

DESAFÍOS DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN EN EL PROCESO CONSTITUYENTE

Claudia Heiss¹

cheiss@iap.uchile.cl

Instituto Asuntos Públicos, Universidad de Chile

Este artículo analiza los estados de excepción a partir de la revisión de sus principales elementos desde la perspectiva de la teoría democrática y su aplicación en la historia constitucional y política de Chile desde el siglo XIX. Argumenta que la evolución de los estados de excepción en las constituciones chilenas de 1833, 1925 y 1980 evidencia un patrón de dependencia institucional, donde los marcos previos determinan de manera significativa el diseño posterior y que el diseño institucional no ha estado enfocado en la protección de los ciudadanos. El estado de sitio ha otorgado poder sin la debida responsabilidad, y se ha usado frecuentemente para la represión política y social, y no para la preservación de la comunidad.

Palabras clave: *estados de excepción, Chile, constituciones, Fuerzas Armadas.*

CHALLENGES OF STATE OF EXCEPTION IN THE CONSTITUTION-MAKING PROCESS

This article analyzes the states of exception from the review of their main elements from the perspective of democratic theory and its application in the constitutional and political history of Chile since the 19th century. It argues that this evolution of the states of exception in the Chilean constitutions of 1833, 1925 and 1980 evidences a pattern of institutional dependence, where the previous frameworks significantly determine the later design and that the institutional design has not been focused on the protection of the citizens. The state of siege has given power without due responsibility, and has been used frequently for political and social repression, and not for the preservation of the community.

Keywords: *state of exception, Chile, constitutions, Armed Forces.*

¹ Doctora (Ph.D.) en Ciencia Política, New School for Social Research, Estados Unidos. Jefa de la carrera de Ciencia Política, Universidad de Chile. Investigadora adjunta de COES y miembro de la Red de Politólogas.

Introducción

La reflexión acerca de los estados de excepción constitucional y la legislación de emergencia recrudescen en situaciones de crisis. En contextos como la Segunda Guerra Mundial, la llamada “guerra contra el terrorismo” liderada por Estados Unidos y ahora la pandemia por Covid-19, este fenómeno ha adquirido características globales. A diferencia de lo que ocurre en otras latitudes, sin embargo, el problema del Estado de excepción constitucional en América Latina está íntimamente relacionado con la subordinación militar al poder civil democrático y con la criminalización de la protesta.

En Chile, los estudios sobre estados de excepción han estado con frecuencia vinculados a la represión política o de movimientos sociales por parte del Estado, y a las violaciones de derechos fundamentales (Mera, González y Vargas, 1987; Loveman, 1993; Collier y Sater, 2004; Huneeus, 2009; Valdivia, 2020). Como dosis controladas del autoritarismo que pretenden evitar, los estados de excepción introducen en el estado de derecho la suspensión temporal de garantías y concentran en forma extraordinaria el poder. Sin embargo, con frecuencia esta “vacuna” ha resultado peor que la enfermedad.

Clinton Rossiter (2002) observa que tras una crisis severa el sistema político nunca regresa al punto de partida. Cada emergencia deja su marca en el gobierno constitucional y en la sociedad democrática; cada periodo de “dictadura constitucional” deja a la democracia un poco más autocrática que antes (Rossiter, 2002). Desde el pensamiento liberal, autores como Benjamin Constant y Thomas Jefferson, que participó en la elaboración de la constitución de Virginia, fueron férreos oponentes a las normas excepcionales, argumentando que crearían condiciones para la usurpación del poder y el quiebre del Estado de derecho. La mayoría del pensamiento liberal, sin embargo (incluido el de Jefferson que, unos años más tarde, asumió la presidencia de Estados Unidos) reconoce la necesidad de medidas extraordinarias en ciertos casos que el derecho no puede prever.

Al argumento liberal sobre el peligro de usurpación se han sumado desde el siglo XX cuestionamientos de carácter democrático al uso de estados de excepción. En efecto, estas normas pueden invocarse no sólo para concentrar el poder, sino para impedir el cambio social. En Chile, los estados de excepción han servido como herramienta para la represión de los liberales en el siglo XIX y de grupos obreros y socialistas en el siglo XX (Huneeus, 2009; Valdivia, 2020). El derecho a la desobediencia civil y a la protesta social, componentes centrales de la democracia, suelen enfrentarse con estados de excepción que criminalizan la protesta y permiten a los gobernantes recurrir a las fuerzas armadas para tareas de orden interno. Quienes gobiernan suelen identificar la salvación pública, principio que justifica las normas de excepción, con su propia salvación, de forma que las autoridades pueden crear condiciones de crisis para aumentar sus atribuciones.

