



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Fernández González, Miguel Angel
ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y REFORMAS CONSTITUCIONALES
Ius et Praxis, vol. 8, núm. 1, 2002, pp. 199-221
Universidad de Talca
Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19780112>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

ESTADOS DE EXCEPCIÓN Y REFORMAS CONSTITUCIONALES

Miguel Angel Fernández González (*)

I. INTRODUCCIÓN

Inicio mi ponencia agradeciendo la invitación que se me ha formulado para participar en este Seminario Internacional sobre Reformas Constitucionales, especialmente, en la persona del profesor Humberto Nogueira Alcalá. Lo hago, particularmente fundado, en la esperanza de que la Constitución de 1980 alcance, definitivamente, su consolidación, primer paso hacia la institucionalización que se manifiesta en el consenso de la Sociedad Civil en torno de su Carta Fundamental¹.

Avanzaré la ponencia, en torno de los estados de excepción constitucional y las reformas pendientes a la Carta Fundamental, comparando la normativa actualmente

(*) Abogado. Magíster en Derecho Público por la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Político y Constitucional en la Universidad Católica de Chile, en la Universidad de Chile, en la Universidad de Los Andes y en la Universidad Alberto Hurtado. Miembro de la Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Email: mafernande@cb.cl

¹ Véase mi ponencia, presentada en las XXXII^{as} Jornadas Chilenas de Derecho Público, realizadas en la Universidad Católica de Valparaíso en noviembre de 2001, sobre *Origen, Legitimidad y Consolidación de la Constitución* (en prensa).

vigente en la materia con la que se ha propuesto, en el Informe Complementario² evacuado el 8 de enero de 2002, por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, para luego formular algunos criterios tendientes a evaluar la preceptiva proyectada.

II. COMPARACIÓN CRÍTICA

Contrastando el texto constitucional, en materia de estados de excepción, con la proposición formulada por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, se advierten diversas modificaciones, sustantivas y formales, a cada uno de los tres artículos -39°, 40° y 41°- que en la actualidad regulan dicha materia.

Por ende, para evaluar adecuadamente las normas proyectadas, resulta indispensable, previamente, efectuar una comparación crítica entre ambos textos.

1. Artículo 39°

Dicho artículo, en la actualidad y después de la reforma de 1989, dispone que “El ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo puede ser afectado bajo las siguientes situaciones de excepción³: guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública ”.

² Dicho Informe tuvo por objeto complementar el que ya había evacuado dicha Comisión, el 6 de noviembre de 2001, recaído en dos mociones parlamentarias, contenidas en los Boletines N° 2.526 - 07 y 2.534-07, ambos del *Diario de Sesiones del Senado*.

La única propuesta de reforma, relativa a los estados de excepción constitucional, contenida en aquellos Boletines se refería **nada más que a reemplazar el acuerdo del Consejo de Seguridad**, que hoy requiere el Presidente de la República para declarar dichos estados, salvo el de sitio, a menos que lo quiera declarar mientras se pronuncia el Congreso Nacional, simplemente por la obligación de **haber oido** a dicho Consejo.

En cambio y según consta del Informe evacuado por la Comisión el 6 de noviembre de 2001, **las normas que se analizaron por la Comisión** le fueron hechas llegar por el Presidente de la República, a través del Ministro del Interior, con el carácter de un **Documento de Trabajo** contenido en un conjunto de proposiciones sobre diversas materias, entre ellas, las relativas a los estados de excepción constitucional, quedando nuevamente en evidencia la **curiosa y particular forma en que, al interior de la Comisión, se han tramitado los dos proyectos de reforma constitucional** contenidos en los Boletines referidos.

Esto permitiría plantear la **inconstitucionalidad de las demás normas contenidas en aquel Documento relativas a los estados de excepción, pues no dicen relación con las ideas matrices del proyecto**, conforme al artículo 66° de la Constitución en relación con lo dispuesto en los artículos 2°, 24° y 25° de la **Ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional**.

Lo anterior adquiere mayor sostén cuando se lee, en el Informe de la Comisión evacuado el 6 de noviembre de 2001, que el Ministro del Interior “admitió (a propósito del Documento de Trabajo antes referido) que se trataba de un **documento provisional** que presentaba a la Comisión en el ánimo de **abrir debate acerca de los temas** de que él trata ”.

³ Sobre el sentido y alcance de dichas situaciones, léase Nogueira Alcalá, Humberto, **Dogmática Constitucional**, Editorial Universidad de Talca, Talca, 1997, pp. 311 - 316.

Pues bien, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado propone agregar un inciso 2º que diga que “Estas situaciones deben afectar gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado”.

A este respecto y para pronunciarse acertadamente acerca del mérito de dicha innovación, útil resulta transcribir la opinión del profesor José Luis Cea Egaña, contenida en el Informe evacuado por la referida Comisión el 6 de noviembre de 2001, pues no cabe sino coincidir con ella, en cuanto a que:

“... consideró que no se percibía con nitidez el alcance de la frase insertada en el artículo 39º inciso tercero, concerniente a que las situaciones de peligro afecten el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado, sin salvedad. Dijo que una afirmación de este tipo puede conducir a interpretaciones opuestas que signifiquen amplia discrecionalidad para acudir a los poderes de crisis, o bien, que nunca sea factible hacerlo por exigirse que la globalidad del sistema institucional esté afectada...”.

En esta perspectiva, tiene que ser advertido, desde luego, que el efecto o consecuencia jurídica de la declaración de un estado de excepción se encuentra circunscripto, por la Constitución, a facultar al Presidente de la República para suspender o restringir los derechos y libertades precisas, taxativas y específicamente indicadas en cada caso. De ello se sigue que tal declaración no acarrea ninguna secuela adicional, como a veces ocurre en el Derecho Comparado, v. gr., suspender la totalidad del catálogo de derechos fundamentales o alterar la competencia o atribuciones de los órganos estatales, salvo en lo preceptuado por el artículo 41º N° 3º de la Carta Fundamental, al que me referiré al finalizar esta comparación, en nexo tanto con la prohibición allí impuesta a los Tribunales como con la limitación que se relaciona con los recursos de amparo y protección.

Por lo expuesto, el inciso 2º que se propone agregar al artículo 39º no se vincula con las consecuencias o efectos que se producen al declarar un estado de excepción constitucional, sino que añade un requisito nuevo para que dicha declaración sea procedente, consistente en que la situación de excepción afecte, o sea, menoscabe, perjudique o influya desfavorablemente⁴, el normal desenvolvimiento de todas las instituciones del Estado.

⁴ **Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española**, Ed. Civitas, Madrid, 1982, p. 36.

