

Alvaro Tejos Canales\*

# Estados de Excepción Constitucional

*“Supongamos que en el dominio de lo moral la distinción última es la del bien y el mal; que en lo estético lo es la de lo bello y lo feo; en lo económico la de lo beneficioso o lo perjudicial, o tal vez la de lo rentable y lo no rentable. El problema es si existe alguna distinción específica, comparable a esas otras aunque, claro está, no de la misma o parecida naturaleza, independiente de ellas, autónoma y que se imponga por sí misma como criterio simple de lo político; y si existe, ¿cuál es?”.*

*“.....Al Estado, en su condición de unidad esencialmente política, le es atribución inherente el “ius belli”, esto es, la posibilidad real de, llegado el caso, determinar por propia decisión quién es el enemigo y combatirlo”.*

*(“El concepto de lo político”, Carl Schmitt)*

*“Estoy cordialmente de acuerdo con la doctrina de que “el mejor gobierno es el que no gobierna en absoluto”; y cuando los hombres se hallen preparados para ello, ese será el gobierno que se darán. En el mejor de los casos, el gobierno es apenas un expediente; pero la mayoría de los gobiernos son por lo general, y todos los gobiernos son a veces inexpedientes, una inconveniencia. Las objeciones que se hacen valer contra los gobiernos permanentes —y son muchas de peso— podrían aplicarse a un gobierno permanente. El ejército permanente no es más que un brazo del gobierno permanente. El propio gobierno, que no es otra cosa que la forma escogida por el pueblo para poner en efecto su voluntad, está igualmente expuesto a abusos y corruptelas antes que el pueblo llegue a intervenir”.*

*(“Desobediencia Civil” de Henry David Thoreau)*

\* Profesor de  
Derecho  
Constitucional,  
Universidad de  
Chile.

## I. A modo de introducción

Nuestra exposición se basa en la reforma llevada a cabo por el constituyente derivado a la carta política de 1980 en lo que dice relación con los estados de excepción constitucional regulados en sede normativa fundamental a través de los artículos 39 a 41 de aquella y que se incluyen en el párrafo del mismo nombre del capítulo IV; correspondiendo éste al estatuto político y regulatorio esencial de la función del Estado-gobierno y el desempeño que ahí corresponde a su titular y jerarca, el presidente de la república.

En el afán de orientarnos adecuadamente para el buen entendido y conocimiento de la institución que intentaremos escrutar, y suponiendo que la objetividad podría ser un valor apreciable para ese cometido, se debe atender a un cierto marco conceptual de orden teórico que explique, en la perspectiva de la razón de ser y formas de la estructuración del orden político, los quebrantos que éste puede padecer, cuestión de suyo aceptable en el devenir de las sociedades políticas; todo, debidamente incardinado en los antecedentes históricos de los cuales se hacen tributarios las teorizaciones.

Cualquiera sea la concepción previa que tengamos acerca del Estado y la sociedad política como asimismo de las diversas formas e instituciones que mediante el auxilio del derecho se han ido configurando históricamente, el decurso de la vida política de las sociedades enseña como hecho empíricamente constatable que tales sociedades, Estados y formas de organización atraviesan por crisis de diversa índole cuya repercusión política pone en juego su propia estabilidad, funcionamiento institucional, cumplimiento de fines, y, lo más grave, muchas veces su misma existencia histórica y realidad existencial como la forma que son.

O sea, la crisis, política, social e institucional, podríamos adjectivar así, implica e impone riesgos que a veces no resultan tolerables en función de la existencia y cometidos del orden político y ello se asocia a la necesidad de precaución y de adoptar medidas de fuerte contenido decisional que se hallen también, las más de las veces, fuera del curso normal o ideal del quehacer de las instituciones, desplegándose un tipo de actividad política y jurídica denominado excepcional.

*“Señores, firmemente los dioses ya enderezan la ciudad sacudida por recia tempestad”* (Palabras de Creonte en “Antígona” de Sófocles).

Incluso el mismo Aristóteles en su siempre requerida obra “La Política” exhaustivamente analiza no solo el origen y fin de la sociedad política (libro I, cap. I) y el modo de organización de la polis, cuanto las causas de la misma y el despliegue de lo que hoy llamaríamos sus diversas instituciones políticas, sociales, económicas y jurídicas, incluyendo la constitución (libro VI, caps. I y III); sino que también en apartados precisos y extensos del *libro VIII* de dicha obra pone al tapete una *Teoría general de las Revoluciones* que a su vez se especifica, entre varios tópicos, en los *Procedimientos de las Revoluciones* (cap. I), y *Causas de las diversas Revoluciones* (cap. II), a cuyo inicio propone “*estudiar de dónde nacen las discordias y trastornos políticos*”, para proseguir el estudio

refiriendo *De las causas de las Revoluciones en las Democracias* (cap. IV) y los *Medios generales de conservación y prosperidad de los Estados democráticos, aristocráticos y oligárquicos y aristocráticos* (cap. VII) y concluir en este acápite, y a manera de juicio genérico y omnipresente de validez en todos los tiempos que:

*“En todos los Estados bien constituidos, lo primero de que debe cuidarse es de no derogar ni en lo más íntimo la ley, y evitar con el más escrupuloso esmero el atentar contra ella ni en poco ni en mucho. La ilegalidad mina sordamente al Estado, al modo que los pequeños gastos muchas veces repetidos concluyen por minar las fortunas”.*

Así, pues, teorizaciones y ejemplos concretos sobran y precauciones jurídicas y discursos o proposiciones teóricas también para entender la gravedad de las materias expuestas.

