



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Escuela de Posgrado
Magíster con o sin Mención

FUNDAMENTOS DEL CONTROL JURÍDICO DEL ESTADO DE EXCEPCIÓN

Tesis para optar al grado de Magíster con Mención en Derecho Público

JAVIER IGNACIO VALDÉS TORRES

Profesor Guía: José Miguel Valdivia Olivares

Santiago de Chile

2023

El Estado es la realidad de la libertad concreta; pero la libertad concreta consiste en que la individualidad personal y sus intereses particulares tienen tanto su perfecto desarrollo y el reconocimiento de su derecho para sí (en el sistema de la familia y de la sociedad civil), cuanto, por una parte, trascienden por sí mismos en el interés universal y, por otra parte, lo reconocen con saber y voluntad como su propio espíritu sustancial y actúan para él como su finalidad última, de manera que ni lo universal tiene violencia y se consume sin el interés particular, el saber y el querer, ni los individuos viven meramente para el interés supremo como personas privadas, sin que a la vez quieran en lo universal y para lo universal y tengan una actividad consciente de esta finalidad. El principio de los Estados modernos tiene ese poder inmenso y la profundidad de dejar perfeccionarse hasta el extremo autónomo de la particularidad personal y a la vez retrotraerlo a la unidad sustancial y así conservar en él mismo a esa unidad.

G.F.W. Hegel, 'Filosofía del Derecho', § 260

Agradecimientos:

A los profesores que me acercaron con asiduidad a las antípodas del derecho.

A mis amigos y amigas, que me han sostenido.

A Minerva, que extrañaremos toda la vida.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	7
I. SOBRE EL ESTADO DE EXCEPCIÓN	10
A. NOCIONES GENERALES SOBRE EL CONCEPTO	10
i. <i>El Estado de Excepción: precisiones conceptuales</i>	10
ii. <i>Concepto clásico</i>	13
1) Roma.....	13
2) Del Renacimiento a la Ilustración.....	15
iii. <i>Schmitt y la normativización de la excepción</i>	21
1) El paradigma ideal de la excepción	21
2) La excepción en el constitucionalismo moderno	25
3) El desafío schmittiano.....	27
B. DISTINCIONES RELEVANTES	34
i. <i>La declaración de la excepción</i>	34
ii. <i>La actuación bajo la excepción</i>	35
iii. <i>La situación y el “estado” de excepción</i>	38
iv. <i>Emergencia y excepción</i>	40
II. EL CONTROL JURÍDICO: PERSPECTIVAS MODERNAS SOBRE SUS FUNDAMENTOS.....	44
A. NOCIONES GENERALES SOBRE EL CONTROL	44
B. SEPARACIÓN Y EQUILIBRIO DE PODERES: SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DEMOCRÁTICO .	47
i. <i>La separación como dogma</i>	48
ii. <i>La idea de equilibrio o check and balances</i>	50

iii.	<i>El principio democrático como fundamento y límite del poder.....</i>	54
C.	LA FUNCIÓN JUDICIAL EN EL DERECHO MODERNO.....	59
i.	<i>Formalismo jurídico</i>	59
ii.	<i>Fundamentos del control jurídico del poder</i>	63
iii.	<i>Positivismo jurídico y la función judicial para el s. XXI.....</i>	67
1)	Positivismo y relativismo jurídico: la distinción entre creación y aplicación del derecho	68
2)	Deferencia como forma institucional de equilibrio	75
III.	EL CONTROL EN EL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y SU POSIBILIDAD ACTUAL.....	84
A.	EL CONTROL JURÍDICO DE LA DECLARACIÓN DE EXCEPCIÓN	84
i.	<i>Declaración de estado de excepción como acto de gobierno.....</i>	84
ii.	<i>La diferencia entre mérito y legalidad.....</i>	88
iii.	<i>El control de la declaración en el derecho chileno y comparado</i>	91
iv.	<i>La posibilidad del control de la declaración de estado de excepción.....</i>	96
B.	EL CONTROL JURÍDICO DE LOS ACTOS BAJO LA EXCEPCIÓN	105
i.	<i>La idea de control de las medidas bajo el estado de excepción</i>	105
ii.	<i>Regulación constitucional nacional y comparada.....</i>	107
iii.	<i>La protección de DDFF. Distinciones y aspectos relevantes.....</i>	121
iv.	<i>La posibilidad de un control jurídico de la actuación bajo la excepción</i>	126
C.	LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO SOBRE EL ESTADO DE EXCEPCIÓN	130
i.	<i>Distinciones relevantes y regulación de la responsabilidad respecto de actos bajo la excepción y su declaración.....</i>	130
ii.	<i>Aspectos generales sobre la responsabilidad civil extracontractual del Estado</i>	135

<i>iii. Jurisprudencia sobre la responsabilidad del Estado por actos en contexto de excepción constitucional</i>	142
CONCLUSIÓN	148
BIBLIOGRAFÍA	154

INTRODUCCIÓN

Hoy vivimos un período que puede parecerse extraño e incómodo a muchos y muchas, pero que tiene una historia digna de comprender e investigar. Casi todos los países del mundo, a raíz de la pandemia mundial por el Sars-Cov-2 o también llamado “Covid-19”, han impuesto restricciones a la libertad y autonomía de sus ciudadanos con el objetivo de enfrentar la propagación del virus, altamente mortal y especialmente contagioso. Dicha historia no es nueva: ya en Occidente hemos vivido por lo menos cuatro episodios relevantes en los que los Estados (o sus incipientes formas de organización) tuvieron que aplicar profundas restricciones a la vida social para, paradójicamente, salvar aún más vidas¹.

En dicho marco, en muchos países, a raíz de guerras, crisis internas o catástrofes naturales, se han utilizado instrumentos que permiten restringir de manera excepcional la vida de las personas, pero con el fin de salvaguardar más vidas o la paz interna. Ellos tienen un nombre relevante en la filosofía política y del derecho moderno: estados de excepción, es decir, las formas que tiene el poder político de enfrentar una emergencia o una catástrofe que amenaza profundamente sus cimientos. Dicho procedimiento, que hasta muy entrada la modernidad se entendió siempre como una forma de “salvataje” del orden político y constitucional, hoy es profundamente cuestionado, a la par de ser, sin embargo, casi la única forma que han visto los gobiernos del mundo para enfrentar distintos tipos de crisis.

Lo anterior, además, y desde la segunda mitad del siglo XX, y en Chile particularmente desde la dictadura militar, va de la mano con un fenómeno relevante precisamente para la idea de excepción: quien o cómo se controla; en otros términos: cuál es su límite. Ello hace de la relación entre el derecho y su excepción una cuestión primordial.

Desde la Segunda Guerra Mundial y, en Chile, desde los 90, nos ha marcado una ya clásica noción del rol de los jueces como garantes de derechos y responsables del control férreo de los poderes públicos. Los jueces, ante la arremetida especialmente de dictaduras y violaciones a DD.HH. no solo han sido garantes de la legalidad imperante, sino que también se han erigido

¹ NATIONAL GEOGRAPHIC. Grandes Pandemias de la Historia. [en línea] Historia National Geographic en internet. 25 de marzo de 2020 https://historia.nationalgeographic.com.es/a/grandes-pandemias-historia_15178 [consulta: 26 de julio 2020].

como figuras de garantía de los derechos de las personas (incluso derechos no consagrados a nivel interno, sino que consagrados en instrumentos internacionales).

Sin embargo, ya sea como consecuencia de ello o en forma paralela a este proceso, se ha ido produciendo una reflexión particularmente crítica de la legitimidad y la labor de los jueces, tanto en el ámbito administrativo como especialmente en el ámbito penal, a lo que no solo algunos critican como “activismo” judicial, sino que otros directamente critican la institución judicial como “ilegítima” para responder a las demandas sociales por mayor justicia.

En la actualidad, las diversas innovaciones y restricciones que ha implicado la pandemia global se han dado también en el contexto de un uso indiscriminado de la “excepción” para conflictos que no son precisamente crisis naturales: el llamado “Estallido” o “Revuelta” social desde el 18 de octubre de 2019, los hechos post 11 de septiembre de 2001 en EE.UU., y una serie de conflictos políticos internos a nivel global implicaron, por los gobiernos de la época, el uso de las herramientas de excepción como instrumentos para resguardar la seguridad interna. Todo ello ha añadido un problema adicional para los jueces: habida cuenta del uso de facultades extraordinarias de los gobiernos de turno para luchar contra la propagación del virus y para controlar las diferentes situaciones de seguridad, el estado de excepción se ha presentado como una opción razonable para los países (o para sus gobiernos) afectados por estos hechos para restringir distintos aspectos de nuestra vida, limitando así diversos derechos fundamentales con el fin de evitar un mal mayor. Esta “emergencia del derecho” ha producido un profundo cuestionamiento a los límites del poder estatal y, también, una interesante discusión respecto de sus fundamentos.

Por todo lo anterior, es que se hace necesario un trabajo que permita comprender los fundamentos teórico-políticos, dogmáticos y también institucionales del control de la excepción constitucional. Pero no de todo control: del control jurídico, esto es, el control que se realiza en razón del derecho. Así, esta investigación intentará brindar elementos que nos permitan comprender de mejor forma los fundamentos que hoy, luego de los acontecimientos que fatídicamente ha vivido nuestra sociedad, podemos dar para controlar jurídicamente dicho momento (y, con él, las potestades que brinda) tan definitorio de lo que es nuestra política y el derecho: la excepción.

En tal sentido, la investigación se dedicará inicialmente a comprender los fundamentos históricos y teóricos del estado de excepción, así como sus distintas acepciones. En dicho capítulo

intentaremos plantear la pregunta principal en torno a este momento crucial del derecho: ¿es posible evadir al derecho? ¿puede el propio derecho auto cancelarse? Las nociones schmittianas de dictadura comisaria y dictadura soberana serán centrales para plantear lo que entenderemos como un desafío para el derecho moderno

En segundo término, la investigación ronda las razones detrás del control jurídico moderno y, especialmente, de la función judicial. Para ello estudiamos tanto los principios centrales de la separación y equilibrio de poderes como la formación del derecho moderno. La noción de jurisdicción, en tal sentido, se plantea como central para comprender el aparato institucional moderno, especialmente en su contraste con el concepto de legislación. Dicha separación, así como las distintas teorías y doctrinas que la refutan o sostienen, aparece como el elemento central a considerar en torno al control jurídico de la excepción: su fundamento radicaría, precisamente, en ese pequeño espacio de acción de los jueces que permite fundar el equilibrio de poderes moderno (que proponemos como deferencia, en un sentido moderno y democrático del concepto).

Por último, se analiza detenidamente los distintos supuestos de control jurídico tanto de la declaración de excepción, los actos bajo su estatuto, como de las consecuencias lesivas que se generen en dicho período (esto es, la responsabilidad del Estado). Con base en el aparato conceptual previo, se pretende exponer cómo la doctrina, jurisprudencia y legislación nacional y comparada, bajo algunos ejemplos concretos, busca definir los contornos del control jurídico de la excepción. Desde las nociones “judicialistas” que buscan la protección de derechos fundamentales, a la noción de acto de gobierno, y pasando por una comprensión deferente de las potestades de excepción en la distinción trascendental entre control jurídico y de “mérito”, la investigación pretende exponer cuál es el estado actual de cosas en torno al control y cuáles son sus desafíos.

En definitiva, analizaremos la relación entre los fundamentos del control jurídico del estado de excepción con una cuestión trascendental respecto del rol judicial: cuáles son los límites de su potestad cuando se enfrenta a casos de enorme complejidad social y, a la vez, a potestades de compleja estructura jurídico-institucional. Relevaremos la importancia de la relación entre la política y el derecho a través del principio democrático y su configuración institucional en la modernidad.

I. SOBRE EL ESTADO DE EXCEPCIÓN

a. Nociones generales sobre el concepto

i. El Estado de Excepción: precisiones conceptuales

La voz “excepción” es uno de los operadores lingüísticos más relevantes en nuestro uso diario de la lengua. Por excepción no solo nos referimos a algo que no ocurre muy a menudo, a algo que es “distinto”, a una particularidad en el orden del mundo, sino que especialmente a algo que es contrario a la normalidad. Excepción, en tal sentido, es un operador dependiente recíprocamente de “normal” (o regular, o sus distintos sinónimos): sabemos de la excepción porque hay normalidad y así inversamente. Así, por ejemplo, la Real Academia Española de la Lengua señala que la excepción es una “Cosa que se aparta de la regla o condición general de las demás de su especie” y, a su vez, el estado de excepción sería el “estado que declara el Gobierno en el supuesto de perturbación grave del orden y que implica la suspensión de ciertas garantías constitucionales”².

Como concepto jurídico-político, sin embargo, es un término evidentemente complejo, y que además tiene distintas expresiones a nivel comparado. Su relevancia es bastante evidente: el derecho moderno es un orden que establece reglas para la normalidad de los casos, ordena el mundo social en una dirección (prohibiendo, permitiendo o requiriendo acciones)³. La

² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.4 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [25 de noviembre de 2021].

³ Véase, por ejemplo, ALCHOURRON, Carlos & BULYGIN, Eugenio. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998, p. 36. Como base, encontramos a VON WRIGHT, Georg H. Norma y Acción, Una investigación lógica. Madrid, Tecnos, 1979, p. 27.

excepción, en ese sentido, funciona como un límite del derecho: es el momento en que las reglas no aplican⁴.

El “estado de excepción”, sin embargo, refiere a algo aún más difícil. Éste es un momento de evidente extrañeza, tanto desde el propio lenguaje que lo instituye como desde su regulación. A nivel histórico y comparado se erige como un concepto evidentemente complejo. Por ejemplo, a nivel hispano hablante solo algunos ordenamientos usan dicho concepto (Chile, Colombia, España, Bolivia, Ecuador, entre otros). Otros se limitan más bien a internalizarlo, a señalar las distintas formas que éste adopta: En Argentina, por ejemplo, no se menciona el concepto en su Constitución, pero se establecen las medidas de estado de sitio, intervención federal, delegación legislativa, y los decretos de necesidad y urgencia⁵. En Alemania, por otro lado, el concepto jurídico es precisamente *Ausnahmezustand*, que se traduce como estado de excepción, insinuando así una fuente común entre la idea alemana y la idea hispana⁶.