No puede haber duda que este nuevo requisito terminará tornando ilusorio, salvo una situación francamente incontrolada -insuperable, por ende, mediante la declaración de estados de excepción-, que el mecanismo de los estados de excepción contribuya a superar la crisis o hará que jamás se revise, realmente, la concurrencia de esta nueva condición.

Carece de sentido, en otras palabras, incluir una condición prácticamente imposible, sea en su cumplimiento o en su verificación, como es la que incorporaría el nuevo inciso 2º referido. Más aún, cuando el resultado más previsible de aprobarla sea que jamás se llegue a declarar un estado de excepción, si realmente se la exige, o que su declaración sea fuertemente cuestionada y, por ende, carente de legitimidad, elemento indispensable, sobre todo tratándose de los estados de asamblea, sitio y emergencia⁵.

2. Artículo 40º

Este precepto constitucional, en la actualidad, se refiere a tres materias: En primer lugar, señala, en sus numerales 1º a 4º, cuáles son los estados de excepción, en virtud de qué situaciones se pueden declaran, cómo los declara el Presidente de la República y si, para ello, debe contar con la autorización del Congreso Nacional, como ocurre con el estado de sitio, o con la del Consejo de Seguridad Nacional, como en los demás casos; en segundo lugar, el actual artículo 40º autoriza, en su numeral 5º, para declarar dos o más estados de excepción, si concurren las situaciones del caso; y en tercer lugar, se faculta, en el numeral 6º, al Presidente de la República para poner término a los estados de excepción, en cualquier tiempo.

La reforma propuesta, en cambio, altera, por una parte, la estructura formal del artículo 40º, eliminando sus seis numerales y colocando, en su lugar, cuatro incisos; y, de otra, modifica su contenido, atendido que aquellos nuevos incisos regulan nada más que lo contenido en los numerales 1º a 4º del actual artículo 40º.

Así, en el inciso 1º se propone que el estado de asamblea⁶ proceda en caso de guerra exterior y el estado de sitio en situación de guerra interna o *grave* conmoción interior, manteniendo inalterado tanto los estados como las situaciones que, en cada caso, contempla la actual normativa, aunque agrega el calificativo de que la conmo-

⁵ Recuérdese, en este sentido, la secuela directa que tuvo la declaración de estados de excepción decretada por el Presidente de Argentina, Fernando de la Rúa, que lo llevó, en definitiva, a dimitir, dentro de las 48 horas siguientes.

⁶ Jiménez Larraín, Fernando, "El Régimen Jurídico del Estado de Asamblea" en LXVI *Revista de Derecho*, Ediciones Universidad de Concepción, Concepción, 1998, pp. 279 - 291.

ción interior debe ser grave. Añade dicho inciso que “lo declarará el Presidente de la República, con acuerdo del Congreso Nacional. La declaración deberá determinar las zonas afectadas por el estado de excepción correspondiente”.

A este respecto y dado que la proposición refunde, en un solo inciso, lo que hoy se encuentra en numerales distintos, el estado de asamblea con el de sitio, cabe preguntarse si la frase que dispone que “lo declarará el Presidente de la República, con acuerdo del Congreso Nacional”, se aplica nada más que al estado de sitio, como ocurre en la actualidad, o se extiende también al de asamblea. Esta última hipótesis es la acertada, como se confirma en los incisos 2º y 3º, en el sentido que la autorización del Congreso se requiere en relación con ambos estados de excepción.

Hállase aquí, entonces, uno de los primeros cambios importantes propuestos por la Comisión, en cuanto a que, para declarar el estado de asamblea, el Presidente de la República requerirá acuerdo del Congreso Nacional, sin perjuicio, como se verá, de facultar al Presidente de la República para declararlo inmediatamente, igual que sucede con el estado de sitio, mientras el Congreso se pronuncia.

El inciso 2º del artículo 40º propuesto por la Comisión es semejante al actual inciso 2º del numeral 2º de dicho artículo, en cuanto allí se contiene el procedimiento para que el Congreso Nacional se pronuncie acerca de la solicitud del Presidente de la República. Expresa la propuesta de la Comisión que “El Congreso Nacional, dentro del plazo de cinco días -en la actualidad es de diez días- contado desde la fecha en que el Presidente de la República someta la declaración de estado de asamblea o de sitio a su consideración, deberá pronunciarse aceptando o rechazando la proposición, sin que pueda introducirle modificaciones. Si el Congreso no se pronunciara dentro de dicho plazo, se entenderá que aprueba la proposición del Presidente”.

Salvo en lo relativo a la disminución del plazo de que dispone el Congreso Nacional y en lo ya referido respecto de que esta intervención parlamentaria se proponer extenderla para declarar el estado de asamblea, no hay cambios en la norma proyectada respecto de la actualmente vigente.

Sin embargo, no se contempla en la proposición, lo que hoy figura en el inciso 4º del numeral 2º del artículo 40º, en el cual se establece que el Congreso requiere de la mayoría de los miembros presentes para aprobar la declaración del Presidente de la República. Con todo, aquella omisión no surte efecto alguno, pues, si la Constitución nada dijera al respecto, como se proyecta, el quórum para aprobar las materias sometidas a la decisión de las Ramas del Congreso es la regla general constituida, precisamente, por la mayoría de los parlamentarios presentes al momento de la votación,

conforme al artículo 7º inciso 1º de la Ley N° 18.918 Orgánica Constitucional del Congreso Nacional⁷.

La disposición que expresa el quórum común u ordinario tiene sentido en el texto actual porque el inciso 4º, al establecer el quórum para dejar sin efecto la autorización, lo fija en la mayoría absoluta de los parlamentarios en ejercicio, por lo que era útil que, aunque fuera la regla general, se indicara expresamente también el quórum para autorizar al Presidente de la República a declarar el estado de sitio. Pero ocurre que, en la proposición, desaparece la facultad del Congreso Nacional en orden a dejar sin efecto, en cualquier tiempo, la declaración de estado de sitio, con lo cual ya no es relevante definir los quórum referidos.

En el inciso 3º de la proposición se faculta al Presidente de la República para aplicar el estado de asamblea o de sitio de inmediato mientras el Congreso se pronuncia sobre la declaración.

Encuéntrase aquí un cambio sustutivo, pues en la actualidad el Presidente de la República sólo puede declarar el estado de sitio, mientras se pronuncia el Congreso, con acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional. Con la reforma, la facultad se extiende al estado de asamblea y sin que, en el intertanto, el Jefe del Estado requiera el acuerdo de otro órgano constitucional. Esta mayor amplitud, en las atribuciones del Presidente de la República, sin embargo, se vería limitada por el Poder Constituyente Derivado, pues -si el Presidente de la República declarara de inmediato el estado de sitio- sólo quedaría autorizado, hasta el pronunciamiento favorable del Congreso, para restringir el ejercicio del derecho de reunión.