## II. Marco conceptual e histórico

La historia conoce graves e importantes circunstancias políticas y proyectos institucionales para precaver de ellas. Ténganse a la vista, de modo elocuente:

- el levantamiento de los esclavos de Espartaco durante el siglo I antes de Cristo bajo la República de Roma y la convocatoria a Pompeyo y sus legiones para imponer el orden y defender el sistema;
- la instalación, justamente durante la República de Roma, de la institución del dictador para hacer frente a las graves crisis y convulsiones;
- el cruce del Rubicón por parte de Julio César y su afán de imponerle orden al senado oligárquico;
- el registro literario de las catilinarias por Cicerón para desenmascarar, denotar y combatir la conjura de Catilina en contra de la república romana (*¿Hasta cuándo, Catilina, abusarás de nuestra paciencia? ¿Por cuánto tiempo seremos todavía juguete de tu furor? ¿Cuándo pondrás fin a los manejos de tu audacia sin freno? ¿Nada te impresionan ni la guardia nocturna del Palatino, ni las rondas por las calles, ni el temor del pueblo, ni la afluencia de los hombres de bien, ni la elección para reunir el Senado de este lugar, el más fortificado de todos, ni las miradas y los rostros de los presentes? ¿No sientes descubiertos tus planes? ¿No ves como está apresada tu conjuración, y expuesta al conocimiento público?...? Oh tiempos! Oh costumbres! El senado lo sabe; el cónsul lo ve; y sin embargo éste vive. ¿Qué digo, vive? Comparece ante el senado; toma parte en el público consejo; con la vista va marcando uno por uno de entre nosotros a todos los que destina a morir. Y nosotros, hombres valerosos, creemos que cumplimos con la república si escapamos a su furia y sus puñales. Tiempo ha, Catilina, que por orden del cónsul debías haber sido enviado a morir, que debía caer sobre ti la ruina que contra nosotros maquinabas.... Vives aún, y vives, por cierto, no para abjurar, sino para fortalecer tu audacia. Quiero padres,*

*conscriptos, ser clemente; quiero en tamaños peligros para el Estado no parecer descuidado, pero yo mismo me acuso de inercia y cobardía. En Italia, a las puertas de Etruria hay un campamento en pie de guerra contra la república; día a día crece el número de los enemigos....el caudillo de los enemigos....lo vemos....maquinando cada día alguna nueva calamidad en el seno mismo de la patria.....Morirás, Catilina, cuando no pueda encontrarse nadie tan malvado, nadie tan depravado, nadie tan semejante a ti mismo que no reconozca que tu suplicio fue justo...”* (Catilinarías de Marco Tulio Cicerón, primer discurso ante el Senado);

- el concepto de la *signoria* de las ciudades italianas, que en decir de García Pelayo constituían un poder extraordinario que regía en las ciudades italianas y que se caracterizaba “ante todo por el hecho de que la totalidad del poder se concentra en una persona física”;
- el afán de Thomas Hobbes para constituir un Leviatán que salvaguarde los derechos esenciales bajo la condición paradójica de ceder varios;
- o la brevedad de la república en Inglaterra, obra de Oliver Cromwell bajo el título y justificación de ser el Lord Protector del pueblo y el reino; etc., son elocuentes y análogas circunstancias de enfrentar la crisis llegando al extremo a lo excepcional.

Ahora bien; atendamos:

Crisis, según el Diccionario de la Real Academia (DRAL), y en lo que a nosotros importa, es una “*Mutación importante en el desarrollo de otros procesos, ya de orden físico, ya históricos o espirituales*” o ya simplemente “*Situación dificultosa o complicada*”.

Y que es lo excepcional, según el mismo DRAL, lo “*que constituye excepción a la regla común*”, o sea, prosigue la RAL, “*que se aparta de lo ordinario, o que ocurre rara vez*”; vale decir, lo extraordinario, porque es una excepción; y volviendo al DRAL, en cuanto excepción “*lo que se aparta de la regla o condición general de la demás de su especie*”. Lo excepcional y su análogo lo extraordinario, a su vez, y similarmente, lo que está “*fuera del orden o regla natural o común*”.

Nuestra constitución política regula lo excepcional y refiere lo extraordinario, o sea, en lo propio de un Estado constitucional de derecho, que inserta, o mejor, encauza la actividad política por la previsión y finalidad de la norma jurídica. Por eso dice la regla de oro del derecho público proveniente de la constitución política de 1833, artículo 160, actualmente inscrita en el inciso 2do. del artículo 7, base de la institucionalidad que “*Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes*”; o bien, según el artículo 39 que “*El ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura sólo puede ser afectado en las siguientes situaciones de excepción*” con indicación taxativa y sentido finalista las hipótesis fácticas que implican poderes exorbitados.

En definitiva el gobierno de la norma jurídica, aun en la excepción.

Ello es lo propio del Estado de derecho: Con razón dicen iuspublicistas que *“Tarea del Estado continúa siendo, hoy como ayer, garantizar la seguridad interior y exterior como factores elementales del orden. Que se disponga o no de tal orden supone una condición esencial para el libre despliegue de intereses privados individuales u organizados”* (“Manual de Derecho Constitucional” de Benda, Maihofer, Vogel, Hesse y Heyde. Ediciones Jurídicas y Sociales, Marcial Pons. Madrid, 1996. Pág. 527).

En tal sentido, luego, es que también se postula por la doctrina comparada que *“El reconocimiento por parte del derecho constitucional de un núcleo de derechos constitucionales no obsta a que en determinadas circunstancias la propia constitución haya de prever su suspensión durante un tiempo, tanto de forma individual como colectiva, medidas que adquieren su justificación en la defensa de valores que han de ser también constitucionalmente defendidos”* (Derecho Constitucional de Balaguer Callejón y otros. Edict. Tecnos, Madrid, 1999. Tomo II, págs. 306 – 307).

Naturalmente, estimamos que lo dicho se aviene con la idea de lo que se denomina la *“defensa constitucional”*, vale decir, y sencillamente acotado: *“la suma de las instituciones mediante las cuales el Estado resguarda su existencia y su ordenamiento fundamental frente a peligros que lo amenazan desde dentro”*, para ello es que se propone una cierta categorización de *“las instituciones puestas al servicio de la defensa constitucional”*, éstas *“puede ser de tres clases: se distingue una defensa constitucional normativa, una ejecutiva y una jurisdiccional”*.

*“la defensa constitucional normativa está representada por todas aquellas disposiciones legales que a través de mandatos o prohibiciones han de garantizar la subsistencia del Estado y su Constitución. A esta categoría”, por ejemplo, habrían de corresponder “las provisiones penales contra intentos de sedición, o sea, especialmente las leyes penales contra la alta traición y violación de la constitución”*.