El proceso constituyente que se inicia en Chile deberá sin duda abordar la regulación de los estados de excepción constitucional, los que se suman a una serie de instrumentos de emergencia que se encuentran repartidos en distintos cuerpos legales y normativos. En lo que sigue, se analizará en qué consiste la excepción constitucional, cómo se ha regulado en las constituciones chilenas de 1833, 1925 y 1980 y cuáles son algunos de los principales desafíos que deberá abordar la Convención Constitucional del año 2021.

1. Conceptualizar la excepción

Los estados de excepción constitucional son normas temporales que establecen una concentración extraordinaria del poder y la suspensión de ciertas libertades y garantías constitucionales con el fin de superar una crisis interna o externa y restituir el estado de cosas anterior al surgimiento de los hechos que dan origen a su declaratoria. Se justifican como “preservacionistas”: su objetivo es proteger un sistema político de amenazas imprevistas para asegurar tanto la supervivencia institucional de una forma de distribuir el poder como las libertades y derechos que ese sistema asegura a los miembros de la comunidad política (Friedrich, 1950; Arato, 2002; Rossiter, 2002; Ackerman, 2004).

El principal referente histórico de los estados de excepción constitucional es la dictadura de la antigua república de Roma, institución en la que intervenían distintos poderes públicos: el senado declaraba la emergencia, ordenando a los cónsules que designaran a un general con el título de dictador para ejercer por un máximo de seis meses la suma del poder y repeler la crisis. La institución se creó, principalmente, como respuesta a invasiones bárbaras, y se usó también en algunos casos de revueltas internas (Saint-Bonnet, 2001). Maquiavelo y Rousseau se cuentan entre los principales defensores de la dictadura como una institución indispensable para la preservación de las repúblicas. La distinción formulada por Carl Schmitt en 1921 entre dictadura “comisaria” y “soberana” da cuenta del uso moderno del término dictadura ya no como delegación temporal del poder para fines protectores, sino como su ejercicio ilimitado y creador de nuevas instituciones (Schmitt, 1999). Se separa así la idea de “dictadura”, contraria al estado de derecho, del estado de excepción constitucional, amparado en él.

Un dilema clave que ha enfrentado el diseño institucional de estados de excepción constitucional es cómo dotar a la comunidad política de las herramientas necesarias para hacer frente a amenazas graves sin abrir las puertas a la usurpación del poder. El pensamiento liberal ha sido por lo general contrario a ceder facultades extraordinarias en tiempos de crisis, por temor a la intervención indebida del Estado en los derechos de las personas (Constant, 1988). Sin embargo, la mayoría de los pensadores liberales ha tendido a justificar medidas extraordinarias en situaciones de grave crisis, con la fórmula *salus populi suprema lex*. John Locke, por ejemplo, considera que el poder ejecutivo tiene una prerrogativa imposible de regular institucionalmente frente a

emergencias (Locke, 1980; Kleinerman, 2007); Thomas Jefferson sostiene que el presidente debe violar la ley cuando es necesario y luego someterse al juicio popular; Alexander Hamilton, en tanto, considera que el poder de prerrogativa está implícito en las facultades presidenciales (Fatovic, 2004).

Las doctrinas de la prerrogativa de Locke y de los poderes implícitos de Hamilton fueron importantes precedentes en el debate académico y jurídico con ocasión de la doctrina del presidente George W. Bush (2001-2009) para algunas de sus acciones en la llamada “guerra contra el terrorismo” tras los atentados en Estados Unidos el año 2001. Contra la idea de poderes implícitos, esgrimida por el entonces secretario de Defensa Donald Rumsfeld, Bruce Ackerman (2004) sugirió que era preferible contar con estados de excepción constitucional debidamente codificados que regulen y limiten la acción presidencial frente a la crisis.

Junto con el debate sobre codificar o no codificar, existe una discusión sobre si sería mejor hacerlo en la constitución o por la vía de leyes especiales. Ferejohn y Pasquino (2004) se han inclinado por la segunda opción, señalando que los países más desarrollados y con democracias consolidadas utilizan leyes especiales, como las normas contra el terrorismo, que perturban menos el funcionamiento del estado de derecho, mientras que los países con democracias inestables recurren más bien a la suspensión de garantías por la vía de la excepción constitucional. Contra esta visión, podría argumentarse que las leyes de emergencia “normalizan” las medidas excepcionales, al convivir en forma permanente con el estado de derecho; por el contrario, declarar un estado de excepción constitucional requiere la autorización del poder legislativo y exige a los gobernantes una mayor rendición de cuentas ante los trastornos que genera una medida de este tipo.

