constanza (2017b): *Op. Cit.*, p.231.

<sup>152</sup> *Ibíd.*

*“Aunque no lo señala expresamente, es posible entender que Nogueira tiene una comprensión de los límites y restricciones de carácter mixto. Por una parte, reconoce que, desde la perspectiva de la teoría interna, la Constitución «habilita al legislador para regular los derechos, ya sea configurándolos o estableciendo sus contornos o fronteras, como asimismo, estableciendo limitaciones o restricciones a los atributos o facultades aseguradas por las normas constitucionales, que constituye la regla de nuestro orden constitucional»”<sup>153</sup>*

Una teoría mixta de los derechos fundamentales, siguiendo el razonamiento de Delgado al citar a Nogueira, nos llevará a, por una parte, considerar que los derechos pueden ser delimitados en orden a que no haya una colisión entre ellos (teoría interna), pero a su vez, que también podamos eventualmente restringir estos derechos constitucionales, tomando en cuenta siempre el principio de proporcionalidad al modo en que hemos comentado anteriormente a propósito de lo reflexionado por Bassa y Viera, esto es, como una proporcionalidad entre el derecho fundamental a restringir y la necesidad de que este así lo sea, y, por otra parte, la reflexión de Robert Alexy ya citada, acerca de que la necesidad de restringir una garantía fundamental debe tener como base que el bien jurídico a proteger sea mayor que el consagrado en la garantía constitucional, como ocurre en el caso de restringir la libertad de desplazamiento en un contexto de estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública por SARS-CoV-2.

Todo esto, nos lleva a analizar finalmente cómo se regulan las restricciones a los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico. Para esto Delgado, nos indica que *“estas restricciones están establecidas directamente en la Constitución en su contenido sustantivo. Se trata entonces de restricciones de rango constitucional”*<sup>154</sup>. Con todo, debemos hacer la precisión que tanto para Delgado como en nuestra opinión, la actual Constitución chilena respecto de los derechos fundamentales que contiene, podemos adherir finalmente a una teoría mixta de ellos, esto es, que hay partes del cuerpo normativo que si se centran en delimitar ciertos aspectos y otros que refieren a la eventual restricción de algunos derechos fundamentales considerando siempre el contexto y la proporcionalidad propia de la teoría externa.

### **1.3 Delimitaciones, restricciones de derechos fundamentales y su mixtura.**

En ese orden de ideas, para Delgado, las cláusulas delimitadoras que aparecen con frecuencia en la Carta Fundamental, pueden identificarse con los estándares jurídicos que establece el derecho en general, es decir: *“La cláusulas delimitadoras que aparecen reiteradamente en la Constitución son: la moral, las buenas costumbres, el orden público, la seguridad nacional y la seguridad del Estado”*<sup>155</sup>. Respecto de estas cláusulas delimitadoras, Delgado hace hincapié en que estas aparezcan en los casos de las libertades que garantiza la Constitución en el catálogo de derechos fundamentales: *“dichas cláusulas aparecen en derechos como la libertad de conciencia (artículo 19 N°6), libertad de enseñanza (artículo 19 N°11), libertad de asociación (artículo 19 N°15) y la libertad económica (artículo 19 N°21)”*<sup>156</sup>. Más aún, resulta llamativo que dentro de una garantía constitucional como lo es la libertad de reunión del artículo 19 N°13 de la Constitución, también encontremos una delimitación en un derecho que se entiende, en teoría, ilimitado: *“esta disposición puede ser entendida como contenedora de una restricción directamente constitucional frente un derecho a reunión, en principio ilimitado, o bien como una restricción delimitadora, que al igual que en los casos anteriores, fija los contornos del contenido del derecho a reunión que la*

---

<sup>153</sup> *Ibíd.*, p.233.

<sup>154</sup> *Ibíd.*, p.235.

<sup>155</sup> *Ibíd.*

<sup>156</sup> *Ibíd.*

*Constitución va a proteger*<sup>157</sup>. Este último, puede ser también un ejemplo de una norma de derecho fundamental propia de una teoría mixta, ya que como podemos apreciar, por un lado puede ser restringida para las situaciones de excepcionalidad constitucional, siguiendo todos los elementos ya mencionados del principio de proporcionalidad (teoría externa), y a su vez, en la misma norma nos encontramos con una cláusula delimitadora (teoría interna), que busca evitar la colisión de derechos, anticipando un conflicto eventual superior, delimitando que la libertad de reunión será garantizada por la Constitución siempre y cuando sea de forma pacífica y sin armas.