Como defensa constitucional ejecutiva se designa a la implantación inmediata de medios materiales conducentes a asegurar la subsistencia del Estado, de su Constitución y de su paz interna” (*Defensa Constitucional por medio de la jurisdicción constitucional en la República Federal Alemana de Hans Joachim Faller. Revista de Estudios Políticos N° 7. Madrid, 1979. Pág. 47*).

Prosigue la doctrina: *“Esta posibilidad se debe considerar como una situación excepcional motivada por circunstancias de tal gravedad que justifiquen las medidas de suspensión de derechos tan importantes y, puesto que estas situaciones difíciles se pueden dar en la sociedad, una forma de evitar la superación del derecho por los hechos consiste precisamente en el reconocimiento constitucional y la regulación de estas situaciones excepcionales”*.

*“Por ello, las situaciones de excepción se conceptúan siempre como situaciones transitorias, que deben abordarse desde esa misma excepcionalidad, y que deben durar el tiempo mínimo imprescindible”*.

*“La opción del constituyente por regular aquellas situaciones en las que quiebra la normalidad del funcionamiento del Estado, bien por hechos naturales o por circunstancias sociopolíticas que determinan la exigencia de medidas excepcionales, obligando a restringir el contenido de algunos derechos, es una garantía de que las situaciones de crisis quedan constitucionalmente canalizadas y de que, aun dentro de la excepcionalidad y la restricción de derechos, no pueden arbitrariamente conculcarse, ni ir más allá de las limitaciones constitucionalmente impuestas”.*

*“Dado que quedan taxativamente reguladas las situaciones excepcionales, el margen en el que el legislador puede establecer y fijar la suspensión de estos derechos está constitucionalmente acotado”.*

No parece novedoso, eso sí, en el estudio de la evolución de las instituciones jurídicas y su atendido contexto histórico y social cultural, esta posibilidad de que el Estado cuya máxima expresión de organización jurídica evolucionada es la constitución formal, deba asumir o tolerar restricciones, lo deseablemente más especificadas que se pueda (claro está), de derechos fundamentales y sus garantías; en definitiva, la razón de existir del Estado constitucional y democrático de derecho.

Así las cosas, y más allá de cual sea el sesgo ideológico del constituyente originario que configura un orden jurídico dando forma y existencia a la estatalidad y sus instituciones, siempre se ha preveído la circunstancia en cuestión de una posible restricción del ejercicio de los derechos. Máxime graves y extraordinarias circunstancias -para homologar la terminología de nuestro artículo 7 inciso segundo-, que pueden poner en riesgo la convivencia civilizada y el mismo Estado de derecho; en cuyo caso se admite la necesidad de juridizar y encauzar normativamente la dicha circunstancia extraordinaria.

Así se entiende por nuestro derecho público desde los albores de la constitución republicana; y a manera de ejemplo evocamos las siguientes regulaciones:

el *“Reglamento Constitucional Provisorio”* de 1812 a través de su artículo 26 prescribía que *“sólo se suspenderán todas estas reglas invariables en el caso de importar a la salud de la Patria amenazada; pero jamás la responsabilidad del que las altere sin grave motivo”*.

Por su parte la *“Constitución Provisoria para el Estado de Chile”* de 1818 en su artículo 5° del capítulo primero del título primero indicaba acerca de los *“derechos y deberes del hombre en sociedad”* que *“la casa y papeles de cada individuo son sagrados, y esta ley sólo podrá suspenderse en los casos urgentes en que lo acuerde el Senado”*, agregando luego el artículo 9 del mismo título y capítulo que *“no puede el Estado privar a persona alguna de la propiedad y libre uso de sus bienes, si no lo exige la defensa de la Patria, y aun en este caso, con la indispensable condición de un rateo proporcionado a las facultades de cada individuo, y nunca con tropelías e insultos”*.

En lo pertinente a estos temas prescribía el artículo 16 ubicado en el capítulo primero del título IV relativo al *“poder ejecutivo”*, que *“tendrá el Director especial cuidado de*

*extinguir las divisiones intestinas, que arruinan los Estados, y fomentar la unión que los hace impenetrables y felices”.*

De otro lado el artículo 121 de la “*Constitución Política del Estado de Chile*” de 1822, nos enseña: “*En un peligro inminente del Estado, que pida providencias muy prontas, el Poder Legislativo podrá concederle facultades extraordinarias por el tiempo que dure la necesidad, sin que por ningún motivo haya la menor prórroga*”.

Por último, el artículo 18 N° 9 de la “*Constitución Política y Permanente del Estado*” de 1823, sito en el título III “*Del Poder Ejecutivo*” relata que “*Son facultades exclusivas del Director Supremo: 9.º En un ataque exterior o conmoción interior imprevistos, puede dictar providencias hostiles o defensivas de urgencia, pero consultando inmediatamente al Senado*”.

Ya adentrados en la “*Constitución Política de la República de Chile*” de 1828 de mejorada técnica constitucional, previene el artículo 83 N° 12; “*Son atribuciones del Poder Ejecutivo: 12. En casos de ataque exterior o conmoción interior, graves e imprevistos, tomar medidas prontas de seguridad, dando cuenta inmediatamente al Congreso, o en su receso, a la Comisión Permanente, de lo ejecutado y sus motivos, estando a su resolución*”.

No menos precisa fue la “*Constitución de la República Chilena*” de 1833 cuyo artículo 161 a la letra, indicaba: “*Declarado algún punto de la República en estado de sitio, se suspende el imperio de la Constitución en el territorio comprendido en la declaración; pero durante esa suspensión, y en el caso que usase el Presidente de la República de facultades extraordinarias especiales, concedidas por el Congreso, no podrá la autoridad pública condenar por sí ni aplicar penas. Las medidas que tomare en estos casos contra las personas, no pueden exceder de un arresto o traslación a cualquier punto de la República*”.

No obstante, además regulaba el artículo 36 N° 6 que “*Son atribuciones exclusivas del Congreso: 6º Autorizar al Presidente de la República para que use facultades extraordinarias, debiendo siempre señalarse expresamente las facultades que se le conceden, y fijar un tiempo determinado a la duración de esta ley*”. Acerca de la naturaleza de este cuerpo normativo, el profesor Alcibíades Roldán nos enseña que una ley dictada de 31 de enero de 1837 autorizó al “*Presidente de la República por el tiempo que durase la guerra con el Perú para usar de todo el poder público que su prudencia hallare necesario para regir el Estado. De acuerdo con esta ley, desapareció el Congreso y el Presidente quedó ungido en dictador. Este estado de cosas se mantuvo durante dos años*” (Elementos de Derecho Constitucional de Chile de Alcibíades Roldán. Págs. 323 – 324).