Los estados de excepción constitucional están asociados a las amplias atribuciones del ejecutivo propias de los regímenes presidenciales. Cheibub, Elkins y Ginsburg (2011) señalan que todas las constituciones de América Latina post independencia incluyen estados de excepción, así como el 94% de los presidencialismos no latinoamericanos. En cambio, sólo el 74% de las constituciones de regímenes parlamentarios y 81% de regímenes semi-presidenciales los contienen. Si la historia del constitucionalismo latinoamericano ha estado marcada por amplios estados de excepción constitucional, su historia política muestra el uso y abuso de estas herramientas como mecanismo de represión, control político y social, muchas veces en contra de los mismos derechos civiles, políticos y sociales que suponen defender (Loveman, 1993; Negretto y Aguilar, 2000; Huneus, 2009; Wright y Soliz, 2013).

2. Estados de excepción constitucional en Chile

A lo largo de su historia, el sistema presidencial chileno ha otorgado importantes atribuciones al ejecutivo, entre las que se incluyen los estados de excepción. Si bien el presidente requiere por lo general autorización del congreso para usar poderes de emergencia, ya sea por problemas de diseño institucional o de la combinación de

estas normas con otros elementos propios del sistema político, en la práctica el poder ejecutivo ha tenido amplio margen de discreción en el uso de estos mecanismos (Heise, 1960; Loveman, 1993; Collier y Sater, 2004; Huneeus, 2004).

La Constitución de 1833 estableció un fuerte poder presidencial destinado a afianzar el centralismo y una concepción del orden que relacionaba el orden público al orden social (Stuven, 1997). Esta replicó de su antecesora, la constitución liberal de 1828, la atribución del congreso de conceder facultades extraordinarias al presidente para enfrentar situaciones de crisis. Estas “leyes de facultades extraordinarias” se mantuvieron como mecanismo de excepción en las constituciones de 1833 y 1925. Mientras el texto original de 1833 no especificaba qué condiciones justificaban este tipo de leyes, la reforma de 1874 introdujo la causal de necesidad imperiosa para la seguridad del Estado, la preservación del régimen constitucional o la paz interna, fórmula que replicó la Constitución de 1925. De esta manera, se establecía un marco de referencia para la aprobación de normas excepcionales. Si la precisión incorporada en 1874 fue un avance para reducir la arbitrariedad en la delegación de facultades extraordinarias, dicha causal no impidió la proliferación de estas leyes con las más diversas justificaciones bajo la Constitución de 1925.

Junto con las facultades extraordinarias, la Constitución de 1833 añadió por primera vez en América Latina la figura del estado de sitio, para situaciones de ataque exterior o sublevación interna. Esta institución se convirtió en un símbolo de la represión política de conservadores sobre liberales, y fue imitada por el constitucionalismo latinoamericano en décadas posteriores, simbolizando lo que Loveman (1993) llamó la “constitución de la tiranía”, en referencia al uso político de los estados de excepción en la región (Loveman, 1993; Negretto y Aguilar, 2000). El estado de sitio se mantuvo en la Constitución de 1925.

El breve periodo de sesiones anuales del congreso en las primeras décadas de la Constitución de 1833 permitió al ejecutivo declarar estado de sitio simplemente consultando al Consejo de Estado, que estaba bajo su control. La declaración era por tiempo indefinido. No existía rendición de cuentas: sólo un año después del cese de sus funciones, el congreso podía pronunciarse sobre los actos del ejecutivo. El principal poder que daba el estado de sitio era arrestar y relegar personas, lo que sirvió a los presidentes conservadores para detener a la oposición liberal. Las elecciones se desarrollaron habitualmente bajo estado de sitio. Durante un tercio del periodo de los “decenios” (1831-1861) estuvo vigente algún estado de excepción. El estado de sitio no sólo se utilizó ampliamente, sino que también dio pie a medidas abusivas e inconstitucionales (Loveman, 1993; Collier y Sater, 2004).

Junto a las normas constitucionales de facultades extraordinarias y estado de sitio consagradas en las constituciones de 1833 y 1925, fue la reforma constitucional de 1874 a la Constitución de 1833 la que incorporó en la ley fundamental al estado de asamblea, para hacer frente a un ataque exterior. Curiosamente, la guerra externa, que es la situación de excepción por excelencia, se encontraba regulada en una

norma de rango inferior, una ordenanza militar de 1839, y sólo adquirió estatus de excepción constitucional en 1874. El estado de asamblea se mantendría en las constituciones de 1925 y 1980, modificando la causal de “ataque exterior” por la de “guerra externa”.

La Constitución de 1925 mantuvo el patrón de un ejecutivo fuerte y con escasa rendición de cuentas en el uso de estados de excepción. Las normas sobre leyes de facultades extraordinarias y estado de sitio se mantuvieron casi idénticas a la Constitución de 1833. Por la vía legislativa, sin embargo, se fueron ampliando gradualmente las causales de estado de excepción. Bajo la figura de las facultades extraordinarias, durante el siglo XX surgieron nuevas causales para delegar poder al presidente (Nogueira, 1996). Entre ellas, destacan el “estado de calamidad” y la “zona en estado de emergencia”, surgidas como leyes de facultades extraordinarias, que se convertirían más tarde en estados de excepción constitucional en la carta de 1980: el estado de catástrofe, para situaciones de calamidad pública, y el de emergencia, para alteraciones del orden público y daño a la seguridad nacional.