#### 1.4 Suspensión de derechos fundamentales.

Por otro lado, como ya hemos mencionado a lo largo de estas páginas, los derechos fundamentales que garantiza la Constitución no solo pueden verse delimitados y restringidos, sino también en casos muy puntuales verse suspendidos, tal como ocurre en los casos de privación de derechos y libertad. En esto Delgado es muy claro y menciona ejemplos en que las garantías fundamentales pueden verse suspendidas en nuestra Carta Fundamental:

*“La Constitución también establece casos de privación (temporal o absoluta) de derechos [artículos 16 y 17 (suspensión de derecho a sufragio y pérdida de ciudadanía), artículo 19 N° 7, letra g) (privación de propiedad sin indemnización en caso de asociaciones ilícitas [confiscación], artículo 19 N°15, inciso 6° (privación de derecho a asociación y optar a cargos públicos de elección popular por hechos que motiven la declaración de inconstitucionalidad de partidos o movimientos)”*<sup>158</sup>

En este contexto, surgen como medidas sancionatorias la suspensión de ciertos derechos que garantiza la Constitución, tenemos el caso de la suspensión del derecho a sufragio y pérdida de la ciudadanía de los artículos 16 y 17 de la Constitución, la privación de la propiedad no indemnizable en casos de asociación ilícita del artículo 19 N°7 letra g) y la privación al derecho a optar a cargos públicos, relacionado esto último con la declaración de inconstitucionalidad de partidos o movimientos.

#### 1.5 Restricciones indirectamente constitucionales

Además, señala Delgado, tenemos las restricciones indirectamente constitucionales, que son aquellas que establece el legislador, pero que no necesariamente están en la Constitución misma: *“Lo que se denomina restricciones «indirectamente constitucionales» son las restricciones que establece el legislador, no la Constitución, que lo que hace en este caso es habilitar al legislador para que lo haga”*<sup>159</sup>. Esto es lo que conocemos como la remisión normativa que la Constitución hace, por ejemplo, en el caso de los estados de excepción constitucional, en su artículo 44, a la LOC 18.415, normativa que regula el modo en que se llevan a cabo estos estados excepcionales: *“por la vía de establecer cláusulas que autorizan expresamente a la ley a delimitar, restringir, configurar y regular el respectivo derecho. Tanto la forma en que la Constitución establece la habilitación constitucional a la ley como el margen y límites que le entrega a ésta varían respecto de cada derecho, en tres sentidos distintos”*<sup>160</sup>. A su vez, tal como señala Delgado, esta remisión normativa lo que hace es habilitar a una ley para delimitar, restringir, configurar y regular el respectivo derecho fundamental en cuestión. Así las cosas, en el caso de la LOC 18.415, lo que hace la Carta Fundamental con esta restricción indirectamente constitucional será a fin de

---

<sup>157</sup> *Ibíd.*, p.237.

<sup>158</sup> *Ibíd.*, p.238.

<sup>159</sup> *Ibíd.*

<sup>160</sup> *Ibíd.*

cuentas habilitar por vía de ley que estas materias puedan verse reguladas por una norma externa a la Constitución, que en el caso analizado sería una Ley Orgánica Constitucional.

### 1.6 Habilidad al legislador para delimitar derechos fundamentales.

Dentro de esta habilitación que puede entregar la Constitución, podemos aplicar del mismo modo los criterios antes desarrollados, esto es, para delimitar, restringir, regular o configurar derechos fundamentales. Para el primer caso, dentro de la teoría interna, esto es para su delimitación, lo que podemos encontrar son la habilitación para la Ley para delimitar ciertos estándares jurídicos:

*“En estos casos la Constitución llama al legislador para que, atendiendo las circunstancias determina los límites del respectivo derecho (art. 19 N°12 [llama a la ley para que establezca los delitos y abusos que se cometan el ejercicio de la libertad de expresión], art. 19 N°16 (ninguna clase de trabajo puede ser prohibida salvo que se oponga a la moral, seguridad o salubridad públicas o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así, art-19 N°23 [llama a la ley a declarar los bienes que deban pertenecer a la nación toda], art. 19 N°24 [habilita al legislador para limitar el dominio, en virtud de la función social de la propiedad])”<sup>161</sup>*

Estos casos serían particularmente, como indica Delgado, en el caso de la libertad de expresión del artículo 19 N°12, respecto de la no prohibición de ningún tipo de trabajo del artículo 19 N°16, respecto de los bienes que se consideran comunes a todos del artículo 19 N°23 y la habilitación del legislador para limitar el dominio (expropiación) en caso de que haya una función social de la propiedad (artículo 19 N°24).