En cambio, el derecho francés históricamente desconoce dicha categoría. Como señala De Rementería, el concepto históricamente usado es el de *état de siège* (estado de sitio), relacionado más bien a la guerra y no a la emergencia. Su concepto, sin embargo, fue evolucionando a una distinción -que es relevante a este respecto- entre *état de siège effectif* (estado de sitio efectivo) y el *état de siège fictif* (estado de sitio ficticio), siendo este último uno distinto al sitio bélico, refiriendo a cualquier otro peligro. Es tanto así que se ha referido a éste también como un *état de siège politique* (estado de sitio político), justamente por el uso excesivo que ha tenido para la

⁴ “No hablamos de una acción como una excepción a la regla, por supuesto, a menos que creamos o asumamos que la regla aplique al acto. Si la regla no aplica, no cabe la pregunta por la excepción; si la regla aplica, cabe la pregunta por la excepción, y si la regla aplica, pero estamos justificados para no seguirla, una excepción es permitida.” MACCORMICK, N. Defeasibility in Law and Logic, *En* BANKOWSKI, I White and UHahn (eds), *Informatics and the Foundation of Legal Reasoning*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1995, p. 103.

⁵ HERNÁNDEZ, Antonio María. Las emergencias y el orden constitucional: la inconstitucionalidad del “Corralito” financiero y bancario. México, D.F., Culzoni Editores, 2003.

⁶ TROTTER, Markus. *Der Ausnahmezustand im historischen und europäischen Rechtsvergleich*. Heidelberg, Universität Heidelberg, 1997. Véase también SCHÄFER, Birgit. *Das Recht des Ausnahmezustands - Deutschland: Ungenutztes Notstandsrecht und Integration des Ausnahmefalls in das einfache Recht*. EPRS | Servicio de Estudios del Parlamento Europeo . Unidad Biblioteca de Derecho Comparado. Mayo 2020 – PE 651.938. Versión electrónica disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/651938/EPRS_IDA\(2020\)651938_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/651938/EPRS_IDA(2020)651938_DE.pdf).

política⁷. Sin embargo, hoy la doctrina francesa se refiere a la categoría que nosotros entendemos como “estado de sitio” con el concepto de *état d’urgence* (estado de emergencia)⁸.

Por su parte, en la cultura anglosajona el concepto usado es el de “*emergency powers*” (poderes de emergencia) y más ocasionalmente “*state of emergency*” (estado de emergencia). En dicha cultura, además, se expresa de forma general la relación que existe entre dichos poderes y el *habeas corpus*, limitándose éste en razón de dichos poderes⁹.

De lo anterior se ha señalado que existen generalmente distintas formas de expresión sobre la excepción: (i) expresiones centradas justamente en la excepción (como es el caso chileno o hispano), que reconocen así su contradictoriedad con un estado normal de cosas; (ii) expresiones centradas en la causa de la situación excepcional (por ejemplo, la emergencia, o la guerra), que analizaremos si tienen el mismo sentido; (iii) expresiones centradas en los poderes que se otorgan (como se vio en el caso anglosajón). Como señala De Rementería: “De estas tres categorías llegamos a la conclusión que el núcleo central de las instituciones de excepción es el mismo y se constituye de tres elementos: una situación normativa excepcional, una causa, basada en un hecho fuera de lo común, con el cual no es posible lidiar con la normativa regular; y prerrogativas extraordinarias otorgadas a un órgano estatal. La diferencia es el énfasis otorgado por cada cultura jurídica a cada uno de los elementos, pero podemos reconocer una unidad en las instituciones”¹⁰.

Así, se evidencia un uso lingüístico con bases comunes en los distintos ordenamientos jurídicos que analizaremos en más detalle en torno, especialmente, a la evolución del concepto de estado de excepción, a su teoría como elemento trascendental del orden jurídico constitucional moderno y, en definitiva, a las consecuencias que tiene una u otra teoría sobre tal concepto en lo que entendemos como derecho.

⁷ DE REMENTERÍA, Tomás. “Desentrañando la excepción: análisis doctrinario y comparativo sobre los estados de excepción constitucional”. Revista Justicia y Derecho, Vol. 3, N° 2, 2020, p. 3.

⁸ MBONGO, Pascal. *L’état d’urgence: la prérogative et l’État de droit*. Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2017.

⁹ Véase el análisis *infra* de Montesquieu al respecto. Así también, véase GREENE, Alan. *Permanent States of Emergency and the Rule of Law: Constitution in the Age of Crisis*. Oxford, Hart Publishing, 2018.

¹⁰ DE REMENTERÍA, *op. Cit.*, p. 4.

ii. Concepto clásico

1) Roma

El estado de excepción tiene raíces profundas en el concepto de dictadura del derecho romano. El derecho de excepción tienen su origen remoto en la magistratura extraordinaria instituida entre los siglos V a II a.c., en que uno de los cónsules era nombrado dictador en condiciones de excepción, como la guerra (*dictator rei publicae gerundae causa*) o el apaciguamiento de una rebelión¹¹. Para Mommsen, “la dictadura tenía una particularidad por su carácter extraordinario: correspondía por derecho político al dictador la plenitud del poder, y, no obstante ello, debía limitarse de hecho a ejercer facultades determinadas”¹², un resabio monárquico en el sistema republicano.

Norberto Bobbio agrega: “Dado lo excepcional de la situación, al dictador se le otorgaban poderes extraordinarios que consistían sobre todo en la disolución de la distinción entre el *imperium domi*, que era el mando (soberano) ejercido dentro de los muros de la unidad, y en cuanto tal sometido a límites que hoy llamaríamos constituciones, como la *provocatio ad populum*, y el *imperium militiae*, que era el mando ejercido fuera de los muros y en cuanto tal estaba caracterizado por la disolución de cualquier límite de índole constitucional. Lo excepcional del poder del dictador tenía su contrapeso en la temporalidad: el dictador era nombrado solamente mientras durare su misión extraordinaria que no pasaba de seis meses o permanencia en su cargo del cónsul que lo había nombrado. Así pues, el dictador era un magistrado extraordinario, pero perfectamente legítimo porque su institución estaba prevista en la Constitución y su poder extraordinario la justificaba en el estado de necesidad”¹³. Así, jurídicamente el “estado de necesidad” es un hecho normativo. Lo anterior significa que el estado de excepción es un hecho que suspende de manera evidente una situación jurídica anterior o, como veremos, que crea una condición jurídica nueva.

¹¹ MOMMSEN, Teodoro. Compendio del Derecho Público Romano, Buenos Aires, Edit. Impulso la Ed., 1942, en especial III parte, cap. III “La dictadura”, pp. 223-225.

¹² *Ibidem*.

¹³ BOBBIO, Norberto. La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político (trad. J.F. Fernández S.) México D.F., FCE, 1987, pp. 182-190.

Los romanos, en tal sentido, tenían diversos conceptos cercanos a las instituciones de emergencia, como son el *senatus consultum ultimum*, el *justitium*, entre otros¹⁴. La dictadura romana de la época de la República era entendida entonces como una institución esencialmente provisoria, con el único objetivo de mantener el orden en la república ante alguna calamidad, guerra o un evento que pusiera en peligro el orden mismo de ésta. Como señala Maurice Duverger:

“Para hacer frente a dificultades graves, se podía instaurar un Dictator: magistrado excepcional que escapaba a la regla de la colegialidad de funciones, cada una confiada normalmente a dos titulares cuyo acuerdo era necesario para tomar las decisiones. Por el contrario, el dictador decidía por sí solo, pero en un ámbito muy limitado y por un tiempo muy limitado (seis meses en general). Designado por los cónsules, a veces aprobado o propuesto por el senado, raramente elegido por el pueblo, era investido según los ritos consuetudinarios: al amanecer, en la ciudad misma”¹⁵.

El dictador romano era designado *rei gerundae causa* para resolver lo que debía resolver¹⁶. En tal sentido, tenía una tarea específica para la que tenía el poder total con el objetivo de realizarla. Liberado de las competencias que debían cumplir los cónsules, el llamado “imperio superior” (*imperium maius*) del dictador creó un “poder absoluto”¹⁷. El propio Machiavelli lo describe como una institución que puede actuar sin consulta ni castigo alguno, pero que, sin embargo, no puede cambiar instituciones¹⁸.

La dictadura romana, en síntesis, como expresa Zúñiga¹⁹, tiene las siguientes características que nos pueden ser relevantes para comprender su influencia en el estado de excepción como lo conocemos: 1) es un estado de necesidad con respecto a la legitimación²⁰; 2) carácter

¹⁴ WILLEMS, Pierre. Le droit public romain ou Les institutions politiques de Rome depuis l'origine de la ville jusqu'à Justinien. París, Hachette Bnf, 2014.

¹⁵ DUVERGER, Maurice y CENTRE D'ANALYSE COMPARATIVE DES SYSTÈMES POLITIQUES. Dictatures et légitimité. París, Presses universitaires de France, 1979, p. 7.

¹⁶ ROSSITER, Clinton. Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies. Princeton University Press, 1948, p. 21.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ MACHIAVELLI, Niccolò. The Discourses [1531], ed Bernard Crick, trans Leslie J Walker, Penguin, 1998, p. 94.

¹⁹ ZÚÑIGA URBINA, Francisco. Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las cuestiones políticas. Revista Ius et Praxis - Año 14 - N° 2, 2008, p. 171.

²⁰ Ello significa que su puesta en escena depende en exclusiva de un momento de necesidad absoluta con respecto de algo. La doctrina ha llamado a ello el “principio de necesidad” o “derecho de necesidad”. Un buen análisis

excepcional de los poderes de la magistratura; 3) unidad de mando en el dictador, y 4) temporalidad del cargo. Ello explica por qué entre autores clásicos de la modernidad el concepto de dictadura tenía una connotación positiva (Maquiavelo, Bodin; Montesquieu, Rousseau, Marx y Engels²¹). Dado lo anterior, la dictadura romana es una dictadura “ejecutiva” o “comisaria” - como analizaremos-, capaz de suspender el orden vigente temporalmente, no pudiendo crear nuevas leyes ni erigirse en una magistratura perpetua. Por ello, como veremos, Carl Schmitt opone la dictadura moderna “soberana” a la dictadura antigua “comisarial”, utilizando como paradigma la dictadura romana, “sabia invención de la República Romana”²².

Ahora bien, las fuentes respecto de la dictadura romana son difíciles de verificar²³, lo que significa que en general la referencia a esta institución es indirecta. Sin embargo, existe evidencia suficiente para señalar que la mayoría de las referencias a la dictadura romana son más bien expresiones de una “dictadura ideal” y no tanto un ejercicio de ciencia histórica²⁴. Ello es importante porque nos da cuenta de un problema que deberemos afrontar luego en nuestra investigación: la difícil diferenciación entre un modelo “ideal” y un modelo de excepción razonable²⁵.

2) Del Renacimiento a la Ilustración

contemporáneo sobre dicho concepto puede encontrarse en ÁLVAREZ GARCÍA, V. Los Fundamentos Del Derecho De Necesidad En Tiempos De La Covid-19. Teoría Y Realidad Constitucional, n.º 48, noviembre de 2021, pp. 297-14, doi:10.5944/trc.48.2021.32205.

²¹ Como se explicará en Maquiavelo, su connotación positiva deriva de su análisis y el valor que le da a la dictadura romana; lo mismo en el caso de Montesquieu (con variaciones, más bien en su análisis sobre la constitución inglesa). En el caso de Marx y Engels el concepto de dictadura del proletariado tiene íntima relación con una etapa “temporal” de la lucha de clases, donde el proletariado se une a la clase campesina en su lucha contra el capital, dirigiendo a toda la clase trabajadora creando un nuevo régimen, socialista. “La dictadura del proletariado, si traducimos esta expresión latina, científica, histórico-filosófica, a un lenguaje más sencillo, significa lo siguiente: Sólo una clase determinada, a saber, los obreros urbanos y en general los obreros industriales de fábricas y talleres, están en condiciones de dirigir a toda la masa de trabajadores y explotados en la lucha por derribar el yugo del capital, derribarlo, luchar por conservar y consolidar el triunfo, crear el nuevo régimen social, socialista, en toda la lucha por la supresión completa de las clases” (Lenin), en ROSENAL, M & YUDIN P. Diccionario filosófico marxista, Santiago de Chile, Ed. Nueva América, 1946, pp. 76-78.

²² SCHMITT, Carl. La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletarias. Madrid: Alianza Editorial, 1985, pp. 173-181.

²³ STRAUMANN, Benjamin. Crisis and Constitutionalism: Roman Political Thought from the Fall of the Republic to the Age of Revolution. Oxford University Press, 2016, p. 65.

²⁴ RIDLEY, Ronald T. The Origins of the Roman Dictatorship: An Overlooked Opinion. Rheinisches Museum für Philologie, n.º 2 122. Köln, 1979. 122p. Véase también SCHMITT, *Op. Cit.*, pp. 2-4.

²⁵ GREENE, *Op. Cit.*, pp. 2-3.

La idea romana de dictadura y excepción tuvo un eco profundo en la literatura moderna. En quizás uno de los primeros análisis sobre dicho problema en la modernidad, sabemos que tradición republicana de la dictadura constitucional, originada en la Roma clásica, fue defendida con ahínco por Nicolás Maquiavelo, en pleno Renacimiento italiano, a inicios del siglo XVI²⁶.

Sin embargo, dicha versión fue prontamente disputada. Por ejemplo, la reformulación que hizo John Locke de la llamada “prerrogativa regia” tendría enorme trascendencia histórica. Como señala Siles Vallejos, “si bien el mundo académico pudo haber descuidado eventualmente la temática de la prerrogativa real, considerándola quizá de menor importancia en el conjunto del pensamiento político de Locke, es claro que, luego de los ataques terroristas perpetrados el 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos de América, el interés de los estudiosos por este aspecto de su teoría política y constitucional se ha visto multiplicado con toda justificación”²⁷.

Así, Locke reacciona al contexto en el que se coloca su obra: la posible desmesura y arbitrariedad con que la Corona y sus partidarios entendían la prerrogativa regia, que lo llevaron a los Dos tratados sobre el Gobierno. Caracterizado como un «catecismo protestante del anti-absolutismo», en el que mezclaría derecho natural (la forma más clásica de éste) con la propia Constitución inglesa²⁸, Locke propuso los fundamentos del derecho y filosofía liberal actual, marcados por una democracia liberal, de esencia individualista. De esta forma, Locke se propuso sentar las bases del cambio de régimen político que deseaba y que la ascensión al trono de Guillermo y María supuso luego, “así como integrar en un cuerpo doctrinario coherente con los principios en los que creía y que serían recogidos después por la Petición de Derechos de febrero de 1689”²⁹.

Una de las consecuencias centrales de su teoría, en tal sentido, es una crítica férrea a la tiranía y a la noción de “soberano” como un poder absoluto. Así, la tiranía al ser un régimen violatorio del

²⁶ SCHMITT, *Op. Cit.*, p. 33.; ROSSITER, *Op. Cit.*, p. 15.

²⁷ SILES VALLEJO, Abraham. El pensamiento de Locke y Montesquieu como antecedente de la configuración constitucional de poderes de excepción ante emergencias políticas. Anuario de Investigación del CICAJ 2017, Lima, CICAJ-PUCP, 2017, p. 16.