Los conflictos sociales en un contexto de guerra fría contribuyeron al uso extensivo de estados de excepción para reprimir la protesta y las demandas de nuevos actores políticos (Huneus, 2009; Valdivia, 2020). Bajo la Constitución de 1925 se produjo una ampliación de las causales de excepción. Como señala Nogueira “muchas de ellas no estaban claramente conceptualizadas, prestándose para interpretaciones amplias” (Nogueira, 1996: 39), las que quedaban entregadas a la autoridad. Nogueira identifica nueve causales: 1) guerra extranjera; 2) ataque exterior, peligro de ataque exterior o de invasiones; 3) conmoción interior; 4) necesidad imperiosa de defensa del Estado; 5) conservación del régimen constitucional; 6) conservación de la paz interior; 7) actos de sabotaje contra la seguridad nacional; 8) actos de sabotaje contra la producción nacional; y 9) calamidad pública (Nogueira 1996: 38-39).

Al margen de la ambigüedad de las causales, muchas veces los estados de excepción se declararon en forma “preventiva”, lo que es abiertamente inconstitucional al no existir en realidad las causales esgrimidas. Adicionalmente, Nogueira identifica una serie de abusos bajo la Constitución de 1925 a través de interpretaciones “forzadas” de estas leyes, aplicación de las medidas en todo el territorio y no sólo en la zona bajo estado de sitio, clausura de sesiones del congreso por parte del ejecutivo para poder declarar estado de sitio sin su acuerdo, entre otros (Nogueira, 1996: 40).

El análisis de los estados de excepción bajo la Constitución de 1925 arroja no sólo el uso de medidas que daban amplio poder al ejecutivo sin contrapesos adecuados, sino también casos de aplicación abiertamente inconstitucional, en forma de leyes inconstitucionales y declaraciones de excepción por decreto. El papel de las fuerzas armadas en las zonas de emergencia declaradas durante el gobierno de Gabriel González Videla (1946-1952) para suprimir protestas obreras fue un importante precedente para las violaciones de derechos fundamentales bajo la dictadura militar de Augusto Pinochet (1973-1990) (Huneus, 2009). Su incorporación más tarde a la

Constitución de 1980 consolidó al estado de emergencia como una suerte de estado de sitio de menor grado (García, 2005).

Tras el golpe de Estado de 1973, la junta militar que asumió el gobierno *de facto* comenzó a emitir bandos y decretos que combinaban elementos similares a los estados de excepción constitucional vigentes bajo la constitución de 1925 –ahora suprimida– con innovaciones basadas de manera laxa en otras normas anteriores. Durante la dictadura se copiaron y expandieron, bajo la forma de decretos, normas anteriores de emergencia, aspectos de la Ley de Seguridad Interior del Estado (Ley 12.927), del Código Penal, del Código de Justicia Militar, de la Ley de Abusos de Publicidad, de la Ley Antiterrorista y de la Ley de Control de Armas (Ley 17.798) (Loveman y Lira, 2002: 319). El tercer decreto tras el golpe del 11 de septiembre de 1973 declaró todo el país bajo estado de sitio, supuestamente al amparo de la Constitución de 1925, y el cuarto decreto declaró 28 zonas en estado de emergencia, supuestamente en nombre de la Ley de Seguridad Interior del Estado, designando a sus respectivos jefes militares de zona (Loveman y Lira, 2002: 332).

No hay duda de la ilegalidad de las medidas mencionadas. Sin embargo, desde los primeros días del régimen se observa un intento por legitimarlo con normas de excepción constitucional, así como el uso de “bandos” militares propios del estado de asamblea. Huneeus (2009) destaca el aprendizaje de la represión política que significó para algunos militares, incluido el propio Augusto Pinochet, su participación en estados de emergencia declarados bajo el gobierno de González Videla.

La Constitución de 1980, dictada por decreto en dictadura, buscó legitimar el uso ilegal de estados de excepción. Ella mantuvo las fuertes atribuciones del presidente establecidas en las anteriores constituciones. Sin embargo, su poder quedó limitado en ciertos casos por el Consejo de Seguridad Nacional, en el que participaban los comandantes en jefe de todas las ramas militares. Las FF.AA. adquirieron una autonomía inédita (Contreras y Salazar, 2020) y un papel institucional como actores de decisión política en el uso de estados de excepción. También se amplió la lista de derechos que podrían ser suspendidos a través de estas normas.

