

La delimitación del contenido de los derechos, los límites y la regulación de los derechos . . . . .	245
I. Las limitaciones al ejercicio del derecho y la regulación de los derechos . . . . .	249
II. Los límites a los derechos . . . . .	251
III. Las limitaciones excepcionales a los derechos: los estados de excepción constitucional . . . . .	256

## LA DELIMITACIÓN DEL CONTENIDO DE LOS DERECHOS, LOS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS

Es esencial delimitar el contenido del derecho para saber cuándo se está limitando el derecho, y si esta limitación es constitucional.

La delimitación del derecho es la que realiza el constituyente al fijar su contenido y sus fronteras, el constituyente fija el núcleo indisponible del derecho, sin perjuicio de que otras normas puedan complementar el contenido esencial del derecho cuando el constituyente lo autorice.

El ejercicio de los derechos fundamentales se concreta en la convivencia societaria, por lo cual los derechos constituyen un asunto de interés individual y, a la vez, comunitario. Los derechos que ejerce cada individuo tiene como límite el respeto al ejercicio de los derechos de los demás miembros de la sociedad, como asimismo los bienes jurídicos que establece el orden constitucional en la perspectiva del bien común. De esta forma, los elementos definitorios y los límites de los derechos constituyen elementos estructurales básicos del sistema de derechos fundamentales que han de considerarse en su interpretación y aplicación. Ésta es la razón por la cual las Constituciones autorizan al Estado, que tiene por finalidad guiar a la sociedad hacia el bien común, para establecer limitaciones y regulaciones al ejercicio de los derechos, con el objeto de resolver conflictos y preservar ese bien común.

Las limitaciones a los derechos son las que establece la Constitución o que ésta autoriza al legislador para hacerlo, limitando al derecho con efecto constitutivo.

El derecho de reunirse, está dado por el derecho a juntarse para recibir, dar o intercambiar información, opiniones o plantear problemas comunes de cualquier índole por un espacio de tiempo y en un lugar determinado. La disposición sobre el espacio y el tiempo no forman parte del derecho de reunión, y, en consecuencia, regularlos no constituye una limitación al derecho. El derecho de reunión se torna ilícito cuando se vulneran o

perturban otros derechos, como son la libertad de trabajo, la libertad de enseñanza, el derecho a la educación, el derecho de propiedad, u otros bienes constitucionales como son el orden público.

Así, a manera de ejemplo, podemos considerar el derecho de reunión y la libertad de enseñanza.

El derecho de reunión tiene como limitaciones constitucionales el de ejercerlo en forma pacífica y sin armas. El legislador puede regular el ejercicio del derecho sin afectar su núcleo esencial antes señalado, regulando el derecho de reunión en lugares de uso público, estableciendo la reglamentación de la solicitud a la autoridad pública, su antelación y datos que en ella deben proporcionarse.

La Constitución de 1980, a diferencia de lo que establecía la Carta de 1925, luego de su reforma de 1971, no entregó a la ley la regulación del ejercicio de reunión sino a la potestad reglamentaria de las autoridades de gobierno interior. Consideramos urgente volver a la regulación sólo legal del ejercicio del derecho de reunión, ya que regularlo a través de normas administrativas vulnera la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, los que obligan a que tales regulaciones sean hechas por ley, para evitar la posible arbitrariedad y criterios contradictorios de la autoridad administrativa, al respecto el Estado de Chile se encuentra infringiendo obligaciones establecidas por el derecho internacional de los derechos humanos.

Por otra parte, el núcleo esencial de la libertad de enseñanza está constituido por el derecho a crear instituciones educativas, la libertad para enseñar, el derecho de los padres a elegir la enseñanza de sus hijos y su formación religiosa o moral (artículo 10, núm. 10). El ejercicio de este derecho tiene como límites la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional. A su vez, está sujeta a limitaciones negativas (está proscrito el adoctrinamiento político-partidista) y a regulaciones para el reconocimiento mínimo para cada nivel de enseñanza básica y media, y la dictación de normas objetivas de general aplicación que permiten al Estado velar por el cumplimiento de las regulaciones legales, especialmente la ley orgánica constitucional de enseñanza núm. 18.962 de 1990.

Los derechos operan en su ámbito propio, no puede, por tanto, invocarse un derecho para incumplir deberes u obligaciones de normas jurídicas que regulan otras materias en sus respectivos ámbitos de aplicación. Así, por ejemplo, no puede alegarse el derecho a la libertad de cátedra

por quien enseña ciencia política, habiendo sido contratado como profesor de derecho constitucional, la libertad de cátedra se ejerce dentro del cumplimiento del programa correspondiente a la respectiva cátedra, no existe la libertad para enseñar contenidos distintos al programa de cátedra. La libertad de opinión no puede hacerse valer en caso de incumplimiento de obligaciones establecidas constitucionalmente, como son el respeto a la dignidad de la persona (valor constitucional supremo) y el derecho al honor de las personas (derecho fundamental).

Por tanto, para delimitar el contenido del derecho deben tenerse presente dos elementos: el identificar el ámbito de la realidad al que se alude y fijar lo que se entiende por éste, y el tratamiento jurídico contenido en el precepto que reconoce el derecho, fijando su contenido y el alcance que se da a su protección constitucional.<sup>259</sup>

Así, en cada norma, la Constitución concreta el tratamiento jurídico de ese sector de la realidad y especifica el contenido de la protección misma otorgada por el derecho, dicha exégesis debe realizarse en el contexto de una interpretación unitaria, sistemática y finalista de la Constitución, lo que delimita el derecho en sus límites intrínsecos, vale decir, aquellos que dependen de su propia naturaleza.

Todo derecho, en este sentido, es limitado ya que ampara el contenido del derecho garantizado constitucionalmente. Los límites internos son los que permiten determinar el contenido del derecho, son intrínsecos al mismo. El límite interno es una posición de no derecho, admisible sólo cuando es subsumible en algún elemento del precepto que establece el derecho constitucional, por ejemplo, no puede ejercerse el derecho de reunión en forma violenta o con armas. Estas posiciones de no derecho deben derivar directamente de los preceptos constitucionales, formando parte de la norma que asegura el derecho fundamental.

Los límites internos de los derechos son los supuestos de delimitación propiamente constitucional que fija el alcance y contenido del derecho. Así, todo lo que no pueda ser subsumido en el supuesto de hecho del derecho no son límites, sino supuestos de no derecho, como establece Gavara de Cava.<sup>260</sup>

Los límites externos o intervenciones están dados por normas de carácter infraconstitucional que modifican algunos de los elementos confi-

259 Otto y Pardo, Ignacio de, *op. cit.*, p. 142.

260 Gavara de Cava, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 159.

guradores de los derechos (titular, destinatario u objeto), como consecuencia de la utilización por parte del legislador de una norma de competencia permitida por la Constitución.

Los límites pueden ser explícitos o implícitos. Son explícitos cuando la propia Constitución los señala como tales, es condición fundamental que la naturaleza formal del derecho y la de su límite coincidan, de manera tal que sólo bienes o intereses reconocidos y protegidos a nivel constitucional pueden limitar derechos constitucionales. Los límites pueden ser implícitos o inmanentes, cuando ellos derivan de la necesaria protección de otros bienes o derechos constitucionalmente asegurados, de manera tal que todo derecho está limitado por la exigencia de armonizar su goce con todos los demás derechos fundamentales o humanos contenidos en los pactos internacionales ratificados por Chile y vigentes y en los establecidos por la Constitución formal, esta limitación se puede extender también a otros bienes constitucionalmente protegidos,<sup>261</sup> por lo tanto, no cabe establecer como límites de los derechos fundamentales, cualquier otro bien infraconstitucional o cualquier otro derecho contenido en cualquier precepto legal. Estos límites inmanentes se justifican por la necesidad de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos, atendiendo al hecho que la Constitución constituye un todo sistemático y unitario, lo mismo que el sistema de derechos fundamentales o esenciales.

De esta manera, por ejemplo, puede sostenerse que no puede en virtud de la libertad religiosa, crear una secta nudista o poligámica; como asimismo, tampoco podría en base al derecho a la libertad de trabajo, justificarse el ejercicio de la prostitución.

Una ley puede establecer límites externos explícitos de un derecho fundamental, dotándolo de normas de organización y procedimiento para poder ejercerlo. Sin embargo, no todo derecho puede ser objeto de delimitación externa, ello sólo puede serlo por decisión específica del Constituyente. La limitación exterior al derecho se refiere al límite constitutivo del derecho y no al carácter declarativo del límite ya preexistente.<sup>262</sup>

261 Véase Otto, Ignacio de, "La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía del contenido esencial del artículo 53.1 de la Constitución", Martín-Retortillo, L. y Otto, I., de, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, España, Civitas, 1988, pp. 110 y 111.

262 Otto y Parto, Ignacio de, *op. cit.*, p. 152.

El Constituyente siempre prefigura el derecho y muchas veces lo configura en su contenido esencial, pero en ciertas ocasiones no realiza esta configuración, la cual la deja en manos del legislador, como son por ejemplo, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la admisión a todas las funciones y empleos públicos, el derecho a la seguridad social, el derecho a sindicarse, entre otros.

## I. LAS LIMITACIONES AL EJERCICIO DEL DERECHO Y LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS

La regulación implica la existencia previa de la configuración del derecho por el Constituyente. El regular el ejercicio de un derecho, se ha sostenido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, se refiere a la forma puramente externa de manifestación de derechos, de modo que la actuación de éstos habría de someterse a requisitos que no afectarían a la actividad misma y que se dirigirían a garantizar la publicidad de la conducta amparada por el derecho fundamental (STC, 11/81), o como procedimiento o formalidades a las que se somete el ejercicio de un derecho, los que no pueden ser “tan rígidos o difíciles de cumplir que en la práctica hagan imposible el ejercicio de tales derechos”.

Esta concepción ha sido asumida también por el Tribunal Constitucional Chileno, el que ha sostenido que “Regular una actividad es someterla al imperio de una reglamentación que indique cómo puede realizarse; pero, en caso alguno, bajo pretexto de regular un accionar privado se puede llegar hasta obstaculizar o impedir la ejecución de actos lícitos amparados por el derecho consagrado... en la Constitución Política de la República” (STC del 6 de abril de 1993).

La regulación presupone un derecho fundamental configurado en la Constitución, la que precisa su extensión. Cuando el legislador está habilitado por la Constitución para regular el ejercicio de los derechos, el Constituyente confiere al legislador una potestad normativa que comprende desde la regulación de simples formalidades y procedimientos hasta la posibilidad de establecer limitaciones al ejercicio de los derechos, limitaciones que, a su vez, tienen dos límites: las zonas del contenido esencial de los derechos y las zonas en que la Constitución establece limitaciones específicas al legislador.

El concepto o noción de regulación desarrollado por la jurisprudencia no es susceptible de aplicarse a los derechos que establecen un contenido de carácter negativo, donde no se garantiza la ejecución de una conducta sino que se establece la prohibición de ella, como por ejemplo; no torturar (artículo 19, núm. 11), la inviolabilidad del hogar (artículo 19, núm. 5), no declarar como inculpaado bajo juramento sobre hecho propio (artículo 19, núm. 17, literal f), la no aplicación como sanción de la pérdida de derechos previsionales (artículo 19, núm. 17, literal h); ya que estos derechos y garantías no constituyen conductas que pueden sujetarse a formalidades o procedimientos.

Por ello consideramos que la regulación del ejercicio del derecho presupone la existencia y delimitación del derecho, lo que constituye un concepto de carácter abstracto, tal definición se hace mencionando genéricamente una conducta que en la realidad ser siempre susceptible de diversas modalidades al concretarse.

Por ejemplo, el derecho de reunión que consiste en su esencia en la actividad de juntarse en un espacio y por un tiempo determinado, puede modalizarse de maneras diferentes, ya que las reuniones en cuanto al lugar pueden ser privadas o públicas, en recintos abiertos o cerrados, pueden ser estéticas o dinámicas, pueden ser en silencio o transmitiendo información, pueden ser pacíficas o violentas, etcétera. Toda reunión responde a algunas de estas características, en su realidad de reunión concreta.

Es por ello que el Constituyente al asegurar el derecho de reunión en el artículo 19, núm. 13 de la carta fundamental, introduce elementos concretos que permiten diferenciar las reuniones en recintos privados o en lugares de uso público, el que la reunión sea pacífica y sin armas, concretando el derecho que inicialmente parecía tan abstracto.

A su vez, la abstracción del derecho está dada también por la diversidad de medios o instrumentos a través de los cuales opera el derecho. Así por ejemplo, el derecho a la honra u honor de la persona y de su familia, asegurado por el artículo 19, núm. 4 de la carta fundamental, puede hacerse valer a través de la declaración o rectificación gratuitamente difundida por el medio de comunicación social en que la información hubiera sido emitida, por acciones judiciales u otros medios.

No cabe duda alguna que el legislador puede proteger penalmente los derechos, siendo tal protección penal parte del derecho mismo, por lo que, si se produce una perturbación o privación del derecho que sea pe-

nado legalmente, existe el derecho del ciudadano a dicha protección. Así lo han sostenido el Tribunal Constitucional Español en su sentencia 73/1984, como asimismo, algunos fallos de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1994 (Rol núm.13.597-94 y Rol núm. 38693-94). El último de ellos publicado en Gaceta Jurídica, de septiembre de 1994.

En atención a las consideraciones expuestas coincidimos con De Otto y Pardo, en que:

la regulación del ejercicio de un derecho consiste en la determinación de las posibilidades de concreción de la conducta abstractamente definida, mediante la regulación de los elementos de la realidad que sirven para modalizarla partiendo de una determinación del contenido del derecho establecido por el Constituyente.<sup>263</sup>

Tales modalidades normativas pueden ser la concreción de la actividad o sector de la realidad a la que alude el derecho, la determinación del conjunto de potestades que lo integran, la regulación de los procedimientos activos y reactivos que lo hacen valer, entre otros.

El legislador como representante de la soberanía nacional, en cada momento histórico, está habilitado constitucionalmente para regular las condiciones en que se deben ejercer los derechos dentro de los límites impuestos por el artículo 19 núm. 26, vale decir, no pueden afectar, “los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”. Así, cuando el Constituyente habilita a los órganos colegisladores para regular el ejercicio de los derechos, les confiere una potestad para establecer formalidades, procedimientos y modalidades de ejercicio, sin que ellos puedan afectar la delimitación del derecho formulada por el Constituyente.

## II. LOS LÍMITES A LOS DERECHOS

Los límites a los derechos que nos interesan son los límites jurídicos, los cuales deben distinguirse claramente de los límites de hecho, los cuales derivan de situaciones socio-económicas y culturales que afectan el ejercicio de derechos tales como el derecho al trabajo, el derecho a la cultura, el derecho a la libertad de opinión, etcétera.

263 *Idem*.

## Los límites de los derechos:

se refieren a las situaciones comprendidas en el supuesto de hecho del derecho y, por consiguiente el primer paso en este tema, para saber si estamos discutiendo de límites, es configurar el supuesto de hecho, es decir, el haz de derechos y libertades a los que abarca el derecho. Fuera de esos supuestos, estamos ante problemas distintos, aunque a veces se presenten, como límites.<sup>264</sup>

### 1. *Los límites pueden ser de carácter material o formal*

Los límites materiales “se refieren a contenidos normativos que limitan la producción normativa, la interpretación y aplicación y el ejercicio del derecho”.<sup>265</sup>

El Tribunal Constitucional Chileno ha sostenido que “las limitaciones suponen el establecimiento de determinadas cargas al ejercicio de un derecho, dejándolo subsistente en sus facultades esenciales” (STC, núm. 245, del 2 de diciembre de 1996).

Los límites formales establecen potestades a los operadores jurídicos, para limitar en ciertas hipótesis el ejercicio de derechos o suspenderlos temporalmente.

Por otra parte, existen límites del sistema jurídico en general, que abarcan no sólo a los derechos sino a todo el ordenamiento jurídico, entre ellos se encuentra la moral que fija el marco ético del ordenamiento, el ideal de justicia que recoge la carta fundamental y los principios jurídicos fundamentales: la República democrática y el Estado de derecho; la dignidad, la libertad y la igualdad de los seres humanos. Todo lo cual cristaliza la moralidad positivada, lo que unifica y da sentido al sistema jurídico y al subsistema de derechos.

### 2. *Las limitaciones ordinarias a los derechos*

Los derechos tienen limitaciones, hay pocos derechos en la práctica de carácter absoluto, los derechos que tienen un carácter absoluto son el de no ser torturado, vale decir, sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes (artículo 19, núm. 1 de la Constitución); el de no ser sometido a

<sup>264</sup> Peces-Barba, Gregorio, *Curso...*, op. cit., p. 590.

<sup>265</sup> *Op. cit.*, p. 590.

esclavitud y el de no ser discriminado (artículo 19, núm. 2). Los derechos están sometidos a límites expresos señalados por el propio texto constitucional como son entre otros, los siguientes bienes: la moral, la salubridad pública, el orden público, la seguridad nacional, la conservación del patrimonio ambiental (artículos 19, núm. 11, 15, 24, etcétera).

Los derechos y los bienes en el orden constitucional democrático se encuentran al servicio del desarrollo de la persona y del bien común de la sociedad (artículo 1o. de la Constitución), formando parte de un sistema, donde deben ponderarse los efectos de cada derecho con los bienes constitucionales, para considerar sus límites y su alcance en cada caso concreto, partiendo siempre de una interpretación finalista de tales derechos y bienes, el de estar al servicio de la persona humana y del bien común, lo que significa siempre un cierto equilibrio entre el individuo y el vínculo social.