²⁸ CHEVALLIER, Jean Jacques. Las grandes obras políticas desde Maquiavelo hasta nuestros días, Bogotá, Temis, 2011, p. 93.

²⁹ Véase SILES VALLEJO, *Op. Cit.*, nota 39, p. 18. Así también, véase JARDIN, André. Historia del liberalismo político. De la crisis del absolutismo a la Constitución de 1875, México, D.F, Fondo de Cultura Económica, 1989, 16p. Por otro lado, SABINE, George Holland. Historia de la teoría política, México, D.F, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 402.

derecho, “consiste en hacer uso del poder que se tiene, mas no para el bien de quienes están bajo ese poder, sino para propia ventaja de quien lo ostenta”³⁰. Por ello, el régimen de democracia liberal propuesto -plasmado luego especialmente en la Constitución norteamericana- debe propender a un equilibrio y control del poder público. Por lo anterior, la posibilidad de un gobierno absoluto carecía de legitimidad, pues en tal régimen político no puede existir consentimiento de los hombres³¹: “el poder absoluto y arbitrario, o gobernar sin leyes establecidas, no puede ser compatible con los fines de la sociedad y del gobierno”. Ello implica que la monarquía absoluta no sólo es irreconciliable con la sociedad civil, sino que “excluye todo tipo de gobierno civil”³².

No obstante, la noción de prerrogativa regia expuesta por Locke podría parecer en principio como contraria a lo anteriormente dicho (porque implica un poder extraordinario de la Corona), ésta conlleva más bien dos elementos relevantes en torno al derecho: en primer lugar, que las leyes no pueden ofrecer una regla idónea frente a un evento imposible de anticipar, y, además, que la solución frente a su ocurrencia habrá de ser adoptada por el Poder Ejecutivo, quien obrará para ello sin impedimentos de derecho positivo de ningún tipo³³. Así, señala que: “la prerrogativa no es más que un poder que el príncipe tiene para procurar el bien del pueblo, en aquellos casos en los que, debido a sucesos imprevisibles, las leyes inalterables no pueden proporcionar una dirección segura”³⁴. Más adelante señala además que “este poder de actuar a discreción para el bien público, sin hacerlo conforme a lo prescrito por la ley, y aun contra ella en ciertos casos, es lo que se llama “prerrogativa””³⁵.

Dicha prerrogativa, entonces, implica un «poder de ejecución más extenso», una «reserva de autoridad» que queda siempre sometida, sin embargo -como todo poder bajo la teoría de Locke-

³⁰ LOCKE, John. Segundo tratado sobre el gobierno civil (Carlos Mellizo, trad.), Madrid, Alianza Editorial, 2012, p. 196, párr. 199.

³¹ CHEVALLIER, *Op. Cit.*, pp. 87-88. En el mismo sentido, GOLDWIN A. John Locke. En STRAUSS, L. y CROPSY J. (Comps.), Historia de la filosofía política. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 472.

³² LOCKE, *Op. Cit.*, pp. 105 y 145, párr. 90 y 137.

³³ Véase SILES VALLEJO, *Op. Cit.*, nota 47, 20p. Un buen desarrollo de ello se encuentra en WILDE, M. Locke and the State of Exception. Towards a Modern Understanding of Emergency Government. *European Constitutional Law Review*, 6, 2010, 253p. Así también, en DUNN J. The Political Thought of John Locke. An Historical Account of the Argument of the «Two Treatises of Government». Cambridge University Press, 1969, p. 149.

³⁴ LOCKE, *Op. Cit.*, 162p., párr. 158.

³⁵ LOCKE, *Op. Cit.*, 165p., párr. 160.

a los mandatos del derecho natural y es, por lo tanto, un poder jurídico acotado³⁶. El mismo Locke señala que “es adecuado que las leyes mismas deban en algunos casos ceder ante el Poder Ejecutivo, o más aun ante esta ley fundamental de naturaleza y gobierno [...]”³⁷.

Lo expuesto es importante para el estado de excepción. Si bien éste para Locke está fuera del derecho positivo, es sin embargo un «espacio legal» bajo el entendimiento de que lo rige el derecho natural³⁸. Así, la cuestión relevante no es si la prerrogativa regia según Locke tiene naturaleza constitucional o extraconstitucional, sino si está sujeta a restricciones provenientes del derecho natural³⁹. Ello se suma a otra restricción: el poder ejecutivo siempre está limitado a preservar o perseguir el bien público. De allí que Locke, como apunta Siles Vallejos, rechace, de manera categórica, la posibilidad de entender esta actuación discrecional como «un poder arbitrario para hacer cosas que resulten en un daño para el pueblo»⁴⁰.

Así, al menos desde Locke, podemos concluir que dicha prerrogativa autorizaría al rey a actuar de manera “ilegal”, esto es, contrario al derecho vigente, aunque sin arbitrariedad y con límites, ni tampoco fuera del derecho. Su principal vinculación sería no con el derecho positivo, sino con las normas derivadas del derecho natural. Así, pues, la teoría de la prerrogativa regia de John Locke no se configura, en modo alguno, como una tesis absolutista o decisionista, como apunta Siles Vallejo⁴¹.

En la Ilustración el concepto adquiere un nuevo matiz, volviendo a la idea de república, que dice relación con un concepto también ideal de excepción, como veremos. Como hemos señalado, el matiz hasta dicho momento sigue siendo positivo respecto de la dictadura (con excepción, relativa eso sí, de Locke, como la hemos reseñado). Como señala el propio Rousseau:

³⁶ LOCKE, *Op. Cit.*, pp.148-149, traducción directa de SILES VALLEJO, *Op. Cit.*, p. 21.

³⁷ LOCKE, *Op. Cit.*, p. 375. Cita de la versión original por ser inexacta la versión castellana.

³⁸ WILDE, *Op. Cit.*, pp. 256 - 257. Véase también SCHMITT, *Op. Cit.*, p. 73.

³⁹ WILDE, *Op. Cit.*, pp. 256 - 25, citado en SILES VALLEJO, *Op. Cit.*, p. 21. Este punto es crucial porque, como veremos más adelante, uno de los conflictos más relevantes sobre el estado de excepción sobre el que intentaremos hacernos cargo es si existe una suficiente “juridificación” de éste y en qué medida el derecho puede determinar al poder.

⁴⁰ LOCKE, *Op. Cit.*, p. 167, párr. 163. Véase también WARD, L. Locke on Executive Power and Liberal Constitutionalism. *Canadian Journal of Political Science*, 38(3), 2005, p. 733); GROSS, O. y F. NÍ AOLÁIN. Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice. New York, CUP. 2006, 120p. Citados en SILES VALLEJO, *Op. Cit.*, nota 54., p. 21.

⁴¹ VALLEJO, *Op. Cit.*, 22p. Véase en específico PASQUINO, P. Locke on King’s Prerogative. *Political Theory*, 26(2), 1998, 205p. Véase también CORBETT, Ross J. The extraconstitutionality of Lockean Prerogative. *The Review of Politics*, 68(3), 2006, 442p.

“La inflexibilidad de las leyes, que no permita que se modifiquen según las circunstancias, puede hacerlas perjudiciales en ciertos casos, y causar de este modo la pérdida del Estado en una crisis. El orden y la lentitud de las formalidades exigen un espacio de tiempo que las circunstancias a veces no permiten. Pueden presentarse mil casos para los cuales nada ha determinado el legislador; y es necesario tener la previsión de que no es posible preverlo todo. No debe pues intentarse el afianzar las instituciones políticas hasta el punto de renunciar a la facultad de suspender su efecto. Hasta la misma Esparta dejó dormir sus leyes”⁴².

Por su parte, Montesquieu también dedicó su obra al estudio de la categoría de excepción, los gobiernos de crisis y la emergencia. A diferencia de Locke, y pese a su famosa admiración del régimen inglés, no sostuvo una institución de prerrogativa como la expuesta anteriormente, sino que propuso directamente un régimen excepcional con el objetivo de arrestar temporalmente a los sospechosos de amenazar al Estado. Su frase célebre a este respecto señala que “hay casos en los que es forzoso, transitoriamente, echar un velo sobre la libertad, como se tapan las imágenes de los dioses”⁴³. Sin embargo, como apunta la literatura, ésta no fue formulada por Montesquieu en relación a las crisis constitucionales⁴⁴. En efecto, el Capítulo 19 del Libro XII de *El espíritu de las leyes*, donde esta expresión figura, si bien está dedicado a “cómo se suspende el uso de la libertad en la república”, no se refiere a las crisis existenciales o a los poderes excepcionales, sino que a la institución inglesa del *bill of attainder*. Dicha institución establecía que el Parlamento aprobaba una ley que, para la preservación de la libertad de todos, privaba de la suya a una persona determinada⁴⁵.

El mencionado pasaje nos revela tres elementos importantes: (i) su naturaleza paradójica (son pueblos libres -los “más libres”- que suprimen la libertad con el objetivo de salvarla); (ii) es una medida transitoria; (iii) y es esencialmente necesaria, “forzosa”, configurándose circunstancias previas que hacen que dicha actuación sea así. Dichos elementos, como veremos, son centrales

⁴² ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato social*. Madrid, Edaf, 2009, p. 116.

⁴³ MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*. Madrid, Tecnos, 1995, p. 296, libro XII, cap. 9.

⁴⁴ Dicha fórmula más bien fue objeto de evidente mala interpretación por su carácter retórico y complejo, dado el contexto en que se enuncia (ya la Revolución Francesa). Véase SCHMITT, *Op. Cit.*, p. 143. Véase CRUZ VILLALÓN, P. *El estado de sitio y la Constitución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1980, 200p. Véase también FERNÁNDEZ SEGADO, F. *El estado de excepción en el Derecho Constitucional español*. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1977, pp. 2 y 15. Citados en SILES VALLEJO, *Op. Cit.*, p. 24.

⁴⁵ SCHMITT, *Op. Cit.*, p. 200.

en la generalidad de las constituciones para hacer frente a emergencias que pongan en riesgo la vida del Estado o su población⁴⁶.

Sin embargo, en otro extracto de *El espíritu de las leyes*, el que sería el “otro gran capítulo inglés”⁴⁷, Montesquieu analiza lo que sería el surgimiento del terror y origen de crisis extremas del Estado. Dicho terror “sería sordo, funesto, atroz, y causaría catástrofes”, por lo que “se vería pronto una calma horrorosa, durante la cual todo se congregaría contra la voluntad vulneradora de las leyes”; así, si la amenaza procediera de alguna potencia extranjera que pusiera en riesgo al Estado, “todos secundarían al Poder Ejecutivo, cediendo los intereses menores ante los grandes”⁴⁸. Como sugiere Siles Vallejo, “(l)a gravedad de la situación sería tal que, pese a la necesidad de hacer enormes sacrificios de riquezas, comodidad e intereses para superar la emergencia, la nación involucrada, fundada en su prodigioso amor a la libertad —una libertad, ciertamente, verdadera—, admitiría tales sacrificios con ánimo resuelto” por lo que “las cargas serían más pesadas que el sentimiento de las mismas cargas”⁴⁹.

El pasaje parece emitir una opinión distinta de lo que se deriva de la tesis “general” en torno al Estado y el poder de Montesquieu. Mientras que su tesis general -que analizaremos en específico en torno al equilibrio de poderes- plantea la idea de un gobierno limitado, con contrapesos, el pasaje presenta una tesis “excepcional”: un momento en el que al parecer se concedería un poder extraordinario al ejecutivo ante una amenaza existencial.

De la propuesta de Montesquieu expuesta en dicho pasaje, se derivan sin embargo varios requisitos (los que, de hecho, dicen relación con el pasaje anteriormente expuesto): (i) en primer lugar, la titularidad de la declaración y el otorgamiento de poderes es exclusiva del Congreso, no la decide el propio Ejecutivo; (ii) las causales para invocarlo serían específicas: una conjura secreta contra el Estado y la inteligencia con enemigos exteriores, lo que demuestra que se trata de casos de sedición o una guerra externa; (iii) la titularidad de la declaración no coincide con la titularidad de quien ejerce los poderes: lo declara el Congreso, mas lo ejerce el poder Ejecutivo.

⁴⁶ Ésta sería una razón adicional para el éxito de la interpretación de Montesquieu.

⁴⁷ CHEVALLIER, *Op. cit.*, p. 128.

⁴⁸ MONTESQUIEU, *Op. cit.*, 419p, libro XIX, cap 27.

⁴⁹ MONTESQUIEU, *Op. Cit.*,420p, libro XIX, cap. 27. En SILES VALLEJO, *Op. Cit.*, p. 32.

En conclusión, pese a dichos poderes extraordinarios, la teoría de Montesquieu pretende ser coherente con su premisa inicial: el gobierno debe hallarse sujeto a limitaciones que impidan su uso abusivo (devenir en tiranía o depotismo), cuestión que precisamente ocurrió en los casos analizados por el propio autor (Roma y Venecia), Como recalca Paul A. Rahe , “Montesquieu está persuadido de que “leyes extremas”, aun cuando fueren desplegadas “por el bien”, casi siempre “dan nacimiento al mal extremo” y de que «es la moderación la que gobierna a los hombres y no el exceso”⁵⁰.

iii. Schmitt y la normativización de la excepción

1) El paradigma ideal de la excepción

La experiencia expuesta nos demuestra una especie de “modelo ideal” o paradigma del estado de excepción. Ello significa, en específico, un paradigma determinado a nivel histórico en torno a la afectación de los derechos individuales, la separación de poderes, la creación de normas, y el orden constitucional. Por ello, expondré brevemente el paradigma de estado de emergencia ideal elaborado por Greene en “*Permanent States of Emergency and the Rule of Law*”.

Dicho paradigma implica los siguientes elementos, que describiré brevemente, dado que se derivan de la contextualización histórica ya realizada: (i) la existencia de una amenaza seria al Estado que es reconocida por algún órgano de éste; (ii) un mecanismo defensivo o reactivo a ésta; (iii) la consolidación de poderes en una rama del Gobierno; (iv) el establecimiento de medidas excepcionales que no estarían permitidas en un estado de normalidad; (v) la necesidad de las medidas a aplicar; y, por último, (vi) la separación entre emergencia (o excepción) y normalidad.

Sobre (i), es suficiente lo expuesto respecto de la dictadura romana. La amenaza a la vida del Estado reconocida por un órgano de éste operaba, en general, como una causal absolutamente excepcional: la guerra interna, en general, aunque también hay evidencia de casos de dictadura

⁵⁰ RAHE, Paul, P. A. *Montesquieu and the Logic of Liberty*, New Haven y London, Yale University Press, 2009, p. 76, citado en SILES VALLEJO, *Op. Cit.*, p. 34.

en desastres naturales como plagas⁵¹. Rousseau nota que el recurso a la dictadura era común en un período inicial de la república romana, dado que el Estado aún no se había afirmado lo suficientemente para mantenerse estable⁵². El punto, señalado por Greene, es que un modelo ideal de “emergencia” no nos lleva a la naturaleza del origen de éstas, sino más bien a las condiciones que ésta creaba y las respuestas necesarias para afrontarlas⁵³.