### 1.7 Habilidad entregada al legislador para restringir un derecho fundamental.

Luego, tenemos los casos en que hay habilitación al legislador para restringir un derecho fundamental o libertad, en la cual, señala Delgado, será: *“dependiendo del caso, la competencia material del legislador para hacerlo [arts. 19 n°1 inciso 3°, 19 n°5, 19 n°7 b), c), d), e), 19°16, 19°23, 19°24]”<sup>162</sup>*. Normas que corresponderían a:

- Derecho a la vida (art. 19 N°1 inciso 3°).
- Inviolabilidad del hogar (art. 19 N°5).
- Derecho a no ser privado de libertad ni restringido sino en los casos que la ley indica (art. 19 N°7 b)).
- Derecho a no ser arrestado o detenido sino por orden de funcionario público facultado por ley. (art. 19 N°7 c)).
- Derecho a no ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en el hogar o lugar destinado a este objeto (art. 19 N°7 d)).
- Derecho al imputado salvo que el juez acorde a la ley establezca la prisión preventiva de este (art. 19 N°7 e)).
- Derecho a la libertad de trabajo y su protección (art. 19 N°16).
- Libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes salvo lo que se consideran por ley como comunes a todas las personas (art. 19 N°23).
- El derecho de propiedad en sus diversas especies salvo que la ley establezca por utilidad pública lo contrario (art. 19 N°24).

<sup>161</sup> *Ibíd.*, p.239.

<sup>162</sup> *Ibíd.*, p.240.

### 1.8 Habilitación al legislador para establecer bases institucionales y reglas para el ejercicio de un determinado derecho.

Luego, señala Delgado, están los casos en que la Ley otorga la habilitación para establecer bases institucionales y reglas para el ejercicio de un determinado derecho: “*Se trata de casos en que la Constitución le entrega al legislador, expresamente, un margen configurador amplio. Paradigmáticamente, este es el caso de los derechos sociales, pero no es el único caso, como se verá [19nº9, 19nº10, 19nº11, nº15, nº18, nº19, nº24]*”<sup>163</sup>. Estos son:

- Derecho de protección a la salud (art. 19 Nº9).
- Derecho a la educación (art. 19 Nº10).
- La libertad de enseñanza (art. 19 Nº11).
- Derecho a asociarse sin permiso previo (art. 19 Nº15).
- Derecho a la seguridad social (art. 19 Nº18).
- Derecho a sindicarse en las formas que prescribe la ley (art. 19 Nº19).
- El derecho de propiedad en sus diversas especies salvo que la ley establezca por utilidad pública lo contrario (art. 19 Nº24).

### 1.9 Libertades de amplio contenido.

En estos casos, señala Delgado, la Constitución autoriza al legislador para regular la forma en que se ejercerían estos derechos fundamentales<sup>164</sup>: “*a diferencia de los casos de configuración, en que el margen para el legislador es mucho más amplio, los casos de regulación se encuentran mucho más delimitados, en la medida en que el legislador solo puede establecer modalidades en ejercicio de esas libertades (19nº6, nº7 libertad ambulatoria, nº12, nº13 libertad de reunión, nº16)*”<sup>165</sup>. Estas libertades son:

- Libertad de conciencia (art. 19 Nº6).
- Libertad de desplazamiento (art. 19 Nº7).
- Libertad de expresión (art. 19 Nº12).
- Libertad de reunión (art. 19 Nº13).
- Libertad de trabajo y su protección (art. 19 Nº16).

Como podemos apreciar, dentro de las libertades que se consideran, encontraremos las que suscitan nuestra investigación (libertad de reunión y de desplazamiento). Lo interesante aquí, es que no se trata de una habilitación al legislador para restringir estas libertades sino más bien para regularlas, aunque en el caso de las libertades investigadas, eventualmente podríamos decir que si por la LOC 18.415, el legislador puede restringir ambas libertades. Sin embargo, esto será una remisión a lo que ya ha establecido la Carta Fundamental y en realidad a lo que se ciñe esta ley es para la regulación para el ejercicio de estas restricciones, no es una ley que restrinja per se estas libertades.

### 1.10 Cláusulas tácitas.

Además, señala Delgado, hay también cláusulas tácitas cuya motivación es que: “*todos los derechos pueden ser restringidos con el objeto de conciliarlos con los demás derechos y bienes jurídico-constitucionales establecidos en la Constitución*”<sup>166</sup>. Esta sería una suerte de habilitación implícita entregada al

---

<sup>163</sup> Ibíd.

<sup>164</sup> Ibíd., p.242.