Por otra parte, el ejercicio del propio derecho tiene como límite el legítimo ejercicio del derecho del otro. Como ya hemos visto, el derecho a la libertad de información puede lesionar el derecho a la vida privada, a la intimidad o el honor de una persona, el derecho de propiedad con el derecho a un medio ambiente libre de contaminación.

En esta materia, generalmente se trae a colación la doctrina de los “preferred rights”, aceptada por la jurisprudencia constitucional, como dice la profesora Teresa Freixesa, “la posición preferente de ciertos derechos ha tenido una gran extensión más allá de ese primer ámbito cualificado y se ha aplicado también a otros ámbitos jurídicos como la libertad de expresión, las cláusulas que regulan los límites de la actuación policial...”.<sup>266</sup> Como señala Peces-Barba, esta teoría de los “preferred rights” supone aceptar la existencia de una jerarquía interna entre los derechos que componen el subsistema de derechos, que permite privilegiar determinados derechos frente a otros, atendiendo a cuál es más importante o cuál causaría un mayor impacto en el sistema jurídico con su desaparición. El problema se presenta como bastante complejo, debiendo analizarse, en cada caso, la ponderación a realizar y su solución.

La jurisprudencia de los tribunales ordinarios y del Tribunal Constitucional chileno, como la de muchos otros países de América Latina y Europa, sostienen que los límites de los derechos fundamentales deben

<sup>266</sup> Freixes Sanjuan, Teresa, *Constitución y derechos fundamentales*, Barcelona, PPU, 1992, p. 60.

ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido que sea más favorable a la eficacia del derecho y sin afectar la esencia de tales derechos. El Tribunal Constitucional español ya establecía en su sentencia 13/84, de 3 de febrero, que “...corresponde al legislador regular con mayor o menor generosidad, los límites impuestos al ejercicio del derecho, incurriendo en inconstitucionalidad exclusivamente cuando se vulnera su contenido esencial...”.

En todo caso, el legislador al regular un derecho esencial, además de respetar su contenido esencial, debe justificar la razonabilidad de dicha limitación, lo que valorará, luego, el juez constitucional.

También los jueces pueden limitar el ejercicio de derechos fundamentales en casos concretos a través de resoluciones judiciales, por ejemplo, respecto del derecho a la inviolabilidad del hogar (autorizando los allanamientos), la inviolabilidad de las comunicaciones (autorizando la interceptación de ellas), la libertad de asociación (disolviendo asociaciones), entre otros casos.

Los derechos pueden tener límites objetivos y subjetivos que nos ponen frente ante un fraude a la ley o ante un abuso del derecho, ante ello, los tribunales chilenos, de acuerdo a la línea jurisprudencial italiana y española, han establecido que el ejercicio ilícito de un derecho no puede protegerse jurídicamente.<sup>267</sup> Nuestra Constitución al regular la acción de protección (amparo en el derecho comparado), en el artículo 20, precisa que tal acción protege al que “sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos...”. En fallo del 15 de septiembre de 1988, la Corte Suprema ha establecido que:

no puede impetrar una protección jurisdiccional como la que prevé el artículo 20 de la Constitución destinado al amparo del imperio del derecho, quien con su actividad o conducta reciente vulnera dicho imperio, pues no se encuentra en la condición esencial que aquella requiere, como es el ser agraviado en el ejercicio legítimo de un derecho.<sup>268</sup>

A su vez, el límite de los derechos puede centrarse en los límites específicos de cada derecho, los cuales están consignados en la regulación constitucional del derecho y de los tratados internacionales ratificados y

267 Fernández Segado, Francisco, *La dogmática...*, op. cit., p. 103.

268 Corte Suprema, 15 de septiembre de 1988, *Revista de Jurisprudencia*, t. 85, s. 51, p. 299.

vigentes, por ejemplo, el derecho a la libertad de opinión y de información tiene como límites el derecho al honor, a la vida privada, a la protección de la juventud y de la infancia; el derecho de petición, el de ejercerlo en términos respetuosos y convenientes, etcétera.

También es posible encontrar en el texto constitucional, normas que prohíben limitar, por ejemplo, la libertad de opinión e información “sin censura previa”, lo que constituye una prohibición de límite, todo ello, sin perjuicio de las responsabilidades ulteriores en caso de delito.

Por otra parte, se plantea el tema del abuso del derecho, lo que constituye un uso excesivo, lo que produce daño a terceros, sin producir un beneficio propio, este principio extraído del derecho privado ha sido objeto de contradicción, ya que parte de la doctrina lo rechaza por ser un límite no establecido constitucionalmente, mientras otros la aceptan como norma principal limitadora, teniendo en consideración, la situación en cada caso concreto, en esta última perspectiva se encuentra Häberle, quien en su concepción institucional de los derechos considera que “la libertad de la que se abusa no es libertad en el derecho, sino que libertad que destruye el derecho”.<sup>269</sup> Peces-Barba nos dirá que estamos en presencia de un límite externo al derecho.

### 3. *Algunas consideraciones finales sobre los límites a los derechos fundamentales*

- A) La limitación debe necesariamente derivarse de la Constitución explícita o implícitamente, directa o indirectamente. En esta última situación, debe justificarse por la necesidad de proteger otros derechos fundamentales u otros bienes constitucionalmente protegidos.
- B) La limitación de los derechos fundamentales debe concretarse por ley. Los derechos no pueden ser limitados en su ejercicio por disposiciones de carácter reglamentario.
- C) Todo acto o resolución que limite derechos fundamentales debe estar motivado para que las personas afectadas en el ejercicio de sus derechos deban saber los hechos y razones que justifican el

<sup>269</sup> Häberle, en su artículo “La libertà fondamentali nello Stato Costituzionale”, p. 149, en el libro de Rovira Viñas, A., *El abuso de los derechos fundamentales*, España, Editorial Península, 1983.

por qué del ejercicio de su derecho se sacrifica y los intereses a los que se sacrificó.

- D) Toda limitación en el ejercicio del derecho debe ser controlable jurisdiccionalmente, mediante acción constitucional de amparo o protección, además de los procedimientos ordinarios o sumarios.
- E) Toda limitación de un derecho fundamental debe ser interpretada restrictivamente y en el sentido más favorable a la esencia y eficacia del derecho.
- F) La norma limitadora de un derecho fundamental debe asegurar que dicha restricción sea necesaria para conseguir el fin perseguido, donde este último debe ser siempre un fin legítimo, si bien la legitimidad se constata a partir de la propia Constitución.
- G) El acto limitador del ejercicio del derecho debe considerar la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se encuentra a quien se impone el sacrificio.
- H) La limitación del derecho debe respetar siempre su contenido esencial que constituye el núcleo duro que nunca podrá ser afectado por las limitaciones legislativas, es el límite a la acción limitadora legislativa en materia de derechos fundamentales. Así, todos los siete pasos anteriores permiten delimitar el derecho y nos indican si la acción concreta forma o no parte del derecho.
- I) De entre los diversos medios posibles para operar la limitación del derecho hay que optar por aquellos que lesionen o afecten en menor medida el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas.

### III. LAS LIMITACIONES EXCEPCIONALES

#### A LOS DERECHOS: LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL

#### 1. *Introducción*

El tema de fondo de los estados de excepción es el de la relación del poder y el derecho. Lo normal, de acuerdo a la concepción del Estado constitucional de derecho, es que el poder está sometido al derecho y actúe encuadrado por el ordenamiento jurídico. 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, tales como guerras internacionales, guerras civiles o

internas, rebeliones armadas, se sostiene que no bastan para afrontarlas y superarlas los instrumentos que proporciona la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico, sino que 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.

El fundamento de la adopción de estas medidas extraordinarias es el principio de la legítima defensa que se encuentra presente en el derecho penal, es decir, la utilización de un medio generador de un dao cuando se busca repeler un acto violento o ilegítimo, debiendo en todo caso mantenerse el principio de proporcionalidad, ya que el medio utilizado para repeler la agresión debe ser proporcional a las circunstancias. También se ha entregado como justificación determinados principios generales del derecho como la cláusula *rebus sic stantibus* o la teoría de las plusvalías políticas adicionales. Ello justifica las restricciones o suspensiones del ejercicio de determinados derechos constitucionales, sin que, en ningún caso, puedan suspenderse o restringirse otras, como claramente lo determinan los pactos de derechos humanos vigentes en el ambiente de Naciones Unidas y el ámbito americano, que son los que nos afectan directamente.

El establecimiento de estados de excepción constitucional, en los ordenamientos constitucionales, busca evitar el rompimiento del Estado de derecho cada vez que se presenten situaciones de anormalidad, y los gobiernos cuenten con atribuciones que sólo se justifican en situaciones de crisis o emergencia. Es por ello que las Constituciones que operan dentro de la concepción de un Estado democrático y un Estado de derecho autorizan en situaciones de excepción la declaración de Estados de excepción, previa constatación empírica objetiva y demostrable de la existencia de las hipótesis normativas sealadas en la Constitución, que habilitan para declarar formalmente el Estado de excepción y ejercer las atribuciones que éste habilita, no pudiendo afectarse el ejercicio de otros derechos que no autoriza el ordenamiento constitucional y los pactos internacionales de los cuales el Estado es parte, con el consiguiente control jurisdiccional de los tribunales nacionales y de las instancias internacionales o supranacionales que establecen los pactos internacionales o sus protocolos complementarios.

A su vez, el respeto por las autoridades del Estado de las normas constitucionales sobre estados de excepción en armonía con los pactos inter-

nacionales 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.

Sin embargo, el establecimiento de los estados de excepción requiere de situaciones verdadera y comprobadamente excepcionales que constituyan una amenaza presente o inminente contra la seguridad de las instituciones que configuran el Estado de derecho y Estado constitucional democrático, lo que constituye una amenaza indirecta al respeto, protección y garantía de los derechos de las personas que el Estado protege por la amenaza de superación o de peligro inminente de superación de la institucionalidad b sica del Estado. Así, los estados de excepción pueden afectar temporalmente el ejercicio de algunos derechos, pero sólo por el lapso estrictamente necesario para superar la situación de excepción y salvar la vigencia de los demás derechos y luego restablecer el pleno imperio de todos los derechos.

Uno de los aspectos centrales que preocupan al ámbito del derecho constitucional y de los derechos humanos, es que la regulación de dichos estados de excepción constitucional pueden presentar el riesgo de abrir paso, en una perspectiva de abuso y desviación de poder, a la ruptura del Estado constitucional de derecho.

Desde otra perspectiva, se presenta la interrogante de hasta dónde es posible regular jurídicamente, tanto las circunstancias de hecho que configuran las situaciones de excepción, como el contenido de las medidas excepcionales o extraordinarias que en la ocasión se autorizan y quién las autoriza.

El peligro más grave para un Estado constitucional de derecho es la utilización de fórmulas indeterminadas o demasiados ambiguas, que dejen un nivel amplio de discrecionalidad a la autoridad o a las autoridades que deben concurrir a la toma de la decisión, corriendo el riesgo de que la adopción de los estados de excepción se preste para abusos de poder y para solucionar represivamente conflictos políticos normales en una sociedad democrática.

El objetivo que debe cumplirse en un Estado constitucional de derecho al regular los estados de excepción constitucional, es conciliar las exigencias de preservación de la sociedad democrática y sus libertades con la de preservar su seguridad interna y externa, en otras palabras, *salvar*

*simult neamente*, la *ratio juris* y la *ratio status*, sometiendo al ordenamiento jurídico, lo que pareciera intentar escapar de su regulación, la emergencia, la situación de excepción.

Por último, es necesario señalar que los estados de excepción que nos interesa analizar son aquellos que se encuentran regulados e integrados en los ordenamientos constitucionales y no aquellos otros “estados de excepción”, así denominados genéricamente, en los cuales se ha quebrantado el ordenamiento constitucional y se ha estructurado un gobierno de facto al margen del Estado de derecho o se ha establecido una dictadura constitucional. Lo que caracteriza a esta última institución, la dictadura constitucional, es la concentración de todos los poderes en una magistratura única, en un ordenamiento donde se renunció a prever las situaciones de excepción y a delimitar los efectos de las necesidades derivadas de la superación de la emergencia sobre el ordenamiento constitucional.

Así, el modelo de Estado excepcional difiere, profundamente de la dictadura constitucional, ya que el primero establece una regulación normativa dentro de la Constitución que opera manteniendo lo fundamental del orden constitucional, instituyendo solamente algunas competencias extraordinarias taxativamente delimitadas para afrontar la crisis a ciertos órganos del Estado, cuando ella no puede ser superada por los medios normales contemplados en la carta fundamental. Como señala Cruz Villalón, “el presupuesto esencial del estado excepcional es la tipificación de la emergencia” en el texto constitucional.<sup>270</sup>

No podemos dejar de mencionar que, en diversos países de América Latina en su historia reciente, los “estados de excepción” en sentido amplio o gobiernos de *facto*, utilizan el instrumental de los estados de excepción constitucional en sentido estricto. Obviamente, los ordenamientos jurídicos no regulan los estados de excepción en sentido lato, es decir, aquellos que constituyen un rompimiento del ordenamiento constitucional y se convierten en gobierno de *facto*. A lo más, algunas Constituciones latinoamericanas establecen el derecho de rebelión contra dichos regímenes inconstitucionales, estableciendo fuertes sanciones administrativas, civiles o penales, una vez que se reestablezca el ordenamiento constitucional, a quienes hayan servido al régimen de facto, todo lo cual sólo ser posible en caso de que las fuerzas constitucionales resulten triunfantes

270 Véase Cruz Villalón, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, España, Tecnos, 1984, pp. 33 y 34.

frente a la acción de las fuerzas del gobierno de facto, de lo contrario, este último establecer el fundamento de un nuevo ordenamiento jurídico que reemplace al anterior.

La incidencia indiscutible que tiene la aplicación de los estados de excepción respecto del respeto y garantía efectiva de los derechos humanos, no sólo genera la preocupación de quienes se interesan en los estados, en la vigencia efectiva de un Estado de derecho, sino que es uno de los puntos de preocupación del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, cuyas regulaciones limitan y condicionan la utilización de los estados de excepción constitucionales en el plano de derecho interno de los estados.

De esta forma, los elementos integrantes del derecho de excepción, están dados por la definición de las hipótesis de excepción; la determinación taxativa de los estados de excepción; la determinación de las autoridades que aprecian tales situaciones de excepción y pueden determinar los estados de excepción; la determinación de las medidas que pueden ser adoptadas por las autoridades competentes durante la vigencia del respectivo Estado de excepción; las garantías y controles jurídicos nacionales e internacionales previstos para evitar el uso abusivo o arbitrario de las competencias extraordinarias derivadas de los estados de excepción constitucionalmente previstos.

Podemos concluir esta introducción señalando, que los estados de excepción constituyen un conjunto sistematizado de normas constitucionales y de derecho internacional, que informados por los principios de necesidad y temporalidad, tienen por objeto las situaciones de crisis y por finalidad la mantención o restablecimiento del Estado de derecho constitucional democrático.<sup>271</sup>

## 2. *Los estados de excepción en el ordenamiento jurídico chileno*

Las Constituciones chilenas han incluido con mayor o menor amplitud, los estados de excepción constitucional. No pretendemos realizar un estudio en la materia de carácter histórico, sólo consideramos las cartas de 1925 y 1980, que son aquellas que nos han regido durante los últimos casi setenta años.

271 Véase Amaral Santos, Aricê Moacyr, *O Estado de emergência*, Sao Paulo, 1981, p. 31 y Afonso da Silva, José, *Curso de direito constitucional positivo*, 6a. ed., Brasil, Editora Revista dos Tribunais, 1990, p. 635.

Con el objeto de realizar un estudio sistemático consideraremos los siguientes aspectos: 1) circunstancias de hecho en que se produce la situación de excepción; 2) la o las autoridades que deciden y autorizan la excepción; 3) los contenidos de las facultades o poderes extraordinarios, 4) límites y controles de los poderes extraordinarios.

### *A. Las circunstancias de hecho en que se produce la situación de excepción*

#### *Introducción*

La doctrina, en general, señala tres tipos de situaciones que justifican la imposición de un Estado de excepción constitucional: la guerra, las perturbaciones de orden público y las calamidades naturales.

Algunos autores agregan a esta tipología que las dificultades económicas graves pueden justificar la declaración de un Estado de excepción, otros consideran que una crisis económica sólo justificaría un Estado de excepción constitucional en el caso que produzca una perturbación del orden público, de modo que la crisis económica sólo de manera indirecta podría ser causa de un Estado de excepción Constitucional. En este último sentido tenemos las conclusiones del seminario de expertos internacionales conocida como “Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos”.<sup>272</sup>

A su vez, la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Lawless*, ha aportado a la doctrina sobre causales de Estados de excepción que:

El significado natural y corriente de una emergencia pública que amenaza la vida de la nación es, según opinamos nosotros, una situación de peligro o crisis excepcional e inminente que afecta al público en general, y no sólo a algunos grupos en particular, y que constituye una amenaza a la vida organizada de la comunidad de que el Estado en cuestión está compuesto.<sup>273</sup>

De esta forma, aquel concepto de amenaza a la vida de la nación debe comprender cuatro elementos básicos: a) la existencia de un peligro ex-

<sup>272</sup> Véase, *Los estados de excepción en la región andina*, Perú, Comisión Andina, 1987, pp. 277-295.

<sup>273</sup> Corte Europea de Derechos Humanos, Serie B, 1960-1961, p. 82.

cepcional; b) que sea inminente; c) que afecte a la población en su totalidad y d) genere consecuencias para la vida organizada de la comunidad.