En torno a (ii), esto es, un mecanismo de defensa o reactivo, la dictadura romana también se nos muestra en la literatura como un modelo “ideal” de respuesta a la emergencia. El dictador, nombrado *gerundae causa* (es decir, “para que así se haga”), solo era nombrado una vez existiera una amenaza concreta que atacar. Es decir, existía un reconocimiento por parte de los órganos (el Senado), de la existencia de una amenaza: el modelo ideal, entonces, implica que la excepción no es declarada preventivamente, y no debiera ser un acto ofensivo⁵⁴. Las definiciones modernas de la emergencia o excepción también buscan este mecanismo: por ejemplo, los Principios de Siracusa o el ECtHR enfatizan que las medidas deben ser como reacción⁵⁵. Sin embargo, y evidenciando que dicho es solo un requisito para un modelo ideal, existen casos evidentes de declaraciones preventivas: por ejemplo, el Reino Unido posteriormente a los ataques del 11 de septiembre de 2001 en EE.UU.

La consolidación de poderes en una rama del Gobierno (iii), tiende a ser lo que la doctrina históricamente ha llamado una “dictadura constitucional” (Rossiter). Pese a ser contraintuitivo a los propios romanos y a la ideología de su república, post trauma de la monarquía, dicho recurso se hizo necesario para afrontar la emergencia. Pese a la posibilidad de tiranía, despotismo, Maquiavelo apunta que, sin embargo, ésa era la única forma en que la República podía sobrevivir⁵⁶. Los poderes, no obstante, debían ser proporcionales a la amenaza. En la modernidad, dada la división de poderes, se plantea generalizadamente al poder Ejecutivo como el que puede lidiar con las emergencias, especialmente las ligadas a seguridad nacional. Así también, sus respuestas -dado el nivel de expertiz técnica de la labor administrativa- tienden a ser

⁵¹ COHEN, D. *The Origin of Roman Dictatorship*, Mnemosyne, Brill, 4.1.4, 1957, p. 305.

⁵² ROUSSEAU, *Op. Cit.*, p. 294 (En la versión de Everyman, 1993).

⁵³ GREENE, *Op. cit.*, p. 23.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ Véase NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Principios de Siracusa Sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex, 1985.

⁵⁶ MACHIAVELLI, *Op. Cit.*, p. 195 (en la traducción de Leslie J Walker, Penguin, 1998).

más rápidas y más precisas que, por ejemplo, las respuestas judiciales a temas de emergencia. Los tribunales nacionales e internacionales, en tal sentido, tienden a aceptar la decisión inicial en torno a la situación de excepción. Así, los estados de excepción o emergencia modernos tienden a concentrar el poder en el Ejecutivo, similar a cómo se consolidaba el poder en el dictador romano⁵⁷.

La noción de medidas excepcionales, que no podrían ser ejercidas en un estado de normalidad (iv), tiende a ser un parámetro notablemente evidente del derecho de la excepción. Así, por ejemplo, en el derecho internacional de los derechos humanos, el propósito del estado de emergencia es precisamente permitir al Estado “suspender” ciertos derechos, es decir, derogar ciertas obligaciones que los tratados le obligan. Similar a ello era la dictadura romana: se le otorgaban poderes que en un estado normal de cosas una sola persona no podría tener, por la clásica división de poderes de la república. Así, aunque sinónimos “estado de excepción” y “estado de emergencia”, como apunta Greene, el primero apunta a los criterios del paradigma de la emergencia; mientras que el segundo “pone bajo presión las normas mismas que dan al orden constitucional su identidad”⁵⁸. Como veremos más adelante, dicha distinción no es necesariamente aplicable a cómo entendemos la excepción de manera general.

En torno a la necesidad de las medidas (v), que entendemos generalmente como el principio de necesidad, el análisis histórico nos evoca un requisito clave: el dictador solo era nombrado cuando era absolutamente necesario para la sobrevivencia de la república. De hecho, la frecuencia con que era nombrado al principio de la república ilustra cómo dicha institución era una institución “de necesidad”, en contraste con los años posteriores de ésta, donde ya los bordes de Roma estaban bien protegidos y las guerras eran hacia afuera del epicentro de Roma⁵⁹. Ello nos ilustra que, sin necesidad, la institución no hace sentido, tal como se evidencia también en la

⁵⁷ ROSSITER, *Op. Cit.*, pp. 23–24.

⁵⁸ GREENE, *Op. Cit.*, p. 26. Lo anterior es trascendental porque el argumento de Schmitt es evidente: las democracias liberales propenden a relajarse y abandonar el estado de derecho en momentos de crisis, y ello es prueba de que el Estado no es sinónimo del orden legal. Véase SCHMITT, Carl. *Political Theology. Four chapters on the concept of sovereignty*. Cambridge, MA: MIT Press, 1985b, 12p. Véase en el mismo sentido: FRYE, Charles E. Carl Schmitt’s Concept of the Political, 28 *Journal of Politics*, 1966, p. 825; GROSS, Oren. The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt’s Theory of Emergency Powers and the “Norm–Exception” Dichotomy, 21 *Cardozo Law Review*, 2000, p. 1840.

⁵⁹ ROUSSEAU, *Op. Cit.*, p. 295. En el mismo sentido, JOLOWICZ, Herbert Felix. *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1965, p. 53; ROSSITER, *Op. Cit.*, pp. 22–23; LAZAR, Nomi Claire, *States of Emergency in Liberal Democracies*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 512.

modernidad: la necesidad de rapidez, acciones decisivas que no pueden ser realizadas bajo las operaciones normales de un gobierno son el canon para distinguir cuándo estamos frente a una excepción, y especialmente la suspensión de derechos que en la normalidad de la vida constitucional serían básicos. El modelo ideal, entonces, ilustra al principio de necesidad como el elemento distintivo de la emergencia: solo aquellas medidas que sean necesarias para afrontar tamaña amenaza. Como señala Greene, la noción predominante es la consecuencialista: preferir el menor de dos males⁶⁰.

Por último, uno de los elementos distintivos del paradigma ideal de excepción o emergencia es la separación “evidente” entre normalidad y emergencia o excepción (vi). Como hemos expuesto, la dictadura romana era un régimen bajo la propia constitución romana: era constitucional y a la vez excepcional respecto del régimen normal. Como indica Greene, no había un área gris, terreno intermedio entre las dos: la emergencia era la excepción, una irregularidad empírica, reconocible sólo bajo el canon de la normalidad, aunque están inherentemente conectadas, consideradas en términos de una dialéctica dicotómica⁶¹. El fenómeno, en tal sentido, evidenciaba que los mecanismos “normales” para lidiar con tal realidad no podían funcionar, no estaban previstos para ello. Por ello es que en dicho modelo tales poderes están justificados sólo ante la amenaza, y una vez ésta es derrotada, las medidas debieran ser retraídas y debiera volverse a la normalidad. Ése sería el paradigma ideal de excepción. Sin dicho paradigma -es decir, dicha temporalidad de la anormalidad evidenciada como tal-, la excepción derrotaría a la normalidad, como evidencia Greene a propósito de los Estados modernos y la posibilidad de suspender derechos⁶². Por ello, en un paradigma ideal, la separación se cimenta en el uso de límites temporales y la creencia de que dichas emergencias, por horribles que sean, serán temporales⁶³.

⁶⁰ GREENE, *Op. cit.*, p. 27. Lo expresado quizás se comprende de mejor manera cuando recordamos la famosa defensa de Abraham Lincoln tras el estallido de la Guerra Civil estadounidense: “Are all the laws but one to go unexecuted and the government itself go to pieces lest that one [habeas corpus] be violated?” (“No se ejecutarán ninguna de las leyes y el Gobierno mismo se hará pedazos para que no se viole aquella (el habeas corpus)”). LINCOLN, Abraham, ‘Special Session Message’ (4 July 1861) available at The American Presidency Project <www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=69802> (acceso 28 de noviembre de 2021).

⁶¹ GROSS, Oren, “Once More unto the Breach”: The Systematic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies’ 23 *Yale International Law Journal*, 1998, p. 437. En GREENE, *Op. Cit.*, p. 27.

⁶² GREENE, *Op. Cit.*, p. 28.

⁶³ GROSS, 1998, *Op. Cit.*, p. 1073.

Sin embargo, en un estudio realizado a nivel mundial en el año 2004, donde de 2.552 casos de reglas de emergencia o excepción, 627 estaban sujetas a límites temporales y 214 a un límite calificado de tiempo. Es decir, 1.711 no tenían límite temporal⁶⁴. No obstante ello, usualmente dichas normas, sin incluir límites temporales expresos, señalan la naturaleza temporal de su institución.

Lo anterior es evidente también en el tratamiento del terrorismo como fenómeno contemporáneo de amenaza al régimen constitucional. En Irlanda del Norte, por ejemplo, la sombra del terrorismo fue evidente por más de 30 años, con poderes excepcionales que no podríamos llamar como tales con tal cantidad de tiempo en juego⁶⁵. Pero como hemos ya enunciado, Greene también apunta a la distinción entre normalidad y excepción como el factor clave para comprender el estado de excepción. Es dicha separación la que hace posible ciertas respuestas y da legitimidad a la supresión de ciertos derechos básicos, y es la misma que en la república romana hacía a ésta una república y no una permanente dictadura. Por ello es que, citando a Maquiavelo, fue la erosión del límite de tiempo de la investidura del dictador la que llevó al fin de la república y, así, a la tiranía de los *Decemviri*. Es dicha separación, finalmente, la que nos permite distinguir entre medidas de emergencia o excepción y otros tipos de gobernanza y coerción estatal⁶⁶.

2) La excepción en el constitucionalismo moderno

Con el constitucionalismo moderno se han propuesto diversas construcciones teóricas sobre el estado de excepción y la protección extraordinaria del Estado: el estado de necesidad, dictadura constitucional y el gobierno de crisis. Todas, como se puede evidenciar, derivadas de las doctrinas históricas anteriores⁶⁷. En el contexto del postulado de Jellinek de la “auto-obligación del Estado respecto a su Derecho”, Zúñiga resalta que “se trata de contener la omnipotencia del Estado mediante la fijación de normas para la exteriorización de su voluntad y al mismo tiempo

⁶⁴ KEITH, LC & POE, SC. Are Constitutional States of Emergency Clauses Effective? An Empirical Exploration’, 26 Human Rights Quarterly, 2004, p. 1090.

⁶⁵ GREENE, *Op. Cit.*, p. 29.

⁶⁶ Existen propuestas interesantes que no usan dicha separación entre normalidad y excepción, como son la de GROSS & NÍ AOLÁIN, *Op. Cit.*, pp.86-105; ZUCKERMAN, Ian. One Law for War and Peace? Judicial Review and Emergency Powers between the Norm and the Exception, 13 Constellations, 2006, p. 524.

⁶⁷ ZÚÑIGA, *Op. Cit.*, p. 172.

respetar derechos individuales garantizados por el orden jurídico, pero dicha “auto-obligación” que es autolimitación tan propia del Estado de Derecho, deja abierta la puerta al estado de necesidad”⁶⁸. En palabras de Jellinek: “En la vida del Estado las relaciones reales preceden a las normas producidas por ellas. Existen, pues, en el proceso de la formación de los Estados, en las revoluciones violentas acaecidas durante la vida de los mismos, épocas en que aparece el orden del Estado ante todo como un poder puramente de hecho que toma después el carácter de poder jurídico cuando ha pasado a la historia o se ha racionalizado en el pensar humano. El Derecho, por consiguiente, jamás alcanza extensión bastante para solucionar los profundos conflictos entre poderes dentro del Estado”. Así, “el dogma que considera el sistema de Derecho como una unidad cerrada, desconoce la relación fundamental entre Derecho y Estado. Todo Derecho tiene un límite insuperable en el hecho mismo de la existencia del Estado. Por esto puede aniquilar el Derecho una modificación de los fundamentos de la vida del Estado, pero el derecho no tiene jamás fuerza bastante para determinar en los momentos críticos de la vida del Estado, la dirección de su camino. Para atenuar las violaciones del orden del Estado, se ha ideado la categoría del Derecho de la legítima defensa de aquél, lo que no es sino otra expresión para indicar cómo la fuerza va antes que el Derecho”⁶⁹.

De esta forma, en el constitucionalismo moderno el Derecho de Excepción se aborda generalmente de tres formas, como las indica Zúñiga: “1) En ausencia de una autorización constitucional expresa, el Gobierno asume los poderes de excepción extraconstitucionales y, eventualmente, buscará posteriormente una confirmación parlamentaria; 2) Disposiciones constitucionales o preceptos legales creados, con anterioridad al estado de excepción, otorgan al

⁶⁸ Ibidem. Véase ROSSITER, *Op. cit.* En América: VALADÉS, Diego. La dictadura constitucional en América Latina”, UNAM, México DF, 1974. En torno a “Gobierno de crisis”, LOEWENSTEIN, Karl, Teoría de la Constitución (trad. A. Gallego A) Edit. Ariel S.A., 1º Ed. 1965, 2a 1975, 3a reimp., 1983, Barcelona, pp. 284–293. Para la doctrina del estado de necesidad ver MEYER, Georg y ANSCHÜTZ, Gerhard, Lehrbuch des Deutschen Staatsrecht, 7a ed., Munich, 1919, pp. 676 y ss.

⁶⁹ JELLINEK, Georg, Teoría General del Estado (trad. F. De Los Ríos), Buenos Aires, Edit. Albatros, 1970, pp. 266-267. En tal sentido, Kelsen conecta dicha fuerza con el derecho en la “Grundnorm” o norma fundamental, en KELSEN, Hans. Compendio de teoría general del Estado (trad de J. de Azcárate y L Recasens Siches y estudio de éste), México DF, Edit. Colofón, 1992, pp. 136-139; y en KELSEN, H. Teoría Pura del Derecho, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 2006, pp. 205-214. Véase también, HEERFORDT Heinrich. Revolución y Ciencia del Derecho Investigación acerca del alcance jurídico de los procesos revolucionarios y su significación práctica para la teoría general del derecho (trad. A. Polo), Madrid, edit. Revista de Derecho Privado, 1932. También introductorio al tema es BURDEAU, George. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas (traducción de R. Falcon Tello de la 18º edición francesa), Madrid, Edit. Nacional, 1981, pp. 63-78. Citados en ZÚÑIGA, *Op. Cit.* p. 172.

Gobierno plenos poderes extraordinarios, y 3) El gobierno de crisis se basa en plenos poderes delegados ad-hoc por el Parlamento en el Gobierno”⁷⁰.