Adicionalmente, se incorpora una segunda limitación a las decisiones que el Presidente de la República adopte, durante los estados de asamblea o de sitio, en tanto no se reúna el Congreso Nacional -adviértase que no es hasta que se pronuncie el Parlamento, sino sólo hasta que se reúna-, consistente en que las medidas pueden ser objeto de revisión judicial, sin que sea aplicable, en este caso y sin excepciones, lo dispuesto en el artículo 41º D, esto es, la prohibición impuesta a los Tribunales de Justicia que les impide calificar los fundamentos o las circunstancias de hecho invocados por la autoridad para decretar los estados de sitio o de asamblea.

De esta manera, los hechos y antecedentes que hayan servido de fundamento al Presidente de la República para decretar una medida durante los estados de asamblea y sitio, pueden ser revisados por los Tribunales en relación con las decisiones que

⁷ Publicada en el *Diario Oficial* el 5 de febrero de 1990 y sus reformas.

adote el Jefe del Estado, mientras se reúne el Congreso. Debe entenderse, en fin, que la reunión del Congreso, que pone límite temporal a la situación intermedia, ocurre cuando se inicia la sesión destinada a pronunciarse acerca de la declaración de estado de asamblea o de sitio, en la Rama del Congreso que la evalúe primero.

Por último, el inciso 4º del artículo 40º que se propone por la Comisión, modifica el plazo de duración del estado de sitio, que en la actualidad es de noventa días, reduciéndolo a quince días, sin perjuicio de que el Presidente de la República, tal y como ocurre hoy, solicite su prórroga. Atendido, en fin, que ha regulado junto al estado de sitio el de asamblea, la proposición agrega que este estado mantendrá su vigencia por el tiempo que se extienda la situación de guerra exterior, salvo que el Presidente de la República disponga su suspensión con anterioridad.

A propósito de esta posibilidad que se le concede al Primer Mandatario para suspender con anterioridad el estado de asamblea, conviene tener en consideración que la atribución es, precisamente, para suspender, esto es, paralizar temporalmente la vigencia o aplicación del estado de asamblea, pero no se está facultando al Presidente de la República para ponerle término antes de que finalice la situación de guerra exterior que motivó su declaración.

Surge, entonces, la pregunta acerca de cuándo termina la situación de guerra exterior, pues podría sostenerse que ello ocurre tan pronto queda derogado el decreto supremo en virtud del cual el Presidente de la República declaró la guerra, conforme al artículo 32º N° 21º de la Constitución; o cuando el Legislador deroga la ley que autorizó al Jefe del Estado para declararla, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 60º N° 15º de la Carta Fundamental. O, en fin, la que me parece más acertada, cuando el Primer Mandatario así lo declara, con independencia de los dos eventos anteriores, pues la proposición establece que el estado de asamblea durará por el tiempo que se extienda *la situación* de guerra exterior, es decir y con claridad, la norma en germe se construye sobre la base de una situación de hecho, que debe apreciar el Jefe del Estado, tanto en su generación como en su extinción y no corresponde, simétricamente, a la finalización formal de la guerra exterior⁸.

3. Artículo 41º

En la actualidad dicho precepto se divide en nueve numerales, los cuales se

⁸ Adviértase que, en el texto constitucional hoy vigente, el estado de asamblea no tiene previsto, al igual que el de catástrofe, un plazo de duración. Empero, la Ley N° 18.415 Orgánica Constitucional de Estado de Excepción Constitucional dispone, en su artículo 8º inciso 1º, inconstitucionalmente, que dicho término será de noventa días.

ocupan de las siguientes materias: El N° 1° señala cuáles son los derechos que el Presidente de la República puede suspender o restringir en caso de estado de asamblea, el N° 2° se refiere a esa atribución, pero tratándose del estado de sitio, el N° 4°, respecto del estado de emergencia y el N° 5° en el de catástrofe; el N° 3° se ocupa de la competencia de los Tribunales, especialmente en nexo con los recursos de protección y amparo; el N° 6° señala que, en los estados de emergencia y catástrofe, las zonas respectivas quedarán bajo la dependencia del Jefe de la Defensa Nacional que designe el Gobierno y obliga al Presidente de la República a informar al Congreso de las medidas que adopte, atendido que este órgano no ha intervenido en su declaración; el N° 7° prohíbe que las medidas adoptadas durante un estado de excepción se prolonguen más allá de su vigencia y señala que dichas medidas no pueden afectar a los parlamentarios, jueces, Ministros del Tribunal Constitucional y Calificador de Elecciones y al Contralor General de la República; el N° 8° regula la indemnización con motivo de las requisiciones y limitaciones al dominio; y el N° 9° facultaba al legislador para dictar una ley orgánica constitucional en estas materias.

La proposición, desde un punto de vista meramente formal, altera completamente aquella distribución de materias, desordenándola, pues ahora aquellos asuntos se encuentran contenidos en cinco artículos, desde el artículo 41° al 41° D. Desorden que, más allá de las mejoras propuestas en relación al texto hoy vigente, no sólo es constitutiva de una deficiente técnica constituyente, sino que dificulta la interpretación y aplicación de los preceptos constitucionales.

Así, en el artículo 41° inciso 1° que se propone por la Comisión se contiene lo que, en el texto actualmente vigente, se encuentra en el artículo 40° N° 4°, relativo a que “El estado de catástrofe, en caso de calamidad pública, lo declarará el Presidente de la República, determinando la zona afectada por la misma”⁹, es decir, elimina la autorización del Consejo de Seguridad Nacional, sin reemplazarla por la de ningún otro órgano constitucional, y restringe el ámbito territorial al que puede extenderse el estado de catástrofe, pues, mientras en el texto actual la declaración puede hacerse tanto respecto de la zona afectada por la calamidad cuanto respecto de cualquiera otra que lo requiera como consecuencia de ella, en la reforma la declaración debe circunscribirse a la zona afectada.

En el mismo artículo 41° propuesto por la Comisión, se agregan dos nuevos incisos. En el primero, se obliga al Presidente de la República a informar al Congreso Nacional de las medidas adoptadas en virtud del estado de catástrofe, lo que hoy se

⁹ Véase Jiménez Larraín, Fernando “Régimen Jurídico del Estado de Catástrofe” en XVIII *Revista de Derecho*, Ediciones de la Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso, 1997, pp. 305 - 314.

encuentra en el artículo 41° N° 6° inciso 2°, pues aquel órgano constitucional no ha intervenido en su declaración.