En el caso de Grecia, la Comisión Europea de Derechos Humanos hizo un aporte significativo a la definición, equiparando el concepto de peligro excepcional a la situación en que “las medidas o restricciones normales permitidas por la Convención para el mantenimiento de la seguridad pública, la salud y el orden sean claramente inadecuadas”.<sup>274</sup>

A su vez, la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, se ha pronunciado oficialmente acerca del sentido y alcance del artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, párrafo 1, en su informe de 1983, sobre Nicaragua, en los siguientes términos:

“La Comisión considera, al interpretarse la primera parte del párrafo 1 del artículo 27 de la Convención Americana, que la emergencia debe revestir un carácter grave, motivada por una situación excepcional que verdaderamente signifique una amenaza a la vida organizada del Estado”.<sup>275</sup>

En tal sentido no es suficiente de que el gobierno del Estado se encuentre amenazado, sino que sea la vida organizada del país, la que se vea en esa situación, ya que el gobierno puede estar gravemente amenazado en su subsistencia por una elección o puede ser, incluso, el gobierno el que amenace la vida organizada del país, por violar derechos humanos de manera generalizada y sistemática.

A su vez, los principios de Siracusa en el párrafo correspondiente a las “situaciones de excepción” que pongan en peligro la vida de la nación, establece los siguientes criterios:

39. Un Estado parte solamente puede adoptar medidas para suspender sus obligaciones en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4o. (en lo sucesivo denominadas medidas de derogación) cuando se enfrente con una situación excepcional y un peligro real o inminente que amenace la vida de la nación. Se entenderá que una situación constituye una amenaza a la vida de la nación cuando:

a) Afecte toda la población y a todo el territorio del Estado o parte de él, y

274 Caso de Grecia, Comisión Europea de Derechos Humanos, párrafo 153.

275 Documento de la OEA, Ser/L/V/II.62, documento 10, rev. 3-29 de noviembre de 1983, Washington, D. C.

b) Amenace la integridad física de la población, independencia política o la integridad territorial del Estado o la existencia o el funcionamiento básico de instituciones indispensables para asegurar y proteger los derechos reconocidos en el Pacto.

Es de gran importancia que las situaciones o hechos que motiven la declaración del Estado de excepción sean hechos reales o inminentes de carácter grave que no sean susceptibles de ser afrontados con los mecanismos ordinarios con que cuenta el Estado para tal efecto.

En tal sentido, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su informe del periodo 1980-1981, llamó la atención sobre dichos aspectos, en la siguiente forma:

Sin embargo, en la práctica, muchas veces, estos estados de emergencia han sido dictados sin que las circunstancias los justifiquen, como un simple medio de acrecentar la discrecionalidad del ejercicio del poder público. Esta contradicción queda en evidencia cuando las propias autoridades públicas afirman, por una parte, que existe paz social en el país y, por otra, establecen estas medidas de excepción, las que sólo pueden encontrar justificación frente a amenazas reales al orden público o la seguridad del Estado.<sup>276</sup>

A su vez, en el caso Grecia, citado por O'Donnell, el fallo de la Corte Europea determinó que la restricción transitoria se justifica cuando “las medidas o restricciones normales permitidas por la Convención para el mantenimiento de la seguridad pública, la salud y el orden (sean) claramente inadecuadas”.

La existencia o no de la gravedad de la emergencia en forma objetiva, es un elemento que, necesariamente, debe ser evaluado por el control jurídico, tanto interno como internacional, de la aplicación de las medidas.

Es así como los principios de Siracusa, plantean que:

“51. La gravedad, duración y ámbito geográfico de toda medida de derogación se adaptarán a lo estrictamente necesario para hacer frente a la amenaza a la vida de la nación y deberán ser proporcionales a su naturaleza y alcance”.

Finalmente, las restricciones provocadas por los estados de excepción constitucional no pueden ser incompatibles con otras obligaciones del de-

276 OEA/L/V/II, 54 Doc., 9 rev., 16 de octubre de 1981.

recho internacional en materia de derechos humanos que obligan al Estado nacional, como es el caso del derecho internacional Humanitario regulado por los Convenios de Ginebra del año 1949 y sus protocolos adicionales, los que regulan el denominado “derecho de la guerra”, conteniendo normas sobre protección a los heridos, a los enfermos y a los náufragos;<sup>277</sup> el comportamiento de los combatientes y la protección de los prisioneros de guerra protección de la población civil y de las personas civiles en tiempo de guerra,<sup>278</sup> y protección a las víctimas de los conflictos armados no internacionales.<sup>279</sup>

En especial, el artículo 3o. que es común a los cuatro convenios de Ginebra y el II Pacto Adicional, establecen:

En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las altas partes contratantes, cada una de las partes contendientes tendrá la obligación de aplicar, por lo menos, las disposiciones siguientes:

1. Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención, o por cualquier otra causa, serán, en toda circunstancia, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable, basada en la raza, o cualquier otro criterio an logo. A tal efecto, están y quedan prohibidos, en cualquier tiempo y lugar, respecto a las personas arriba mencionadas:

a) Los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios.

b) La toma de rehenes.

c) Los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes.

d) Las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin juicio previo emitido por un tribunal regularmente constituido y provisto de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2. Los heridos, los enfermos y los náufragos serán recogidos y cuidados.

277 O’Donell, *Legitimidad*, op. cit., p. 196.

278 “Convenio de ginebra sobre el trato a los prisioneros de guerra” (III Convenio del 12 de agosto de 1949). Protocolo adicional I, título III.

279 “Convenio de ginebra sobre la protección de las personas civiles en tiempo de guerra” (IV Convenio del 12 de agosto de 1949). Protocolo adicional I, título IC.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las partes contendientes.

Las partes contendientes se esforzarán, por otra parte, en poner en vigor, por la vía de acuerdos especiales, la totalidad o parte de las demás disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las disposiciones precedentes no tendrá efecto sobre el estatuto jurídico de las partes contendientes.

El Protocolo adicional II extiende a los conflictos armados no internacionales la aplicación de las principales normas del Protocolo I relativo a protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades.

Otras convenciones aplicables en la materia son las convenciones sobre la Tortura, sobre el Genocidio y los convenios de la OIT en materia de derechos humanos básicos.

### *B. Circunstancias que justifican los estados de excepción constitucional en Chile*

#### *Circunstancias justificatorias bajo la carta de 1925*

La Constitución de 1925 establecía como circunstancias justificatorias para declarar un Estado de excepción constitucional los casos de “guerra extranjera”, “ataque exterior” o “conmoción interior” de acuerdo al artículo 72, núm. 17. A su vez, el artículo 44 autoriza la restricción de determinados derechos cuando lo reclamare “la necesidad imperiosa de la defensa del Estado”, de “la conservación del régimen constitucional” o de “la paz interior”.

Bajo el imperio de la Carta de 1925 se consideró que había ataque exterior cuando “un punto cualquiera del territorio es invadido por fuerzas armadas extranjeras y con propósitos hostiles. No bastaban los simples incidentes de frontera de fácil solución diplomática.

A su vez, por conmoción interior se entendía, de acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua “tumulto, levantamiento, alteración de algún reino, provincia o pueblo”. Se trata de un levantamiento concreto o visible.

Las facultades extraordinarias. Estas facultades extraordinarias derivaban de la Carta de 1833, la que las establecía en su artículo 36, núm. 6, que era atribución exclusiva del Congreso Nacional “autorizar al presidente de la República para que use facultades extraordinarias, debiendo

siempre señalarse expresamente las facultades que se le conceden, y fijar un tiempo determinado a la vigencia de esta ley. Esta disposición fue sustituida por reforma constitucional del 24 de octubre de 1878 en términos relativamente similares a lo que se encontraba en la Constitución de 1925.

En la Carta de 1925, su artículo 44, núm. 12, señalaba que sólo en virtud de una ley se puede “restringir la libertad personal y de imprenta y suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión, cuando lo reclame la necesidad imperiosa de la defensa del Estado, de la conservación del régimen constitucional o de la paz interior, y sólo por periodos que no podrán exceder de seis meses. Si estas leyes señalaren penas, su aplicación se hará siempre por los tribunales establecidos. Fuera de los casos prescritos en este número, ninguna ley podrá dictarse para suspender o restringir las libertades o derechos que la Constitución asegura.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia de abril de 1948, resolvió que “la necesidad o conveniencia de dictar semejante ley es facultad privativa del Poder Legislativo”.

Ley de Emergencia. Durante la Segunda Guerra Mundial se dictó en Chile la ley núm. 7.200 publicada en el *Diario Oficial* del 21 de julio de 1942, generalmente denominada ley de emergencia, que permitía establecer zonas de emergencia, partes del territorio nacional en caso de “peligro de ataque exterior o de invasión”, de “actos de sabotaje contra la seguridad nacional”, según determinaba el artículo 23 de la ley en análisis.

La Ley núm. 8.837 del 22 de agosto de 1947, en su artículo 1o., agregaba otra circunstancia de hecho que posibilitaba la declaración de zona de emergencia, los “actos de sabotaje contra la producción nacional”.

El DFL, núm. 34/2.245, publicado en el *Diario Oficial* del 24 de noviembre de 1942, había conceptualizado el sabotaje como “toda acción encaminada a destruir o perjudicar armamentos, municiones, elementos bélicos o instalaciones de cualquier clase relacionado con algún servicio público, empresas o industrias útiles a la defensa y aprovisionamiento o economía del país, a los medios de locomoción o comunicación que tiende a perturbar la defensa nacional”.

Las zonas de emergencia fueron declaradas en variadas oportunidades por los gobiernos, como son los casos de las leyes 8.837 del 23 de agosto de 1947; 8.940 del 16 de enero de 1948 y 8.960 del 1o. de julio de 1948; ley 9.261 del 15 de noviembre de 1948.

A su vez, durante el gobierno del General Carlos Ibañez del Campo, por simples Decretos Supremos y de forma que vulneraba la Constitución, declaró Zonas de Emergencia a través de los Decretos Supremos, núm. 2.407, 2.408, 2.410 y 2.412 del 10 de septiembre de 1954, remitiéndose en tales decretos a la ley 7.200 y al DFL 34/2245.

En 1958 se declara una nueva zona de emergencia a través de la Ley 12.927 del 6 de agosto de 1958, sobre seguridad del Estado, la que crea un nuevo régimen de excepción llamado Estado de emergencia. El artículo 31 de ese cuerpo legal sealaba: “En caso de guerra, de ataque exterior o de invasión, el presidente de la República podrá declarar todo o parte del territorio nacional en Estado de emergencia, sea que el ataque o invasión se haya producido o existan motivos graves para pensar que se producir”. Esta norma sufrió una importante modificación en virtud de la Ley 13.959 del 4 de julio de 1969, la cual vendrá a agregar un segundo inciso a este artículo: “En caso de calamidad pública el presidente de la República podrá declarar en estado de emergencia la zona afectada, por una sola vez y hasta por un plazo de seis meses”.

Finalmente, la ley núm. 13.959 del 4 de junio de 1960 determina como causal para decretar el estado de emergencia “la calamidad pública”.

Podemos concluir que durante la vigencia de la Constitución de 1925, se produjo una ampliación significativa de causales justificatorias de regímenes o Estados de Excepción, las cuales si las sistematizamos, son las siguientes:

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.
9. Calamidad pública.

Muchas de estas causales no estaban claramente conceptualizadas, prestándose para interpretaciones amplias y por tanto, su definición e interpretación quedaba entregada a la autoridad que declaraba el Estado de excepción correspondiente.

No siempre se respetaron las causales que autorizaban la dictación de los estados de excepción. En efecto, se dictaron estados de sitio de carácter preventivo, cuando no existían los hechos que eran necesarios y habilitantes para declararlos, un ejemplo de ellos es el dictado en septiembre de 1954 por el presidente Ibáñez del Campo, donde se establece como fundamento del decreto respectivo, lo siguiente:

Que no obstante la solución obtenida para los movimientos huelguísticos del cobre y para muchos otros con que la ciudadanía ha sido perturbada en el ejercicio de la actividad laboriosa, subsiste el peligro de una acción destinada a quebrantar el juego de nuestra vida democrática.

Que a cada instante toman mayor ímpetu las amenazas de un paro general y de huelgas de advertencia o de adhesión, según antecedentes que obran en poder del Ejecutivo y que obedecen a un plan de inspiración foránea.

Que es obligación fundamental del presidente de la República mantener el orden público de acuerdo con lo prescrito en el artículo 71 de la Constitución Política y preservar la estabilidad institucional, para la cual deben preverse los acontecimientos a fin de evitar a la nación contingencias dolorosas.

Otro ejemplo es el forzamiento de las causales establecidas en el ordenamiento jurídico, interpretándolo de manera diferente de la finalidad y situaciones previstas por el legislador. Un ejemplo de ello fue el Decreto Supremo núm. 204 del Ministerio de Defensa del 30 de junio de 1973, fundamentando el estado de emergencia de la siguiente forma:

1. Los graves hechos que se iniciaron en la mañana de hoy por miembros de una unidad del Ejército de la Guarnición de Santiago; 2. que estos hechos aún difíciles de conocer en toda su magnitud, están amenazando la normalidad constitucional en todo el país; 3. que todo lo anterior por la imposibilidad de prever las consecuencias que pueden derivarse de la actual situación, constituye calamidad pública...

En lo que se refiere a la aplicación de las medidas durante el Estado de sitio, se cometieron excesos fuera del ordenamiento jurídico al imponerse traslados a un lugar determinado y no en un departamento en cuanto división político-administrativa del Estado como establecía el precepto normativo vigente, lo que fue avalado por los tribunales. Así una sentencia de la Corte de Santiago citada por Elena Caffarena en su trabajo “El

recurso de amparo frente a los regímenes de emergencia, Santiago, 1957, se señala:

Que, con todo, y atendidas las alegaciones hechas en estrados es de advertir que la Constitución Política al autorizar al presidente de la República para trasladar a un individuo de un departamento a otro, en la situación grave de conmoción interior, que da lugar a un Estado de sitio, lo está facultando para trasladarlo de un punto determinado a otro punto de un departamento distinto, que es la única manera que tendría el gobierno constituido para vigilar los actos de las personas trasladadas ya que si se entendiere que la atribución es sólo para trasladar a un departamento distinto, dentro de cuyo territorio pudiera actuar a discreción el trasladado, haría ilusoria la medida, pues hay que convenir que ésta no sólo tiene por objeto alejar a un individuo que se ha estimado peligroso de un punto determinado, sino que también llevárselo a otro donde pueda vigilársele a fin de que no eluda el traslado que se le ha impuesto.

Otra práctica distorsionadora es la de no dictación de decreto para ordenar el arresto de personas, a las cuales se aplicaba dicha medida, considerando el ejecutivo que bastaba una simple orden del presidente de la República, violándose así el artículo 75 de la Carta de 1925. Asimismo, como en muchas oportunidades la orden era verbal, se vulneraba el artículo 13 de la misma Constitución, que establecía que la orden de detención debía ser intimada en forma legal, los tribunales avalaron este proceder salvo casos excepcionales. En muchas oportunidades se detenía a las personas en Comisarías de Investigaciones, en lugares destinados a reos comunes, lo que vulneraba una garantía constitucional como lo seala el fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción de 1932 “dicha detención no ha podido ni legal ni constitucionalmente llevarse a efecto en un local que por su naturaleza misma está destinado a servir de lugar de detención aéreos comunes como es la Comisaría de Investigaciones...” (Gaceta de los Tribunales, 1932, t. II, p. 517). En otras oportunidades, se aplicaba el Estado de Sitio a todo el territorio nacional y no sólo al punto afectado por la conmoción.

Finalmente, algunas veces el Ejecutivo clausuraba las sesiones extraordinarias del Congreso para poder declarar el Estado de Sitio sin acuerdo de este último o, en algunas oportunidades, el Congreso es quien delega en el Ejecutivo la facultad de dictar leyes de facultades extraordinarias

o el Estado de Sitio, cuya delegación no estaba autorizada por la Constitución.

A su vez, los tribunales de justicia, en general, se inhibieron de ejercer sus facultades jurisdiccionales y conservadoras al no entrar a calificar la justificación de los estados de excepción como tampoco la razonabilidad de las medidas adoptadas durante su vigencia, sólo en algunas oportunidades, y no siempre, calificaban las circunstancias formales que rodeaban la utilización de las medidas en los casos específicos que les eran sometidos a su conocimiento.

#### *b. Las circunstancias justificatorias bajo la Constitución de 1980*

La Comisión de Estudios de la Nueva Constitución estableció una subcomisión que analizó los estados de excepción y que trabajó paralelamente en el Acta Constitucional núm. 4 relativa a regímenes de emergencia, como en el articulado permanente para la Constitución, en las sesiones 217-220, 361-364 y 367-371, concluyendo en la necesidad de terminar con la complejidad y frondosidad de legislación en materias de estados de excepción, llegando a consagrar constitucionalmente una sistematización de los estados de excepción en sus aspectos básicos en los artículos 39-41, no pudiendo haber otros regímenes de excepción establecidos por ley o norma reglamentaria.

El artículo 39 determina como situaciones de excepción que son las circunstancias justificatorias para establecer los estados de excepción, las de:

- a) Guerra externa o interna
- b) Conmoción interior
- c) Emergencia
- d) Calamidad pública

Respecto de estas circunstancias justificatorias o situaciones de excepción que habilitan para establecer los estados de excepción constitucional, el Constituyente estimó no aconsejable definirlos en la Constitución, el mismo criterio mantuvo el legislador orgánico. Se argumentó que tales conceptos eran más bien de orden político y definirlos significaba precisar, con carácter jurídico, conceptos políticos, de manera tal que decisiones de gobierno podrían ser susceptibles de revisarse por vía jurisdiccional, como asimismo, que al definirlos podría correrse el riesgo de que

ciertas situaciones no fueran consideradas, dejando al gobierno sin instrumentos para enfrentar la situación, ya que las anomalías son difíciles de prever en todas sus dimensiones. En nuestra opinión, las situaciones de excepción son de hecho excepcionales y anormales, en las que el orden jurídico o la existencia de la sociedad política y el Estado se ven o están inminentemente amenazados por una guerra, una conmoción interior, una calamidad pública u otra emergencia.