<sup>165</sup> Ibíd.

<sup>166</sup> Ibíd.

legislador, pero que no necesariamente será para regular el ejercicio de estos derechos: *“debe entenderse que existe una habilitación implícita al legislador no sólo para que concilie el ejercicio de cada uno de los derechos constitucionales sino que también para que los configure institucionalmente”*<sup>167</sup>. De lo que se puede concluir que hay ciertas materias que poseen reserva de ley, esto es que solo podrán ser reguladas por ellas. En este sentido es que Delgado señala que el primer límite a las restricciones sería competencial: *“el primer límite a las restricciones es competencial: sólo el legislador, a través de la ley, puede configurar, restringir y regular el ejercicio de los derechos. La idea, entonces, de reserva de ley es precisamente esa, a saber, que la regulación, restricción y configuración de los derechos queda entregada o «reservada» exclusivamente a la ley”*<sup>168</sup>

### **1.11 Reserva legal para la regulación, restricción y configuración de derechos fundamentales.**

Finalmente, queda por señalar que para ciertas materias, tal como señala Delgado, hay una reserva legal, que en materia de derechos fundamentales, sirve como garante para que estos derechos no queden en las manos de facultades discrecionales, que eventualmente pueden no resultar ser las más justas. De allí que Delgado, sostenga sobre la reserva legal, que es una de las más importantes garantías de los derechos: *“lo es porque la ley es la forma más esencial de expresión institucional del pueblo en un sistema democrático de carácter representativo. La reserva de ley, como principio de configuración institucional, está en el origen del constitucionalismo moderno y se vincula con un principio capital para el derecho: el principio de soberanía popular”*<sup>169</sup>

---

<sup>167</sup> *Ibíd.*, p.243.

<sup>168</sup> *Ibíd.*, p.251.

<sup>169</sup> *Ibíd.*

## Conclusiones

Luego de realizar un extenso recorrido en torno al estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública en la Constitución Política de la República de Chile, cabe preguntarnos ¿Es el actual modo de administrar este estado de excepción el más propicio a la luz de nuestros tiempos? Evidentemente nuestra respuesta será negativa, sin embargo, es necesario antes de cerrar esta investigación, reflexionar sobre cuáles son las implicancias que trajo consigo la implementación por 18 meses de un estado de excepcionalidad constitucional, que dada la casualidad, coincidió con el inicio y posterior desarrollo del proceso constituyente chileno, que desde el 4 de julio de 2021 lleva un arduo trabajo para sacar adelante una nueva propuesta de Carta Fundamental para nuestro país.

Primero que todo, es necesario recalcar que en nuestra sociedad, el hecho que de manera intermitente se vieran restringidas nuestras libertades de desplazamiento y reunión, trajo consigo evidentemente consecuencias en nuestra salud física, y por qué no decirlo, mental. Muchas personas de todo nivel o condición social se vieron forzosamente enfrentadas a estar limitadas a solo poder salir a la vía pública en contadas ocasiones y cumpliendo una serie de requisitos y formalidades. Esto nos lleva a pensar acerca de por qué algunas sociedades pudieron enfrentar de mejor manera una crisis sanitaria de estas magnitudes, la cual hasta hoy se encuentra presente. Frente a esto, destacados filósofos y pensadores han elaborado sus teorías al respecto y estas no apuntan necesariamente al nivel socioeconómico de cada sociedad o Estado. El historiador británico Niall Ferguson en su obra *Desastre: historia y política de las catástrofes* (2021), nos invita a pensar sobre las catástrofes. El escritor británico pregunta: “¿Por qué hay sociedades y estados que ante las catástrofes reaccionan mucho mejor que otros? ¿Por qué algunos se desploman, la mayor parte de ellos resisten y otros salen fortalecidos? ¿Por qué en ocasiones es la propia política la que ocasiona el desastre?”<sup>170</sup>. De las preguntas que plantea Ferguson, podemos recoger la última interrogante y cuestionarnos el por qué al inicio de la pandemia hubo una administración tan debilitada para manejar una situación que ante la prensa internacional se veía venir con mucha fuerza hacia nuestro país. Frente a esto, tenemos que recordad que Chile se encontraba en plena crisis social. Veníamos, desde el 18 de octubre de 2019, viviendo un período de agitación social sin precedentes, en donde todo apuntaba a que se agudizaría en marzo de 2020. La llegada del Coronavirus, si bien pudo en su inicio frenar un poco la agitación social que vivía nuestro país, con el pasar del tiempo, y a consecuencias de políticas drásticas en materia sanitaria, trajo consigo otros elementos tales como el desempleo y el abuso de la especulación en materia de precios de elementos esenciales.