### **III. Modificaciones del constituyente derivado de la carta fundamental de 1980**

En la tesitura expuesta, tales son las innovaciones incorporadas por el constituyente derivado:

Mediante la reforma constitucional se sustituyeron los artículos 39, 40 y 41 de la carta fundamental por otros artículos de la misma numeración 39, 40 y 41, agregándose a la preceptiva constitucional otros nuevos artículos 41 A, 41 B, 41 C y 41 D. Así, estos últimos de indicación literal, en una técnica constitucional al menos discutible, si no deficiente, intentan sistematizar lo que de conjunto se prevenía en el anterior artículo 41.

En cuanto a los estados de excepción constitucional (E.Exc.C.) propiamente tales, no existen cambios acerca de la denominación de los mismos, que es idéntica a la del texto anterior; a saber, estados de asamblea, sitio, emergencia y catástrofe. El artículo 39 actual, el primero del párrafo, persevera en inaugurar la regulación de estas materias con la misma indicación de las circunstancias de hecho conforme a los cuales se puede invocar la necesidad de declaratoria o instalación de los E.Exc.C.; lo que al entender de la doctrina implica también perseverar en el error de que se puedan asociar tales circunstancias de hecho de manera directa a la afección del ejercicio de los derechos que se supone; mas, éstos podrían afectarse solo con ocasión de la declaratoria de los estados de excepción propiamente tales y no con anticipación a la actuación informal de los poderes. En estricto sentido, las circunstancias de hecho previstas por el artículo 39, o sea, *“guerra interna o interna, conmoción interior, y calamidad pública, cuando afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado”* por sí solas y graves que parezcan, no habilitan una alteración de nuestro estatus jurídico constitucional de personas y ciudadanos, y dicho estatus solo puede variar, se insiste, cuando previamente se declara e instaura coherente con la gravedad política o de convulsión social la situación jurídica excepcional que deriva, justamente, de la instalación institucional de un E.Exc.C.

Y lo dicho, se reitera, porque los E.Exc.C. en primer lugar se constituyen como situaciones jurídicas, estados de iure en base a hipótesis factuales, obvio, pero normativa constitucional en definitiva.

Se pudo haber innovado en la materia para orientar hacia una regulación más idónea y que favoreciera el sentido garantístico, y al respecto pudo estimarse como ejemplos aceptables del derecho comparado, por ejemplo, lo signado en el artículo 55 apartado 1 de la constitución española en relación al artículo 116 de la misma carta que indica que los *“derechos reconocidos”* en los artículos que taxativamente se refieren por el primer artículo citado (55.1) *“podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución”*. O incluso, el modo de la constitución francesa que cuando por sus artículos 16 y 36 precisa materias análogas en relativo a la crisis, la excepción y el estado de sitio, tampoco refiere explícitamente la suspensión ipso facto o mejor, ipso iure, de los derechos y garantías o su ejercicio.

El citado artículo 16 prevé: *“Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos interna-*

*cionales estén amenazados de una manera grave e inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales esté interrumpido, el Presidente de la República tomará las medidas exigidas por tales circunstancias, previa consulta oficial con el Primer Ministro, los Presidentes de las Asambleas y el Consejo Constitucional.... Dichas medidas deberán estar inspiradas por la voluntad de asegurar a los poderes públicos constitucionales, con la menor dilación, los medios de cumplir su misión. El Consejo Constitucional será consultado a su respecto.... La Asamblea no podrá ser disuelta durante el ejercicio de poderes extraordinarios”.*

Simplemente agrega el artículo 36 que *“El estado de sitio será decretado por el Consejo de Ministros... Su prórroga después de doce días sólo podrá ser autorizada por el Parlamento”.*

Asimismo, y también de igual modo que en los textos constitucionales precedentes, los artículos 39 y siguientes no definen o conceptúan con precisión qué es un E.Exc.C. y cuál habría de entenderse como su verdadera naturaleza. Así, estos solo son denominados pudiendo configurarse una cierta aproximación conceptual a partir de los elementos que lo integran, cuestión que luego veremos.

De otro lado, el citado artículo 39 al plantear genéricamente las causales que fundan la necesidad de un E.Exc.C. en la expresión de *“situaciones de excepción”* incorpora como nueva exigencia y requisito para que tales circunstancias puedan seriamente ser consideradas en cuanto sustento de la declaratoria, el que aquellas *“afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado”*; añadido que podría estimarse superfluo porque si tal grave afección no acontece, obviamente que no existe crisis justificatoria de la excepcionalidad constitucional; salvo, claro está, que se entienda siempre con dicho requisito la reafirmación de un mayor reparo o dificultad en la decisión política y el acuerdo que deben prestar algunas instituciones para imponer la dicha excepcionalidad constitucional.

De todos modos nos parece atinente el criterio del profesor y presidente del tribunal constitucional don José Luis Cea, que con ocasión de un informe evacuado a la Comisión de Legislación y Justicia del Senado (en noviembre de 2001) manifestó que *“una afirmación de este tipo puede conducir a interpretaciones opuestas que signifiquen amplia discrecionalidad para acudir a los poderes en crisis, o bien, que nunca sea factible hacerlo por exigirse que la globalidad del sistema institucional esté afectada...”*.

De suma pertinencia nos parece el criterio ideado por Carl Schmitt en el entendimiento de lo que es la calificación soberana del estado ejecutivo de la excepcionalidad y el probable efecto cesarista.