La Carta de 1980 mantuvo los estados de sitio (guerra interna o conmoción interior) y asamblea (guerra externa) que existían en sus predecesoras de 1833 y 1925, pero puso fin a las leyes de facultades extraordinarias. En cambio, creó los estados de excepción constitucional de catástrofe (calamidad pública) y de emergencia (grave alteración del orden público o grave daño a la seguridad de la nación). Estos cuatro estados de excepción constitucional recibieron un tratamiento inédito en la historia constitucional chilena: en lugar de abordar los estados de excepción constitucional en referencia a los derechos y garantías, o en referencia a los poderes del presidente y el congreso, se creó un apartado especial del capítulo IV sobre gobierno, titulado “estados de excepción constitucional” (art. 39 al 45).

En 1989, la reforma constitucional aprobada aún en dictadura que permitió el tránsito a la democracia (Ley 18.825), restringió algunas de las amplias atribuciones de los estados de excepción. Por ejemplo, en lugar de que el estado de sitio permitiera “suspender derechos y garantías” otorgados por la constitución, señaló que podría “afectar el ejercicio” de esos derechos y garantías. La reforma también eliminó las facultades que daba el estado de sitio para expulsar personas del país, así como las restricciones al derecho de información y opinión, asociación y privacidad de la correspondencia y las comunicaciones, y suspensión del *habeas corpus*. En cambio, se agregaron nuevas restricciones a las libertades de circulación dentro del país y de información y opinión. La reforma eliminó la norma que permitía el exilio más allá de la duración del estado de sitio y estableció que las restricciones y privación de libertad no pueden afectar bajo ninguna circunstancia a los miembros del congreso, jueces y otras autoridades.

Ya en democracia, la reforma constitucional de 2005 (Ley 20.050) introdujo nuevas modificaciones a los estados de excepción constitucional. Por ejemplo, se incorporó el adjetivo “grave” en algunas de las causales para declararlos. También se redujeron los plazos de su vigencia, aumentando el poder de contrapeso del congreso y el rol de los tribunales en la revisión de las medidas adoptadas. Al mismo tiempo, y en sentido contrario, la reforma eliminó la facultad del congreso de suspender en cualquier momento el estado de sitio, buscando incorporar principios garantistas en concordancia con la legislación internacional y los principios de Siracusa². De esta forma, se estableció por primera vez el control judicial *ex post* y se acortó y reguló en forma precisa la duración de los estados de excepción. Aunque las normas mantuvieron fuertes prerrogativas presidenciales, la reforma de 2005 constituyó un avance sustantivo en términos de *accountability* (García, 2005).

3. Desafíos del proceso constituyente de 2021

El principal peligro de los estados de excepción es que supuestas salvaguardias se conviertan en amenazas al sistema político que se supone deben proteger. Ese fue el caso del famoso artículo 48 de la constitución de Weimar de 1919: las normas de excepción destinadas a proteger la república terminaron jugando un papel importante en su destrucción a manos del nazismo (Rossiter, 2002). En el caso chileno, el papel de mando que asumen las FF.AA. en las zonas en estado de excepción, en cualquiera de sus cuatro causales, parece problemático. Esto se ha visto agravado por las funciones de orden interno que asumieron los militares en América Latina a

² El documento de Naciones Unidas “Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos” (1984) establece criterios para limitar derechos en situaciones excepcionales en conformidad con la protección de los derechos humanos. Señala que las restricciones deben contar con un motivo justo, responder a una necesidad pública, tener un objetivo legítimo y guardar proporción con este objetivo. También establece la revisión periódica de las medidas de excepción.

partir de la Guerra Fría, por su papel político durante las dictaduras militares y por el alto nivel de autonomía respecto del poder civil democrático que han mantenido en Chile desde el retorno a la democracia (Contreras, 2015; Contreras y Salazar, 2020; Quezada, 2020).

La historia de Chile muestra que los estados de excepción no se han usado, en general, para enfrentar amenazas existenciales a la comunidad política por invasión o guerra, sino más bien para la represión política y el control social (Loveman, 1993; Huneeus, 2009; Valdivia, 2020). Durante la guerra del Pacífico, por ejemplo, no se declaró el estado de asamblea. En cambio, el presidente Balmaceda sí lo invocó a fin de lidiar con la guerra civil de 1891. El congreso, como mecanismo de control *ex ante*, y la justicia como control *ex post*, se han mostrado históricamente incapaces de actuar como efectivos límites al ejecutivo debido a problemas de diseño institucional y también a su debilidad política frente al presidente. Ejemplos de ello son el rechazo a calificar las causales del estado de sitio en la década de 1940 (Huneeus, 2009) y la denegación de *habeas corpus* en la dictadura de 1973. Más allá de reformas puntuales y de los esfuerzos aislados de algunos parlamentarios y jueces, un diseño institucional insuficiente para proteger derechos fundamentales en situaciones de crisis ha hecho de los estados de excepción constitucionales fórmulas para habilitar al presidente y a los jefes militares para actuar sin adecuados mecanismos de contrapeso y rendición de cuentas.