#### a) *Guerra externa o interna*

Se entiende que hay guerra externa cuando formalmente ha sido declarada por decreto supremo del presidente de la República, con la firma de todos los ministros de Estado, previa autorización por ley, en la que conste que se ha escuchado al Consejo de Seguridad Nacional. Dicha ley es de iniciativa exclusiva del presidente de la República. Una segunda situación en que se entiende que hay guerra externa es cuando existiere de hecho la guerra o se hubiere decretado la movilización para ella, según determina el artículo 418 del Código de Justicia Militar.

Aun cuando en el seno de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución no hubo acuerdo oficial, se señaló que quedaban comprendidas dentro de la expresión “situación de guerra” el ataque exterior, los enfrentamientos armados, el peligro de invasión, la guerra entre terceros estados que puedan comprometer la integridad nacional o comprometer la soberanía, el enfrentamiento con fuerzas irregulares extranjeras con patrocinio o no de un Estado extranjero y la obligación perentoria, para un país signatario del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca de Río de Janeiro de ponerse en beligerancia inmediata. Así consta en la sesión núm. 219 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, aun cuando ésta no constituye historia fidedigna de la norma constitucional.

La guerra interna no ha sido definida en la Constitución ni por el legislador, en todo caso, consideramos que debe tratarse de un conflicto armado grave entre sectores que integran la sociedad y que luchan por la consecución del poder o por reivindicaciones al margen del ordenamiento constitucional democrático, los cuales tienen una organización militarizada y controlan alguna porción del territorio del Estado, todo ello armonizando la disposición constitucional con las convenciones de Ginebra de 1949 y sus protocolos complementarios, ratificados por el Estado de Chile y vigentes, los cuales junto con ser derecho internacional

obligatorio para Chile, forman parte de su propio ordenamiento jurídico interno.

Tal situación de guerra interna debemos diferenciarla de la de conmoción interna, ya que el legislador orgánico constitucional ha establecido la diferencia al señalar que sólo en el caso de Estado de sitio por causa de guerra interna, cesa la competencia de los tribunales militares en tiempo de paz y comenzar la de los tribunales militares en tiempo de guerra, como lo dispone el artículo 15 de la LOC de estados de excepción, situación en que inmediatamente deben entrar a regir los Convenios de Ginebra y sus protocolos complementarios.

Consideramos que en ambos tipos de guerra hay un estado de beligerancia que debe regirse por las convenciones de Ginebra de 1949, consideramos, además, que no puede establecerse el estado de guerra interna sin que se cumplan las exigencias establecidas en dichas convenciones y sus protocolos complementarios. Así está establecido también en otras Constituciones latinoamericanas, por ejemplo, la Constitución de Colombia de 1991, en su artículo 214.2, el cual establece que los estados de excepción se someterán a las siguientes disposiciones: “2... en todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario”.

### b) *La conmoción interior*

En la sesión 218 de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución se determinó que, en principio, había conmoción interior no sólo al enfrentarse fuerzas rebeldes con la fuerza pública, sino también al haber acciones, amenazas o presiones de tal naturaleza que puedan trastornar significativamente el orden institucional o económico. Nos parece que el nivel de enfrentamientos de la fuerza rebelde con las fuerzas públicas, para diferenciarse de la guerra interna debe ser localizado en una parte no demasiado significativa del territorio nacional, sin control de territorio por parte de los rebeldes y con fuerza no demasiado significativa. De lo contrario, no habría criterio diferenciador entre guerra interna y conmoción interna, lo que a todas luces y aplicando criterios de hermenéutica constitucional, las distinciones expresas se hacen en la medida que tengan diferente naturaleza y consecuencias jurídicas.

### c) *Emergencia*

De las actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución se llega a la conclusión que la emergencia es un concepto genérico, en que se busca regular lo no previsto, y sus causas podían ser políticas, económicas, sociales o científicas, entre otras. La emergencia busca regular el imprevisto entregándose algunos instrumentos jurídicos a la autoridad para enfrentarlos. Ello explica lo amplio de las causales para decretar el Estado de emergencia: a) graves alteraciones al orden público y b) daño o peligro para la seguridad nacional, sea por causa de origen interno o de origen externo.

De acuerdo a las convenciones internacionales, la autoridad debe establecer dicho Estado de excepción por una amenaza que revista carácter de gravedad que sea “efectiva” y “real” para “el orden público de un Estado democrático o para la seguridad nacional de una sociedad democrática”.

La necesidad del Estado de excepción, implica la existencia de un motivo que justifica las limitaciones reconocidas en el ordenamiento constitucional y convencional internacional obligatorio para el Estado, que responda a una necesidad apremiante, responda a un objetivo legítimo y guarde proporción con dicho objetivo, todo lo cual debe basarse en consideraciones de carácter objetivo.

El concepto de orden público debe interpretarse en armonía con el derecho convencional internacional que forma parte de nuestro ordenamiento interno, lo que implica que el orden público se puede definir como el conjunto de normas que aseguran el funcionamiento de un Estado de derecho y una sociedad democrática.

La seguridad nacional se puede invocar sólo para justificar medidas que limiten derechos cuando ellas se adopten para proteger la existencia del Estado en su conjunto, su integridad territorial o su independencia política contra la fuerza o la amenaza de dicha fuerza, no pudiendo invocarse como motivo para superar amenazas locales contra el orden público. Todo ello, siempre dentro del marco del mantenimiento de una sociedad democrática, lo que constituye una limitación adicional a la acción de la autoridad, ya que la justificación de que la limitación no entorpece el funcionamiento de la sociedad democrática incumbe al Estado que impone la limitación.

#### d) *Calamidad pública*

Esta situación está constituida por los fenómenos que por causas de carácter natural o humano produzcan o puedan producir grave daño a la seguridad nacional.

#### e) *Peligro de perturbación de la paz interior*

Cabe señalar, finalmente, que desde el 11 de marzo de 1981 y hasta marzo de 1990, la Carta de 1980 facultaba al presidente de la República para establecer un estado de excepción de carácter transitorio, que sólo podía regir durante ese periodo, como lo determinaba la disposición vigésimo cuarta transitoria de la Constitución, el que se denominaba “Estado de peligro de perturbación de la paz interior”. El cual tenía por objeto neutralizar o enfrentar el que se produjeran actos de violencia destinados a alterar el orden público o cuando hubiere peligro de perturbación de la paz interior. Todo lo cual dependía del criterio del presidente de la República.

Al considerar las circunstancias que justifican un Estado de excepción Constitucional en un Estado parte del Pacto Internacional y de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, como es el Estado de Chile, estas circunstancias deben reunir copulativamente los siguientes requisitos: a) debe tratarse de hechos que constituyen un atentado en contra de la Seguridad del Estado; b) que el atentado sea grave y c) que se trate de un atentado real.

#### f) *Los hechos que constituyen un atentado contra la seguridad del Estado*

Ello obliga a considerar al Estado en su conjunto, a aquellos factores vitales para la organización social general, lo que va mucho más allá de la seguridad del gobierno, ya que la seguridad del gobierno puede ser amenazado por hechos normales en un Estado constitucional democrático de derecho, como pueden ser las elecciones o acciones de resistencia pacífica o desobediencia civil que no ponen en peligro ni los derechos de los habitantes ni el sistema democrático constitucional de gobierno.

Como lo ha establecido la jurisprudencia internacional y la doctrina, el hecho debe afectar a la generalidad de la población y constituir una

amenaza a la vida organizada de la comunidad, lo que exige la existencia de una alteración del funcionamiento esencial de las instituciones del Estado de derecho democrático.

g) *Que se trata de atentados graves*

El atentado es grave cuando efectivamente puede constituir un peligro serio, significativo para la Seguridad del Estado, que no puede ser enfrentado o resuelto por medio de la legislación ordinaria que tiene por objeto velar por la protección de la seguridad del Estado y el orden público.

Este requisito fue ampliamente vulnerado durante el gobierno autoritario militar que rigió el país entre 1973 y marzo de 1990, estableciéndose, en forma permanente, estados de excepción sin ninguna justificación de acuerdo a los principios expuestos.

h) *Que se trate de atentados reales*

El peligro que lleva a establecer un Estado de excepción es un peligro real y no sólo eventual o hipotético, el peligro puede ser también inminente lo que requiere de una manifestación concreta o empírica de ello. No puede tratarse de “situaciones latentes” o de “peligro de perturbación de la paz”, causales de orden fundamentalmente subjetivas, como se dieron durante la vigencia del régimen autoritario militar en el periodo 1973-1990.

En virtud del análisis efectuado, consideramos necesario que quien evalúa las circunstancias que habilitan para establecer los estados de excepción, sea un órgano distinto del que solicita su establecimiento, sea un órgano que debe dar su acuerdo para establecerlos, prorrogarlos o renovarlos, debe ser el Congreso Nacional, por su naturaleza de órgano representativo del cuerpo político de la sociedad y por ser el órgano encargado, en una de sus ramas, la Cámara de Diputados, de fiscalizar los actos del gobierno. Teniendo el Congreso, además, la facultad de dejar sin efecto cualquiera de los estados de excepción, si las circunstancias graves o reales que atentaban contra la seguridad del Estado han desaparecido, lo que debe estar expresamente establecido en la Constitución.

Consideramos además, que los estados de excepción que pueden establecerse son los taxativamente señalados en la Constitución, eliminándo-

se la práctica existente bajo la Carta de 1925 de crear, implícita o explícitamente a través de la ley nuevos estados de excepción, lo que implica derogar expresamente las normas referidas a estados de emergencia contenidas en la ley 12.927 sobre seguridad del Estado.

### *C. Las autoridades que deciden o autorizan el Estado de excepción*

#### *a) Las autoridades que deciden el Estado de excepción bajo la Carta de 1925*

En nuestro ordenamiento jurídico constitucional si consideramos la Constitución de 1925 y la Carta de 1980, podemos observar una cierta evolución.

En efecto, bajo la Constitución de 1925, el artículo 72, núm. 17 establecía como atribución especial del presidente “Declarar en Estado de Asamblea” una o más provincias invadidas o amenazadas en caso de guerra externa, y en Estado de sitio uno o varios puntos de la República en caso de ataque exterior.

En caso de conmoción interior la declaración de hallarse uno o varios puntos en Estado de sitio, corresponde al Congreso, pero si éste no se hallare reunido, puede el presidente hacerlo por un determinado tiempo. Si a la reunión del Congreso no hubiere expirado el término señalado, la declaración que ha hecho el presidente de la República se entender como una proposición de ley.

Así bajo la Carta de 1925, la declaración de Estado de sitio en caso de ataque exterior era una facultad presidencial, lo mismo que la declaración del Estado de Asamblea. En cambio, la declaración del Estado de sitio en caso de conmoción interior corresponde como atribución al Congreso Nacional, sólo si el Congreso no se hallare reunido puede hacerlo el presidente de la República, medida que el Congreso podrá ratificar o dejar sin efecto desde el momento que se reúna, aunque su decisión no produce efectos retroactivos.

A su vez, las facultades extraordinarias que podían otorgarse al presidente eran materia de ley, lo que requería el pronunciamiento favorable del Congreso Nacional, aunque la iniciativa sobre ley, en la materia, durante la vigencia de la Constitución de 1925, era del presidente de la

República, por razones obvias, aun cuando los parlamentarios estaban facultados para ejercer la iniciativa de ley en la especie.

A su vez, era la ley la que autorizaba al presidente de la República para declarar zonas de emergencia, pero ellas autorizaban al presidente de la República para que, por vía administrativa, pudiera restringir ciertos derechos.

*b) Las autoridades que deciden los estados de excepción  
bajo la Carta de 1980*

La Constitución Política de 1980 establece al presidente de la República como la autoridad que determina la existencia de los estados de excepción constitucional. En efecto, ningún Estado de excepción puede ser establecido sin iniciativa y voluntad presidencial, como lo establece el artículo 40 de la Constitución.

En los casos del Estado de Asamblea, de emergencia y de Catástrofe, el presidente de la República sólo puede establecerlos con el acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional.<sup>280</sup>

De esta manera, en relación a la Carta de 1925, el presidente de la República tiene un control inter órgano que limita su poder en la materia, ya que la denegación del acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional, impide al presidente el establecimiento del respectivo Estado de excepción constitucional.

Por otra parte, es posible considerar la hipótesis que el presidente de la República con el voto de los miembros uniformados que integran el Consejo de Seguridad Nacional puede decretar los respectivos estados de excepción, contra la voluntad del presidente del Senado que representa al Congreso Nacional y del presidente de la Corte Suprema de Justicia, que consideren que no existen las situaciones de hecho suficientes para establecer el respectivo Estado de excepción.

Sólo en caso del Estado de sitio, el artículo 40, núm. 2 establece que el presidente de la República requiere del acuerdo del Congreso Nacional. Sin embargo, el presidente de la República, podrá decretar de inme-

<sup>280</sup> El Consejo de Seguridad Nacional, de acuerdo al artículo 95 de la Constitución, está integrado por el presidente de la República que lo preside, el presidente del Senado, el presidente de la Corte Suprema de Justicia, el contralor general de la República, los comandantes en jefes del Ejército, de la Armada y de la Fuerza Aérea y el general director de carabineros, como miembros plenos con derecho a voto.

diato el Estado de sitio con acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional mientras el Congreso se pronuncia dentro del plazo de diez días, aceptando o rechazando la proposición sin hacerle modificaciones. Si el Congreso no se pronuncia dentro del plazo de diez días se produce una aprobación ficta del Estado de sitio.

El artículo 40 de la Constitución en su numeral 5o., señala que el presidente de la República podrá decretar simultáneamente dos o más estados de excepción si concurren las causales que permiten su declaración. Asimismo, el numeral 6o., señala que “El presidente de la República podrá en cualquier tiempo poner término a dichos estados”.

Nos parece que la intervención del Congreso Nacional dando su acuerdo a los estados de excepción constitucional es una garantía para evitar la tentación del abuso de poder del Ejecutivo en la materia. A su vez, el derecho comparado latinoamericano establece diversos casos en que es necesario el acuerdo del Congreso Nacional, para su establecimiento o su conocimiento para que lo ratifique o levante (Argentina, artículos 67b, núm. 26 y 86, núm. 19; Brasil, artículos 136 y 137; Perú, artículo 137.2; Uruguay, artículo 168, núm. 17; Paraguay, artículo 288; Venezuela, artículo 242; Costa Rica, artículo 121, núm. 7; República Dominicana, artículo 37, núm. 7; El Salvador, artículo 130, núm. 27; Guatemala, artículo 138; Honduras, artículo 187). Si no se cumple con tales requisitos se habilita la intervención de la jurisdicción ordinaria o constitucional respectiva para declarar la inconstitucionalidad del Estado de excepción y de las medidas adoptadas al respecto por el Ejecutivo. Así por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia, de acuerdo al artículo 215.6, decide sobre la constitucionalidad de los decretos legislativos del gobierno.

La tendencia marcada en la Carta de 1980 es eliminar el control previo del Congreso, que existía en la Carta de 1925, al menos respecto del Estado de sitio, aunque se establece un control del Consejo de Seguridad Nacional. El único caso de intervención del Congreso Nacional como control *a posteriori*, es en el caso del Estado de sitio, sin que ello pueda cuestionar la eficacia de las decisiones ya adoptadas antes de la decisión del Congreso, ya que ésta no produce efecto retroactivo.

Nos parece conveniente que en todos los casos sea el Congreso Nacional y no el Consejo de Seguridad Nacional, el que dé el acuerdo al presidente de la República para establecer los estados de excepción constitucional, o al menos el Congreso debería ejercer un control *a posteriori*, que son las modalidades más usadas en el derecho comparado latinoame-

ricano, pudiendo dejar sin efecto el Estado de excepción decretado por el Ejecutivo, todo lo cual debería concretarse por la mayoría de los diputados y senadores en ejercicio, lo que en el ordenamiento constitucional vigente chileno, sólo se da en el caso del Estado de sitio.

c) *Contenido de las facultades extraordinarias que pueden utilizarse, bajo los estados de excepción constitucionales*

Contenido de las facultades extraordinarias bajo la Carta de 1925

Bajo el imperio de la Constitución de 1925, el artículo 44 señalaba que sólo por ley de facultades extraordinarias se puede restringir la libertad personal o restringir el ejercicio del derecho de reunión y sólo por periodos que no podían exceder de seis meses.

A su vez, los incisos 3 y 4 del artículo 72, núm. 17 autorizaban al presidente de la República por la declaración del Estado de sitio, para trasladar personas de un departamento a otro y la de arrestarlas en sus propias casas y en lugares que no sean cárceles ni otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes. Las medidas tomadas bajo el Estado de sitio, no podían tener más duración que la del mismo Estado de excepción constitucional.

Por la declaración de zona de emergencia, además de aplicarse las disposiciones del artículo 44, núm. 13 y del artículo 72, núm. 17, se podían adoptar, además, las medidas necesarias para mantener el secreto sobre obras y noticias de carácter militar.

El decreto con fuerza de ley núm. 34/2.245 publicado en el *Diario Oficial* del 27 de noviembre de 1942, establecía lo siguiente: su artículo 1o. señala que “se comprende por ‘zona de emergencia’ aquella o aquellas partes del territorio nacional declarado tal por el presidente de la República en los casos de peligro de ataque exterior o de invasión, o de actos de sabotaje contra la seguridad nacional”.

Se establece también que el decreto que declara zona de emergencia se dictar por el ministerio de defensa nacional, previo informe del Consejo Superior de Defensa Nacional, y deber ser refrendado por el Ministerio del Interior.