Esto último, nos hace tomar las palabras de Ferguson y coincidir con él en que: “una catástrofe como, por ejemplo, una pandemia no es un evento aislado. Lleva, invariablemente, a otros desastres: económico, social y político. Puede producirse, como a menudo ocurre, una reacción en cadena, una concatenación de desastres. Cuanto más interconectado está el mundo, más vemos este fenómeno”<sup>171</sup>. En nuestro país lo que agudizó las consecuencias de la pandemia fueron una concatenación de, usando las palabras de Ferguson, desastres, los cuales agudizaron una crisis que ya llevaba un poco más de 4 meses de desarrollo, por lo que, más allá de las ayudas que el Gobierno de Chile comenzó a implementar con posterioridad<sup>172</sup>, fue relevante la organización de redes descentralizadas que comenzaron a tejer redes de apoyo para salir adelante en comunidad ante situaciones tales como el desempleo,

<sup>170</sup> Ferguson, N. (2021): *Desastre. Historia política de las catástrofes*, trad. E. del Valle y M. Serrano, Nomos, Bogotá, p. 25.

<sup>171</sup> Ferguson, N. (2021): *Op. Cit*, p. 26.

<sup>172</sup> Campañas como “alimentos para Chile”, bono de Ingreso Familiar de Emergencia, entre otras medidas.

proliferando una serie de emprendimientos, que por el contexto de crisis sanitaria, se hicieron cada vez más necesarios<sup>173</sup>. Esto, en cierto sentido puede coincidir también con lo que plantea Ferguson ya que para el autor británico: “*en una situación de catástrofe, es posible que el comportamiento de la gente corriente, al margen de que esté organizada en redes descentralizadas o se trate de una multitud acéfala, cobre más importancia que las decisiones de un líder o que las órdenes de un gobierno*”<sup>174</sup>. Toda aquella organización descentralizada es también vista desde el prisma de una forma de escapar a lo que Foucault entendía por panoptismo, esto es, aquel modo centralizado en que, a la manera en que en una cárcel hay un punto en que se puede observar todo lo que ocurre en la prisión, en la vida real también puede ocurrir que tras la crisis que trajo acompañada la pandemia del Coronavirus, podemos en cierto modo sentirnos también como parte de una especie de experimento en donde cada interacción con otro pasó a estar mediada por artefactos electrónicos, los cuales en la mayoría de los casos guardan un registro de nuestras actuaciones.

Es en ese orden de ideas, que el filósofo esloveno Slavoj Žižek en su obra *¡Pandemia! El Covid-19 sacude al mundo. Historia política de las catástrofes* (2020), reflexionó acerca de cuál era el alcance en nuestras vidas que trajo la llegada de esta pandemia. En primer lugar, Žižek nos trae a discusión la idea de que estaremos aislados: “*en medio de la epidemia del coronavirus, todos estamos bombardeados precisamente por llamadas a no tocar a los demás sino para aislarnos, para mantener una distancia corporal adecuada*”<sup>175</sup>. La institucionalización del aislamiento, esto es, por medio de las políticas de seguridad de cada nación para combatir el acelerado avance de contagios de Covid-19, trajo aparejado, siguiendo las palabras del filósofo esloveno, el que cada uno súbitamente tuviera que optar por hallar la mejor manera de aislarse y evitar el contacto corporal con un otro. Esto, si lo trasladamos a la precisión del lenguaje, no nos lleva necesariamente a perder contacto con el resto de la sociedad. Hoy por hoy, el avance tecnológico nos permitió, en la medida de lo posible, poder suplir la ausencia de presencialidad. Todos fuimos testigos de la revolución tecnológica que a favor de un adecuado distanciamiento físico entre personas, hizo posible una gran gama de actividades que antes nos resultaban impensables de realizar a través de una computadora, desde asistir a un Congreso internacional hasta el poder comparecer a una audiencia ante un Tribunal de Justicia chileno. Ya aterrizados en una segunda mitad de lo que ha sido el avance de la pandemia del Coronavirus, cabe preguntarnos si la supuesta ‘normalidad’ que vivíamos antes de esta crisis sanitaria sin precedentes volverá tal como la conocíamos o si debemos, al modo en que en la Historia Universal se cambió de una era a otra, asumir de plano que seremos nosotros mismos quienes como sociedad deberemos construirla. Estas son interrogantes a las que Žižek apuesta a un punto de no retorno, en el que nos veremos arrojados hacia una ‘nueva normalidad’: “*No hay vuelta a la normalidad, la nueva ‘normalidad’ tendrá que ser construida sobre las ruinas de nuestras viejas vidas, o nos encontraremos en una nueva barbarie cuyos signos ya son claramente discernibles*”<sup>176</sup>. Aquellos nuevos signos que augura el filósofo esloveno, dicen relación este nuevo paradigma que poco a poco ahora se está construyendo hacia un tránsito paulatino a una nueva normalidad.