En los primeros años tras el retorno a la democracia, los estados de excepción estuvieron notoriamente ausentes de la vida política. Los gobiernos democráticos sí recurrieron a normas legales de emergencia como la Ley de Seguridad Interior del Estado y la ley antiterrorista. Sin embargo, fueron los desastres naturales los que trajeron de vuelta el uso de estados de excepción constitucional. A partir del terremoto del 27 de febrero de 2010, se han declarado más de 40 estados de catástrofe producto de situaciones de calamidad pública como sismos, sequía, incendios forestales, derrumbe minero, inundaciones, marea roja, temporales de lluvia, derrumbes o aluviones, y explosión volcánica (Riveros, 2020: 44).

Tras el estallido social de octubre de 2019, por primera vez desde 1990, el gobierno recurrió a un estado de excepción constitucional distinto al de catástrofe: el estado de emergencia. El estado de catástrofe por la pandemia de Covid-19, en tanto, es el que se ha extendido por más tiempo, superando el año de vigencia desde su declaración en febrero de 2020. Tanto en el estado de catástrofe como en el de emergencia, la declaratoria ha significado dotar a un jefe militar del máximo mando en la zona afectada.

El terremoto de 2010 puso en evidencia serios problemas en el manejo de desastres: “(...) se constató una deficiencia de la institucionalidad encargada del manejo de la emergencia en la detección del evento, en el diagnóstico de los daños, en la formulación de acciones de mitigación, en la coordinación de las instituciones para la respuesta y en la articulación de cadenas de abastecimiento para la población”

(Riveros, 2020: 9-10). Se creó entonces el sistema nacional de emergencia y protección civil, y la agencia nacional de protección civil. Sin embargo, persisten al menos tres importantes problemas: primero, la superposición de legislaciones de emergencia (la mayoría de las medidas frente al Covid-19 obedecen a normas del código sanitario de 1968, y no al estado de excepción constitucional); segundo, la coordinación entre autoridades políticas, técnicas y militares en estado de catástrofe; y tercero, la delimitación de responsabilidades políticas y legales de cada una de dichas autoridades.

Entre los problemas del estado de catástrofe se destaca que “es casi imposible en la práctica delimitar las responsabilidades entre las autoridades obligadas comúnmente a atender emergencias (alcaldes, gobernadores e intendentes) y la autoridad militar en situación de estado de excepción constitucional de catástrofe, durante una emergencia. Tampoco se pronuncia claramente sobre las responsabilidades en el ‘alertamiento’” (Riveros, 2020: 73). Respecto de la responsabilidad política, el estallido social de octubre de 2019 evidenció intentos de autoridades de gobierno por responsabilizar políticamente a los jefes militares por violaciones de derechos humanos.

Aunque los estados de excepción están regulados en la Constitución y en la Ley Orgánica Constitucional 18.415 de 1985, “la práctica institucional ha evidenciado que no existe plena claridad respecto de la distinción entre las atribuciones presidenciales de excepción y las atribuciones que pueden ejercer los jefes de la defensa designados por el presidente” (Bassa, 2021: 19-20). Al nombrar un jefe militar de zona, las autoridades civiles se repliegan y se desentienden, también, de su responsabilidad política. Esto genera un amplio margen de discrecionalidad por parte de la autoridad militar.

“(…) en la práctica, el despliegue de la fuerza militar ha sido el principal factor de afectación de los derechos, sin que el contenido de dichas actuaciones pueda ser reconducido con claridad hasta una delegación de las facultades presidenciales. Esto termina por diluir la responsabilidad política sobre estas actuaciones, generando el escenario ideal para el giro autoritario en la gestión de la excepción, que permite dirigir el poder estatal contra diversas formas de crítica o disidencia política” (Bassa, 2021: 19-20).

La respuesta militar a las crisis pone en duda el principio de subordinación al poder civil democrático: “(…) La obediencia y no deliberación de los cuerpos castrenses implica la subordinación a las decisiones del poder civil, la apoliticidad en las decisiones adoptadas por estas, y en la no injerencia o favoritismo sobre posiciones políticas que pueden esgrimirse por determinados sectores en la deliberación pública” (Contreras y Salazar 2020: 247). En un contexto democrático, parece cuestionable que crisis de naturaleza tan diversa como la guerra externa, la sublevación interna y la calamidad pública se enfrenten de la misma manera, con una respuesta militar

análoga. El actual esquema de los estados de excepción constitucional contradice así no sólo el principio de subordinación, sino también la responsabilidad política y la debida rendición de cuentas que deben las autoridades a la ciudadanía por las medidas adoptadas en virtud de estas normas extraordinarias.