El artículo 2o. del DFL, núm. 34/2.245, dispone que:

por el hecho de declararse zona de emergencia una o más subdelegaciones quedan éstas bajo la dependencia inmediata del jefe militar o naval de la

División o Apostadero correspondiente, quien asume el mando militar administrativo con los deberes y atribuciones que fija el presente Reglamento...

Entre las facultades que corresponden al jefe militar de la zona de emergencia, según establece en el artículo 3o., señalaremos: *a)* asumir el mando de las fuerzas militares, navales aéreas, de carabineros y otras que se encuentren o lleguen a la zona de emergencia; *b)* dictar las medidas para mantener el secreto sobre existencia o construcción de obras militares; *c)* prohibir la divulgación de noticias de carácter militar, estableciendo la censura de prensa, telegráfica y radiotelegráfica, que estime necesario; *d)* controlar la entrada o salida de la zona de emergencia y el tránsito en ella y someter a la vigilancia de la autoridad, a las personas que considere peligrosas; *e)* hacer uso de los locales fiscales o particulares que sean necesarios para la Zona de Emergencia; *f)* disponer la evacuación total o parcial de los barrios, poblaciones o zonas que estime necesarios para la defensa de la población civil y para el mejor éxito de las operaciones militares; *g)* publicar bandos en los cuales se reglamenten los servicios a su cargo y las normas a que debe ceñirse la población civil.

Prescribe el artículo 4o. del DFL, núm. 34/2.245 que declarada la zona de emergencia, y nombrado el jefe militar, cuando haya que operar contra el enemigo extranjero o contra fuerzas rebeldes organizadas, empezarán a funcionar los tribunales militares establecidos para tiempo de guerra.

Finalmente, el artículo 5o. establece que:

cuando el presidente de la República lo ordene por decreto supremo, los jefes de zona de emergencia podrán imponer todas o algunas de las restricciones establecidas en el núm. 13 del artículo 44 de la Constitución Política y en la extensión que fueren necesarias.

Podrán también solicitar al presidente de la República la dictación del decreto correspondiente para trasladar personas de un departamento a otro y para arrestarlas en su propia casa y en lugares que no sean cárceles, ni están destinados a la detención o prisión de reos comunes.

#### *a.* Contenido de las Facultades Extraordinarias bajo la Carta de 1980

El artículo 39 de la Carta de 1980, de acuerdo al texto reformado en 1989 establece que “el ejercicio de los derechos y garantías que la Cons-

titución asegura a todos las personas sólo puede ser afectado” en las situaciones de excepción.

La sola declaración del Estado de excepción no cambia el régimen constitucional que ha de regir el comportamiento de los órganos que ejercen los poderes públicos, sino que dicho régimen sólo puede cambiarse si el presidente de la República, además restringe o suspende el ejercicio de derechos constitucionales, con los límites impuestos por la Constitución.

La restricción o suspensión del ejercicio de ciertos derechos en los estados de excepción no implica que se “suspende” el Estado de derecho, sino que sólo algunos aspectos del sistema normativo pueden sufrir algunas alteraciones temporales, en la medida de lo necesario, y exclusivamente en relación con las materias establecidas por la Constitución, lo que no puede implicar arbitrariedad o ausencia de legalidad.

Los derechos son entendidos en el texto constitucional como las facultades o prerrogativas reconocidas a las personas, los derechos que se consideran inherentes al hombre en su calidad de persona se denominan derechos humanos o derechos de la persona.

El tratadista Bidart Campos define las garantías como instituciones o procedimientos de seguridad creados a favor de las personas, para que dispongan de los medios que hacen efectivos el goce de los derechos.<sup>281</sup>

A su vez, el profesor español Francisco Fernández Segado nos señala que entre los derechos y garantías existe una diferencia formal mientras aquéllos importan el reconocimiento de atributos de orden político o jurídico que la persona tiene, las garantías son normas positivas que aseguran o protegen un derecho determinado.<sup>282</sup>

Así, de acuerdo al artículo 39 de la Constitución, se pueden afectar en situaciones de excepción “el ejercicio de los derechos y las garantías”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha referido al tema señalando lo siguiente:

Debe subrayarse que, según la propia Convención (artículo 29.2), es ilícito todo acto orientado hacia la supresión de cualquiera de los derechos proclamados por ella.

281 Bidart Campos, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Argentina, Editorial Ediar, 1986, t. I, p. 211.

282 Fernández Segado, Francisco, “Naturaleza y régimen legal de la suspensión general de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Político*, Madrid, España, 1983, núm. 18-19, p. 36.

En circunstancias excepcionales y bajo condiciones precisas, la Convención permite suspender temporalmente algunas de las obligaciones contraídas por los estados (artículo 27). En condiciones normales, únicamente caben restricciones al goce y ejercicio de tales derechos. La distinción entre restricción y supresión del goce y ejercicio de los derechos y libertades resulta de la propia Convención (artículos 16.23 y 29.a y 30). Se trata de una distinción importante “ (OC-núm. 6/86, párrafo 14).

En nuestro ordenamiento jurídico no cabe la afectación o la suspensión de “derechos”, como establecía el texto original de la Carta de 1980, ya que los derechos son inherentes a la persona humana, ni tampoco pueden afectarse en sentido absoluto las garantías, porque se impediría el control judicial de acuerdo con la tesis desarrollada por la Carta Interamericana de Derechos Humanos, lo único que puede suspenderse sería “el pleno y efectivo ejercicio” de los derechos.<sup>283</sup> De tal manera que lo único posible es una restricción temporal en el ejercicio de los derechos de la persona o derechos humanos.

Como señala el artículo 41 de la Constitución, se establece taxativamente el ejercicio de los derechos que pueden ser afectados en cada Estado de excepción, no pudiendo afectarse otros que los que allí se encuentran señalados y en el grado que el propio texto constitucional señala.

#### *b. Estado de Asamblea*

Así, por el Estado de asamblea, el presidente de la República queda facultado para suspender o restringir el ejercicio de la libertad personal, el derecho a reunión, la libertad de información y de opinión y la libertad de trabajo. Podrá, también restringir el ejercicio del derecho de asociación y de sindicación, imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones, disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad.

En cuanto a su ámbito de aplicación, el Estado de Asamblea puede decretarse para todo el territorio nacional o sólo para una parte de él.

En lo que atañe a los derechos que se pueden afectar, hay que distinguir: entre aquellos que el constituyente autoriza suspender o restringir su ejercicio, de los que sólo pueden ser restringidos en su ejercicio.

283 Véase la opinión consultiva OC8/87 del 30 de enero de 1987, adoptada por comunidad.

La Ley orgánica constitucional definió lo que debe entenderse por “suspensión” y “restricción” del ejercicio de un derecho. Al efecto puntualiza, con una terminología inapropiada:

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

Asimismo, entiéndase que se restringe una garantía constitucional cuando, durante la vigencia de un Estado de excepción, se limita su ejercicio en el fondo o en la forma (artículo 12).

Se pueden suspender o restringir: 1) la libertad personal; 2) el derecho a reunión; 3) la libertad de información y de opinión, y 4) la libertad de trabajo.

Sólo pueden restringirse: 1) el derecho de asociarse y de sindicalización; 2) imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones; 3) disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad.<sup>284</sup>

284 Las requisiciones no son otra cosa que préstamos, aunque impuestos por vía de autoridad, destinados a satisfacer necesidades urgentes de un servicio público, que por lo mismo de tener tal carácter, llevan consigo la obligación de restituir las especies o bienes que por su medio se obtienen o a la de pagar su valor.

Se entenderá limitado el derecho de propiedad cuando se impongan restricciones al ejercicio de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio (usar, gozar, disponer de ella).

En este caso, se autoriza de modo especial a la autoridad administrativa para afectar la garantía del derecho de propiedad, puesto que las limitaciones y obligaciones al dominio sólo puede establecerlas el legislador.

“En los casos en que se dispusieren requisiciones de bienes o establecieran limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad, que importen privación de alguno de sus atributos o facultades esenciales y con ello se cause daño, habrá un lugar a la indemnización de perjuicio en contra del Fisco, siempre que los mismos sean directos. La interposición de dicha acción no suspenderá, en caso alguno, la respectiva medida”.

“La autoridad al hacer una requisición practicará un inventario detallado de los bienes, dejando constancia del estado en que se encuentren”.

“En el caso de las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad, bastará que la autoridad notifique al afectado...”.

“El monto de la indemnización y su forma de pago serán determinados de común acuerdo entre la autoridad que ordenó la requisición y el afectado por la medida...”.

“A falta de acuerdo, el afectado podrá recurrir, dentro del plazo de 30 días, ante el juez civil competente...”.

“Incidentalmente, se fijará el monto definitivo de la indemnización que corresponda, la que deberá ser pagada en dinero efectivo y al contado”.

“La acción indemnizatoria prescribirá en el plazo de un año, contado desde la fecha de término del Estado de excepción”.

Se entiende suspendido el ejercicio del derecho a la libertad personal, al decretarse el arresto de una persona en su casa o en lugares que no sean cárceles ni en otras que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes. En tanto, habrá sólo restricción, cuando se disponga su traslado de un punto a otro del territorio nacional; o al decretarse su expulsión o prohibirse su ingreso o salida de él;<sup>285</sup> o cuando se establezcan medidas que restrinjan la circulación de las personas: toque de queda.

El derecho a vivir en el propio país ha sido considerado por la Comisión Americana de Derechos Humanos de la OEA un “derecho absoluto” y un “atributo de la personalidad”, de allí que de acuerdo a la Convención Americana de Derechos Humanos, su vulneración constituye una violación de tales derechos. Tal como lo determinó la Comisión en su informe sobre Chile de 1985, p. 142, párrafo 5.

Consideramos que tal derecho tiene primacía sobre el artículo 41 de la Constitución y es de obligatoria aplicación para los tribunales de justicia y todo otro órgano del Estado, aplicarse preferentemente frente a la facultad presidencial de expulsar nacionales fuera del país, aplicando los principios hermenéuticos de aplicación de la norma que mejor favorece el respeto y garantía de los derechos (principio favor libertatis o pro cives).

La medida de traslado de una persona de un punto a otro del territorio nacional deber cumplirse en localidades urbanas que reúnan las condiciones que determine la ley.<sup>286</sup>

En ningún caso las medidas de restricción y privación de la libertad podrán adoptarse en contra de los parlamentarios, de los jueces, de los miembros del Tribunal Constitucional, del contralor general de la Repú-

“Las expensas de conservación y aprovechamiento de los bienes requisados o que fueren objeto de alguna limitación del dominio serán siempre de cargo fiscal” (artículos 17-21).

285 La medida de expulsión del territorio nacional y la de prohibición de ingreso o salida de él, tienen que ser siempre decretadas respecto de personas determinadas, no están autorizadas, genéricamente, expulsiones y prohibiciones masivas.

286 Se entiende por localidad urbana aquella que se encuentre dentro del radio urbano en que tenga su asiento una municipalidad (artículo 16). Con ello, se procura evitar que la medida de traslado signifique un rigor adicional ajeno a la finalidad misma de la medida, lo que podría ocurrir en el evento de utilizarse localidades que se encuentren a gran altura, que tengan un clima francamente inhóspito, o que ofrezcan condiciones de vida resueltamente inferiores a las que constituyen el promedio de una ciudad o pueblo común del país.

blica y de los miembros del Tribunal Calificador de Elecciones. El propósito es protegerlos en el libre ejercicio de sus funciones.

Declarado el Estado de asamblea las facultades conferidas al presidente de la República podrán ser delegadas, total o parcialmente, en los comandantes en jefe de las unidades de las Fuerzas Armadas que él designe, con excepción de las de prohibir el ingreso al país a determinadas personas o de expulsarlas del territorio (artículo 29).

El presidente de la República delegar las facultades que le correspondan mediante decreto supremo, exento del trámite de toma de razón (artículo 9o.).

Al igual que para los restantes estados de excepción, las atribuciones del presidente de la República podrán ejercerse mediante decreto supremo, exento del trámite de toma de razón, firmado por el ministro del interior bajo la fórmula: “Por orden del presidente de la República”. Sin embargo, tratándose de las atribuciones correspondientes al Estado de Asamblea se requerirá, además, la firma del ministro de defensa (artículo 9o.).

Si las medidas que se adopten no tienen una duración determinada, no podrán prolongarse más allá de la vigencia del respectivo régimen de excepción. Respecto de la medida de expulsión del territorio de la República o de prohibición de ingreso a él, la persona afectada tiene siempre la posibilidad de solicitar su reconsideración y la autoridad dejarla sin efecto cuando lo estime conveniente. Consideramos que la facultad de expulsar nacionales del territorio nacional entra en conflicto con el derecho internacional de los derechos humanos y debe ser eliminada de nuestro ordenamiento jurídico.

### c. Estado de sitio

El artículo 41 en su redacción original disponía:

2o. Por la declaración de Estado de sitio el presidente de la República podrá trasladar a las personas de un punto a otro del territorio nacional, arrestarlas en sus propias casas o en lugares que nos sean cárceles ni otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes y, expulsarlas del territorio nacional. Podrá, además restringir la libertad de locomoción y prohibir a determinadas personas la entrada y salida del territorio. Asimismo, podrá suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión y la libertad de información y de opinión, restringir el ejercicio de los

derechos de asociación y de sindicación e imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones.

La medida de traslado deberá cumplirse en localidades urbanas que reúnan las condiciones que la ley determine.

La reforma constitucional de 1989 se reemplazó el artículo 41, núm. 2 por la siguiente norma:

2o. Por la declaración de Estado de sitio, el presidente de la República podrá trasladar a las personas de un punto a otro del territorio nacional, arrestarlas en sus propias casas o en lugares que no sean cárceles ni en otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes. Podrá, además, suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión y restringir el ejercicio de las libertades de locomoción, de información y de opinión.

La medida de traslado deber cumplirse en localidades urbanas que reúnan las condiciones que la ley determine.

Se eliminó la facultad de expulsar del territorio nacional y la prohibición de entrada o salida del territorio nacional. Sólo puede restringir la libertad de información y de opinión, no pudiendo suspenderla como establecía el texto originario, asimismo se elimina la posibilidad de restringir los derechos de asociación y sindicación, como también la de imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones.

El texto quedó razonablemente proporcionado entre la situación de excepción que puede atravesar el país y las medidas que está facultado el gobierno a adoptar.

Nos parece, en todo caso, necesario, establecer expresamente en la Constitución que en caso de ser decretado un Estado de excepción constitucional por causa de guerra externa (Estado de Asamblea) o de guerra interna (Estado de sitio), al bando enemigo debe aplicársele el derecho humanitario internacional. No es posible ni razonable que en el futuro se vuelvan a producir situaciones ocurridas durante el régimen militar, de la existencia de guerra para ciertos efectos y no para otros. Si existe guerra externa o interna, debe ponerse en práctica inmediatamente los convenios de Ginebra y sus protocolos, los que forman parte de nuestro derecho, de acuerdo al artículo 5o., inciso 2 de la Constitución.

#### d. El Estado de emergencia

Durante el Estado de emergencia, el texto primitivo de la Carta de 1980, de acuerdo al artículo 41, núm. 4, señalaba que se podían adoptar “todas las medidas propias del Estado de sitio, con excepción del arresto de las personas, de su traslado de un punto a otro del territorio, de la expulsión del país y de la restricción del ejercicio de los derechos de asociación y de sindicación. En cuanto a la libertad de información y de opinión, sólo podrán restringirse.

La reforma constitucional de 1989, modificó tal disposición, quedando la actual redacción del artículo 4o., núm. 4, que es la siguiente: “Por la declaración de Estado de emergencia, se podrá restringir el ejercicio de la libertad de locomoción y del derecho de reunión”.

De esta forma, se eliminan la suspensión o restricción del ejercicio del derecho de libertad de información y de opinión, el imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones.

Durante la vigencia del Estado de emergencia las zonas respectivas quedan bajo la dependencia inmediata del jefe de la Defensa Nacional que el gobierno designe.<sup>287</sup>

#### e. Estado de catástrofe

Por medio de este Estado de excepción constitucional el presidente de la República puede:

287 De acuerdo a la ley, tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

- 1) Asumir el mando de las Fuerzas Armadas y del Orden y Seguridad Pública que se encuentren en la zona declarada en Estado de emergencia, para los efectos de velar por el orden público y de reparar o precaver el daño o peligro para la seguridad nacional que haya dado origen a dicho Estado, debiendo observar las facultades administrativas de las autoridades colocadas bajo su jurisdicción.
- 2) Dictar normas tendentes a evitar la divulgación de antecedentes de carácter militar.
- 3) Autorizar la celebración de reuniones en lugares de uso público, cuando corresponda, y velar porque tales reuniones no alteren el orden interno.
- 4) Controlar la entrada y salida de la zona declarada en Estado de emergencia y el tránsito en ella.
- 5) Dictar medidas para la protección de las obras de arte y de los servicios de utilidad pública, centros mineros, industriales y otros.
- 6) Impartir todas las instrucciones para el mantenimiento del orden interno dentro de la zona y,
- 7) Las demás que la ley le otorguen las leyes en su calidad de tal (artículo 5o.).

restringir la circulación de las personas y el transporte de mercaderías, y las libertades de trabajo, de información y de opinión, y de reunión. Podrá, asimismo, disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad, y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que estime necesarias.

Declarado el Estado de catástrofe las zonas respectivas quedan bajo la dependencia inmediata del jefe de la Defensa Nacional que el gobierno designe, quien asumir el mando con las atribuciones y deberes que la ley señale.<sup>288</sup>

El ejercicio de las atribuciones y las limitaciones del derecho convencional internacional.