Lo que vivimos entre marzo de 2020 hasta finales de septiembre de 2021, fue la transición de 18 meses hacia lo que aún no asimilamos como ‘nueva normalidad’, fue una suerte de periodo foucaultiano (por mucho que Žižek sea contrario a esto) en que todos nuestros movimientos

<sup>173</sup> Servicios de entrega a domicilio de alimentos y productos de primera necesidad.

<sup>174</sup> Ferguson, N. (2021): *Op. Cit*, p. 29.

<sup>175</sup> Žižek, S. (2020): *¡Pandemia! El Covid-19 sacude al mundo. Historia política de las catástrofes*, trad. D. Alou, Anagrama, Madrid, p.7.

<sup>176</sup> Žižek, S. (2020): *Op. Cit*, p.8.



podían fácilmente ser monitoreados a través de las redes de la internet o a nivel gubernamental por medio de la tramitación del permiso temporal respectivo. El pensador esloveno plantea que no debiéramos reducir la pandemia del Coronavirus a un mero panoptismo, escribe Zizek: *“Todo gira en torno a este ‘vocabulario más matizado’: las medidas necesarias para una epidemia no deben reducirse automáticamente al paradigma habitual de vigilancia y control propagado por pensadores como Foucault. Lo que temo hoy más que las medidas aplicadas por China (e Italia, etc) es que apliquen estas medidas de manera que no funcionen para contener la epidemia, mientras que las autoridades manipulen y oculten los verdaderos datos”*<sup>177</sup>. A las reflexiones de Zizek, cabe agregar que su contexto fue el de la primera mitad de 2020, aún el filósofo esloveno no sabía que vendría ni una segunda, ni una tercera ola de contagios, ni que a finales del mismo año ya tendríamos noticias de que saldría un plan de vacunación de emergencia con las fórmulas con mejor avance en reducir las probabilidades de contagios y fallecimientos por Covid-19. Con todo, lo que si pudo prever el autor esloveno, y que de nuestra parte adherimos, es que desde el brote de Coronavirus en Wuhan en adelante, muchas cosas que antes de la crisis sanitaria dábamos por cotidianas, entre ellas el salir a la calle sin mascarillas o no estar preocupados de transitar por aglomeraciones muy grandes, desde ahora en adelante tendremos que replanteárnoslas: *“El problema es que, aunque la vida vuelva a la normalidad, no será la misma normalidad que antes del brote. Las cosas a las que estábamos acostumbrados como parte de nuestra vida diaria ya no se darán por sentadas, tendremos que aprender a vivir una vida mucho más frágil con amenazas constantes. Tendremos que cambiar toda nuestra postura ante la vida, ante nuestra existencia como seres vivos entre otras formas de vida. En otras palabras, si entendemos ‘filosofía’ como el nombre de nuestra orientación básica en la vida, tendremos que experimentar una verdadera revolución filosófica”*<sup>178</sup>.

Vemos como paulatinamente, ya levantado el estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, desde fines de septiembre de 2021 en adelante fuimos recuperando nuestras libertades de desplazamiento y reunión a cambio de aceptar ser inoculados con las fórmulas más eficientes contra el Coronavirus, no sabemos a ciencia cierta la duración de la inmunidad de estas vacunas y estando en curso la campaña de inoculación de una tercera dosis, la tendencia es que esto será en lo sucesivo de manera semestral. Tal como dice Zizek, nuestras vidas se tornarán frágiles, y en términos filosóficos viviremos un auténtica revolución del pensamiento, no solo a nivel especulativo, sino también a nivel jurídico, hay muchas cosas que llegaron para quedarse y que desde la Ley 20.886 de diciembre de 2015, más conocida como Ley de tramitación electrónica, hoy con la Ley 21.394, promulgada el 30 de noviembre, que junto con la Ley 21.226 introdujeron una serie de reformas al sistema de justicia para enfrentar el escenario post levantamiento del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, en donde se conservaron algunas medidas como la de extender el período en el que se aplicarán las audiencias por vías telemáticas, como una manera transicional de encaminar el sistema de Justicia chileno hacia una, en términos de Zizek, nueva ‘normalidad’ post pandemia.