En el segundo de aquellos nuevos incisos, se autoriza, en primer lugar, al Congreso Nacional para dejar sin efecto la declaración de estado de catástrofe una vez transcurridos ciento ochenta días desde ésta, si las razones que la motivaron han cesado en forma absoluta; en segundo lugar, se dispone que el Presidente de la República sólo puede declarar el estado de catástrofe por un período superior a un año con acuerdo del Congreso Nacional; y, en tercer lugar, se establece que el acuerdo del Congreso, en este caso, se tramitará en la forma establecida en el inciso segundo del artículo 40°.

Resulta interesante, desde luego, que el Congreso pueda, al cabo de ciento ochenta días, revisar las razones que tuvo el Presidente de la República para declarar el estado de catástrofe, llegando, incluso, a dejarlo sin efecto, cuestión que ni siquiera pueden hacer los Tribunales de Justicia. Sin embargo, cabe preguntarse acerca de la aplicación que se hará de esta norma, pues los ciento ochenta días deberían contarse desde la declaración inicial del estado de excepción, independientemente de las prórrogas de que sea objeto. De lo contrario, bastaría que el Jefe del Estado lo declarara por un plazo menor a los ciento ochenta días, prorrogándolo indefinidamente, para evitar que se cumpla el término y nazca la facultad del Congreso en orden a ponerle término o, asimismo, para que se requiera la autorización del Congreso, por tratarse de un período superior a un año.

El inciso 3° del artículo 41° propuesto termina señalando que “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”.

Debe tenerse presente que, en la práctica, desde 1990, cuando se han declarado estados de catástrofe, el Presidente de la República lo ha hecho en virtud de la Ley N° 16.282¹⁰, no designándose un Jefe de la Defensa Nacional, sino que a civiles de su confianza, a cargo de la zona, eludiéndose la disposición constitucional -obligatoria en esta materia- que ha sido transformada en facultativa, por el artículo 6° de la Ley N° 18.415 Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción¹¹. Evidentemente, dicho artículo de la Ley N° 18.415 es inconstitucional, tanto por el tenor literal

¹⁰ Véase *El Mercurio* de Santiago, 1 de julio de 2000, p. C 7.

¹¹ Publicada en el *Diario Oficial* el 14 de junio de 1985.

indubitable del numeral 6º del artículo 41º cuanto por la excepción expresamente establecida en el N° 9º de ese mismo precepto. Probablemente, en coherencia con lo anterior, la proposición cambia la atribución del funcionario designado que, en la actualidad, corresponde al mando por una más tenue de dirección y supervigilancia sobre la zona respectiva.

4. Nuevo Artículo 41º A

La proposición de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado propone agregar un nuevo artículo 41º A, el cual contendría lo que hoy se encuentra regulado en el artículo 40º N° 3º, en cuanto a que “El estado de emergencia, en caso de grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación, lo declarará el Presidente de la República, determinando las zonas afectadas por dichas circunstancias. El estado de emergencia no podrá extenderse por más de quince días -hoy son noventa-, sin perjuicio de que el Presidente de la República pueda prorrogarlo por igual período”.

Sin embargo, la propuesta añade que, para sucesivas prórrogas, el Presidente de la República requerirá siempre del acuerdo del Congreso Nacional, el cual se tramitará en la forma establecida en el inciso 2º del artículo 40º.

A este respecto conviene apuntar que desaparecería, entre las causales que habilitan para declarar el estado de emergencia, el caso del peligro para la seguridad nacional, complementando, de esta manera, la reforma de 1989 que tuvo por objeto evitar la declaración de estados de excepción constitucional de frente a situaciones de amenaza¹² y se cambia la causal que hoy permite declarar el estado de emergencia, consistente en la existencia de una situación de grave daño para la seguridad nacional, porque aquel daño sea para la seguridad de la Nación.

Resulta menester preguntarse, finalmente, en torno de la propuesta contenida en el nuevo artículo 41º A, a propósito de la cual el Presidente de la República puede declarar, por sí solo, el estado de emergencia, pero agrega la norma que, para sucesivas prórrogas, requiere de la autorización del Congreso Nacional.

Pues bien, cuál es el sentido y alcance de la palabra *sucesivas*, ya que podría entenderse que para la primera prórroga no se requeriría acudir a la autorización del

¹² El más completo estudio acerca de aquella reforma y de las negociaciones que la precedieron se encuentra en Andrade Geywitz, Carlos, **Reforma de la Constitución Política de la República de Chile de 1980**, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1991.

Congreso, pues sólo se necesitaría dicho consentimiento cuando se trate de sucesivas prórrogas, vale decir, al intentar prorrogarlo por segunda vez y no desde la primera oportunidad, con lo cual el estado de emergencia llegaría a durar treinta días sin intervención del Congreso. O, en otra situación, ¿bastaría que el Presidente de la República dejara transcurrir un día entre una declaración de estado de emergencia y la que le sigue para que ya no requiriera la intervención del Congreso, pues no se trataría de declaraciones sucesivas?

Queda así de manifiesto que, pretendiendo hallar un punto intermedio entre la participación o no del Congreso, para declarar los estados de excepción, en verdad, sólo queda la conclusión de que o se exige su autorización, derechamente, para la declaración y cada una de sus prórrogas o sólo para aquella y no para éstas, pero resulta de difícil inteligencia hacerlo a la inversa.

Más aún, lo expuesto, más allá del juego semántico a que pueda inducir el análisis, deja en evidencia que, al menos tratándose del estado de emergencia, no se divisa razón para evitar que el Presidente de la República requiera autorización del Congreso Nacional para declarar dicho estado y cada una de sus prórrogas o, al menos, para la declaración inicial.

El inciso 2º del nuevo artículo 41º A repite una norma que se contiene en el artículo 41º N° 6º, conforme a la cual “declarado el estado de emergencia, 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”, reiterándose aquí lo ya expresado a propósito del estado de catástrofe, tanto en lo relativo a la obligación de quedar sometida la zona al Jefe de la Defensa Nacional cuanto a la dirección y supervigilancia en contraste con el mando que se atribuye en la actualidad.

Termina el artículo 41º A con un inciso 3º que expresa, tal como el actual numeral 6º del artículo 41º, que “El Presidente de la República estará obligado a informar al Congreso Nacional de las medidas adoptadas en virtud del estado de emergencia”. Esta obligación, atendido que no hay distinción en el texto propuesto y confirma la deficiencia de la norma proyectada, deberá cumplirla el Presidente de la República aún tratándose de las medidas adoptadas durante la vigencia de una prórroga de dicho estado que haya sido autorizada por el Congreso.