Estas atribuciones que pueden ser ejercidas por el gobierno, una vez decretados los estados de excepción constitucionales, deben estar enmarcados dentro del derecho internacional de los derechos humanos vigentes. Al respecto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su

288 Ésta precisa que tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

“1. Asumir el mando de las Fuerzas Armadas y de orden y seguridad pública que se encuentren en la zona declarada en Estado de emergencia, para los efectos de velar por el orden público y de reparar o precavar el daño o peligro para la seguridad nacional que haya dado origen a dicho Estado, debiendo observar las facultades administrativas de las autoridades institucionales colocadas bajo su jurisdicción.

2) Controlar la entrada y salida de la zona declarada en Estado de emergencia y el tránsito por ella.

3) Dictar medidas para la protección de la zona declarada en Estado de emergencia y el tránsito por ella.

4) Ordenar el acopio, almacenamiento o formación de reservas de alimentos, artículos y mercancías que se precisen para la atención y subsistencia de la población de la zona y controlar la entrada y salida de tales bienes.

5) Determinar la distribución o utilización gratuita u onerosa de los bienes referidos para el mantenimiento y subsistencia de la población de la zona y controlar la entrada y salida de tales bienes referidos para el mantenimiento y subsistencia de la población de la zona afectada.

6) Establecer condiciones para la celebración de reuniones en lugares de uso público.

7) Impartir directamente instrucciones a todos los funcionarios del Estado, de sus empresas o de las municipalidades que se encuentren en la zona, con el exclusivo propósito de subsanar los efectos de la calamidad pública.

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

9) Dictar las directrices e instrucciones necesarias para el mantenimiento del orden en la zona, y

10) Las demás que le otorgan las leyes en su calidad de tal.

artículo 5.1, luego de referirse a las restricciones durante los estados de excepción, agrega:

Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a las destrucción de cualquiera de los derechos y libertadaes reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la previsión en él.

A su vez, la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en su artículo 29.1 establece:

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) Permitir a alguno de los estados partes, grupos o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella.

b) Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes que cualquiera de los estados partes o de acuerdo con otra Convención en que sea parte uno de dichos Estados.

c) Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Estos criterios y principios serán considerados por el control internacional en materia de estados de excepción, que es un control represivo, el cual reconoce un cierto “margen de apreciación” al Estado afectado, como fue desarrollado por la Corte Europea en el caso de Chipre.

Este “margen de apreciación” fue retomado por la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso, “Irlanda contra el Reino Unido”, la cual determinó el siguiente criterio:

Incumbe en primer lugar a cada Estado contratante, responsable de la vida de la nación, determinar, si un peligro público la amenaza y en caso afirmativo, hasta dónde es preciso ir para intentar disipar dicho peligro. En contacto directo y constante con las realidades presentes del momento, las autoridades nacionales se encuentran en principio mejor situadas que el

juez internacional para pronunciarse sobre la presencia del parecido peligro así como de la naturaleza y extensión de las derogaciones para conjugarlo. El artículo 15.1 les deja en la materia un amplio margen de apreciación. Sin embargo, los Estados no gozan de un poder ilimitado en este dominio. El Tribunal es competente para decidir si los estados se han excedido en la estricta medida de las exigencias de la crisis (sentencia Lawless). Por consiguiente, el margen nacional de apreciación se acompaña del control europeo.<sup>289</sup>

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva núm. 6, señaló que estando suspendidas las garantías:

...algunos de los límites legales de la actuación del poder público pueden ser distintos de los vigentes en condiciones normales, pero no deben considerarse inexistentes ni cabe, en consecuencia, entender que el gobierno esté investido de poderes absolutos más allá de las condiciones en que tal legalidad excepcional está autorizada. Como ya lo ha señalado la Corte en otra oportunidad, el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de derechos son inseparables (La expresión “leyes” en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Así, las medidas adoptadas de restricción del ejercicio de derechos en los estados de excepción, tienen como única y auténtica finalidad, la defensa de la democracia del Estado de derecho y de los derechos humanos.

La misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva núm. 8, determinó que tampoco:

...pueden apartarse de esos principios generales las medidas concretas que afecten los derechos o libertades suspendidas, como ocurriría si tales medidas violaran la legalidad excepcional de la emergencia, si se prologasen más allá de sus límites temporales, si fueran suficientemente irracionales, innecesarias o desproporcionadas o si para adoptarlas se hubiese incurrido en desviación o abuso de poderes.<sup>290</sup>

Consideraciones sobre las atribuciones de los jefes de Defensa Nacional en los estados de excepción constitucional.

289 *Cit. en Zovatto, Daniel, Los estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*, Venezuela, Editorial Jurídica, 1990, p. 82.

290 Opinión consultiva 8/87, párrafo 39.

La ley orgánica constitucional faculta al presidente de la República para delegar, total o parcialmente, las facultades que la Constitución le confiere en los jefes de la Defensa Nacional que él designe (artículo 6o.).

Todas las atribuciones que el presidente de la República hubiere delegado, bajo cualquier Estado de excepción, en las autoridades que señala la ley deberán ser ejercidas dentro de la respectiva jurisdicción, mediante la dictación de resoluciones, órdenes o instrucciones exentas del tránsito de toma de razón.

La ley orgánica autoriza, además, a los comandantes en jefe o jefes de la Defensa Nacional a dictar bandos que estimen convenientes. Precizando, en cuanto a la publicidad, que todas las medidas que se adopten deberán ser difundidas o comunicadas en la forma que la autoridad determine (artículos 10 y 11).

Duración de los estados de excepción y de las medidas adoptadas durante su vigencia.

La Carta de 1980 establece plazos de duración sólo en dos de los estados de excepción constitucionales, mientras en otros dos nada señala.

En efecto, el Estado de sitio y el Estado de emergencia pueden ser establecidos por un plazo máximo de 90 días.

En el caso del Estado de sitio, el presidente de la República puede solicitar su prórroga, la que debe tramitarse de la misma manera que su establecimiento, según dispone el artículo 40, ním. 2 de la Constitución. La misma norma faculta al Congreso, en cualquier tiempo y por la mayoría absoluta de sus miembros en ejercicio de cada Cámara, para dejar sin efecto el Estado de sitio que hubiera aprobado. Consideramos que esta facultad la tiene el Congreso en los mismos términos durante la prórroga del Estado de sitio.

En el caso del Estado de emergencia, el plazo máximo de 90 días que dura el Estado de excepción, no puede prorrogarse sólo puede dictarse de nuevo si se mantienen las circunstancias del Estado de excepción.

La diferencia entre prórroga y la nueva declaración no es meramente formal, ya que en el caso de prórroga se mantienen vigentes las medidas ya adoptadas durante el lapso de vigencia del Estado de excepción; en el caso de la nueva declaración, la que determina el término del Estado de excepción anterior y todas las medidas adoptadas durante su vigencia, obliga a establecer nuevamente las medidas necesarias que autoriza el ordenamiento jurídico.

En tal sentido, debe tenerse presente el artículo 41, núm. 7 de la Constitución, producto de la ley de reforma constitucional núm. 18.825, publicada en el *Diario Oficial* del 2 de agosto de 1989, el que establece en forma clara y categórica que “las medidas que se adopten durante los Estados de excepción no podrán prolongarse más allá de la vigencia de dichos estados”.

Ello constituyó una garantía muy significativa frente al artículo 41, núm. 7 original de la Carta de 1980, que vulneraba abiertamente el derecho internacional de los derechos humanos:

7o. Las medidas que se adopten durante los estados de excepción, que no tenga una duración determinada, no podrán prolongarse más allá de la vigencia de dichos estados y sólo se aplicarán en cuanto sean realmente necesarias, sin perjuicio de lo dispuesto en el núm. 3 de este artículo. No obstante, las medidas de expulsión del territorio de la República y de prohibición de ingreso al país, que se autorizan en los números precedentes, mantendrán su vigencia pese a la cesación del Estado de excepción que les dio origen en tanto la autoridad que las decretó no las deje expresamente sin efecto.

Estas medidas de expulsión y de impedir el ingreso de nacionales al territorio nacional fue una práctica corriente del régimen autoritario militar. En algunos casos, ciertas señales de Corte de Apelaciones se esforzaron por realizar una interpretación jurídica en los casos que conocieron que privilegiara sus atribuciones en materia de protección de derechos humanos, mientras la Corte Suprema sistemáticamente realizaba una interpretación mecánica y literalista de la normativa vigente, lo que justificó la modificación constitucional antes señalada.

En los casos del Estado de Asamblea y de Catástrofe la Constitución no señala plazo alguno.

Es de la esencia de los estados de excepción constitucionales su carácter eminentemente excepcional, no pudiendo en un Estado de derecho constitucional, constituirse en el sistema normal de regulación de la sociedad. La temporalidad es de la esencia del Estado de excepción, debiendo actuar durante el menor lapso posible, para así restituir con la mayor celeridad el goce normal de los derechos de las personas.

En tal sentido, debe tenerse presente que este principio de temporalidad expresamente está establecido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, lo que establece que las medidas pueden ser adop-

tadas “por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación”, lo que obliga a los órganos del Estado realizar una evaluación continua de las exigencias de la situación, y apenas ellas lo permitan dejar sin efecto el Estado de excepción y las medidas restrictivas del ejercicio de los derechos de parte de las personas de dicha sociedad, principio que está recogido por el núm. 48 de los principios de siracusa.

Respecto del control de la temporalidad de los estados de excepción, parece necesario establecer la facultad del Congreso Nacional para que, además del caso del Estado de Sitio, pueda poner fin a los otros tres estados de excepción si la evaluación de la situación concreta así lo amerita. No nos parece que exista ninguna razón para otorgarle esta atribución respecto del Estado de sitio y negársela en los otros estados de excepción constitucional.

Además de ello, otro control efectivo es el control internacional que considera el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y la Convención Interamericana de Derechos Humanos y su protocolo facultativo, de los cuales el Estado de Chile es parte.

Es así que el artículo 43 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, determina:

Todo Estado parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deber informar inmediatamente a los demás estados partes en el presente Pacto, por conducto del secretario general de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión.

La Convención Interamericana trata de la materia en los mismos términos, en el artículo 27.3, la única modificación es que la comunicación debe realizarse por el conducto del secretario general de la OEA.

Para que el objetivo del control internacional se cumpla a cabalidad, los principios de siracura especifican los requisitos que deben ser cumplidos en estas notificaciones, en sus números 45 y 46:

45. La notificación contendr suficiente información para que los estados partes pueden ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones en virtud del Pacto. En particular incluir:

- a) Las disposiciones del Pacto que han sido derogadas.

b) Un ejemplar de la proclamación del Estado de excepción junto con las disposiciones constitucionales, la legislación o los decretos que rijan el Estado de excepción para ayudar a los estados partes a comprender el alcance de la derogación.

c) La fecha efectiva de la imposición del Estado de excepción y el periodo por el que ha sido proclamado.

d) Una explicación de los motivos que indujeron al gobierno a adoptar la decisión de derogar las disposiciones, con una breve descripción de las circunstancias que llevaron a la proclamación del estado de excepción.

e) Una breve disposición del efecto previsto de las medidas de derogación sobre los derechos reconocidos por el Pacto, con copia de los decretos proclamados antes de la notificación por los que se suspenden esos derechos.

46. Es posible que los estados partes pidan que se les facilite más información por medio del secretario general para poder cumplir con sus obligaciones en virtud del Pacto.

Este requisito de notificación no sólo debe concretarse cuando se establece o se pone término a los estados de excepción constitucional, sino también cuando éstos se renuevan o prorrogan.

En el caso chileno, esta obligación fue sistemáticamente vulnerada por el régimen autoritario militar.

#### *D. La existencia de controles eficaces para reclamar de los actos ejecutados durante los estados de excepción constitucional*

La Constitución de 1980 en el artículo 41, núm. 3, original, establecía que el recurso o acción de amparo (*habeas corpus*) no era procedente en los estados de asamblea y de sitio, respecto de las medidas adoptadas en virtud de dichos estados por la autoridad competente y con sujeción a las normas establecidas por la Constitución y la ley.

Asimismo, señalaba que el recurso de protección (amparo en el lenguaje internacional americano) no procedería en los Estados de Excepción respecto “de los actos de autoridad adoptados con sujeción a la Constitución y a la ley que afecten a los derechos y garantías constitucionales que, en conformidad a las normas que rigen dichos estados, han podido suspenderse o restringirse”.

Finalmente, el inciso tercero del artículo 41, núm. 3 establecía que: “en los casos de incisos anteriores, los tribunales de justicia no podrán,

en caso alguno, entrar a calificar los fundamentos de hecho de las medidas que haya adoptado la autoridad en el ejercicio de sus facultades”.

La norma del artículo 41, núm. 3 señala lo siguiente:

3. Los recursos a que se refiere el artículo 21 no serán procedentes en los estados de asamblea y de sitio, respecto de las medidas adoptadas en virtud de dichos estados por la ley autoridad competente y con sujeción a las normas establecidas por la Constitución y la ley.

El recurso de protección no proceder en los estados de excepción respecto de los actos de autoridad adoptados con sujeción a la Constitución y a la ley que afecten a los derechos y garantías constitucionales que, en conformidad a las normas que rijan dichos estados, han podido suspenderse o restringirse.

En los casos de los incisos anteriores, los tribunales de justicia no podrán, en caso alguno entrar a calificar los fundamentos de hecho de las medidas que haya adoptado la autoridad en el ejercicio de sus facultades.

En esta materia, durante la vigencia de dicha disposición, en el ámbito jurisdiccional se dieron nuevamente dos criterios interpretativos, aquél que se esforzaba por ejercer las facultades conservadoras de los derechos humanos en los recursos de amparo, mientras la Corte Suprema realizaba una interpretación mecánica y literalista.

Como ejemplo de ambas posiciones incluimos en anexo un recurso de amparo fallado por una sala de la Corte de Apelaciones y luego la sentencia de la Corte Suprema recaída sobre el mismo caso.

Estas disposiciones constitucionales vulneraban la Convención Americana de Derechos Humanos según la doctrina emanada de las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En efecto, la opinión Consultiva núm. 8 de 1987 señaló:

que los procedimientos jurídicos consagrados en los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición.

En esta materia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su opinión consultiva núm. 8, nos señala lo siguiente:

37. Una pregunta adicional que cabe hacerse más allá de la consideración del *habeas corpus* como una garantía judicial que protege derechos no susceptibles de suspensión según el artículo 27.2 es si tal procedimiento puede subsistir al mismo tiempo como medio de asegurar la libertad individual, aún bajo estado de excepción, a pesar de que el artículo 7o. no está entre aquellos que no pueden ser afectados en situaciones excepcionales.

38. Si la suspensión de garantías no debe exceder, como lo ha subrayado la Corte, la medida de lo estrictamente necesario para atender a la emergencia, resulta también ilegal toda actuación de los poderes públicos que desborde aquellos límites que deben estar precisamente señalados en las disposiciones que decretan el Estado de excepción, aun dentro de la situación de anormalidad jurídica vigente.

39. La Corte debe destacar, igualmente, que si la suspensión de garantías no puede agotarse legítimamente sin respetar las condiciones señaladas en el párrafo anterior, tampoco pueden apartarse de esos principios generales las medidas concretas que afecten los derechos o libertades suspendidos, como ocurriría si tales medidas violaran la legalidad excepcional de emergencia, si se prolongaran más allá de sus límites temporales, si fueran manifiestamente irracionales, innecesarias o desproporcionales, o si para adoptarlas se hubiere incurrido en desviación o abuso de poder.

40. Si esto es así es desde todo punto de vista procedente, dentro de un Estado de derecho, el ejercicio del control de la legalidad de tales medidas por parte de un órgano judicial autónomo e independiente que verifique, por ejemplo, si una detención, basada en la suspensión de la libertad personal, se adecúa a los términos en que el estado de excepción la autoriza. Aquí el *habeas corpus* adquiere una nueva dimensión fundamental.

42. Los razonamientos anteriores llevan a conclusión de que los procedimientos de *habeas corpus* y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática.

43. Por otra parte, debe advertirse que aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los estados partes que autoricen, explícita e implícitamente, la suspensión de los procedimientos de *habeas corpus* o de amparo en situaciones de emergencia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos estados impone la Convención.<sup>291</sup>

En lo que se refiere al recurso de protección (amparo en la terminología latinoamericana y de la Corte Interamericana), debe cubrir de acuerdo al artículo 25.1 de la Convención Interamericana todos los derechos reconocidos por las Constituciones y leyes de los estados partes y por la propia convención.

Al respecto, la Corte Interamericana ha sostenido que:

la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones a los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado parte en el cual semejante situación tiene lugar. En este sentido debe subrayarse que, para que tal recurso exista, no basta con que esté previsto por la Constitución o la ley o con que sea formalmente admisible, sino que se requiere que sea realmente idóneo para establecer si se ha incurrido en una violación a los derechos humanos y proveer lo necesario para remediarla. No obstante no puede considerarse efectivos aquellos recursos que, por las condiciones generales del país o incluso por las circunstancias particulares de un caso dado, resulten ilusorios. Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica; porque el Poder Judicial carezca de la independencia necesaria para decidir con imparcialidad o porque falten los medios para ejecutar sus decisiones; por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia, como sucede cuando se incurre en retardo injustificado en la decisión; o por cualquier causa no se permita al presunto lesionado el acceso al recurso judicial.