Dichas formas en general caracterizan el despliegue de la excepción en el derecho moderno, más allá de que el camino propio del constitucionalismo actual sea racionalizar a éste mediante normas expresas para la anormalidad⁷¹. En tal sentido es que dicha dicotomía (normalidad-anormalidad o excepción), se evidencia como el mecanismo trascendental a dilucidar. Así, por ejemplo, lo reseñaba García Pelayo, para quien el Estado de Derecho es un Estado “absolutamente normativizado”, y por ende su normatividad supone normalidad. Frente a la anormalidad o caso excepcional, entonces, el ordenamiento crearía un “Derecho de Excepción”, que se trata de “prever la excepción y normativizar la misma excepción”⁷². Es dicha tarea (la de “normativizar” la excepción), la que estudiaremos como el desafío teórico más relevante del estado de derecho desde el siglo XX en adelante. El binomio normalidad-normatividad, anormalidad-normatividad expuesto por Hermann Heller sería la clave del derecho liberal para afrontar la excepción y, a la vez, su gran problema, como veremos⁷³.

De lo anterior se evidencia que las distintas concepciones históricas, especialmente previas al s. XX, dicen relación con una concepción particularmente “republicana” de la excepción, esto es, con un fin evidentemente de mantención del orden de la república (la salud o incluso la vida del Estado). El estado de excepción no sería un mero instrumento político a merced del soberano para gobernar sin normalidad, sino que sería un instrumento para situaciones fuera de lo común que tiene como objetivo evitar la destrucción de la república (el Estado). En dicho sentido, la dicotomía expresada anteriormente (normatividad-excepción) también se expresa en la forma en que el constitucionalismo ha tratado de revestir dicha anormalidad y regularla.

3) El desafío schmittiano

El desarrollo moderno de la teoría de la excepción y, especialmente, su problematización teórica más interesante, se le atribuye a la refinada teoría de Carl Schmitt en torno a la dictadura y al

⁷⁰ ZÚÑIGA, *Op. Cit.*, p. 185. Véase en especial LOEWENSTEIN, *Op. Cit.*, p. 286.

⁷¹ Como veremos en nuestro paso por este capítulo.

⁷² GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid, Alianza Edit. S.A., 1984, pp. 162–163.

⁷³ ZÚÑIGA, *Op. Cit.*, p. 186. Sobre Heller, la obra obligada a este respecto sería HELLER, Hermann. *Teoría del Estado* (trad. L. Tobio) México DF, FCE, 3a ed., 1955.

concepto de soberanía⁷⁴. Su punto de partida es, precisamente, el análisis histórico-político del concepto de dictadura y su relación con el derecho liberal⁷⁵.

Así, en su primera aproximación relevante a dicho problema, *La Dictadura*, Schmitt distinguiría entre el concepto de dictadura soberana y dictadura comisaria. El dictador comisario es aquél que está liberado de la normalidad del estado de derecho, esto es, se libera de ciertas barreras legales, pero con un objetivo específico: restaurar o defender el orden constitucional vigente; sin la posibilidad de modificar las leyes. Es un “comisario” porque pretende defender el orden, tal como en el orden romano ya expuesto. Sin embargo, el dictador soberano es distinto: no está obligado a la Constitución que le dio origen, sino que más bien busca establecer un nuevo orden, un nuevo ordenamiento político-constitucional.

Como señala Heiss, “la legitimidad de los estados de excepción constitucional contemporáneos descansa en su carácter comisario, es decir, en su autorización por las instituciones existentes, su carácter limitado y su afán de restituir un orden político, que se asume legítimo, amenazado por crisis como invasiones, rebeliones, crisis económicas, desastres naturales y pandemias”⁷⁶. La dictadura soberana es, más bien, lo que hoy sí conocemos como dictadura, como lo fue la dictadura cívico-militar liderada por Augusto Pinochet: un régimen no autorizado constitucionalmente que tiene como objetivo un cambio en el orden constitucional y político.

Luego, sin embargo, plantearía un concepto teológico-político de la idea de soberanía: “soberano es quien decide el estado de excepción”⁷⁷. Como veremos, tal “paso” es clave. El Schmitt de la *Teología Política* sería distinto (o, como plantea Dyzenhaus, más bien sería la lectura sistemática sobre el estado de derecho moderno⁷⁸). A diferencia del orden comisario en que el soberano es el que viene a restaurar un orden mediante la dictadura, el soberano de la *Teología Política* es

⁷⁴ SCHMITT, *Op. Cit.*, 1985.

⁷⁵ Véase, por ejemplo, HEISS, Claudia. Emergencia y proceso constituyente. La frágil construcción de una salida democrática al choque de legitimidades. En CONTRERAS, Pablo (ed.). *La Ley de la Emergencia*. DER Ediciones, 2020, p. 3. También GREENE, *Op. Cit.* Además de AGAMBEN, Giorgio. *Estado de excepción: homo sacer II*. Valencia, Pre-textos, 2019.

⁷⁶ HEISS, *Op. Cit.* p. 3.

⁷⁷ SCHMITT, *Op. Cit.* 1985b, p. 1.

⁷⁸ DYZENHAUS, David. *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*. Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 39.

poderoso e ilimitado, y es más bien el único que puede dar sentido al orden constitucional nuevo⁷⁹.

En este sentido, Heiss recalca que la diferencia entre estas dos concepciones recae en la valoración que se tiene en el orden previo, cual es el de la república liberal. El soberano de Schmitt, todopoderoso, asume que el orden jurídico previo -el orden del liberalismo clásico- es un orden que ya no tiene sentido cuidar, por ello es que es ajeno completamente a la idea de control, de separación y de limitación del poder. Como señala Kalyvas, dicho nexo entre soberano y excepción “expone las potencialidades revolucionarias e impredecibles del poder soberano (...) Dado que la soberanía se refiere a la creación genuina de un nuevo orden legal y constitucional se asume que sólo puede operar en momentos excepcionales, en el vacío legal de un ‘estado de naturaleza’”⁸⁰.

Ello demostraría no sólo una concepción de la excepción distinta (excepción no para mantener el orden anterior, sino que para crear uno nuevo; excepción como límite puro al sistema), sino que también una concepción de soberanía que se enmarca en otra tradición de la tradicional. Por un lado, la concepción tradicional de soberano entiende a éste como el último poder coercitivo, esto es, el poder que puede obligar, la fuerza predominante, siendo sus autores más relevantes Juan Bodino y Thomas Hobbes. Por otra parte, la tradición que expresaría Schmitt es la que sigue a Thomas Paine, John Locke o el propio Emmanuel Sieyès, que “entiende al soberano como quien tiene el poder de fundar, proponer, constituir, es decir, como el poder constituyente”⁸¹.

Lo anterior es clave para entender las distintas versiones de la teoría de la excepción. Para ello, cabe citar a John Elster, que describe el significado del famoso pasaje de Schmitt sobre el estado de excepción (“Ha de entenderse por estado de excepción un concepto general de la teoría del Estado, no un decreto de emergencia ni un estado de sitio cualquiera”), indicando: “Carl Schmitt señalaba que el poder del Estado para declarar una situación de emergencia muestra que en el fondo es más un *Machtstaat* (Estado de poder) que un *Rechtsstaat* (Estado de derecho). En su opinión, la esencial del Estado se revela en momentos de crisis y no a través de sus acciones

⁷⁹ MCCORMICK, John. The dilemmas of dictatorship: Carl Schmitt and constitutional emergency powers. *En* Law as Politics. Carl Schmitt’s Critique of Liberalism. Londres, Duke University Press, 1998, p. 218.

⁸⁰ KALYVAS, Andreas. “Popular sovereignty, democracy and the constituent power”. *Constellations*, vol. 12, Nº 2, 2005, p. 228.

⁸¹ HEISS, *Op. Cit.*, p. 5.

cotidianas. Aun cuando esta opinión sea descabellada, el deseo del gobierno de verse libre de toda limitación es un hecho constante en la política”⁸². Así, existiría un valor sobre el que descansa el estado de derecho (principalmente, la paz y seguridad que éste genera), sin que sea posible negar la posibilidad de fuerzas políticas extrajurídicas disruptivas al sistema.

Dicha concepción del Estado está en el centro, entonces, de la dicotomía ya planteada normalidad-excepción. Como evidencia la cita a Jellinek⁸³, uno de los puntos críticos del problema planteado en esta investigación tiene relación con nuestra concepción del Estado, ya sea como un Estado de poder o un Estado de Derecho. La “normativización” como pretensión -o paradigma- de la excepción dice relación precisamente con una concepción “jurídica” del Estado. Mientras que el reconocimiento de éste como un Estado de poder significa, como se deriva de la teoría schmittiana, reconocer que hay un límite infranqueable, indeseable, incontrolable de lo que podemos regular: que éste ante la amenaza externa o la erupción del poder no puede sino doblegarse.

La relevancia de la excepción se expresa de la siguiente forma en la *Teología política*:

“La excepción es más interesante que el caso normal. Lo normal no demuestra nada, la excepción lo demuestra todo; no sólo confirma la regla, sino que la regla sólo vive gracias a aquélla. En la excepción, la fuerza de la verdadera vida rompe la costra de un mecanismo cuajado en la repetición. Un teólogo protestante del siglo XIX lo expresó así: “La excepción explica lo general y a sí misma”. Y si lo general pretende estudiarse correctamente, sólo hay que buscar una verdadera excepción, la cual revela todo con mucha más claridad que lo general. A la larga se cansa uno de la palabrería eterna sobre lo general; existen las excepciones. Si no hay explicaciones para éstas, tampoco lo habrá para lo general. Por lo común no se repara en esta dificultad, porque lo general ni siquiera se concibe con pasión sino de una manera cómoda y superficial. La excepción, en cambio, concibe lo general con enérgica pasión”⁸⁴.

Lo anterior expresa un punto relevante para efectos de lo que se discutirá en esta tesis, y es que es precisamente la excepción la que nos facilita entender la normalidad: es la normalidad, de

⁸² ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune. *Constitucionalismo y democracia*. México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 36.

⁸³ Véase *supra*, nota 69.

⁸⁴ SCHMITT, Carl. *La Teología Política. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía*. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 29.

hecho, consecuencia de la excepción. El desafío schmittiano, entonces, dice relación con tal momento (o lugar) de apertura. Con Schmitt, existiría un espacio más allá del derecho -la excepción, que revela el poder de la política⁸⁵- que no es producido por el derecho sino más bien revelado como el espacio que escondía la máscara de la legalidad liberal. Como indica Dyzenhaus, cuando la máscara de la legalidad desaparece, el soberano se muestra no como constituido bajo el derecho, sino que como el actor que legítimamente es capaz de constituir a éste (al derecho). Así, el punto de Schmitt no sería el de un “black hole” (un agujero negro dentro del derecho) o un vacío jurídicamente producido. Más bien, es el espacio más allá del derecho, un espacio que se revela cuando el derecho se retrae, dejando al gobernante -al soberano- actuar libremente. El desafío, en tal sentido, es poder regular la excepción tomando en cuenta la profundidad de la tesis schmittiana, es decir, que en última instancia el derecho puede ceder a la política. Los intentos del derecho liberal de responder a la excepción a través del derecho representan más bien un esfuerzo vano por erradicar la excepción del sistema legal. Dado que la noción liberal del derecho no puede renunciar a la idea de controlar la política a través del derecho, ésta pone una delgada capa de legalidad en lo político, lo que permite al Ejecutivo hacer lo que le plazca mientras se base en la legitimidad del estado de derecho⁸⁶.

Y si bien podemos considerar la teoría de Schmitt como una de las bases del pensamiento conservador moderno, ésta tiene profundo eco incluso en la teoría crítica heredera del marxismo, como lo es en los escritos de Walter Benjamin. Benjamin justamente se refiere a esta idea -la de la excepción creando la normalidad- en su octava tesis de la *Filosofía de la Historia*, donde establece:

“La tradición de los oprimidos nos enseña que el “estado de excepción” en que ahora vivimos es en verdad la regla. El concepto de historia al que lleguemos debe resultar coherente con ello. Promover el verdadero estado de excepción se nos presentará entonces como tarea nuestra, lo

⁸⁵ Cercana al postulado respecto del estado de excepción se encuentra el argumento de Schmitt acerca de lo político. En particular, lo político sería previo al derecho y su distinción central sería la de “amigo y enemigo”, por lo que la primera tarea del soberano es hacer dicha distinción. Y sería justamente en el momento de la excepción donde la naturaleza existencial de lo político se revela. Así, dado que hacer dicha distinción (amigo-enemigo) significa hacer una especie de decisión existencial, el que la hace tiene que ser capaz de actuar de una manera decisiva, por lo que impide -para Schmitt- que sean los jueces o el legislativo quienes tomen aquella decisión, dejando al ejecutivo como el único candidato razonable. SCHMITT, Carl. *The Concept of the Political* (trad by George Schwab), New Jersey, Rutgers University Press, 1976.

⁸⁶ DYZENHAUS, *Op. Cit.*, p. 39.

que mejorará nuestra posición en la lucha contra el fascismo. La oportunidad que éste tiene está, en parte no insignificante, en que sus adversarios lo enfrentan en nombre del progreso como norma histórica. El asombro ante el hecho de que las cosas que vivimos sean “aún” posibles en el siglo veinte no tiene nada de filosófico. No está al comienzo de ningún conocimiento, a no ser el de que la idea de la historia de la cual proviene ya no puede sostenerse”⁸⁷.

Lo expuesto por Benjamin nos revela un problema que hemos ido paulatinamente asimilando: la excepción se ha convertido cada día que pasa en regla. La emergencia termina por ser el paradigma de gobierno. En tal sentido, y dada la expansión del poder ejecutivo en las últimas décadas, la excepcionalidad -es decir, las distintas medidas que permiten “suspender” el derecho- se ha ido transformando progresivamente en el modelo regular de gobierno, en una técnica más para concentrar el poder y disminuir los contrapesos que puedan existir al poder del gobernante.

Como señala De Rementería, “(...)la posición de Benjamin debe entenderse como una rebelión contra la idea de Schmitt, una rebeldía contra el curso de la historia escrita por los vencedores. Los vencedores se convierten en los poderosos y en la doctrina schmittiana el poderoso es representado por el soberano, el depositario de la *plenitudo potestas*, que tenía la prerrogativa de tomar la decisión sobre si estábamos dentro de la regla o dentro de la excepción”. La denuncia es más bien contra la idea de que sería el derecho -no de cualquiera, sino que el del soberano- el que crece y se expande a los distintos aspectos de la vida del pueblo. La llamada “violencia del derecho”, sin embargo, discutida por Benjamin, no solo falsea la pretendida paz que crea el derecho, sino que falla en eliminar la violencia natural, asimilándola solo a beneficio de quienes gobiernan.