El proceso constituyente chileno de 2021 deberá tener en consideración los problemas mencionados a la hora de regular las causales que justifican los estados de excepción constitucional, la regulación de dichos mecanismos y las exigencias de justificación pública, rendición de cuentas y responsabilidad política que genere su aplicación.

Conclusión

La evolución de los estados de excepción en las constituciones chilenas de 1833, 1925 y 1980 evidencia un patrón de dependencia institucional, donde los marcos previos determinan de manera significativa el diseño posterior. Algunos se constitucionalizan a partir de normas previas, como el estado de asamblea, que emana de una ordenanza militar, y el de emergencia, que proviene de una ley de facultades extraordinarias. Estas innovaciones a veces consolidan prácticas ya existentes. Sin embargo, el diseño institucional no ha estado enfocado en la protección de los ciudadanos: la “defensa del Estado” no equivale necesariamente a defender a los gobernados. El estado de sitio ha otorgado poder sin la debida responsabilidad, y se ha usado frecuentemente para la represión política y social, y no para la preservación de la comunidad.

Los dilemas que plantean los estados de excepción constitucional se derivan de su propia naturaleza, que hace de ellos instrumentos peligrosos tanto para la preservación de la separación de los poderes del estado como para el resguardo de derechos y libertades fundamentales, incluidos los derechos a la protesta y a la desobediencia civil. En el caso chileno, estos dilemas tienen ciertas particularidades que emanan de un régimen presidencial reforzado, episodios de intervención política de las FFAA., y experiencias de violaciones de derechos humanos. En consecuencia, una regulación adecuada del estado de excepción constitucional requiere poner especial atención en la subordinación militar al poder civil democrático, la rendición de cuentas y responsabilidad política, y el adecuado manejo de la calamidad pública con un enfoque de gestión de riesgo, más que de emergencia militar.

La regulación de los estados de excepción es indisociable del debate sobre la subordinación de las FFAA. al poder civil democrático. Por una parte, el estado de emergencia posterior al estallido de octubre de 2019 evidenció un espacio de indefinición respecto de la responsabilidad del presidente y el ministro del Interior por las medidas adoptadas durante el estado de excepción. Por otra parte, los estados de catástrofe decretados por desastres naturales han producido conflictos de competencias, por ejemplo, entre jefes de la Defensa y autoridades políticas como el intendente. Del mismo modo, la coordinación entre agencias de gestión de riesgo

y jefes militares de zona genera legítimas interrogantes sobre la jerarquía de mando que impone hoy el estado de catástrofe.

La nueva constitución debe hacerse cargo de que la principal causa de los estados de excepción en las últimas décadas, no sólo en Chile sino en toda América Latina, es la calamidad pública. El concepto de gestión del riesgo sobrepasa con mucho la acción militar en una emergencia, incorporando aspectos preventivos y de diagnóstico que requieren de una acción concertada de agencias especializadas a nivel nacional. Si bien las FF.AA. poseen personal, despliegue territorial y equipamiento que son claves para el manejo de emergencias, esto no significa que el mando de un jefe de la defensa sobre autoridades políticas y técnicas sea la forma más eficiente de controlar una crisis de este tipo. El estado de emergencia, por su parte, aparece como un resabio de la dictadura militar, la que buscó consagrar dos estados de excepción constitucional (el de sitio y el de emergencia) para el mismo tipo de causales, pero con distintas intensidades (García, 2005).

Dada la vinculación entre estado de excepción y régimen político (Cheibub, Elkins y Ginsburg, 2011), parece recomendable fortalecer el poder de contrapeso del congreso frente al ejecutivo en el uso de estados de excepción. También se deberían incorporar requisitos de justificación pública, mecanismos de rendición de cuentas y una clara delimitación de las responsabilidades políticas y legales de las diferentes autoridades involucradas.

Como señala la teoría de los estados de excepción, la pregunta clave de un estado de excepción constitucional “preservacionista” debe ser: ¿preservar qué? La respuesta, en la codificación de normas constitucionales, debe respetar los principios de necesidad, temporalidad, proporcionalidad, control judicial para evitar excesos, e intangibilidad de ciertos derechos. Estos son los principios sustantivos que el derecho internacional exige para las normas de emergencia (García, 2005) y que deberán quedar resguardados en la nueva constitución.