*“El caso excepcional, el que no está previsto en el orden jurídico vigente, puede tal vez ser calificado como caso de extrema necesidad, de peligro para el Estado o de otra manera análoga, pero no se puede delimitar rigurosamente.... Ni se puede señalar con claridad cuándo un caso es de necesidad, ni cabe tampoco prevenir rigurosamente lo que en tal razón conviene si el caso es realmente extremo y se aspira a dominar la situación. El supuesto y el conte-*

*nido de la competencia son entonces necesariamente ilimitados. No se trata, por consiguiente de una competencia en el sentido que el término tiene dentro del sistema del Estado de derecho. La Constitución puede, a lo sumo, señalar quién está llamado a actuar en tal caso. Si la actuación no está sometida a control alguno ni dividida entre diferentes poderes que se limitan y equilibran recíprocamente, como ocurre en la práctica del Estado de derecho, al punto se ve quién es el soberano. Él decide si el caso propuesto es o no de necesidad y qué conviene hacer para dominar la situación. Cae, pues, fuera del orden jurídico normalmente vigente sin dejar por ello de pertenecer a él, puesto que tiene competencia para decidir si la Constitución puede ser suspendida "in toto"... Ahora bien, decidir si se puede o no eliminar el caso excepcional no es un problema jurídico" ("Teología Política" de Carl Schmitt. Capítulo I, Definición de Soberanía. Edit. Struhart, Buenos Aires. 1998. Págs. 16 – 17).*

Ahora, y no obstante la suficiencia de la norma constitucional, el constituyente derivado también innovó en lo que dice con la extensión del estatuto normativo de los E.EXC.C., estimando indispensable la regulación legislativa complementaria en la materia, regulación que de suyo solo puede encomendarse a la Ley Orgánica Constitucional (LOC) respectiva atendido el nuevo artículo 41 de la constitución. De ello, se siguen dos diferencias con el texto anterior y un subsecuente resultado, lo cual se registra en el actual artículo 41 C que refiere a este asunto antes materia del artículo 41 N° 9:

- primero, mientras en el precepto de anterior vigencia, o sea el artículo 41 N° 9, se prescribía de manera facultativa la determinación de legislar, ocupándose la fórmula verbal podrá, lo que por lo demás devino en la dictación de la LOC E.Exc.C. N° 18.575; en el actual precepto que es su correlato, o sea el ya dicho artículo 41 C, se expresa perentoria e imperativamente que una LOC *"regulará los estados de excepción"* sin que pueda haber excusa u omisión para legislar;
- segundo, cuando el legislador orgánico constitucional es convocado perentoriamente a su delicada misión, recibe un mandato que importa la atribución de una esfera u órbita de competencia, adelantemos, bastante especificada en cuanto el tipo de asuntos a resolver, pero no por ello carente de amplitud, lo cual puede trasuntar en la expansión no prevista de las atribuciones que se pueden conceder al ejecutivo.

El artículo anteriormente vigente, el 41 N° 9 establecía que *"Una ley orgánica constitucional podrá (facultativo) regular los estados de excepción constitucional y facultar al Presidente de la República para ejercer por sí o por otras autoridades las atribuciones señaladas precedentemente..."*; prescribiéndose que el núcleo esencial de la LOC solo consistía en contribuir a la regulación de *"las atribuciones señaladas precedentemente"*: Vale decir, la norma constitucional clausuraba con determinación la potestad del legislador orgánico. Sin embargo el precepto que hoy se halla vigente en la cuestión, el artículo 41 C,

previene que *“Una ley orgánica constitucional regulará los estados de excepción constitucional (así con esa generalidad y amplitud), así como (además) su declaración y la aplicación de las medidas legales y administrativas (genérico nuevamente) que procediere dictar bajo aquellos”*.

Luego, y por otra parte, añade tal artículo, que *“Dicha ley (o sea, la LOC) contemplará lo estrictamente necesario para el pronto establecimiento 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”*, lo cual resulta obvio, y al parecer más acabado en cierto perfil garantístico. El análogo anterior de esta actual disposición era el artículo 41 N° 7 inciso 2do. que aludía a los parlamentarios, jueces ordinarios, del tribunal constitucional, contralor general y miembros del tribunal calificador de elecciones como aquellos a quienes no se podía aplicar medidas de privación y restricción de libertad.

Pues bien, en el entramado de lo que se entiende o debiera entenderse por órganos constitucionales, ¿a cuáles se comprende?, ¿son tales los que modo preciso y directo, o mediato, arrancan su existencia de la norma constitucional?; por ejemplo, y en interpretación contextualizada y finalista de la carta fundamental, ¿cabría sostener la condición de órgano constitucional y subsecuente inmunidad de sus titulares al consejo nacional de televisión, el registro electoral, las fuerzas armadas, los tribunales electorales regionales, el consejo de seguridad nacional, el banco central, las intendencias y municipalidades?; entendemos que sí, pero el debate queda abierto.

Y otra cuestión por el momento; y ante la perentoriedad del actual constituyente que prescribe la dictación de una LOC, la que por lo demás, ya existe; ¿qué podría ocurrir con el deber impuesto ya cumplido? ¿Cómo entenderse la concreción del mandato?

Obviamente que en lo inmediato se exige una revisión de la actual LOC vigente y los estatutos legales acerca de materias análogas, supuesta no tan solo la real posibilidad de pugna e inconstitucionalidad sino también la exigencia de armonizar el bloque de constitucionalidad. La LOC estimamos sigue siendo idónea en su cometido, por eso mismo, en tanto no supusiere contraposición con la novel normativa constitucional; pero jamás podría el legislador orgánico omitir su deber constitucional, justamente de regular y armonizar los textos positivos; dicha omisión obviamente contravienen la letra y finalidad del texto constitucional.

En cualquier caso, siempre la LOC de que se trate deberá además sujetarse a la prevención constitucional del 19 N° 26, encauzando las restricciones exigidas al mínimo indispensable.

En todo caso, tratándose de la ley o la constitución que habilitan a actuar al ente gubernativo cabe reiterar que *“las intervenciones del Estado en la esfera que los derechos fundamentales garantizan al individuo deben en la medida de lo posible ser previsibles y anticipadamente calculables”* (Benda y otros; ob. cit., pág. 502), además;

*“La reserva de ley tiene por objeto que el ciudadano pueda prever y calcular anticipadamente en la medida de lo posible con qué reacciones del Estado a su comportamiento debe contar y de qué instrumentos jurídicos dispondrá para defenderse”* (Benda, idem).