5. Nuevo Artículo 41º B

Luego, se propone incorporar un artículo 41º B que corresponde al actual N°

1° del artículo 41° de la Constitución, donde se contienen las facultades del Presidente de la República cuando se haya declarado el estado de asamblea. En dicho estado, el Primer Mandatario quedaría facultado para suspender o restringir la libertad personal, el derecho de reunión y la libertad de trabajo. Podría, también, restringir el ejercicio del derecho de asociación, interceptar, abrir o registrar documentos y toda clase de comunicaciones, disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad.

Por ende y contrastando aquellas atribuciones con las que actualmente tiene el Presidente de la República durante el estado de asamblea, se advierte que desaparecen la facultad de suspender o restringir la libertad de información y de opinión y la de restringir el derecho de sindicación. Asimismo, se cambia la facultad de imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones por la de interceptar, abrir o registrar documentos y toda clase de comunicaciones, en una modificación de carácter meramente semántico, pero sin afectar el fondo de la atribución actualmente concedida al Jefe del Estado.

Debe hacerse hincapié en que un principio que se repite en todas las disposiciones propuestas es que desaparece como derecho susceptible de ser suspendido o restringido la libertad de información y de opinión, en coherencia con lo preceptuado en el artículo 4° párrafo 2° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹³, al tenor del cual las situaciones de excepción no habilitan para suspender -advirtiéndose que el Pacto no impide, en todo caso, restringir-, entre otras, dichas libertades.

El inciso 2° del artículo 41° B es el equivalente del actual artículo 41° N° 2°, conforme al cual, por la declaración de estado de sitio, el Presidente de la República va a poder restringir la libertad de locomoción y arrestar a las personas en sus propias moradas o en lugares que la ley determine y que no sean cárceles ni estén destinados a la detención o prisión de reos comunes. Podrá, además, suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión.

Comparando dicho texto con el que actualmente se encuentra vigente queda en evidencia que desaparece la facultad del Presidente de la República de suspender o restringir el ejercicio de las libertades de información y opinión; se elimina, aparentemente, la facultad que hoy tiene de trasladar a las personas de un punto a otro del territorio nacional, pero bien podría interpretarse que dicha atribución queda comprendida dentro de la facultad de restringir la libertad de locomoción; finalmente, se modifica el lugar donde dejar a las personas arrestadas, pues, en la actualidad, pueden

¹³ Contenido en el **Decreto Supremo N° 778**, publicado en el *Diario Oficial* el 29 de abril de 1989.

quedar en su casa, mientras que en la reforma se usa, sin divisarse por qué o con qué objetivo diverso, la expresión morada; y porque, en el texto vigente también pueden quedar en “lugares que no sean cárceles ni en otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes”, en circunstancias que la reforma, aumentando la esfera de garantía a favor de las personas, propone que esos lugares -que no son cárceles ni están destinados a la detención o prisión de reos comunes- se encuentren determinados por ley. Obviamente, de ser aprobada la reforma y mientras se dicte la ley, si es necesario aplicar el precepto constitucional, las personas sólo podrán quedar arrestadas en sus casas o moradas.

En el inciso 3º del mismo artículo 41º B propuesto por la Comisión, se inserta la norma actualmente vigente en el artículo 41º N° 5º, al tenor de la cual por la declaración del estado de catástrofe, el Presidente de la República va a quedar facultado para restringir las libertades de locomoción y de reunión, 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.

La norma vigente es distinta de la propuesta: Primero, porque desaparece la facultad de restringir el transporte de mercaderías, la libertad de trabajo y las libertades de opinión e información, sin que sea explicable por qué se eliminan las dos primeras; y, en segundo lugar, porque acota, acertadamente, la facultad de adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias, ya que dichas medidas no sólo deben ser necesarias, sino que deben tener por finalidad el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada.

Finalmente, el inciso 4º del nuevo artículo 41º B se refiere a que por la declaración del estado de emergencia, el Presidente de la República quedará en situación de restringir las libertades de locomoción y de reunión en enmienda meramente formal de lo preceptuado actualmente por el artículo 41º N° 4º, al tenor del cual puede restringir el ejercicio de las libertades de locomoción y del derecho de reunión.

6. Nuevo Artículo 41º C

Este precepto, en su inciso 1º, corresponde al actual artículo 41º N° 9º y señalaría, en caso de aprobarse la proposición, que “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 cons-

titucionales ni los derechos e inmunidades de sus respectivos titulares”.

Ciertamente que dicha norma es distinta de la actualmente vigente. Por una parte, porque impone al legislador dictar la ley orgánica constitucional, lo cual es facultativo en la actualidad; sin embargo y dado que dicha norma ya fue dictada, el cambio no tiene efecto alguno, salvo que el legislador, sin incurrir en inconstitucionalidad por omisión, no podría derogar jamás la legislación vigente en esta materia, íntegra y orgánicamente. Y, de otra, porque la proposición regula con mayor precisión la competencia de la ley orgánica constitucional, ya que señalaría que dicha norma no sólo debe disponer acerca de los estados de excepción, sino que también sobre su declaración y la aplicación de las medidas legales y administrativas que en cada caso se adopten, así como la obligación de contemplar lo estrictamente necesario para el pronto restablecimiento de la normalidad constitucional y sin que se puedan afectar las competencias y el funcionamiento de los órganos constitucionales ni los derechos e inmunidades de sus respectivos titulares.

Que no se puedan afectar las competencias y el funcionamiento de los órganos constitucionales es coherente con el efecto único que tiene la declaración de un estado de excepción, consistente en que se faculta al Presidente de la República nada más que para suspender o restringir el ejercicio de determinados y taxativos derechos fundamentales.

Debe hacerse, en fin, una referencia a la frase final del nuevo artículo 41º C inciso 1º, donde se señala que la ley orgánica constitucional de estados de excepción no podrá afectar los derechos e inmunidades de los titulares de los órganos constitucionales, desapareciendo el artículo 41º N° 7º inciso 2º, en virtud del cual se señala que, “en ningún caso, las medidas de restricción y privación de la libertad podrán adoptarse en contra de los parlamentarios, jueces, Ministros del Tribunal Constitucional y Calificador de Elecciones y al Contralor General de la República”, con lo cual la prohibición absoluta que, en el ámbito referido, contempla la norma actual, desaparece, quedando las autoridades constitucionales sujetas a los fueros o privilegios que, conforme a las reglas generales de la Carta Fundamental o de la legislación vigente, les asistan.

Por lo expuesto, la aprobación de un precepto de estas características exigirá una revisión, a fondo, de la Ley N° 18.415.