Las conclusiones que podemos desprender luego de las breves páginas que componen esta investigación, siguiendo el pensamiento de Daniel Innerarity, es en primer lugar que *“debemos pensar en términos de complejidad sistémica y transformar nuestras instituciones para gobernar los sistemas complejos y sus dinámicas, especialmente cuando nos enfrentamos a riesgos encadenados, es decir, cuando múltiples cosas pueden salir mal juntas”*<sup>179</sup>. Reflexión que llevada a nuestro análisis de las normas que regulan

---

<sup>177</sup> Zizek, S. (2020): *Op. Cit*, p.47.

<sup>178</sup> *Ibid*.

<sup>179</sup> Innerarity, D. (2020): *Pandemocracia. Una filosofía de la crisis del coronavirus*, ed. M. Cifuentes, Galaxia Gutemberg, Barcelona, p.17.

los estados de excepción constitucionales en nuestro país, consistirá en reformular el modo en que estos deben ser decretados, esto es, que sin sacrificar la celeridad de una medida que requiere practicidad en la toma de una decisión, si se vea reflejado un control posterior no tan lejano a la toma la decisión, esto es, que pueda darse como en el caso de Bolivia, que la extensión de la vigencia de tal medida ya decretada debiera ser decidida en un plazo máximo de setenta y dos horas (por ejemplo), posteriores a la misma, con una discusión de suma urgencia en el parlamento, para así tener una deliberación más amplia respecto de los elementos que hacen necesaria una duración más breve o más extensa de la medida decretada por el Ejecutivo. Lo segundo, va en relación a obtener una mayor efectividad de estas medidas, durante el paso del tiempo entre marzo 2020 y finales de septiembre de 2021, fuimos testigos de un sinfín de hechos noticiosos que daban prueba de que las medidas tomadas, si bien con un espíritu de proteger a la población en general, en la práctica se tornaron ineficientes en el sentido que, por ejemplo, se tornaba un sinsentido el tener que solicitar por el sitio web de la Comisaría virtual un permiso temporal para poder asistir a una consulta médica, y que luego al no haber servicio de transporte disponible, verse expuesto a una eventual multa por incumplimiento de las disposiciones sanitarias al no tener un permiso vigente para el retorno dada la escasa facilidad de transporte presente durante el período más duro de las cuarentenas en nuestro país. Es en ese sentido que, siguiendo el pensamiento de Innerarity debemos aspirar a un poder efectivo, entendido como una capacidad en que este mismo pueda ser distribuido y no concentrado en un solo modo de enfrentar una crisis: *“La posibilidad de decretar un estado de alarma y unificar el mando no equivale a tener el poder efectivo; en sociedades complejas, en un Estado compuesto, con toda la necesidad de coordinación y liderazgo que se deba, el poder es una capacidad distribuida”*<sup>180</sup>.

Por último, queda por señalar que en una Constitución democrática lo que está en juego, además de la eficiencia, es la legitimidad de los actos que realice un Gobierno. En este sentido, es que nuestra crítica la excesiva militarización del despliegue territorial durante un estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública en Chile, es comparable al despliegue que hubo en Europa durante la crisis migratoria con motivo de la amenaza del Estado Islámico. En nuestra opinión, un despliegue militarizado como el visto en esta pandemia en Chile, sería necesario y eficiente en contextos de lugares críticos, tales como bases de abastecimiento de alimentos, medicinas y espacios diplomáticos tales como el Congreso Nacional, el Palacio de Gobierno, entre otros. Es de allí que nuevamente recogemos el pensamiento de Innerarity al respecto: *“la supervivencia de la democracia está acondicionada a que sea capaz de actuar en los actuales entornos de complejidad, compatibilizando las expectativas de eficacia y los requerimientos de legitimidad”*<sup>181</sup>. Todo esto en el entendido que los estados de excepción constitucionales no deben suspender bajo ningún motivo a la Democracia imperante de un Estado, y que deben estos periodos entenderse como esencialmente provisionales y no prolongarse de manera tan extendida en el tiempo sin antes una valoración y adecuación de las medidas al tenor de la realidad imperante a la hora de tomar nuevamente la misma decisión, ya que, tomando nuevamente las palabras de Innerarity: *“una democracia constitucional institucionaliza la desconfianza hacia cualquier extensión de las prerrogativas del poder, desde la memoria histórica de que el poder suele estar irresistiblemente tentado a quedarse con ellas”*<sup>182</sup>.

<sup>180</sup> Innerarity, D. (2020): *Op. Cit.*, p.29.