Referencias

- Ackerman, Bruce (2004). “The Emergency Constitution”. *Yale Law Journal*. vol. 113, pp. 1029-1091.
- Arato, Andrew (2002). “The Bush Tribunals and the Specter of Dictatorship.” *Constellations*. Vol. 9 No. 4, pp. 457-476.
- Bassa, Jaime (2021). “Emergencia y estados de excepción constitucional”, en Contreras, Pablo (editor), *La ley de la emergencia. Ensayos sobre el derecho, la excepción y la pandemia*. Santiago: Der Ediciones.
- Cheibub, Jose Antonio, Zachary Elkins y Tom Ginsburg (2011). “Latin American Presidentialism in Comparative and Historical Perspective”. *Texas Law Review*, vol. 89, pp. 1707-1731.
- Collier, Simon y William F. Sater (2004). *A History of Chile, 1808-2002*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Constant, Benjamin (1988). *Political Writings (Edited and with Introduction by Biancamaria Fontana)*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Contreras, Pablo y Salazar, Sebastián (2020). “‘Obedientes y No Deliberantes’: Fuerzas Armadas, Autonomía y Control Democrático en Chile”. *Ius et Praxis*, vol.26, n° 2, pp. 232 – 253.
- Contreras, Pablo (2015). “Las Fuerzas Armadas en la Constitución”, en Bassa, Ferrada y Viera (editores), *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*. Santiago: LOM.
- Fatovic, Clement (2004). “Constitutionalism and Presidential Prerogative: Jeffersonian and Hamiltonian Perspectives”. *American Journal of Political Science*, vol. 48, n° 3, July 2004, pp. 429-444.
- Ferejohn, John y Pasquino, Pascuale (2004). “The Law of the Exception: A Typology of Emergency Powers”. *International Journal of Constitutional Law*, vol. 2, n° 2, pp. 210-239.
- Friedrich, Car. (1950). *Constitutional Government and Democracy: Theory and Practice in Europe and America*. Boston: Ginn and Company.
- García, Gonzalo (2005). “Los estados de excepción constitucional: un nuevo derecho de excepción”. En Zúñiga, Francisco (Comp.), *Reforma Constitucional*. Santiago: Lexis Nexis. pp. 451-476.
- Heise, Julio (1960). *Chile 1810-1960: 150 Años de Evolución Institucional*. Santiago: Editorial Andrés Bello.

- Huneus, Carlos y Berríos, Fabiola (2004). “El Congreso Nacional en un régimen presidencial. El caso de Chile”. *Revista de Derecho Público* n° 66, pp. 61-96.
- Huneus, Carlos (2009). *La guerra fría chilena: Gabriel González Videla y la Ley Maldita*. Santiago: Debate.
- Kleinerman, Benjamin A (2007). “Can the Prince Really Be Tamed? Executive Prerogative, Popular Apathy, and the Constitutional Frame in Locke’s *Second Treatise*”. *American Political Science Review*, vol. 101, n° 2, pp. 209-222.
- Locke, John (1980). *Second Treatise of Government. Edited and with Introduction by C.B. Macpherson*. Indianapolis: Hackett Publishing Company.
- Loveman, Brian (1993). *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*. University of Pittsburgh Press.
- Loveman, Brian y Elizabeth Lira (2002). *Arquitectura política y seguridad interior del estado*. Santiago: DIBAM-LOM.
- Mera, Jorge, González, Felipe y Vargas, Juan Enrique (1987). “Los regímenes de excepción en Chile durante el período 1925-1973”. *Cuaderno de trabajo*, n° 4.
- Negretto, Gabriel y Aguilar, José Antonio (2000). “Liberalism and Emergency Powers in Latin America”. *Cardozo Law Review* (Mayo 2000).
- Nogueira, Humberto (1996). “Los Estados de Excepción en Chile, su incidencia en los Derechos Humanos y el derecho convencional internacional en la materia”, en *Los Estados de Excepción en Chile*. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.
- Quezada, Flavio (2020). “Los estados de excepción constitucional”, en Lorca, Marshall, Selamé y Guiloff (Eds), *La hoja en blanco: claves para conversar sobre una nueva Constitución*. Santiago: La Pollera.
- Rossiter, Clinton (2002). [1948]. *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*. New Jersey: Transaction Publishers.
- Riveros, Francisca (2020). “Problemas en la aplicación práctica de la normativa de emergencia en Chile”. *Actividad formativa equivalente a tesis conducente al grado de Magíster en Derecho Público*. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- Saint-Bonnet, François (2001). *L'état d'exception*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Schmitt, Carl (1999). [1921]. *La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza.
- Stuven, Ana María (1997). “Una aproximación a la cultura política de la elite chilena: concepto y valoración del orden social (1830-1860)”. *Estudios Públicos* 66, Fall 1997.

Valdivia, Verónica (2020). “Subversión, coerción y consenso: violencia estatal en el Chile del siglo XX”. *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani*, 53. Pp. 180-204. doi: 10.34096/bol.rav.n53.8017

Wright, Claire y Soliz Landívar, Ana (2013). “De instrumentos militares de la dictadura a instrumentos políticos de la democracia: Regímenes de excepción en Bolivia 2000-2010”. *Política. Revista de Ciencia Política*, vol. 51, n° 1, pp. 31-59.