La crítica de Benjamin, en tal sentido, es descarnada, mas no nos revela una salida al horizonte que nos plantea el profundo desafío schmittiano -más bien, lo profundiza-. Para Agamben, por otro lado, la crítica de Benjamin es central porque introduce la idea de “tiempo mesiánico”, proveniente de la teología política. El tiempo mesiánico -esto es, la venida del Mesías- sería el momento definitorio para cuestionar toda la realidad. La crítica de Agamben es levemente distinta: la teoría de Benjamin nos permitiría pensar la fórmula para el fin del Estado. En la

⁸⁷ BENJAMIN, Walter. Tesis sobre la historia y otros fragmentos. México DF, Ítaca, 2008, p. 43.

venida del mesías (la excepción) y ante el fin de los tiempos (que llama *katechon*), el origen del derecho se revela, y a la vez parte a las tinieblas el mismo⁸⁸.

Para el filósofo italiano el estado de excepción sería un mecanismo jurídico que disgrega el *ethos* —entendido como esencia de vida— del humano, obligándolo a vivir una vida desnuda, vacía, dado que depende en exclusiva de la arbitrariedad de otro, esto es, del soberano⁸⁹. Ello obliga a Agamben, como se desprende de sus últimos escritos⁹⁰, a desconfiar profundamente de la excepción. Lo anterior deriva no solo de la experiencia traumática (Italia fascista, Alemania Nazi, o las dictaduras de la segunda mitad del s.XX), sino que especialmente de la distinción entre conceptos clásicos del derecho romano: el de *autoritas* (autoridad) y el de *potestas* (poder). El primer concepto es un concepto evidentemente biopolítico, mientras que el segundo es “meramente” jurídico. En el estado de excepción esto sería relevante porque cuando se eleva a un determinado sujeto a tal poder, no se eleva su *potestas* solamente -esto es, su posición jurídica como presidente, canciller, jefe de gobierno, etc.-, sino que también y especialmente su *autoritas*, es decir, a su persona misma. El personalismo del estado de excepción -evidenciado clásicamente en la figura del dictador “carismático”, figura tratada por Weber⁹¹- impide pensar dicho mecanismo como un mero medio de salvataje del orden imperante, y lo imprime más bien de sospecha: sospecha no sólo de que sea una excusa para la creación nuevo orden político, sino que especialmente como excusa para coartar libertades y derechos del pueblo. Así, la crítica de Agamben si bien nos plantea una versión más críptica de Schmitt que es poco útil para fines de esta investigación, nos revela un problema en términos políticos que toda teoría política tendría que enfrentar: el problema del control del poder puede ser insalvable.

En suma, lo analizado hasta ahora nos revela la necesidad, primero, de articular un concepto claro de estado de excepción que deriva no solo de sus distintas acepciones (las que, como hemos visto, tienen 3 principales formas de expresión), sino también de sus principales fundamentos teóricos. Los fundamentos teóricos expresados dan cuenta, sin embargo, de una tensión profunda entre quienes abogan por la excepción como una forma de “salvar” o

⁸⁸ AGAMBEN, *Op. cit.*

⁸⁹ SALAZAR, Roberto. Véritable état d’exception, «violence pure» et «rédemption. Réflexion sur Benjamin et Agamben. *Phantasia*, 7, 2018, pp. 100-111.

⁹⁰ AGAMBEN, Giorgio. ¿En qué punto estamos? La pandemia como política. Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editores, 2020.

⁹¹ WEBER, Max. *Economía y sociedad*. Madrid, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1994.

“proteger” el orden imperante ante determinadas emergencias, como lo son las guerras o las catástrofes naturales, y quienes creen que la normativización de dicha esfera solo esconde un intento fútil de regular la política -que, finalmente, se impone-. Por otro lado, existe en la historia de las ideas una raíz profunda de desconfianza y crítica a la excepción como oportunidad del soberano de perpetuarse y de evadir las reglas establecidas para la vida social y, especialmente, para la paz.

Una distinción relevante que puede hacerse a este respecto es la distinción entre una excepción personal (idealizada la figura del mandatario o mandataria, el jefe gobierno), o la excepción de magistratura, esto es, basada en el cargo, independiente de qué persona la tenga⁹². Como plantea De Rementería, sería óptimo que el estado de excepción recaiga en una institución y no sobre una persona determinada⁹³. Sin embargo, dicha distinción solo da cuenta del riesgo que el estado de excepción representa para la existencia misma del orden jurídico.

Como conclusión, el panorama teórico expuesto nos demuestra que existe aún una profunda reflexión y problemática en torno al concepto de estado de excepción y, especialmente, en torno su caracterización precisamente en relación al derecho. Así, la concepción de éste como un momento de absoluta creación de un nuevo orden político colisiona con una concepción de éste como forma de salvaguarda de la república, esto es, del orden político previo -y su necesaria normativización-. Por ello, y dada la relevancia que precisamente adjudica el derecho, como es la función judicial, estudiaremos los fundamentos del control jurídico que realizan los jueces, en orden de comprender luego su relación con el control de la excepción.

b. Distinciones relevantes

i. La declaración de la excepción

La declaración del estado de excepción es, aunque parezca extraño, el momento más radical del desarrollo teórico de éste. Como hemos visto, al enfatizarse históricamente la condición del

⁹² KANTOROWICZ, Ernst. Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval. España, Editorial Akal, 2012.

⁹³ DE REMENTERÍA, *Op. Cit.*, p. 7.

estado de excepción como un momento en que un poder del Estado (u, hoy, el poder ejecutivo generalmente) puede realizar ciertos actos que generalmente no podría realizar bajo el estado de derecho y, en tal sentido, suspender algunos derechos involucrados con éste, es más bien la declaración de dicho momento la que ha tenido más desarrollo teórico y también normativo.

Este acto, entonces, se nos presenta como el momento trascendente entre el antiguo régimen -el momento del estado de derecho en su aplicación corriente- y el momento posterior, el de la excepción. La declaración, en definitiva, pone las bases de un nuevo momento constitucional, al menos en lo que respecta al campo de acción de ésta. Como hemos reseñado anteriormente, el momento de la declaración requiere en general un órgano con legitimidad suficiente para su consecución (en el régimen romano, el Senado; en el inglés, el parlamento), y en general es el momento donde se establece el plazo de actuación, las razones que inspiran dicha decisión -por ejemplo, qué implica la amenaza-; y las distintas actuaciones que pueden realizarse.

En consecuencia, la declaración ha sido uno de los momentos más analizados a nivel teórico. Lo hemos reseñado de forma extensa: en general las características ideales de un estado de excepción dicen relación con los requisitos y “límites” que surgen, precisamente, del momento de declaración⁹⁴.

Lo anterior, como veremos, es central para el control judicial de este acto. Su momento es de tal calibre “político” que rara vez hemos visto análisis judiciales de su ilegalidad o inconstitucionalidad.

ii. La actuación bajo la excepción

Por su parte, los actos bajo la excepción son las acciones cuando ésta ya está declarada, y tienen sin duda una categoría distinta. Estos, a diferencia de la declaración, son actos que se ciñen ya bajo una categoría definida: una norma excepcional ya declarada, que cimienta el actuar bajo suyo de una determinada forma. A diferencia de la declaración, que se basa en el imperio antiguo, los actos nuevos deben regirse en lo general bajo la propia declaración y, en todo lo demás y en principio, bajo el derecho que rige de manera general.

⁹⁴ Véase *supra*, “El paradigma ideal de la excepción”.

Como ya hemos reseñado, las actuaciones bajo la excepción dicen relación con las medidas concretas destinadas a enfrentar ésta. En un paradigma ideal, como lo hemos reseñado, tienen que ser medidas estrictamente necesarias para enfrentar la amenaza concreta; deben ser proporcionales a la amenaza; deben ser temporales; deben estar aprobadas bajo un órgano con legitimidad constitucional concreta para ello; y en general implican la suspensión de ciertos derechos, garantías o requisitos de legalidad de actos⁹⁵.

Dichas medidas, entonces, tienen un factor común clave en la mayoría de las legislaciones a nivel comparado e histórico: la suspensión de ciertos derechos o garantías, o requisitos de legalidad básicos, para el buen desenvolvimiento del Estado en dicho contexto. Por ejemplo, como relata Marazzita, el Gobierno italiano ante la expansión del virus SARS-COVID 19, inició sus medidas a principios del año 2020 con una reasignación presupuestaria y autorización de uso de fondos extraordinarios; luego, ante la propagación exponencial del virus, el Gobierno adoptó medidas radicales: limitaciones a la libertad de circulación, cierre de las actividades laborales, suspensión de las actividades didácticas. Luego de ello, y ante la amenaza patente del virus, se realizaron otras actividades extraordinarias: suspensión de elecciones, desviaciones presupuestarias para enfrentar las consecuencias económicas de la pandemia, apoyos específicos al sector de salud, entre otras⁹⁶.

Por su parte, y ante la amenaza terrorista representada en los ataques del 11 de septiembre de 2001 en Estados Unidos, dicho Gobierno adoptó una serie de medidas de excepción que han sido ampliamente comentadas en la literatura⁹⁷. Entre las más destacables, el Gobierno estadounidense suspendió las garantías de debido proceso y presunción de inocencia, e incluso usó la tortura como método de investigación, dejando sin aplicación las Convenciones de

⁹⁵ Véase *supra*, El paradigma ideal de la excepción.

⁹⁶ MARAZZITA, G. «Constitución Italiana Y Estado De Emergencia Por Covid-19». *Teoría Y Realidad Constitucional*, n.º 48, noviembre de 2021, doi:10.5944/trc.48.2021.32200, pp. 181-185.

⁹⁷ Firmado el 26 de octubre por el presidente Bush, el USA PATRIOT ACT (Uniting and Stengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act) es la referencia y el símbolo de la política seguida por Casa Blanca después del 11 de septiembre. Presentado como la expresión de las dobles necesidades-protoger al país sin atentar contra la democracia-, esta ley ha sido denunciada firmemente por las organizaciones de derechos humanos. Para ellas, incluso si entendían la gravedad de las circunstancias en que estaba el país, dicha ley hacía pensar en esta famosa frase de la guerra de Vietnam: “Tuvimos que destruir este pueblo para salvarlo”. Véase también un interesante reportaje en torno a la *Patriot Act* y los momentos claves de su aprobación por el Congreso. RADIOLAB, “60 Words”, WNYC Studios, 2020, Disponible en <https://www.wnycstudios.org/podcasts/radiolab/episodes/60-words>

Ginebra sobre guerra⁹⁸, contra los sospechosos de pertenecer o tener vínculos con *Al Qaeda*, destinó inmensos fondos presupuestarios a la “lucha contra el terrorismo” (armamento, espionaje, medidas extraordinarias de intervención, entre otras⁹⁹), se identificó a personas específicas “de interés especial” a nivel mundial¹⁰⁰, interceptó comunicaciones de manera generalizada¹⁰¹, entre otras.

Una característica interesante de estos casos es que, a diferencia de la declaración misma de la excepción y su potencial político-fáctico, los actos “bajo” la excepción tienden a ser menos problemáticos a nivel teórico -con marcadas excepciones, como veremos a continuación-. Su naturaleza, en definitiva, tiende a seguir la naturaleza del acto de declaración (es decir, se define bajo los parámetros de la excepción en la que nos encontramos).

Sin embargo, y como estudiaremos en esta investigación, su naturaleza menos “problemática” a nivel teórico-político no significa que sean fáciles de acometer bajo el control jurídico, porque es precisamente la noción de “excepción” -más allá de los límites que imponga el propio acto de declaración¹⁰²-, hacen su control problemático. Sabemos que estamos ante actos que se rigen por un parámetro distinto de los actos normales en el ordenamiento jurídico y, sin embargo, se tiende a cuestionar su naturaleza como actos excepcionales: los pueblos, en general, tienden a cuestionar el alcance, la proporcionalidad o la necesidad de ciertas medidas tomadas bajo el parámetro de la “excepción” ya declarada.

Uno de los problemas más recurrentes a este respecto es el de la “excepción permanente”, es decir, la consecución de políticas y actos que generalmente consideraríamos con carácter “excepcional” en un plazo indeterminado con la excusa o razón de una guerra o amenaza

⁹⁸ p. 80. Véase también un interesante reportaje en torno a un detenido de Guantánamo y su realidad, así como también la no aplicación de la Convención en su caso, solo por sospecha. RADIOLAB: “The other Latif”, WNYC Studios, 2020. Disponible en: <https://www.wnycstudios.org/podcasts/other-latif>

⁹⁹ COST OF WAR PROJECT, “The cost of 20 years of War on Terror”, Watson Institute for International and Public Affairs, Brown University, 2021, disponible en: <https://www.brown.edu/news/2021-09-01/costsofwar>.

¹⁰⁰ MARTHOZ, Jean Paul. Los Derechos Humanos Después del 11 de septiembre Convergencia. Revista de Ciencias Sociales, UNAM, vol. 10, núm. 33, septiembre-diciembre, 2003, p. 79. 1200 personas fueron detenidas. De ellos, 752 fueron detenidos por violar las leyes de migración y los otros por cargos criminales o como testigos materiales. Sólo cuatro han sido inculcados por crímenes relativos al terrorismo.

¹⁰¹ RISEN, James & LICHTBLAU, Eric . "Spying Program Snared U.S. Calls". *New York Times*, Nueva York, 2005. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2005/12/21/politics/spying-program-snared-us-calls.html> (Visitado el 6 de diciembre de 2021).

¹⁰² Por ejemplo, en el caso chileno depende del tipo de declaración (es decir, el tipo de estado de excepción), qué actuaciones el Ejecutivo podrá acometer.

constante a la seguridad nacional o la economía de un país. De forma recurrente, dicho estado ha sido estudiado a la luz de los casos irlandeses (que ya hemos reseñado) o el propio caso estadounidense¹⁰³.

Dicho problema, como evidencia la literatura en especial respecto de la lucha o “guerra” contra el terrorismo, re-configura la relación entre norma y excepción (entre estado de derecho y estado de excepción). Nos pone, así, en una encrucijada interesante para el caso actual en el mundo -de una emergencia o excepción generalizada como respuesta a la pandemia-: comprender si la excepción se “constitucionaliza” (se normaliza) o, más bien, la constitución se vuelve excepcional.

Por lo anterior, quizás el aspecto más relevante a destacar de esta distinción es su importancia para el control judicial: por un lado, la declaración de una excepción tiende a comprenderse, como hemos reseñado y analizaremos detalladamente, bajo la idea de soberanía absoluta de quien la establece (generalmente, un órgano con legitimidad suficiente). En tal sentido, su control es evidentemente restringido y, en general, tiende a no existir, como veremos. En cambio, los actos bajo la excepción sí tienden a ser controlados, aunque bajo una categoría y “deferencia” especial. La importancia de la distinción entonces dice relación con que el canon sobre el cual debe juzgarse los actos bajo la excepción tiende a confrontarse también con la necesidad de una cierta normalidad democrática¹⁰⁴, mientras que el de la declaración sigue siendo un momento de evidente discrecionalidad política.

iii. La situación y el “estado” de excepción

Otra distinción relevante de acometer dice relación con la comprensión del “estado” de excepción sin su declaración -por ejemplo, un estado de excepción “de facto”, si es que hace sentido-. Éste se nos plantea como un problema radical ante el orden constitucional: qué tanto sentido tiene afirmar la “excepción” de facto como un estado de excepción o, más bien, es un verdadero orden inconstitucional. Analizaremos en breve este problema.