El inciso 2º del mismo artículo 41º C contiene una norma prácticamente idéntica al actual artículo 41º N° 7º inciso 1º, conforme a la cual “Las medidas que se adopten durante los estados de excepción no podrán, bajo ninguna circunstancia, pro-

longarse más allá de la vigencia de los mismos”, siendo sólo añadida la categórica frase, innecesaria por lo demás al tenor del artículo 7º inciso 2º de la Constitución, de que tal prolongación no puede ocurrir bajo ninguna circunstancia.

7. Nuevo Artículo 41º D

Por último, la Comisión redactora del Informe Complementario propone agregar un nuevo artículo 41º D, equivalente al actual artículo 41º N° 3º, relativo a la competencia de los Tribunales en relación con los estados de excepción.

Así, la norma propuesta señalaría, en su inciso 1º, que “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 inciso segundo del artículo 39º. 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”.

Conviene formular algunos comentarios respecto de la disposición actualmente vigente¹⁴, a partir de la interpretación que la doctrina y jurisprudencia le han dado. En este sentido y como primera aproximación, don Hernán Molina Guaita ha explicado que:

“De acuerdo al precepto ha quedado vedado a los tribunales de justicia entrar a calificar las bases fácticas de la resolución, ellas quedan exentas del control jurisdiccional por mandato constitucional.

Pero, ello no significa que el juez no deba verificar que efectivamente existan los hechos que fundamentan la medida... ”¹⁵.

Por su parte, la Corte Suprema ha sostenido que:

“La calificación de los motivos en virtud de los cuales el Ejecutivo declara el arresto de una persona en atención a las facultades que le confieren las

¹⁴ Señala el **artículo 41º N° 3º** que:

“Los tribunales de justicia no podrán, en caso alguno, entrar a calificar los fundamentos ni las circunstancias de hechos invocadas por la autoridad para adoptar las medidas en el ejercicio de las facultades excepcionales que le confiere esta Constitución. La interposición y tramitación de los recursos de amparo y de protección que conozcan los tribunales no suspenderán los efectos de las medidas decretadas, sin perjuicio de lo que resuelvan en definitiva respecto de tales recursos”.

¹⁵ Molina Guaita, Hernán, **Derecho Constitucional**, Impresos Andalién, Concepción, 1998, p. 255.

disposiciones constitucionales y legales que reglamentan el estado de sitio, incumbe exclusivamente a la autoridad que lo decide”¹⁶.

En idéntica perspectiva, la misma Magistratura ha expresado que:

“Es una facultad exclusiva del gobierno, que no queda sometida al control jurisdiccional, la apreciación del mérito de los antecedentes que han debido considerarse para adoptar la medida de expulsión de ciudadanos chilenos del territorio nacional”¹⁷.

En fin y superados los momentos de mayor anormalidad institucional, ya a mediados de la década de los ochenta, el Alto Tribunal fue más allá, pues no sólo resolvió que las circunstancias fácticas para adoptar las medidas en los estados de excepción no era una materia susceptible de revisión judicial, sino que aseveró que:

“La facultad *ilimitada* que la Constitución Política otorga al Presidente de la República para arrestar a las personas durante la vigencia del estado de sitio no puede ser restringida ni limitada exigiendo que el decreto supremo que al efecto se dicte, deberá contener los fundamentos de hecho en que se apoya”¹⁸.

Con todo, el actual artículo 41º N° 3º, me parece que no expresa lo que suele afirmarse, en cuanto a que impide revisar judicialmente los hechos y antecedentes en que se ha fundado el Presidente de la República para adoptar la medida impugnada, sino que la prohibición se refiere a que los Tribunales no pueden revisar aquellos hechos y antecedentes, pero en cuanto a objetar y, eventualmente, dejar sin efecto o alterar la declaración del estado de excepción de que se trate. Por ende, tienen hoy plena competencia para verificar si los antecedentes de hechos en que se ha fundado el Jefe del Estado para adoptar una determinada medida se ajustan a la realidad y al ordenamiento jurídico.

Por ello, la proposición de reforma acierta cuando aclara que, si bien los Tribunales 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 inciso segundo del artículo 39º, sí tienen competencia para revisar los hechos

¹⁶ Sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 21 de marzo de 1974, reproducida en el **Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas. Constitución Política de la República de Chile 1980**, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1993, p. 146.

¹⁷ Sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 17 de julio de 1978, reproducida en el **Repertorio** citado en **supra** nota 16, p. 146.

¹⁸ Sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 9 de diciembre de 1986, reproducida en el **Repertorio** citado en **supra** nota 16, p. 146.

respecto de las medidas particulares que afecten derechos constitucionales.

En esta línea de pensamiento, no puede olvidarse que:

“ … El control de los hechos determinantes, el de la calificación de éstos, el control del fin mediante la otra escandalosa y hoy devaluada desviación de poder e, incluso, el propio control a través de los principios generales del Derecho son ya moneda corriente por más que se siga discutiendo, llegado el caso, la correcta aplicación que de estas técnicas pueda hacerse por los jueces en un supuesto dado…

Nadie se atreve, por supuesto, a negar que la Administración debe actuar de un modo racional y razonable. El deber de actuar racionalmente es un principio político básico… y está implícito en todas las doctrinas que, sin excepción alguna, conciben y explican la Administración contemporánea como una organización racional…

En este nuevo contexto, la arbitrariedad se presenta como la antítesis del Derecho, que es ahora más que nunca, aunque, en cierto modo, lo ha sido siempre -y seguirá siéndolo en cualquier sociedad, porque ninguna puede, en tanto tal, renunciar a él- un esfuerzo de indagación de un fundamento adicional a la mera fuerza, capaz de legitimar el poder, de encontrar para él una respuesta susceptible de ser aceptada en el seno de la comunidad en la que se expresa por una parte significativa de sus miembros, de obtener un mínimo de consenso sin el cual ningún poder puede mantenerse mucho tiempo…

Ello es así porque, como también muestra la experiencia histórica, no basta una respuesta cualquiera para hacer aparecer el poder ante los demás como un poder legítimo. Ni siquiera es suficiente que esa respuesta sea pasivamente aceptada por una parte significativa o, incluso, mayoritaria de la sociedad. Se necesita siempre una respuesta satisfactoria, una buena respuesta, una respuesta capaz de convencer o, cuando menos, una respuesta razonable, sostenible, susceptible de resistir la comparación con otras respuestas también posibles, de generar, en consecuencia, amén de la adhesión de una parte de los miembros de la comunidad, la neutralidad del resto, de modo que, si existe alguna oposición activa, ésta será más bien marginal y, por tanto, inocua”¹⁹.