Estas conclusiones son válidas en situación de normalidad y aplicables, igualmente, a los estados de emergencia en lo que se refiere a los derechos no suspendidos o no susceptibles de suspensión.<sup>292</sup>

A su vez, la misma Corte ya había sostenido en la opinión consultiva núm. 8, que:

1. ...que los procedimientos de *habeas corpus* y de amparo son de aquellas garantías judiciales indispensables para la protección de varios derechos cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 y sirven, además, para preservar la legalidad en una sociedad democrática, y

2. ...que aquellos ordenamientos constitucionales y legales de los estados partes que autoricen, explícita o implícitamente, la suspensión de los procedimientos de *habeas corpus* o de amparo en situaciones de emergen-

<sup>292</sup> OC-9/87 y sentencia “casos Velsquez Rodríguez, Farrien Garbi, Solís Corrales y Godínez Cruz, del 26 de junio de 1987, párrafos 90-92.

cia, deben considerarse incompatibles con las obligaciones internacionales que a esos estados impone la Convención.<sup>293</sup>

Llegando la Corte, por unanimidad a la opinión de que “los procedimientos judiciales consagrados en los artículos 25.1 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no pueden ser suspendidos conforme al artículo 27.2 de la misma, porque constituyen garantías judiciales indispensables para proteger derechos y libertades que tampoco pueden suspenderse según la misma disposición”.

Finalmente, la Corte en su opinión consultiva núm. 9 llegó por unanimidad, a la siguiente opinión:

1. Que deben considerarse como garantías judiciales indispensables no susceptibles de suspensión, según lo establecido en el artículo 27.2 de la Convención, el *habeas corpus* (artículo 7.6), el amparo, o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes (artículo 25.1), destinado a garantizar el respeto y libertades cuya suspensión no está autorizada por la misma Convención.

2. También deben considerarse como garantías judiciales indispensables que no pueden suspenderse, aquellos procedimientos judiciales, inherentes a la forma democrática representativa de gobierno (artículo 29.c) previstas en el derecho interno de los estados partes como idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos a que se refiere el artículo 27.2 de la Convención y cuya suspensión o limitación comporte la indefensión de tales derechos.

3. Que las mencionadas garantías judiciales deben ejercitarse dentro del marco y según los principios del debido proceso legal, recogidos por el artículo 8o. de la Convención.

A su vez, los Principios de Siracusa, refuerzan esta concepción de control interno, en los siguientes términos:

55. La Constitución nacional y las leyes que rigen los estados de excepción dispondrán una revisión pronta, periódica e independiente, por la legislatura de dichas medidas de derogación.

56. Las personas que pretenden que las medidas de derogación que las afectan no son estrictamente necesarias en la situación de que se trate dispondrán de recursos efectivos.

293 OC-8/87, párrafos 42 y 43.

57. Para determinar si las medidas de derogación son estrictamente necesarias dadas las exigencias de la situación, no se podrá aceptar como concluyente el juicio de las autoridades nacionales.

El Estado nacional que opera en armonía con el derecho internacional de los derechos humanos debe garantizar el funcionamiento expedito del control jurisdiccional a través de los recursos de Amparo (*habeas corpus*) y de protección (amparo).

De acuerdo a esta normativa obligatoria para el Estado de Chile, lo que se estaba infringiendo claramente por la normativa de la Carta de 1980 en el artículo 41, núm. 3 analizado, es que la reforma de 1989, modifica la disposición constitucional, quedando su redacción en los siguientes términos:

3. Los tribunales de justicia no podrán, en caso alguno, entrar a calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para adoptar las medidas en el ejercicio de las facultades excepcionalmente 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.

En nuestra opinión, el artículo 4o., núm. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos impone la facultad de los tribunales de justicia de evaluar la necesidad, la proporcionalidad y temporalidad de las medidas.

Por tanto, habiendo necesidad de una medida ella sería violatoria de los derechos humanos y de las convenciones internacionales, si la medida fuera aplicada en forma excesiva o por tiempo excesivo.

El Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas en el caso de Landivelli consideró:

“El decreto privativo de los derechos políticos es incompatible con el principio de necesidad, no sólo porque afectaba a un número grande de personas en condiciones muy disímiles, sino también porque las privaba de sus derechos políticos por un periodo de quince años” (Landivelli con Uruguay, párrafo 8.4).

Tal como lo expresa O’Donell:

Esa decisión ilustra cómo el principio de temporalidad no sólo implica que el Estado de excepción debe cesar tan pronto como amenaza a la vida de la nación, o reducirse a dimensiones manejables por las medidas normales de defensa del orden público, sino que las medidas de excepción cuyas consecuencias trasciendan la duración del Estado de excepción también pueden ser violatorias del principio de proporcionalidad.<sup>294</sup>

A su vez, el mismo O'Donnell señala algunos pronunciamientos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en la materia. Así en el informe sobre Colombia, la Comisión condenó una ley por “incluir la tipificación de penas prolongadas incompatibles con la naturaleza excepcional que acredita. En el informe sobre Colombia, p. 219, párrafo 3. En el informe sobre Chile de 1985, comentando una disposición que autorizaba la cancelación de nacionalidad, advirtió la contradicción que significaba “aplicar una pena permanente sobre la base de un Estado de Excepción”.<sup>295</sup>

Finalmente, otro elemento que debe ser evaluado en los estados de excepción constitucionales, de acuerdo al artículo 4, núm. 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 27, núm. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, consiste en que las medidas que se adopten bajo Estados de Excepción no deben ser “incompatibles con las demás obligaciones que les impone a los estados el derecho internacional”.

Estas normas impiden que el Estado adopte medidas que afectan otros derechos humanos sealados por otras convenciones o pactos internacionales que no sean susceptibles de suspenderse durante estados de excepción constitucional, entre ellos los Convenios de Ginebra de 1949 sobre Derecho Humanitario, el Protocolo Adicional II de 1977, los Convenios de la OIT en materia de libertad sindical, discriminación en el empleo y el de trabajo forzoso, como también la Convención de 1951 sobre derecho de los refugiados.

A su vez, teniendo en cuenta que el artículo 27.1 contempla distintas situaciones y dado, que las medidas que se adopten en cualquiera de estas situaciones de excepción o de emergencia deben ser ajustadas a las exigencias de la situación, resulta claro que lo permisible, en algunas de

<sup>294</sup> O'Donnell, Daniel, *Protección internacional de derechos humanos*, 2a. ed., Perú, Comisión Andina de Juristas, 1989.

<sup>295</sup> Informe sobre Chile, 1985.

ellas, podría no serlo en otras. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su Opinión Consultiva núm. 8 (OC-8/87), párrafo 22, precisa que:

la juridicidad de las medidas que se adopten para enfrentar cada una de las situaciones especiales a que se refiere el artículo 27.1 dependerá, entonces, del carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como de la proporcionalidad y razonabilidad que guarden las medidas respecto de ellas.

Fundado en las consideraciones hechas anteriormente parece necesario establecer un control judicial de razonabilidad de las medidas adoptadas durante los estados de excepción constitucional.

El profesor Sagüès refiriéndose al control de razonabilidad que deben efectuar los tribunales de justicia sobre las medidas adoptadas por la administración durante los estados de excepción, sostiene que tal control consiste en la relación entre la garantía afectada y la situación causante del Estado de excepción específico y el análisis de la correlación del acto cuestionado, con los fines perseguidos por la declaración del Estado de excepción.<sup>296</sup> En otras palabras, deben existir relaciones de causalidad y proporcionalidad entre la situación que motiva por ejemplo una detención y los fines que sirvieron para declarar el Estado de excepción. Debe haber así una equivalencia entre el hecho antecedente de la declaración del Estado de excepción y el hecho consecuente del acto estatal teniendo en cuenta las circunstancias que motivaron el acto, los fines perseguidos con él y el medio que se actúa, como señala Jorge Power Manchego-Muñoz.<sup>297</sup>

En esta perspectiva, parece conveniente considerar en la legislación que regule el recurso de amparo o *habeas corpus* o en la misma Constitución, el control de razonabilidad de las medidas que afectan derechos practicados durante los estados de excepción constitucionales. Ello se encuentra establecido en el derecho comparado, por ejemplo, en la ley 23.098 de Argentina de 1985, en su artículo 4o., el cual otorga también

296 Véase Sagüès, Néstor Pedro, "Control judicial de la Declaración de Estado de sitio y de los arrestos consecuentes", *Diario La Ley*, Buenos Aires, 23/12/1985; y "Nuevo Régimen del *habeas corpus*, ley 23098", *La Ley*, Argentina, t. 1985-B, p. 901.

297 Power Manchego-Muñoz, Jorge, *Continuación y estados de excepción*, Perú, 1990, pp. 252 y 253.

al juez la atribución para apreciar la legitimidad de la declaración del Estado de sitio en relación al caso concreto, lo que implica revisar los requisitos que la Constitución impone a la declaración del Estado de excepción, la adecuación a las causales establecidas, por la autoridad competente, la sujeción en materia de plazo, territorialidad, entre otros factores.

Una disposición similar debiera incorporarse en la Constitución Chilena, garantizando, la carta fundamental, el control de razonabilidad de las medidas adoptadas bajo estados de excepción que afecten derechos fundamentales de las personas.

### *E. El derecho internacional de los derechos humanos y los estados de excepción constitucionales*

En el caso de nuestro país es necesario tener en consideración principalmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, ya que ambos forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, en virtud del artículo 5o., inciso 2 de la Constitución chilena.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, establece en su artículo 4o., lo siguiente:

1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los estados partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6o., 7o., 8o. (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.

3. Todo Estado parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás estados partes en el presente Pacto, por conducto del secretario general de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que haya suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

A su vez, el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone:

1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color sexo, idioma, religión u origen social.

2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3o. (derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4o. (derecho a la vida); 5o. (derecho a la integridad personal); 6o. (prohibición de la esclavitud y servidumbre); 9o. (principio de legalidad y de retroactividad); 12 (libertad de conciencia y de religión); 17 (protección a la familia); 18 (derecho al nombre); 19 (derechos del niño); 20 (derecho a la nacionalidad); 23 (derechos políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

3. Todo Estado parte que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás estados partes en la presente Convención, por conducto del secretario general de la Organización de los Estados Americanos de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan suscitado la suspensión y de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.

A continuación se desarrollan los derechos que se encuentran protegidos por el artículo 4o., núm. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:

#### Artículo 6o.

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no hayan abolido la pena capital sólo podrá imponerse la pena de muerte por los más graves delitos y de conformidad con las leyes que estén en vigor en el momento de cometerse el delito y que no sean contrarias a las disposiciones del presente Pacto ni a la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio. Esta pena sólo podrá imponerse en cumplimiento de sentencia definitiva de un tribunal competente.

3. Cuando la privación de la vida constituya delito de genocidio se tendrá entendido que nada de lo dispuesto en este artículo excusar en modo alguno a los estados partes del cumplimiento de ninguna de las obligaciones asumidas en virtud de las disposiciones de la Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio.

4. Toda persona condenada a muerte tendrá derecho a solicitar el indulto o la conmutación de la pena. La amnistía, el indulto o la conmutación de la pena capital podrán ser concedidos en todos los casos.

5. No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Ninguna disposición de este artículo podrá ser invocada por un Estado parte en el presente Pacto para demorar o impedir la abolición de la pena capital.

#### Artículo 7o.

Nadie será sometido a torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.

#### Artículo 8o.

1. Nadie está sometido a esclavitud. La esclavitud y la trata de esclavos estarán prohibidas en todas sus formas.

2. Nadie estará sometido a servidumbre.

#### Artículo 11.

Nadie será encarcelado por el sólo hecho de no poder cumplir una obligación contractual.

#### Artículo 15.

1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional.

#### Artículo 16.

Todo ser humano tiene derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica.

#### Artículo 18.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la

religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y las enseñanzas.

2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección.

3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

4. Los estados partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres, y en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

El texto de los derechos no sujetos a suspensión de la Convención Americana de Derechos, es el siguiente:

#### Artículo 4o.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.

2. En los países que no han abolido la pena de muerte, ésta sólo podrá imponerse por los delitos más graves, en cumplimiento de sentencia ejecutoriada de tribunal competente y de conformidad con una ley que establezca tal pena, dictada con anterioridad a la comisión del delito. Tampoco se extenderá a delitos a los cuales no se la aplique actualmente.

3. No se restablecer la pena de muerte en los estados que la han abolido.

4. En ningún caso se puede aplicar la pena de muerte por delitos políticos ni comunes conexos con los políticos.

5. No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

6. Toda persona condenada a muerte tiene derecho a solicitar la amnistía, el indulto o la conmutación de la pena, los cuales podrán ser concedidos en todos los casos. No se puede aplicar la pena de muerte mientras la solicitud esté pendiente de decisión ante autoridad competente.

#### Artículo 5o.

##### Derecho a la Integridad Personal.

1. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral.

2. Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.

4. Los procesados deben estar separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su condición de persona no condenadas.

5. Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

6. Tales penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados.

Artículo 6o.

Prohibición de la esclavitud y servidumbre.

1. Nadie puede ser sometido a esclavitud o servidumbre, y tanto éstas, como la trata de esclavos y la trata de mujeres están prohibidas en todas sus formas.

2. Nadie deben ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada pena privativa de libertad acompañada de trabajos forzosos, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.

3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:

a) Los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente. Tales trabajos o servicios deberán realizarse bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas, y los individuos que los efectúen no serán puestos a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado.

b) El servicio militar y, en los países donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél.

c) El servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenacen la existencia o el bienestar de la comunidad, y

d) El trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.

Artículo 9o.

Principio de legalidad y de retroactividad.

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

## Artículo 12.

### Libertad de conciencia y de religión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado.

2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias.

3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás.

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

## Artículo 17.

### Protección de la familia.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas afecten el principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia y responsabilidad de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

## Artículo 18.

### Derecho al Nombre.

Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La ley reglamentará la forma de asegurar este derecho para todos, mediante nombres supuestos, si fuere necesario.

### Artículo 19.

#### Derechos del niño.

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

### Artículo 20.

1. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad.

2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra.

3. A nadie se privar arbitrariamente de su nacionalización ni del derecho a cambiarla.

### Artículo 23.

#### Derechos políticos.

1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:

a) De participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.

b) De votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizables por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y

c) De tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.

2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.

## F. *Análisis comparativo de la normativa del derecho internacional de los derechos humanos en materia de estados de excepción*

Si se realiza un breve análisis comparativo entre el contenido del artículo 4o. de Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, es posible establecer las siguientes diferencias:

- 1) Respecto de las situaciones en que cabe suspensión o restricción de derechos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos es más restrictivo en su artículo 4o. núm. 1 que la Convención Americana en su artículo 27, ya que el primero se refiere a “situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente”, en

cambio, el artículo 27 en su párrafo 1 establece como causales de suspensión de derechos, los casos de “guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte”.

- b) Si bien ambos pactos internacionales coinciden en que las medidas de los estados partes deben regirse por el requisito de proporcionalidad, al establecerse “en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación”, la Convención Americana establece un requisito adicional de temporalidad al agregar “y por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación”.
- c) Respecto de los derechos que no pueden ser suspendidos, el catálogo establecido por el artículo 27 de la Convención Americana es bastante más amplio que el consignado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 7o., núm. 2.

En efecto, además en los derechos no susceptibles de suspensión, la Convención Americana agrega el derecho a la protección de la familia, derecho al nombre, derecho del niño, derecho a la nacionalidad, derechos políticos y derechos a que no sean suspendidas las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. Por otra parte, el derecho a no ser encarcelado por no poder cumplir una obligación contraída, contenido en el artículo 4.2 del Pacto Internacional, no figura en el artículo 27.2 de la Convención Americana.

Otra diferencia es que la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 27, núm. 3 establece que el Estado parte que haya hecho uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente de “las disposiciones cuya aplicación haya suspendido, de los motivos que hayan producido la suspensión y de la fecha para que haya dado por terminada la suspensión”, mientras que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 4o., agrega además, lo relativo a la fecha en que se haya dado por terminada la suspensión debe ser objeto “de una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión”.

Ambos pactos internacionales son coincidentes en los siguientes puntos:

- a) En relación a las limitaciones, ambos pactos coinciden en que las medidas que adopte el Estado parte no deben ser “incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social (artículos 4.1 del Pacto Internacional de Derechos y artículo 27.1 de la Convención Americana).
- b) Los dos pactos coinciden respecto del deber del Estado parte de informar inmediatamente a los demás estados partes en el respectivo pacto, por conducto del secretario general, sea éste de Naciones Unidas o de la Organización de Estados Americanos, respecto de las disposiciones que han sido suspendidas en su aplicación, como los motivos que suscitaron tal suspensión.

Respecto de los estados de excepción y de la suspensión de derechos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en relación al artículo 27 de la Convención Americana, ha expresado:

El capítulo IV de la Convención trata de la suspensión de garantías afirmando en su artículo 27 que en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia y seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones, que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención fijando ciertas limitaciones.

Es bien claro el texto del artículo 27 de la Convención que establece que, en todo caso, no se autoriza la suspensión de los derechos referentes al Reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho a la vida; derecho a la integridad personal; prohibición de la esclavitud y servidumbre; principio de legalidad y retroactividad; libertad de conciencia y de religión; protección a la familia; derecho al nombre; derechos del niño; derecho a la nacionalidad; derechos políticos; ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

En cuanto a los otros derechos consagrados en la Convención, el mismo artículo 27 establece, además de los requisitos de fondo antes anota-

dos, ciertos requisitos formales para que un Estado pueda ejercer tal derecho a la suspensión.

Estos requisitos son:

- a) Informar inmediatamente a los demás Estados Partes en la Convención, por conducto del Secretario General de la Organización de los Estados Americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido.
- b) Los motivos que hayan suscitado la suspensión.
- c) Informar de la fecha en que haya dado por terminada tal suspensión.<sup>298</sup>

Los principios comunes que surgen del análisis comparativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y de la Convención Americana de Derechos Humanos.