¹⁰³ DYZENHAUS, *Op. Cit.*, y en el mismo sentido GREENE, *Op. Cit.*

¹⁰⁴ Por ejemplo, la sostenida aplicación de medidas restrictivas de DD.FF. en el tiempo tiende a ser cuestionada. La temporalidad es clave, entonces, cuando se trata de medidas que coartan el libre ejercicio de la vida democrática, como es el ejemplo de la reacción de los Estados a la pandemia del COVID-19, donde dado el nivel de restricciones y su extensión temporal, debieron irse progresivamente reduciendo.

En primer lugar, la asunción de una “situación” de excepción del orden constitucional la comprendemos, a menudo, como un orden inconstitucional, es decir, como lo que contemporáneamente entendemos como dictadura¹⁰⁵. Una situación de orden constitucional excepcional, pero sin declaración de excepción o bajo una declaración que no cumpliría el estándar establecido por el derecho previo, cabría evidentemente bajo la categoría de orden inconstitucional: una mera infracción a la Constitución. Sin embargo, y como podemos evidenciar de las múltiples experiencias comparadas¹⁰⁶, la inconstitucionalidad de un orden político no impide su desenvolvimiento y, a la larga, su normalización como el orden imperante.

Como expresa Silva Fernández, la excepción ha servido a propósitos sanos y también problemáticos, especialmente en Latinoamérica, precisamente para mantener la vigencia de dictaduras tanto constitucionales como de facto¹⁰⁷. Esto último fue la generalidad en la segunda mitad del siglo XX, fundamentalmente en centro y sur américa donde básicamente “se institucionalizaron los estados de excepción”¹⁰⁸: es decir, un estado de poder de facto se institucionalizó mediante actuaciones de excepción (usando la categoría previamente descrita), pero sin una debida declaración de excepción, al ser regímenes que se tomaron el poder inconstitucionalmente.

Dicha proliferación de la dictadura como forma política y de la excepción como método para ella se explica desde el punto de vista del arraigo que adquirió la doctrina de la seguridad nacional¹⁰⁹. En tal sentido, Haba sostiene: “así como en el plano ideológico es la doctrina de la seguridad nacional quien provee las justificaciones habituales para otorgar al aparato estatal facultades que

¹⁰⁵ Los ejemplos evidentes son las dictaduras latinoamericanas, como veremos.

¹⁰⁶ La experiencia en general de las dictaduras “de facto”, es decir, tomado el poder bajo un golpe militar o el uso de la fuerza interna, tienden a ser mediante esta fórmula. Sin embargo, también debemos acotar que, tomado el poder por parte de una facción interna, ésta tiende a validarse en éste a través de actos de orden constitucional -por ejemplo, nuevas constituciones, decretos ley con el objetivo de un nuevo orden constitucional, como fue el caso de Chile, bajo el D.L. N° 1 y siguientes de la Junta Militar de 1973-.

¹⁰⁷ SILVA FERNÁNDEZ, Roberto. Los estados de excepción como legitimación de un estado de cosas inconstitucional: expresión del pseudoconstitucionalismo. Revista Eleuthera, 2016, 15, 46-58. DOI: 10.17151/eleu.2016.15.4, p. 52. Véase también ZOVATO, D. Los estados de excepción y los Derechos Humanos en América Latina. Caracas, Venezuela: Editorial Jurídica Venezolana, 1990.

¹⁰⁸ Ibidem.

¹⁰⁹ Éstas son un conjunto de ideologías que surgen luego de la segunda guerra mundial y mediante la cual los Estados Unidos enfrentó la guerra fría. En Latinoamérica se entendía en una concepción bipolar en el nuevo reparto del mundo, enfrentándose al polo comunista del mundo, lo que en muchos casos significó -como es el caso de Chile o Argentina- la persecución de partidos y grupos de izquierda y la consecución de golpes de Estado organizados o financiados por Estados Unidos.

le permitan violar cómodamente los derechos humanos; en el plano jurídico institucional ello suele darse –y a menudo invocando aquella– en el marco de los estados de excepción o emergencia (llamados así o de otras maneras)”¹¹⁰.

Lo anterior es importante para comprender cómo los estados de excepción en Latinoamérica han tenido una proliferación que se explica en gran medida por una doctrina específica respecto de la excepción y, sobre todo, respecto de la lucha por el poder: la legitimación de dichas formas también conllevó una crítica profunda a la potencia del estado constitucional de derecho visto desde una perspectiva clásica (o liberal). Su potencia inútil ante situaciones de facto evidenció el auge del llamado “seudoconstitucionalismo”, mostrando una apariencia de legitimidad formal y material¹¹¹.

En conclusión, la situación de excepción refiere, según lo reseñado, a un momento en el cual se aplican medidas excepcionales -en general, restricciones a derechos básicos, concentración de poderes, entre otras- sin el debido respaldo constitucional previo (es decir, sin una debida declaración). Debemos aclarar, eso sí, que a dicho concepto también puede referirse un estado de cosas “previo” a la declaración de excepción, es decir, una situación que amerita una declaración por su amenaza a la salud o seguridad del Estado o su población, y que requiere medidas concretas sin declararse necesariamente la excepción como tal aún. Dicho caso, que coincide con el tratado en este apartado en tanto las dos situaciones no tienen una declaración fundada en el ordenamiento previo, no es particularmente problemático dado que requiere necesariamente una declaración para poder ser interpretado como excepcional. En definitiva, la situación de excepción refiere a momentos de excepcionalidad que violan el régimen interno, fundándose en la excepción para la consecución de un nuevo orden político sin declaración previa, o requieren de la declaración de excepción para que el Estado pueda enfrentarlas.

iv. Emergencia y excepción

¹¹⁰ HABA, E. Tratado básico de derechos humanos. Tomo II. San José, Costa Rica, Juricentro, 1986, p. 651.

¹¹¹ Como señala Silva Fernández, En Berlín, en 1862, se aventura una definición de la situación caracterizada por un sistema que es constitucional solo en apariencia pero que recurre a prácticas restrictivas y violatorias de los cánones constitucionales; se identificaba el seudoconstitucionalismo o se podía advertir, en un Estado al que su gobierno insistía en presentarlo como un estado constitucional, cuando la verdad era que debido a las disposiciones de carácter dictatorial no era otra cosa que un Estado con gobierno absolutista. Para mayor detalle, véase LASSALLE. F. ¿Qué es una constitución? (2a Ed). Bogotá, Temis, 2010.

La confusión en torno a la distinción emergencia-excepción proviene en la actual teoría política en gran parte del énfasis que en la *Teología Política* se hace a los conceptos de revolución y democracia como fuentes para una teoría crítica. Como indica Ellen Kennedy, el título original de tal obra, “Sociología de los conceptos de soberanía y teología política” ilustra la gran influencia de Max Weber en ésta¹¹². Los otros textos de dicho período schmittiano, *Catolicismo Romano y la Forma Política* y *La Crisis de la Democracia Parlamentaria*, toman aspectos relevantes para una sociología del Estado¹¹³. Todos, en conjunto con *Teoría Constitucional*, se hacen cargo del mismo problema: la soberanía democrática. En dichos estados, la dictadura sería una fuente de su preservación, una técnica. Como un momento no-constituido de vitalidad política, la soberanía se manifiesta en sí misma como una decisión para la unidad, como una dictadura soberana. Como hemos reseñado, la distinción entre dictadura comisaria y soberana, no tiene necesariamente una forma político-jurídica, aunque evidentemente han sido republicanas en su gran mayoría. El punto de Schmitt, en gran parte, dice relación con que el mundo constitucional, anunciado por las revoluciones hasta el siglo XX, no puede escapar del desafío epocal de transformar al pueblo como soberano¹¹⁴.

Como reseña Kennedy, Weber entendió perfectamente el gran problema de las constituciones europeas de principios de siglo XX, especialmente la de Weimar. Consciente de que el sistema de partidos se debilitaría, Weber construyó la tipología de legitimidad racional, tradicional y carismática. El presidente, en tal sentido, sería el único órgano capaz de ejercer autoridad basada “incuestionablemente en la voluntad de todo el pueblo”¹¹⁵. Por ello es que la proximidad de Schmitt con Weber se ilustra en el “reconocimiento de los aspectos sociológico-religiosos necesarios para cualquier discusión sobre la soberanía”¹¹⁶. Así, el concepto de excepción (*Ausnahme*) correspondería a las circunstancias específicas del estado moderno (la república de

¹¹² SCHMITT, Carl. *Soziologie des souveränitätsbegriff und politische Theologie*, Erinnerungsgabe für Max Weber, ed. M. Palyi, Munich: Duncker & Humblot, 1923. Este contuvo solo los primeros 3 capítulos del posterior libro y fue uno de los primeros artículos de la sección “Structural problems of the modern state”, donde también contribuyeron Thoma, Brinkman, Lowenstein y Landauer.

¹¹³ SCHMITT, Carl. *Roman Catholicism and Political Form*, Westport, CT, Greenwood Press, 1923; SCHMITT, Carl. *The Crisis of Parliamentary Democracy*. En *Bonner Festschrift für Ernst Zitelmann*, 1926.

¹¹⁴ KENNEDY, Ellen. *Emergency and Exception*. En *Political Theory*, Vol. 39, No. 4, 2011, p. 537.

¹¹⁵ WEBER, Max. *The President of the Reich*. *Political Writings*. Cambridge: Cambridge University Press, 1994, pp. 304-308.

¹¹⁶ KELLY, Duncan. *The State of the Political*. New York, Oxford University Press, 2003, p. 183. Schmitt fue un miembro del seminario de Weber en Munich durante 1919-1920, específicamente en torno a los problemas jurídicos que se evidenciaron en la regulación civil durante la guerra.

Weimar) cuya crisis constitucional fue objetiva y subjetiva. Responde entonces a un contexto determinado que algunos han perdido de vista: la excepción refiere a la constitución de lo político en una regularidad. Una lectura de la *Teología Política* sin dichos elementos parece inmaterial. Escrita al alero de *El concepto de lo político y la teoría constitucional*, la *Teología Política* y la “excepción” se muestran como una ironía, como un “semillero de lo estético, de lo irreal, lo apolítico”¹¹⁷.

Naomi Claire Lazar, en *States of Emergency in Liberal Democracies* (“Estados de emergencia en Democracias Liberales”) precisamente enfoca su investigación en la distinción entre emergencia y excepción. La emergencia “colapsaría” en la excepción en Estados en que se pierde el control de la primera. Lazar se hace cargo del problema teórico de la emergencia al identificar a ésta como una “concreta manifestación de las tensiones entre orden y justicia, entre la habilitación y la limitación del poder, tensiones que son inherentes a cualquier régimen constitucional”¹¹⁸. Así, critica la distinción norma-excepción como estática y simple, advirtiendo una crítica a Schmitt, quien colapsaría la emergencia en la excepción y suspendería las reglas y normas. De esta forma, su objetivo primario es escapar de este campo teórico, planteándonos la distinción entre excepción y emergencia como una distinción entre una democracia liberal que se mantiene en base al control efectivo de la emergencia, y una democracia “que colapsa” sus propios valores - los valores que ella elige, es decir, los valores liberales-, renunciando a ellos¹¹⁹.

Lazar, en tal sentido, renuncia a la dicotomía norma-excepción, para plantearnos una continuidad intrínseca al estado de derecho durante la emergencia y, además, en la normalidad del funcionamiento del Estado. Su objetivo es “normalizar” las emergencias al rechazar el estatus de eventos “excepcionales”. Dicho aproximamiento tiene dos ventajas, según Kennedy, que me parecen importantes de resaltar: (i) se aleja de la discusión respecto del concepto “mítico” de excepción, especialmente dada la influencia de Agamben y una fascinación y moda por Schmitt en los últimos años¹²⁰; y además (ii) separa la discusión sobre la excepción de un determinado período (la república de Weimar), planteándonos la posibilidad de que la emergencia no

¹¹⁷ KENNEDY, *Op. Cit.*, p. 537.

¹¹⁸ LAZAR, *Op. Cit.*, p. 2.

¹¹⁹ LAZAR, *Op. Cit.*, p. 4.

¹²⁰ AGAMBEN, *Op. cit.*

implique dictaduras y que, más bien, existen varios eventos en que la emergencia ha sido exitosa para enfrentar crisis políticas o naturales¹²¹.

Su argumento, sin embargo, descansa más bien en la categoría ya planteada de dictadura comisaria: es un momento de normativización de la emergencia. El estado de emergencia sería el momento en que el Estado decide, frente a una amenaza que pone en riesgo el modo de vida de éste y lo que se valora en la sociedad, hacerle frente con medidas especiales. Sin embargo, dichos valores no son cualquiera: son los valores de la democracia liberal, lo que llamaríamos el “bien común”. Ésa sería, sin duda, la parte más problemática de su argumento¹²², al evidenciar una distinción entre valores de primer y segundo orden difícil de fundar.

Dicha división, además, nos lleva precisamente a la distinción entre excepción y emergencia, que Lazar más bien entiende como una gramática: mientras que el estado de excepción es “el sujeto”, el “estado de emergencia” es el predicado. Dicha distinción, a mi entender, es fatal para su argumento: evita referirse a la larga confluencia entre los dos conceptos que existe en el derecho continental y, más bien, expresa una apertura a una comprensión poco acabada de la excepción: la excepción no refiere solo a quien decide, sino también y, primordialmente, a los momentos a los que hacemos frente cuando está en peligro nuestra normalidad democrática.

En conclusión, la emergencia -para algunos, como Lazar- refiere a un modo particular de comprender la excepción: a una forma republicana de expresar la decisión sobre la amenaza al Estado. Su comprensión, evidentemente defensora de los valores liberales -se atreve a señalar que sólo “los poderes de emergencia pueden tomar en cuenta el carácter moral del fin que ellos sirven”¹²³-, evidencia que la emergencia sería la forma normativizada de la excepción. La excepción, en tales términos, sería el “más allá” del estado de derecho, un fenómeno en que la decisión puede colapsar los valores intrínsecos del Estado.

Sin embargo, en esta investigación, y habida cuenta de las razones que hemos expuesto en este apartado y, principalmente, comprendido el desafío schmittiano como un desafío del que debe hacerse cargo el Estado y, esencialmente para este texto, el juez al momento de su decisión,

¹²¹ ROSSITER, *Op. Cit.*, donde destaca los casos de Estados Unidos, Francia y Reino Unido, que también han tenido períodos de dictadura.