Decíamos que no se conceptualiza o define el E.EXC.C., aunque la verdad ello nunca ha ocurrido. También se da por supuesto su necesidad y no se ha intentado suprimir dicha institución o cuestionar su existencia, que debe armonizar su encaje en el sistema político y social bajo la supraordenación del Estado constitucional de derecho; ¿mas cuáles son sus elementos esenciales que colaboran en su configuración, naturaleza y fines?

Los E.EXC.C.:

- se basan o exigen la condición previa de situaciones de hecho e hipótesis factuales, circunstancias todas que revisten gravedad real más que aparente para el desenvolvimiento del sistema político e institucional o el normal y estable desarrollo de la sociedad civil y sus circunstancias vitales en cuanto afecten campos de despliegue económico, militar, institucional, cultural, etc. Esto es, importan crisis y desajustes a la necesaria armonía social y orden buscado como ideal;
- se les denomina incluso en el derecho comparado bajo formas similares, como asamblea y sitio, e implican por su adopción e instalación especiales situaciones jurídicas, connotando una regulación de lo excepcional;
- en dicha excepción se exorbitan los poderes del Estado-gobierno, vaciándose el equilibrio de poderes y sus contrapesos para beneficio de aquél, debilitándose los poderes de resistencia jurídica, incluso política, de las personas y los ciudadanos ya que se autoriza la afección al ejercicio de algunos de sus derechos fundamentales; lo cual en nuestro ordenamiento jurídico, más exactamente por definición de la LOC, se define bajo los verbos rectores de suspender o restringir;
- por último, el sentido finalista y de legitimación social con que el gobierno pretenderá su instalación, y acorde con la misma letra de la constitución, y sin perjuicio de las propias causales de hecho que se designen como justificadoras del estado de excepción, o sea, guerra, conmoción, etc., provendrá o se sostendrá en el deber de gobierno del artículo 24 inciso 1ro., de la misión de éste de conservar el orden público y la seguridad externa según el inciso segundo; del compromiso jurídico presidencial asumido de conformidad con el artículo 27 inciso final de conservar la independencia de la Nación y guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes (la defensa de la constitución); o en los deberes que surgen de la advocación de las bases de la institucionalidad que mediante su artículo 1 inciso 4to. impone al Estado, en especial a su principal jerarca, el presidente de la república, el de servicialidad y promoción del bien

común, para lo cual debe contribuir a crear condiciones sociales de perfeccionamiento personal en el orden relacional, y a través del inciso 5to. y final, los deberes estatales de resguardar la seguridad nacional y dar protección a la población y a la familia.

*“La misión del soberano (ya sea monarca o una asamblea) consiste en el fin para el que le fue encomendado el poder soberano, es decir, el procurar la seguridad del pueblo, a lo que está obligado por la ley de la naturaleza...”* (“El Leviatán” de Thomas Hobbes. Capítulo XXX, “De la misión del representante soberano”).

*“En la comunidades políticas en que el poder legislativo y el político se encuentran en manos distintas, como ocurre en todas las monarquías moderadas y en los gobiernos constituidos, el bien de la sociedad exige que deje varias cosas al buen juicio de la persona que ejerce el poder ejecutivo”* (Ensayo sobre el Gobierno Civil” de John Locke. Capítulo XIV, “De la prerrogativa”).

Así las cosas, y en torno a la nueva reglamentación constitucional de los estados de excepción, podemos precisar que las principales características de la reforma en torno al mismo texto constitucional serían:

- la supresión de órganos constitucionales en el acto decisional para establecer el estado de excepción;
- la disminución del catálogo de derechos fundamentales objeto de algún tipo de restricción;
- la reafirmación del presidente de la república como magistratura principal en la determinación del acto decisional, y
- una consolidación del principio garantístico a partir de la posibilidad de mayor injerencia de los tribunales.

**Estado de asamblea**, artículos 40 y 41 B inciso primero.

Procede en caso de guerra exterior y para su declaración requiere del acuerdo del Congreso Nacional, órgano que debe pronunciarse dentro del plazo de cinco días desde que se le ha sometido a su consideración, debiendo pronunciarse solo si acepta o rechaza la solicitud sin que pueda introducirle modificaciones. De no emitir pronunciamiento por cualquier motivo se suple la voluntad del legislativo por la afirmación constitucional de que se aprueba la proposición presidencial.

Antes, la anuencia se requería de parte del Consejo de Seguridad Nacional.

El plazo de duración del estado no se halla determinado con precisión, tampoco ocurría antes; corresponde a un transcurso de especiales características por la situación de hecho a que se vincula. Al respecto el nuevo artículo 40 inciso final sostiene

que “*el estado de asamblea mantendrá su vigencia por el tiempo que se extienda la guerra exterior, salvo que el Presidente de la República disponga su suspensión con anterioridad*”.

La configuración de la situación de guerra externa es algo independiente de la declaratoria formal de guerra (artículo 32 N° 21) autorizada por ley (según el artículo 60 N° 15 de la carta). Un tal declaración no necesariamente implica en lo inmediato un peligro inminente de agresión.

La declaración del estado de excepción es acotada espacialmente a “*zonas afectadas*”, que son las porciones del territorio nacional que pueden estar cubiertas por dicho estado de excepción. En el anterior texto se hablaba de “*todo o parte del territorio nacional*” (artículo 40 N° 1).

Durante este estado se reduce el catálogo e intensidad de los derechos cuyo ejercicio pueden afectarse. Ahora el Presidente de la República solo puede suspender o restringir (cuya definición hace la LOC en su artículo 12) los derechos de libertad personal (19 N° 7), reunión (19 N° 13) y libertad de trabajo (19 N° 16), eliminándose la posibilidad de afectar el ejercicio del derecho a la libertad de información y de opinión (19 N° 12).

Se puede restringir el derecho de asociación (1n N° 15) pero se excluye de tal posibilidad el derecho de sindicación (19 N° 19) como ocurría anteriormente. También se elimina la imposición de la censura a la correspondencia y a las comunicaciones (19 N° 5), pero en su lugar se indica la posibilidad de interceptar, abrir o registrar documentos y toda clase de comunicaciones (19 N° 5) algo meramente simbólico e intrascendente como modificación pues ataca el mismo derecho.