En la materia se pueden señalar los principios más frecuentemente citados por la doctrina. Una cierta sistematización de ellos fue desarrollada por Nicole Questiaux<sup>299</sup> y ha sido asumida por Gros Espiell, Piza y Zovatto<sup>300</sup> la que nos parece adecuada y que exponemos a continuación:

- a) *Principio de proclamación pública*: contenido en el artículo 4.1 del Pacto Internacional de las Naciones Unidas, pero ausente en el artículo 27 de la Convención Americana.
- b) *Principio de notificación*: expresamente previsto en el párrafo 3 del artículo 4o. del Pacto Internacional de las Naciones Unidas y en el párrafo 3 del artículo 27 de la Convención Americana.
- c) *Principio de que debe tratarse de una situación excepcional*: contenido en el párrafo 1 del artículo 4o. del Pacto Internacional, párrafo 1 del artículo 27 de la Convención Americana y párrafo

<sup>298</sup> *Comisión Interamericana de Derechos Humanos, diez años de actividades 1971-1981*, Washington, D C, Secretaría General, OEA, 1982, p. 334.

<sup>299</sup> Nicole Questiaux, *Etude sur les conséquences pour les droits de l'homme des développements récents concernant les situations dites d'Etat de siège ou d'exception*, documento D/NC, 4/sub.2/1982/15, del 27 de julio de 1982, Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas.

<sup>300</sup> Gros Espiell, Héctor, Piza R., Rodolfo *et al.*, "Los estados de excepción en América Latina y su incidencia en la cuestión de los derechos humanos en caso de disturbios internos, *Estados de emergencia en la región andina*, Lima, Edición Comisión Andina de Juristas, 1987, p. 42.

- 1 del artículo 15 de la Convención Europea. Puede pensarse que el día en que la Corte Interamericana llegue a estudiar un caso en que esta situación se plantee, llegar probablemente a igual criterio.
- d) *Principio de proporcionalidad*: previsto en el artículo 4.1 del Pacto Internacional y el artículo 27.1 de la Convención Americana. Este principio fue afirmado por el Comité de Derechos Humanos al examinar el caso de Chile.
  - e) *Principio de temporalidad*: previsto expresamente en el artículo 27.1 de la Convención Americana. Puede considerarse que está implícito en el artículo 4.1 del Pacto Internacional.
  - f) *Principio de no discriminación*: expresamente regulado en el párrafo 1 del artículo 4o. del Pacto Internacional en el párrafo 1 del artículo 27 de la Convención Americana.
  - g) *Principio de Intangibilidad*: (interdicción de suspensión de ciertos derechos fundamentales), aunque con variaciones respecto del catálogo de derecho que no pueden ser suspendidos durante los estados de excepción, tanto el párrafo 2 del artículo 4o. del Pacto Internacional, como el artículo 27.2 de la Convención Americana y el párrafo segundo del artículo 15 de la Convención Europea, contienen una enumeración de los derechos que no pueden suspenderse en tales situaciones.

Teniendo en consideración los principios antes señalados, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en relación con los estados de excepción constitucional, ha señalado lo siguiente:

Los conflictos político-sociales han determinado en algunos estados americanos la adopción de medidas tales como la declaración del “Estado de sitio o estado de guerra interna”, la aplicación de la ley marcial, y la adopción de medidas prontas de seguridad.

Cabe señalar que estados que han declarado un “estado de guerra interna” han negado a sus ciudadanos los beneficios mínimos que les garantizan las Convenciones de Ginebra, de 12 de agosto de 1949, en su común artículo 3o., tornando su condición peor que la de un agresor extranjero en una guerra internacional. En muchos casos se ha extendido el fuero militar hasta comprender a los civiles y se ha abolido circunstancialmente y aún por largos periodos el recurso de *habeas corpus*. Son abundantes los casos en los cuales se denuncia el recurso a procedimiento de fuerza lesivos del

derecho a la integridad física, como medios para obtener declaraciones o confesiones.

La Comisión estima del caso recomendar que se dicte en todos los estados normas precisas de conformidad con lo que dispongan las disposiciones constitucionales en vigor, tendentes a impedir que las privaciones de libertad dispuestas en ejercicio de las facultades que las Constituciones suelen conceder para los casos de excepción, se extiendan más allá de lo absolutamente indispensable para el mantenimiento del orden institucional regularmente establecido.

Aún en los casos de excepción determinados por conmociones del orden público, se debe procurar reducir tanto como sea posible las limitaciones de los derechos fundamentales o las lesiones a tales derechos.

En estas circunstancias es evidente que las normas establecidas para tiempos de normalidad no pueden aplicarse sin graves riesgos para la conservación del orden público y la seguridad del Estado, pero como tantas veces lo ha dicho la Comisión, la aplicación de las normas de excepción previstas en las Constituciones y en las leyes de muchos estados, no puede ni debe tener por consecuencia la reiterada violación de derechos humanos fundamentales.

Es cierto que las Constituciones democráticas facultan la suspensión temporal de determinados derechos en periodos de guerra u otra emergencia grave, tal como la garantía contra la detención arbitraria por plazo determinado, en la medida estrictamente necesaria, en vista de las circunstancias, para la supervivencia de la nación o mantenimiento del orden público.

No es menos cierto que las convenciones y pactos, sobre protección internacional de los derechos humanos, contemplan idéntica facultad, bajo condiciones similares. Pero ninguna norma jurídica interna o internacional, justifica que las personas detenidas, mediante la simple invocación de esta facultad extraordinaria, sean mantenidas en prisión por tiempo indeterminado y prolongado, sin que se les formulen cargos por violación de la ley de seguridad nacional u otra ley penal y sin que se las someta a un juicio de manera que puedan ejercer el derecho a justicia y proceso regular.

Es usual que las Constituciones, sobre todo en los países de América Latina, establezcan o autoricen, para casos de grave peligro o de anomalía política o económica, un régimen de legalidad extraordinaria, transitorio en esencia, como el que en algunas partes se denomina Estado

de sitio, y en otras Estado de emergencia o de turbación del orden público, o de “medidas prontas de seguridad”, régimen que obedece primordialmente a la necesidad de investir al gobierno de todas aquellas facultades y poderes especiales que requiere, para enfrentar y superar con eficiencia y prontitud esas situaciones de peligro o anormalidad.

La institución —sobra decirlo— es en sí perfectamente legítima y subsiste a pesar de que, por deficiencias o anomalías o vicios de conformación, haya sido objeto en algunos países de críticas más o menos severas o de que se haya prestado a abusos que la desnaturalizan y desacreditan.

Lo que la Comisión sostiene en todo caso es que por ningún motivo puede admitirse que en los eventos de alteración del orden público y de vigencia de uno de estos regímenes transitorios, los derechos del individuo puedan quedar desprovistos de toda tutela legal, frente a la voluntad omnímoda o absolutista de las autoridades. Cree, por el contrario, que dentro de un régimen de Estado de sitio, adecuadamente estructurado, como es todo aquél que no alcanza a alterar en grado apreciable la independencia de los distintos órganos del Poder, el estatuto de los derechos humanos puede mantenerse básicamente incólume, al menos en lo que respecta a aquellos que se consideran fundamentales. Es decir que, dando plena aceptación a las medidas de cautela y seguridad impuestas por exigencias de la defensa o del bien público, siguen siendo inadmisibles las que entrañan abuso o negligencia y las que puedan con justicia ser calificadas de excesivas.

El mantenimiento indefinido del estado de sitio es uno de los artificios empleados para dar una supuesta legalidad, a la imposición de largas e indefinidas penas.

La Comisión reconoce que, en la defensa del orden público o de la seguridad del Estado, se justifican plenamente la atribución a ciertos órganos del gobierno central de poderes extraordinarios para ser ejercitados con el fin de preservar las instituciones democráticas o la integridad y soberanía del Estado por el periodo que dura la emergencia.

Sin embargo, en la práctica, muchas veces, dichos estados de emergencia han sido dictados sin que las circunstancias lo justifiquen, como un simple medio de acrecentar la discrecionalidad del ejercicio del poder público. Esta contradicción quedan en evidencia cuando las propias autoridades públicas afirman, por una parte, que existe paz social en el país y, por otra, establecen estas medidas de excepción las que sólo pueden

encontrar justificación frente a amenazas reales al orden público o a la seguridad del Estado.

Más grave aún es el establecimiento de estos estados de emergencia indefinidamente o por un prolongado periodo de tiempo, sobre todo cuando ellos conceden al jefe de Estado un cúmulo tan amplio de poderes, incluyendo la inhibición del Poder Judicial respecto de las medidas por él decretadas, lo que puede conducir, en ciertos casos, a la negación misma de la existencia del Estado de derecho.

En tal sentido, en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, las restricciones materiales y formales que imponen los pactos internacionales constituyen una garantía esencial que debe ser respetada por los estados partes.

Asimismo, consideramos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al igual que la Corte Europea de Derechos en el caso *Lawless* y en el caso *Irlanda con Reino Unido*, puede afirmar su competencia para asegurar y comprobar la existencia de los supuestos de hecho que justifican la adopción del Estado de excepción, como asimismo, considerar la relación entre la situación de hecho planteada y las medidas adoptadas, para mantener el requisito de proporcionalidad, sin perjuicio del reconocimiento del ámbito natural de poder de aplicación de las autoridades nacionales y el carácter de subsidiario que tiene el control internacional.

Así, queda sometido a control judicial internacional el ejercicio por las autoridades nacionales, de las facultades de los estados de excepción constitucionales y el compromiso de los estados partes en no afectar el ejercicio de los derechos no susceptibles de suspensión, los que constituyen *ius cogens* o norma imperativa de derecho internacional que existe con independencia de las obligaciones convencionales aceptadas por los estados y se impone imperativamente a toda la comunidad internacional y a los estados que la integran.

La existencia de un control internacional practicado en el ámbito interamericano por la Comisión de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, si bien es de carácter subsidiario, es de gran significación, ya que puede ejercerse para superar los vicios y defectos de la jurisdicción interna, especialmente agravadas en las situaciones de excepción.

Finalmente, cabe señalar que frente a los estados de excepción, especialmente en los casos de guerra interna o externa, además de las con-

venciones sobre derechos humanos, se deben aplicar las Convenciones de Ginebra de 1949 y el Protocolo Adicional núm. II de 1977.

*G. Mecanismos aplicables al Estado de Chile como Estado parte del pacto internacional de derechos civiles y políticos y su protocolo facultativo y de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica*

Tales mecanismos son los siguientes:

- a) Mecanismos de comunicaciones (quejas) interestatales (artículo 41 del Pacto Internacional y artículo 45 de la Convención Americana).
- b) Mecanismos de comunicaciones (quejas) de individuos en contra de un Estado Parte (artículo 2o. del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional y artículo 44 de la Convención Americana).
- c) Mediante potestades generales de supervisión, a cargo de órganos cuya función es examinar el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el Pacto Internacional y artículos 27.3 y 41 de la Convención Americana.
- d) Mecanismos de control jurisdiccional en cuanto país que ha reconocido la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los términos del artículo 62 del Pacto de San José de Costa Rica.
- e) Mediante el procedimiento basado en la figura del relator especial para el tema de los estados de excepción (resolución 1985/27 de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías).
- f) Mediante procedimientos a cargo de organismos con competencia más general, como es el caso de la Comisión de Derechos Humanos, de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías y de la propia Asamblea General de las Naciones Unidas, al igual que los de la Asamblea General de la OEA.

## H. Conclusiones

El ordenamiento constitucional chileno ha evolucionado, constitucionando un número significativo de estados de excepción constitucionales, mayor que el común de los países latinoamericanos.

Durante la vigencia de la carta fundamental de 1980 pueden distinguirse dos periodos claramente, el periodo 1981-1989 y el periodo 1990 hacia adelante, constituyendo el punto diferenciador la reforma constitucional de julio de 1989, que fortalece el respeto de los derechos humanos durante la vigencia de los estados de excepción, limitando los derechos que pueden ser afectados en su ejercicio, estableciendo que las medidas adoptadas durante los estados de excepción no pueden trascender el término del respectivo Estado de excepción y estableciendo con claridad la procedencia del *habeas corpus* o recurso de amparo en la denominación chilena, como del recurso de protección chileno que corresponde en el lenguaje latinoamericano al recurso o acción de amparo, como asimismo, el reconocimiento expreso de la incorporación automática del derecho convencional internacional en materia de derechos humanos, y el respeto y promoción de éste por todos los órganos del Estado.

Nos parece, asimismo, que el sistema institucional debiera reforzar el control parlamentario de los estados de excepción al dar su acuerdo o, al menos, dejándolos sin efecto cuando las condiciones lo ameriten, tal como la Constitución lo autoriza pero sólo para el Estado de sitio; es necesario establecer el control judicial de razonabilidad y proporcionalidad al analizar la constitucionalidad de tales estados o al conocer de los recursos de amparo o de protección, como también es necesario ampliar la acción o recurso de protección a todos los derechos fundamentales asegurados por el ordenamiento constitucional, todo lo que requiere de modificación constitucional del artículo 20 y del artículo 41, núm. 3 de la Constitución.

Es conveniente para evitar situaciones ocurridas en el pasado, que, declarados estados de excepción por causas de guerra exterior o guerra interna, se aplique inmediatamente el derecho humanitario internacional, lo que debe también quedar expresamente establecido a nivel constitucional.

Es conveniente para una adecuada armonización de las acciones de *habeas corpus* y de protección, con el derecho internacional de los derechos humanos, que forma parte integrante del ordenamiento jurídico nacional, establecer leyes que regulen ambas acciones, superando de paso

las inconstitucionalidades que presenta el auto acordado de la Corte Suprema que regula el recurso de protección, las cuales deben considerar el control de razonabilidad de las medidas que afecten derechos humanos.

Es necesario eliminar del ordenamiento jurídico la atribución presidencial que permite expulsar a nacionales o prohibir su ingreso al país, durante el Estado de Asamblea.

Finalmente, deben ser eliminadas de la ley 12.927, las normas referentes a estados de excepción que puedan afectar derechos fundamentales.

La Constitución chilena establece un párrafo especial a los estados de excepción constitucionales (artículos 39-41 de la Constitución). La redacción de las normas constitucionales respectivas permiten concluir que no hay otros estados de excepción fuera de los que contempla la carta fundamental, por otra parte, sus normas operan por sí mismas, con excepción de los casos en que dichas normas quedan supeditadas en su aplicación a la dictación de la ley correspondiente.

La regulación de los estados de excepción puede hacerse por ley orgánica constitucional como señala el artículo 41, núm. 9 de la Constitución.

Las situaciones de excepción que son las causales que habilitan para establecer los estados de excepción constitucionales, están taxativamente señaladas en la carta fundamental, correspondiendo a cada uno de ellos un determinado Estado de excepción.

1. *Guerra externa*: Estado de Asamblea.
2. *Guerra interna o conmoción interior*: Estado de sitio.
3. *Grave alteración del orden público, daño o peligro para la seguridad nacional, sea por causa de origen interno o externo*: Estado de emergencia.
4. *Calamidad pública*: Estado de catástrofe.

El artículo 40, núm. 5 de la Constitución faculta al presidente de la República para decretar, simultáneamente, dos o más estados de excepción si concurren las causales que lo permiten. Asimismo, el artículo 40, núm. 6 habilita al presidente para dejar sin efecto los estados de excepción en cualquier tiempo.

El artículo 10. de la Ley Orgánica Constitucional de estados de excepción en armonía con el artículo 39 de la carta fundamental, establece que “los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo pueden ser afectados en las situaciones que ésta lo autoriza

y siempre que se encuentren en aplicación los estados de excepción que ella establece.

Respecto a los derechos fundamentales que pueden ser afectados en su ejercicio durante los estados de excepción, hay que distinguir entre los que la Constitución autoriza suspender el ejercicio, de aquellos en que sólo puede restringir su ejercicio.

Se entiende por suspensión cuando temporalmente se impida del todo su ejercicio durante la vigencia de un Estado de excepción constitucional. Se restringe, a su vez, el ejercicio de un derecho cuando, durante la vigencia de un Estado de excepción, se limita el ejercicio en el fondo o en la forma (artículo 12, LOC de estados de excepción).

Durante el Estado de Asamblea, pueden suspenderse o restringirse los derechos de libertad personal; derecho de reunión; libertad de opinión e información y libertad de trabajo. Sólo pueden restringirse, el derecho de asociación y sindicación; imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones; disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad.

Durante el Estado de sitio, se puede suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión; se puede trasladar a personas de un punto a otro del territorio nacional, sólo a localidades urbanas; arrestarlas en sus propias casas o en lugares que no sean cárceles ni en otros destinados a la detención o prisión de reos comunes. Sólo puede restringirse el ejercicio de la libertad de locomoción y la libertad de opinión y de información.

Durante el Estado de emergencia, sólo puede restringirse la libertad de locomoción y el derecho de reunión.

Durante el Estado de catástrofe, el presidente de la República queda facultado para disponer la requisición de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad; puede adoptar las medidas extraordinarias de carácter administrativo que considere necesarios.

Sólo puede restringir la circulación de personas y el transporte de mercaderías, como asimismo, restringir las libertades de trabajo, información, opinión y reunión.

Durante los estados de excepción Constitucionales de acuerdo al artículo 41, núm. 3 de la Constitución, pueden siempre interponerse las acciones de amparo y de protección. La única limitante que tienen en esta situación los tribunales es la de no poder “entrar a calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocados por la autoridad para adoptar las medidas en ejercicio de sus facultades”.

Las limitaciones al ejercicio de los derechos durante los Estados de excepción constitucional deben concretarse dentro de los límites establecidos por el artículo 4o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como asimismo por los Convenios de Ginebra de 1949 y sus protocolos complementarios.