<sup>181</sup> Innerarity, D. (2020): *Op. Cit.*, p.38.

<sup>182</sup> Innerarity, D. (2020): *Op. Cit.*, p.41.

## Referencia bibliográficas

Alexy, R. (2004): *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, trad. C. Bernal Pulido, CEPC, Madrid

Alexy, R. (2012): *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. C. Bernal Pulido, CEPC, Madrid.

Bassa, J, Viera, C. (2017c). “Contenido esencial de los derechos fundamentales”. En: Contreras, P., Salgado, C. (2017): *Manual sobre derechos fundamentales*, LOM, Chile.

Bio Bio Chile, 13 de abril, 2021. Disponible en: <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/region-de-valparaiso/2021/04/13/con-fusil-en-la-espalda-y-rodilla-en-la-cabeza-armada-explica-detencion-de-hombre-en-valparaiso.shtml>

Boletín legislativo 14230-07. Disponible en: <http://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=14558&prmTIPO=INICIATIVA>

Código Penal. Disponible en: <http://bcn.cl/2f6m7>

Código Sanitario. Disponible en: <http://bcn.cl/2kp0j>

Constitución política de la República de Chile (1833). Disponible en: <http://bcn.cl/2r08r>

Constitución política de la República de Chile (1925). Disponible en: <http://bcn.cl/2r0d8>

Constitución Política de la República de Chile (1980) . Disponible en: <http://bcn.cl/2p7gn>

Contraloría General de la República. Dictamen N° E96400 de 16.04.2021: COVID-19, Seremis de salud, facultades de fiscalización, medidas sanitarias, ingreso recintos públicos y privados. Disponible en: <https://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/E96400N21/html>

Convención americana sobre derechos humanos denominada “Pacto de San José de Costa Rica” (1969). Disponible en: <http://bcn.cl/2oaze>

Constitución de Bolivia (2009). Artículo 21 N° 4, 7. Disponible en: [https://constituteproject.org/constitution/Bolivia\\_2009.pdf?lang=es](https://constituteproject.org/constitution/Bolivia_2009.pdf?lang=es)

Constitución de España. Artículos 19 y 21. Disponible en: <https://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/detalleconstitucioncompleta/index.html#a17>

Declaración universal de los derechos humanos. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Delgado, Constanza (2017b). “Límites y restricciones a los derechos fundamentales”. En: Contreras, P., Salgado, C. (2017): *Manual sobre derechos fundamentales*, LOM, Chile

DS N° 104, 18 de marzo 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que declara el estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile. <http://bcn.cl/2f9tx>

Ferguson, N. (2021): *Desastre. Historia política de las catástrofes*, trad. E. del Valle y M. Serrano, Nomos, Bogotá.

Innerarity, D. (2020): *Pandemocracia. Una filosofía de la crisis del coronavirus*, ed. M. Cifuentes, Galaxia Gutenberg, Barcelona.

Ley N° 18.415 “Ley orgánica constitucional de los estados de excepción”. Disponible en: <http://bcn.cl/2r0il>

Ley Fundamental de la República Federal de Alemania, artículo 35. Disponible en: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>

Marshall , Pablo (2017a). “Clasificación de los derechos fundamentales”. En: Contreras, P., Salgado, C. (2017): *Manual sobre derechos fundamentales*, LOM, Chile.

Pacto internacional de derechos civiles y políticos (1966). Disponible en: <http://bcn.cl/2iz9i>

Pfeffer, E. (2002). “Estados de excepción constitucional y reforma constitucional”. En *Ius e Praxis 8 n°1*. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000100013>

Resolución Exenta N° 591, 23 de julio 2020. Disponible en: <http://bcn.cl/2rxm4>

Resolución Exenta N°217, 31 de marzo de 2020. Disponible en: <http://bcn.cl/2fa8x>

Resolución Exenta N°217, 31 de marzo de 2020. Disponible en: <http://bcn.cl/2fa8x>

Riffo E., Ernesto (2017d). “Renuncia de derechos fundamentales”. En: Contreras, P., Salgado, C. (2017): *Manual sobre derechos fundamentales*, LOM, Chile

Squella, Agustín (2017): *Libertad*, UV, Valparaíso.

Fallo Corte Suprema, Rol 125.436-2020, 25 de marzo de 2021.

Fallo Corte Suprema, Rol 125.436-2020, 25 de marzo de 2021.

Zizek, S. (2020): *¡Pandemia! El Covid-19 sacude al mundo. Historia política de las catástrofes*, trad. D. Alou, Anagrama, Madrid.