¹⁹ Tomás Ramón Fernández, **De la Arbitrariedad de la Administración**, Ed. Civitas, Madrid, 1994, pp. 199 - 200 y 216 - 217. Asimismo, Ferrada Bohórquez, Juan Carlos, “El Principio de Control en la Administración del Estado” en **La Administración del Estado de Chile**, Ed. Cono Sur, Santiago, 2000, p. 621.

Recuérdese, en este sentido, lo preceptuado por el artículo 7º párrafo 6º del Pacto de San José de Costa Rica²⁰:

“Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o detención fueren ilegales. En los Estados Partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona ”.

Pero, superlativamente, el texto constitucional vigente y también el que ahora se propone por la Comisión debe ser contrastado, para que se arribe a una disposición respetuosa en plenitud, con lo dispuesto en el artículo 25º párrafo 1º del Pacto referido:

“Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales ”.

Una reforma relativa a los estados de excepción, en el ámbito del Constitucionalismo Contemporáneo, tiene que avanzar, resueltamente, en la línea de eliminar la prohibición que, desde el texto original de 1980, ha venido siendo morigerada, en cuanto a la competencia de los Tribunales de Justicia para que éstos puedan, revisando los hechos y el Derecho, verificar, aún bajo las únicas circunstancias extraordinarias constitucionalmente previstas como son los estados de excepción, el respeto de los derechos fundamentales:

“ ... Sin embargo, la existencia de situaciones excepcionales y anormales que amenazan gravemente o ponen en peligro inminente la subsistencia del Estado y del ordenamiento jurídico...debe recurrirse a medidas extraordinarias, dictadas de acuerdo a las necesidades que presenta la situación, siempre que la finalidad perseguida sea coherente con los principios inherentes al Estado Democrático de Derecho en que se inserta... ”.

²⁰ Contenido en el **Decreto Supremo N° 873**, publicado en el *Diario Oficial* el 5 de enero de 1991.

... el respeto por las autoridades del Estado de las normas constitucionales sobre estados de excepción en armonía con los pactos internacionales constituye una garantía para los derechos de las personas, la que no existiría de no regularse jurídicamente las situaciones de excepción que pueden enfrentar los Estados, situaciones anormales que pueden superarse dentro del Estado de Derecho y del respeto de los derechos de las personas”²¹.

Por último, en el inciso 2º del referido artículo 41º D, se inserta la norma que hoy se contiene en el artículo 41º N° 8º, señalándose, en términos idénticos a los actuales, que “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”²².

Culmino esta visión comparativa, entre el texto vigente y el propuesto en el Informe Complementario evacuado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, apartándome del tópico que se me ha pedido revisar en este Seminario, avanzando la idea que, por la vía interpretativa, me parece acertada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que, sobre la base de la norma referida y de una hermenéutica a favor de los derechos de las personas, ha sostenido que:

“... si la Constitución establece que, en ciertos estados de excepción, las limitaciones al dominio dan derecho a indemnización, con mayor razón deberán indemnizarse las limitaciones que se establezcan en un período de normalidad constitucional y que causen daño”²³.

III. EVALUACIÓN

Comienzo estas reflexiones finales acudiendo a lo que, con acierto, ha escrito el profesor José Luis Cea Egaña:

“... no puede silenciarse que el ejercicio de los derechos humanos jamás es absoluto e ilimitado respecto de nada ni de nadie. Imaginar lo contrario sería inconciliable con el concepto mismo de Derecho, congruente con la anarquía y vía rápida al despotismo.

²¹ Nogueira Alcalá, Humberto citado en **supra** nota 3, pp. 295 y 296.

²² Léase Jiménez Larraín, Fernando, “Las Requisiciones en los Estados de Excepción Constitucional ” en **XXX Jornadas Chilenas de Derecho Público**, EDEVAL, Valparaíso, 1999, pp. 307 - 319.

²³ Considerando 39º de la sentencia pronunciada el 2 de diciembre de 1996 (Rol N° 245 - 246).

El Derecho es, en efecto, un ordenamiento justo de límites a dicho ejercicio. Tal objetivo se tornaría imposible de ser llevado a la práctica si se admitiera el criterio de facultades de contenido absoluto por cada individuo o grupo, intuyéndose el caos que tal abuso llevaría consigo...

Claro lo anterior y con paralela energía, imperativo es afirmar que las facultades extraordinarias tampoco son discrecionales ni irrestrictas. Es de la esencia de ellas su carácter delimitado y sujeto a finalidades que las legitiman. El control, especialmente judicial y político, tiene que ser eficaz para que resulte respetado el requisito descrito. Y la secuela inevitable del control es la responsabilidad de la autoridad a quien la Constitución y las leyes encomiendan el ejercicio delimitado de los poderes de crisis ²⁴.

En primer lugar, la regulación de los estados de excepción o poderes de crisis es una materia que corresponde sea regulada al máximo nivel dentro de la jerarquía de normas, esto es, por la Constitución;

En segundo lugar, la regulación que disponga la Constitución debe ser cuidadosa, sistemática y ordenada, para evitar que la autoridad administrativa vea ampliadas sus atribuciones más allá de lo que la situación de crisis recomienda en el contexto de un Estado de Derecho Democrático y Constitucional;

En tercer lugar, no diviso razón que justifique recortar o comprimir la competencia de los Tribunales de Justicia para examinar, en los hechos y ante el Derecho, las decisiones, adoptadas en mérito de los estados de excepción constitucional, que afecten, en concreto derechos fundamentales, especialmente de frente a recursos de jerarquía constitucional, salvo -y esto igualmente me merece dudas- para prohibirles pronunciarse acerca de los antecedentes o circunstancias fácticas que llevaron al Presidente de la República a declarar el estado correspondiente;

En cuarto lugar y pronunciándome específicamente acerca de las proposiciones contenidas en el Informe Complementario evacuado por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, sin perjuicio del reproche de constitucionalidad que merecerían esas normas por no decir relación con las ideas matrices de los dos proyectos que le sirvieron de base, me parece útil señalar que:

Primero y sin perjuicio de perfeccionamientos que siempre son posibles, dos son

²⁴ Cea Egaña, José Luis, **El Sistema Constitucional de Chile. Síntesis Crítica**, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile, Valdivia, 1999, pp. 161 - 162.

los reproches principales que cabe manifestar a la normativa actualmente vigente: Por una parte, la intervención del Consejo de Seguridad Nacional, con su autorización, para declarar los estados de asamblea, emergencia y catástrofe, de frente a la minusvalorada posición del Congreso Nacional, interviniendo nada más que en el estado de sitio; y, de otra, la prohibición y limitación impuesta a los Tribunales de Justicia en el artículo 41º N° 3º de la Constitución;

Segundo, la eliminación del Consejo de Seguridad Nacional, en la normativa propuesta, junto con salvar el primer reproche formulado, es consistente con la nueva naturaleza que, a dicho Consejo, se le da en la reforma, disminuyendo su trascendencia al punto que, de mantenerse la proposición de la Comisión en nexo con aquel órgano constitucional, debería desaparecer de la Carta Fundamental para radicarse como órgano de rango simplemente legal. Empero, ello hace surgir de inmediato un reparo tal vez mayor, cual es que, conforme al Poder Constituyente Derivado, el Presidente de la República va a quedar en situación de declarar, por sí solo, los estados de emergencia y catástrofe.