Al suprimirse y desaparecer la facultad presidencial de suspender o restringir el derecho a la libertad de información y de opinión se concreta y realiza en nuestro derecho interno la prevención del artículo 4.2 en relación al 18.1 del pacto internacional de derechos políticos y civiles. Esto es, la imposibilidad bajo cualquier circunstancia, incluso en la excepcionalidad, de ser suspendidos el derecho de pensamiento, conciencia y la manifestación de ambas, pública o privadamente.

Por último cabe consignar que de todas maneras el Presidente de la República puede por sí aplicar el estado de asamblea mientras se pronuncia el Congreso, lo que no acontecía en el texto anterior que exigía recabar en todo caso el acuerdo de otro órgano constitucional, o sea, el Consejo de Seguridad Nacional.

De todas maneras y en el evento de esta hipótesis, todas las medidas del ejecutivo pueden ser impugnadas judicialmente desde ya.

**Estado de sitio**, artículos 40 y 41 B inciso segundo.

Procede “*en caso de guerra interna o grave conmoción interior*” según el nuevo artículo 40 inciso primero. Aquí se añade el calificativo “*grave*” con que se caracteriza la con-

moción interior, lo que no contemplaba el antiguo texto. Tal apreciación es eminentemente política y será el justiprecio y la ponderación del ejecutivo quien mejor lo determine. Ni la guerra interna ni la conmoción grave se hallan definidas normativamente.

Para su declaratoria el presidente de la república, al igual que en el estado de asamblea, también requiere la autorización del congreso quien debe pronunciarse dentro del término de cinco días y con los mismos efectos ante su falta de pronunciamiento, pudiendo además aplicarlo desde ya mientras espera dicha autorización, pero en tal caso solo autorizado para restringir el derecho de reunión.

Lo relevante es que mientras el Congreso no se reúna, similar al estado de asamblea, las medidas que adopte el presidente de la república pueden ser objeto de revisión judicial.

La duración máxima del estado es de 15 días, pudiendo solicitarse su prórroga. En el antiguo texto el plazo alcanzaba a 90 días, que además se podía prorrogar.

Ahora bien, a través del estado de sitio el Presidente de la República solo puede suspender o restringir un solo derecho, el de reunión (19 N° 13), cosa que también ocurría en el anterior texto, pero se elimina la posibilidad de restringir el derecho a las libertades de información y opinión (artículo 19 N° 12) como era antes.

Se elimina la facultad presidencial de “*trasladar a las personas de un punto a otro del territorio nacional*”, pero en su defecto se autoriza a restringir la libertad de locomoción (19 N° 7), por lo que cabría indagar si esta facultad se asocia directamente a la otra ya suprimida.

Además se modifica la facultad de arresto de las personas en el sentido que se autoriza aquel en la “*propia morada*” del privado de libertad y no en la “*propia casa*” como se decía antes. Nos imaginamos que el concepto morada sería más idóneo para encauzar la restricción a través de un entorno de mayor presencia familiar e intimidad que haga menos gravosa y desagradable dicha restricción.

No obstante se mantiene la autorización de arrestar a las personas en lugares que no sean cárceles ni estén destinados a la detención o prisión de reos comunes; sin embargo, ahora los lugares precisos de detención bajo tales características serán determinados por ley, cuya observancia mejora las garantías otorgando mayor certeza a la regla y concreción de la restricción del derecho. En la ausencia de ley no cabe la analogía y el arresto solo podría darse en la propia morada.

**Estado de catástrofe**, artículos 41 y 41 B inciso tercero.

Corresponde declararlo cuando se enfrenta una circunstancia de “*calamidad pública*” según el artículo 41 del nuevo texto, igual hipótesis se presentaba en el anterior, artículo 40 N° 4. Afinando el concepto en la sesión 218 de la Comisión Ortúzar se

expuso que *“hay o puede haber calamidad pública cuando, por efectos de acciones humanas, de la naturaleza o de desequilibrios económicos o ecológicos, se producen graves daños a la economía nacional o daños significativos a personas o bienes en el territorio nacional”*.

Ese estado de excepción se declara por el Presidente de la República por sí solo sin la concurrencia del alguna otra autoridad o poder estatal o constitucional, y a lo único que se obliga a aquel por la nueva norma constitucional es a “informar al congreso Nacional de las medidas adoptadas en virtud del estado” -artículo 41 incisos primero y segundo-, por lo demás reedición de la misma preceptiva correlato del antiguo artículo 41 N° 6 inciso segundo. En la misma declaratoria se debe precisar cuál es la zona afectada pues en el anterior texto podía extenderse espacialmente este estado de excepción de la zona afectada *“a cualquier otra que lo requiera como consecuencia de la calamidad”*, lo que hoy día no sería posible. También conforme al texto constitucional anterior, artículo 40 N° 3, el ejecutivo debía obtener el acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional para la declaración; obviamente que hoy no requiere esa anuencia.

Sin embargo, si se estimare un estado de catástrofe superior a un año en ese caso se debe contar con el acuerdo del Congreso Nacional y bajo la misma modalidad que los otros estados de excepción, esto es, un pronunciamiento perentorio en cinco días y sin posibilidad de modificar la proposición entendiéndose su aceptación si no se da el pronunciamiento en tiempo y forma. A su vez, el mismo congreso y después de 180 días de declarado el estado en cuestión se halla facultado para *“dejarlo sin efecto”* solo *“si las razones que la motivaron hubieran cesado en forma absoluta”* (artículo 41 inciso segundo).

Se podrá solo restringir las libertades de locomoción y de reunión, esto último al igual que en el texto antiguo; eliminándose la facultad que antes existía de restringir la circulación de personas y el transporte de mercaderías (19 Nros. 7 y 21), y las libertades de trabajo (19 N° 16) y de información y de opinión (19 N° 12). Se mantiene incólume la atribución de la autoridad presidencial de “disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al derecho de propiedad” (19 N° 24), y *“adoptar todas las medidas de carácter administrativo que sean necesarias”* pero con el agregado de la frase *“para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada”* con lo cual se impone al proceder de la autoridad una finalidad de inmediata y eficaz satisfacción de los urgentes requerimientos de la población en difícil situación.

El artículo 41 D reedita el precepto del anterior texto, artículo 41 N° 8, en cuanto a que las requisiciones y las limitaciones al derecho de propiedad que importen privación de atributos y daño sean debidamente indemnizadas.

Por último, con ciertas modificaciones semánticas se mantiene el sentido primordial de la disposición del artículo 41 N° 6, hoy incorporada en el artículo 41 inciso tercero, en cuanto a la dependencia de las zonas respectivas de catástrofe del Jefe de la Defensa Nacional que se designe. Hoy corresponde su designación al Presidente de la

República de modo directo, antes correspondía al gobierno que es un ente más amplio; a su vez se reformula su misión ya que se define como asumir la dirección y supervigilancia de su jurisdicción, especificado, con arreglo a ley, la que debe ser LOC, y que antes se exponía como asumir “*el mando con las atribuciones y deberes que la ley señale*”.

#### **Estado de emergencia, artículo 41 A.**

No se subsanó el error que proviene del anterior articulado de mantener bajo el vocablo “*emergencia*” tanto la situación de hecho que funda el estado de excepción cuanto la designación con la misma palabra del estado propiamente tal.

El fundamento de dicho estado según el actual artículo 401 A es solo “*la grave alteración del orden público*”, o el “*grave daño para la seguridad de la Nación*”, siendo esta última causal la reemplazante de la incluida en el antiguo artículo 40 N° 3 que se basaba en “*daño o peligro para la seguridad nacional, sea por causa de origen interno o externo*”. Es importante resaltar que se substituye la idea de peligro por la de grave daño como cosa cierta y real.

El estado de emergencia, idéntica situación que la del estado de catástrofe, es declarado por sí solo por el Presidente de la República según el artículo 41 A, a diferencia de lo acaecido en el texto antiguo el artículo 40 N° 3 que prescribía para su declaratoria el acuerdo de otro órgano constitucional, el Consejo de Seguridad Nacional.

No obstante, y siguiendo con la misma exigencia impuesta para el estado de catástrofe, el Presidente de la República se encuentra obligado a informar al Congreso Nacional de las medidas adoptadas en virtud del estado de emergencia, reglamentación arriba explicada.

Ahora bien, el estado de emergencia tiene una duración máxima de 15 días sin perjuicio de que pueda haber prórroga por igual período; las sucesivas prórrogas, eso sí, requerirán siempre la aprobación del congreso bajo la modalidad ya explicada y de igual tenor para todos los estados.

Relativo a la afeción del ejercicio de derechos fundamentales se mantiene a través del artículo 41 B inciso final la misma norma del artículo 41 N° 4 en cuanto se pueden únicamente restringir las libertades de locomoción (19 N° 7) y reunión (19 N° 3).

En lo relativo a la dirección de las zonas encomendada al Jefe de la Defensa Nacional designado por el Presidente de la República, nos remitimos a lo idénticamente regulado para el estado de catástrofe.

Finalmente, breves comentarios en cuanto a la garantía de los derechos fundamentales.

La primera, siempre habrá de ser la estricta sujeción del poder estatal a la norma constitucional que estatuye su forma, modo y fines de actuación, cuya mayor relevan-

cia se obtiene a partir de los artículos 5 inciso segundo en relación a los 6 y 7, debidamente armonizados con los artículos 1 y 5, la mejor garantía frente al potencial o cierto abuso y atropello del poder gubernamental.

En segundo, de entre las variadas normas que se contienen en el párrafo analizado, dos son esenciales; una, lo que previene el artículo 41 C de que *“las medidas que se adopten durante los estados de excepción no podrán, bajo ninguna circunstancia, prolongarse más allá de la vigencia de los mismos”*; norma de carácter similar a lo dispuesto en el anterior artículo 41 N° 7, pero con la evidente mejoría garantística en su actual sentido por el sentido impeditivo perentorio que denota el agregado *“bajo ninguna circunstancia”*; la otra, la ratificación en el artículo 41 D inciso segundo de las garantías de orden patrimonial, o sea el derecho a la indemnización por requisición antes consignadas en el antiguo 41 N° 8.

Por último, lo más perfeccionado de la reforma lo supone el postulado del artículo 41 D, correlato del anterior precepto artículo 41 N° 3. Dispone aquel precepto: *“Los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para decretar los estados de excepción sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 39. 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 corresponda”*.

Toda cuestión ha quedado zanjada, aunque siempre debió estimarse que así era, incluso conforme al texto original de 1980 acorde a una fundamentación finalista de la cuestión, ya que de ninguna manera, agregamos nos, se puede neutralizar la acción de los tribunales o declararlos en interdicción constitucional para salvaguarda del telos constitucional, esto es, la defensa de la dignidad de la persona, su libertad y derechos más preciados, los esenciales de su naturaleza, ocupando el vocablo constitucional.

Se suprimió la frase *“en caso alguno”*, de modo que no puede impedirse en todo caso, justamente, o cualquier circunstancia, la actuación de los tribunales, y se reafirmó con claridad que frente a la afcción de los derechos constitucionales de los sujetos siempre existe posibilidad y materialización de la tutela judicial efectiva conforme al artículo 19 N° 3, base esencial del estado de derecho.

Resulta oportuno una cita final de Benda y los otros autores alemanes, cuando aludiendo a los criterios elaborados por el tribunal constitucional alemán en la construcción de la fisonomía de un Estado material de derecho, y en un paso que se estima decisivo se afirma que el *“...Estado de Derecho también significa justicia...”* y presupone *“la expectativa del ciudadano de que le sean ahorradas intervenciones no indispensables de los poderes públicos. En consecuencia, y respecto del ejercicio de las competencias estatales que inciden en la autonomía del individuo, no basta con verificar que sean formalmente inobjectables. Habrá que plantear además cuál sea su sentido y fin, y, eventualmente, si tales regulaciones responden a consideraciones razonables o al menos defendibles. El principio de*

*proporcionalidad, es decir, la cuestión de la adecuación y exigibilidad de las medidas, resulta de la misma perspectiva” (Benda y otros, ob. cit., pág. 492).*

Repetimos con Goethe su poema: *“Alemanes, en vano esperáis ser nación; formaos para ser, en cambio, hombres libres”.*