Es probable que puedan hallarse buenas razones, vinculadas con la necesidad de obrar con prontitud y eficacia por parte de la Administración, para sostener que el Jefe del Estado debería declarar por sí solo la catástrofe, pero no aparecen argumentos de igual entidad para exigir la autorización del Congreso Nacional tratándose de los estados de asamblea y de sitio y excluyendo el de emergencia.

Tercero, el segundo reproche manifestado a la normativa vigente se refiere tanto a la prohibición como a la limitación impuesta a la revisión judicial en el artículo 41º N° 3º, lo cual no queda salvado con la proposición y tal vez si queda en peor situación. Así, la prohibición subsiste; en tanto que la limitación, conforme a la jurisprudencia restrictiva de los últimos años de nuestra Corte Suprema en los recursos de protección y a la no inclusión del recurso de amparo en el Nuevo Código Procesal Penal, tornará, al fin y al cabo, del todo ilusorios ambos arbitrios cuando se deduzcan bajo estados de excepción constitucional.

En efecto, la frase final del nuevo artículo 41º D propone reemplazar la limitación hoy impuesta a los recursos de protección y amparo por la siguiente disposición: “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”.

Haciendo una hermenéutica contraria a los más elementales principios del constitucionalismo contemporáneo, pero siempre posible a la hora de enfrentarse a la

realidad, que suele superar la más imaginativa de las teorizaciones, podría denegarse cualquier acción en contra de una medida adoptada en un estado de excepción constitucional aduciendo que no se refiere a una medida particular -palabra de ya difícil inteligencia-, que no afecta derechos constitucionales o, lo más probable, que la protección o el amparo constitucional no son los recursos que, en el caso, corresponde deducir.

Por lo expuesto, termino reiterando algunas de las falencias que mantiene o hace surgir la proposición analizada, como agregar, en el artículo 39º, un nuevo requisito para declarar los estados de excepción constitucional consistente en que las situaciones de excepción afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado; que desaparezca la atribución del Congreso Nacional para dejar sin efecto, en cualquier tiempo, la autorización que confirió para declarar el estado de sitio; que la declaración de estado de asamblea y de sitio pueda hacerla el Presidente de la República, mientras se pronuncia el Congreso, por sí y ante sí, sin requerirse siquiera que deje constancia de haber oído a otro órgano constitucional y menos que sea otro el que, momentáneamente, lo autorice; que el Jefe del Estado quede facultado para suspender el estado de asamblea, pero que no pueda ponerle término anticipadamente; que se restrinja el ámbito territorial al que puede extenderse el estado de catástrofe, pues, mientras en el texto actual la declaración puede hacerse tanto respecto de la zona afectada por la calamidad cuanto respecto de cualquiera otra que lo requiera como consecuencia de ella, en la reforma la declaración debe circunscribirse a la zona afectada; y que no se aproveche para adecuar el texto de la Constitución en cuanto a que se *puede* designar un Jefe de la Defensa Nacional, en los estados de emergencia y catástrofe, persistiendo en mantener una obligación que ha dejado de cumplirse, en genuina mutación constitucional.

Con todo, también deben destacarse las bondades que se encuentran en las normas propuestas, como la incorporación del Congreso Nacional a la declaración del estado de asamblea; el acortamiento de los plazos de duración de los estados de excepción; la eliminación de la facultad del Presidente de la República en orden a suspender las libertades de información y opinión, en armonía con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos; la inclusión de la reserva de ley para determinar los lugares donde pueden quedar las personas arrestadas, cuando no se trate de cárceles; y el acotamiento de las medidas extraordinarias que puede adoptar el Primer Mandatario durante el estado de catástrofe, en cuanto a que ellas no sólo deben ser necesarios para hacer frente a la calamidad pública, sino que deben tener por finalidad el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada.

Concluyo reiterando mis agradecimientos a los organizadores de este Semina-

rio y saliendo del ámbito estricto de los estados de excepción, recuerdo aquí, en el contexto de las reformas constitucionales que hemos sido convocados a analizar, las palabras que se contiene en la ponencia presentada en las últimas Jornadas de Derecho Público, a propósito de los veinte años de la Constitución, en el sentido que esta Carta Fundamental, cuestionada desde el comienzo, por carecer de legitimidad formal y sustantiva, no se puede controvertir, en una apreciación que me parece seria y exenta de apasionamientos, ha ido encontrando el camino de su legitimación como instrumento democrático de ordenación del Estado de Derecho en Chile.

Fundamental en aquella labor, todavía pendiente, ha sido la tarea cumplida por los Tribunales Superiores, gracias al impulso del Recurso de Protección, y la labor, no exenta de críticas, llevada a cabo por el Tribunal Constitucional, en cuanto órganos legitimantes de la arquitectura constitucional. Asimismo, en esa tarea han ocupado un lugar destacado quienes, desde el Gobierno y la Oposición, han visualizado el valor de una Constitución respetada, aunque susceptible de cambios y perfeccionamientos, por sobre la idea de un Estatuto Fundamental permanentemente anclado a los debates en torno de su pasado más que en su adecuación y proyección hacia el futuro, sobre todo inmediato.

No estoy seguro, sin embargo, que, superadas las divergencias en torno de los temas que quedaron pendientes en 1989, se logre efectivo consenso constitucional, pues puede sobrevenir, entonces, una arremetida contra la Parte Dogmática de la Constitución, la cual puede reputarse aceptada, aunque también es posible que haya permanecido intocada por la preocupación en desbaratar los desacuerdos en la Parte Orgánica.

Con todo, desde el origen y hacia la consolidación, pasando por la legitimación de la Constitución, se ha ido avanzando, tal vez con mayor rapidez que la que puede imaginarse en apenas 21 años de vigencia del Código Fundamental. Si a ello contribuyen las reformas que hoy se debaten, bienvenidas sean.