¹²² KENNEDY, *Op. Cit.*, p. 539.

¹²³ LAZAR, *Op. Cit.*, p. 136.

usaremos a dichos conceptos como sinónimos. La excepción, como hemos reseñado, es un concepto teórico y dogmáticamente potente para hacer frente a cuestiones trascendentales como la pregunta sobre la relación entre el Estado y el poder, entre el derecho y la moralidad y, por supuesto, pone en cuestión los elementos más importantes del Estado moderno. La emergencia, ya comprendida en su magnitud teórica y contextual, nos brinda un aparato menos rico de opciones teóricas, aunque debemos también advertir de su potencial conceptual para una teoría que pretenda justificar el control jurídico del estado de excepción.

II. EL CONTROL JURÍDICO: PERSPECTIVAS MODERNAS SOBRE SUS FUNDAMENTOS

a. Nociones generales sobre el control

La idea de control jurídico se nos ha presentado como un paradigma de la modernidad. En cuanto al control, la noción refiere al concepto francés de *contrôle*, que indica la necesidad de

comprobación, inspección, fiscalización e intervención sobre un otro (cosa o persona)¹²⁴. Ello significa que existe una búsqueda e incidencia respecto de la actuación, forma o estado de cosas que es necesaria hacer para lograr un objetivo. Controlamos algo generalmente porque buscamos que ello cumpla un cierto estándar.

Desde el medioevo, el control del poder se desprende de la relación que existe entre las distintas formas de “reino” (podría decirse que son distintas formas de poder): el reino natural, el reino humano y el reino de Dios¹²⁵. Desde Agustín¹²⁶, pasando por Tomás de Aquino, dicho control tiene sentido en la medida de que el poder de la humanidad o sociedad debe ceñirse y respetar en todo momento las reglas divinas (es decir, es un poder subordinado). Sin embargo, entre los hombres y mujeres existirían formas de control de la tiranía relevantes para asegurar sus propios fines¹²⁷.

En contraste con la visión medieval y clásica del control del poder, la modernidad se asienta sobre el trauma de la tiranía: la concentración de poderes forjada bajo la doctrina del poder divino que se centraba en una sola persona, el Rey o Reina¹²⁸. Dicha rebelión, clave para los propósitos de esta investigación, implica que el poder político paulatinamente se seculariza (es decir, se piensa sin la influencia divina) y, además, dicha secularización se organiza y divide, se controla a sí misma para la consecución de los fines que tiene el propio Estado. Incluso en las monarquías que sobreviven la influencia francesa y norteamericana en el s. XIX, la idea de organización del poder se vuelve central¹²⁹.

¹²⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.5 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [7 de febrero de 2022].

¹²⁵ Véase KANTOROWICZ, *Op. Cit.*

¹²⁶ En este breve análisis la intención es únicamente exponer cuál es el sentido de controlar el poder desde la perspectiva del pensamiento cristiano medieval. Para un mayor y comprensivo análisis, véase: AGUSTIN DE HIPONA. *La Ciudad de Dios* (trad. José Cayetano Díaz De Beyral), Madrid, Librería de la Viuda de Hernando y Ca, 1893; TOMÁS DE AQUINO. *Suma de Teología*. Madrid, BAC, 1998.

¹²⁷ Una de esas formas es justamente la llamada “primera Constitución”, la llamada “Carta Magna”, esto es, una carta otorgada por Juan I de Inglaterra en Runnymede, Windsor, el 15 de junio de 1215 a los barones sublevados. Luego de no cumplirse los acuerdos y entrar en guerra, finalmente en 1217, la carta formó parte del tratado de paz acordado en Lambeth, donde adquirió el nombre de «Carta Magna» para distinguirla de la pequeña Carta Forestal emitida al mismo tiempo. En ella se reconocían la protección de los derechos eclesiásticos, la protección de los barones ante la detención ilegal, el acceso a justicia inmediata y limitaciones de tarifas feudales a favor de la Corona.

¹²⁸ STOLLEIS, Michael. *La Idea del Estado de Derecho. En Fundamentos: Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, Nº 8, 2014, p. 30 y ss.

¹²⁹ Véase STOLLEIS, *Op. Cit.*, pp. 39-44.

En tal sentido, Montesquieu -quizás el pensador moderno más relevante en torno a este asunto- establece famosamente la idea de “separación de poderes” como una fórmula para asegurar la libertad de los ciudadanos. El Estado se controla como forma de obtener sus propios objetivos (como veremos, en el modelo liberal, ello implica una configuración institucional específica).

Lo anterior nos ilustra de manera sucinta la importancia histórica del control del poder. Sin embargo, este texto tiene como misión un particular tipo de control: el control jurídico, que no es otro que la labor judicial (o función judicial, como en este texto llamamos). Ello significa pensar un adjetivo adicional del control, esto es, una forma específica en que éste opera: el estándar sobre el cual se realiza dicha inspección o intervención no es otro que el derecho. Se controla o fiscaliza el actuar del otro sobre la base de un estándar preestablecido en base a un tipo especialmente relevante de normas: lo jurídico como obligatorio, permitido o prohibido¹³⁰. La norma jurídica, en tal sentido, se plantea como la base “lógica” del control, a diferencia de lo que podría ser el control político, donde el estándar es diverso: pueden ser normas morales o éticas, normas jurídicas o la opinión popular, entre más factores.

En torno al control de la política, se proponen estándares sobre los que realizarlo, obviamente: resultados económico-sociales, violación a derechos fundamentales, popularidad, y una larga lista de fórmulas para comprender la política. No obstante, en sí misma, ésta, si bien controlable, no es controlable bajo la propia política, pues su lógica es precisamente distinta. Por tanto, la política sólo se propone ser controlada bajo algo externo, “estándares”¹³¹.

Sin embargo, el control jurídico, tal como analizaremos detenidamente, se realiza bajo una lógica determinada: la de una norma que debe ser seguida (en términos simples, aunque la expresión es compleja, bajo lo que sería un estándar “objetivo” en contraposición al estándar “subjetivo” del

¹³⁰ ALCHOURRON & BULYGIN, *Op. Cit.*, p. 36.

¹³¹ Se señala que, a diferencia del control jurídico, que pretende “objetividad”, el control político tiene “carácter subjetivo, de donde se derivan aspectos muy específicos que configuran a esta institución. Tiene un carácter subjetivo en el sentido de que el control político se basa en criterios de confianza y de oportunidad, la valoración descansa en la libre apreciación de quien juzga”. SALGADO PESANTES, Hernán. Teoría y práctica del control político. En Justicia, libertad y Derechos Humanos: Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante, Costa Rica, 2003, p. 160. Véase también el buen trabajo de ARAGÓN REYES, Manuel. Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control. Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 70 y ss.

control político¹³²). El juez o quien controle una decisión bajo el derecho solo debe seguir, en principio, su propia lógica, es decir, la norma como premisa de un juicio lógico determinado. Al no seguirlas, de hecho, está sujeto justamente a otro control jurídico¹³³, pues al estar “obligado” a seguir el derecho está, al mismo tiempo y supuestamente, sujeto a una determinada sanción de éste. Sin embargo, ello no obsta para que exista control político de dichas potestades, el que aunque use “fórmulas jurídicas” para su ejecución, depende única y exclusivamente de factores políticos -ajenos a la juridicidad de una decisión-¹³⁴.

En este capítulo analizaremos los argumentos en torno a los fundamentos del control jurídico, pensando la idea de separación y equilibrio de poderes y el fundamento “democrático” de la acción del juez desde una perspectiva orgánico-política. Luego de ello, estudiaremos brevemente los fundamentos del formalismo jurídico, esto es, una determinada forma de pensar el derecho que tiene como premisa a “la forma” de éste por sobre su contenido -intentaremos realizar dicha distinción de manera clara-, y que ha sido especialmente valiosa para enfrentar el relativismo jurídico y es, para algunos, el fundamento del derecho moderno (es decir, la diferencia radical en relación al pensamiento pre-moderno). Con lo anterior, buscaremos identificar y comprender las tendencias modernas sobre la función judicial: desde el positivismo jurídico a las doctrinas que lo niegan.

b. Separación y equilibrio de poderes: su relación con el principio democrático

Un elemento importante en torno al control dice relación con la ordenación propia del poder del Estado. En perspectiva histórica, eso significa pensar cuáles son las distintas ramas por las que el Estado y que clásicamente se han dividido en tres: el poder Ejecutivo, el poder Legislativo y el

¹³² Tal como se señala en la nota anterior, dicha categorización es clásica respecto de los dos sistemas. Sin embargo, cabe ser precavidos respecto de aplicar la expresión “subjetivo” y “objetivo” a dichos controles, dada su compleja carga conceptual.

¹³³ Ésta es una de las principales características que identifica Kelsen sobre el derecho: la idea de obligación jurídica, a diferencia de la obligación moral, trae aparejada una sanción. Inclusive: si no aplica la sanción, ello podría implicar otra sanción. En Kelsen, *Op. Cit.*, 2006, pp. 65-68.

¹³⁴ El mejor ejemplo de ello es la acusación constitucional contemplada en Chile por la causal de notable abandono de deberes, regulada en el artículo 52 y 53 de la actual Constitución. Dicha causal y la diversa experiencia sobre la misma ilustran los límites que existen entre el control político que realiza el parlamento y, por otro lado, la independencia judicial como principio central del estado de derecho moderno.

Poder Judicial. Veremos brevemente porqué dicha división es relevante especialmente para pensar la idea de control jurídico, es decir, el rol del juez al controlar el poder.

Por otro lado, y realizado el análisis sobre los fundamentos de la separación y el equilibrio de poderes, es relevante notar la importancia dentro de la teoría moderna del derecho de la relación entre el principio de legitimación democrática (o en términos simples, el principio democrático) con el dogma de la separación de poderes.

Así, entender por qué es un dogma, y cuáles son las consecuencias tanto de éste como del principio de *equilibrio* de poderes para una justificación democrática de nuestras instituciones será central para comprender la posición del juez frente a la manifestación más compleja del poder político: el estado de excepción.

i. La separación como dogma

Como se ha reseñado, la separación de poderes del Estado se nos presenta como una base del Estado moderno. Sin embargo, hay que aclarar que no es una característica de cualquier Estado moderno: es esencialmente una noción heredada de la tradición filosófica liberal y burguesa que impregna a las primeras constituciones occidentales: el llamado estado de derecho burgués, como llamara Schmitt¹³⁵. Como veremos, es desde dicha tradición que la idea de separación (y equilibrio) hace sentido.

Así, para hacernos cargo de este asunto es necesario definir el origen de la idea de separación de poderes. De nuevo, para ello nos remitimos a Montesquieu, quien en *El Espíritu de las Leyes* liga la separación de poderes en un estado de derecho a la búsqueda de la libertad del hombre¹³⁶: “tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo”¹³⁷. Y esta relación claramente no es aleatoria.

El Poder Ejecutivo, como poder del Príncipe, Rey o Presidente, es aquél encargado de llevar a cabo la política territorial, la defensa y seguridad, además de recaudar impuestos para el

¹³⁵ SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid, Alianza Editorial, 1983, pp. 137-138.

¹³⁶ En ese sentido, Montesquieu afirma, analizando la Constitución inglesa que: “En un Estado, es decir, en una sociedad en la que hay leyes, la libertad sólo puede consistir en poder hacer lo que se debe querer y en no estar obligado a hacer lo que no se debe querer” en MONTESQUIEU, *Op. Cit.*, p. 107.

¹³⁷ *Ibidem*.

funcionamiento estatal. El Poder Legislativo, por su parte, se presenta como un órgano distinto (generalmente colegiado), y que tiene como única función la creación de las leyes de la república. Por último, el poder judicial (órgano generalmente integrado por jueces profesionales), es el encargado de declarar el derecho, resolviendo los conflictos entre los ciudadanos e interpretando la legislación¹³⁸.

Así, la clásica idea de que el Poder Legislativo, el Poder Judicial y el Poder Ejecutivo estén competencialmente separados (con excepciones que el mismo Montesquieu expone) implica una solución al conflicto por el poder mismo: “Es una experiencia eterna que todo hombre que tiene poder siente inclinación a abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites”¹³⁹. Esto, ya que sólo entre dichos poderes y asegurada su separación es posible controlarse y limitarse los unos a los otros. Se plantea entonces una justificación teórica pero que, más bien, es evidentemente institucional.

En el mismo sentido anterior, y desde una perspectiva crítica, Schmitt releva el carácter “divisorio” del poder político en el Estado liberal-burgués a través de su descripción de éste como un “principio de organización”, que en complemento al “principio de distribución” constituyen la base esencial del estado de derecho burgués.

Este último, referido a la relación entre el Estado y las personas, implica la limitación del poder del Estado frente a éstas, lo que se expresa clásicamente en los catálogos de derechos constitucionales que protegen los derechos de las personas frente al Estado y su enorme poder. Su estudio, sin embargo, pertenece más bien a la importante reflexión en torno a la relación entre derechos y Estado, cuestión mayormente ajena a esta investigación¹⁴⁰.

El principio de organización, en cambio, es trascendental para el asunto tratado en este capítulo. En la versión expuesta por el propio Schmitt del estado de derecho liberal, un Estado que sea respetuoso de la libertad justamente debe tener “distribuido” su poder, con el objeto de que asegure la existencia de la libertad. El poder, entonces, debe distribuirse, limitarse (frenos) y equilibrarse (contrapesos).

¹³⁸ Es éste el modelo clásico reseñado por el propio SCHMITT, *Op. Cit.*, 1983, p. 138.

¹³⁹ MONTESQUIEU, *Op. Cit.*, p. 108. En el mismo sentido, LOEWENSTEIN, *Op. Cit.*, 1983, p. 55.

¹⁴⁰ Debe acotarse, sin embargo, que en el Estado de Excepción la relación entre el poder organizativo del Estado y los derechos fundamentales es importante justamente porque la función última del Estado de excepción es poder limitar dichos derechos en razón de salvaguardar la seguridad o la salud del Estado.

Sus consecuencias, a partir del estudio schmittiano del constitucionalismo liberal del s. XIX, serían las siguientes: (i) el principio de legalidad; (ii) el principio de competencias limitadas y controlables; y (iii) el principio de independencia judicial¹⁴¹. Su influencia es notoria: solo un puñado de Estados en el mundo no tendría dicha organización y, es más, pretenden aun así tenerla para efectos de su legitimación¹⁴².

Lo anterior explica el uso del vocablo “dogma”. Ello, porque evidencia la funcionalidad - institucional- que ha tenido este principio a lo largo del constitucionalismo moderno, asegurándose prácticamente en todas las constituciones de la Modernidad¹⁴³. Ello, en base a la descripción schmittiana, no es más que la evidencia del triunfo del liberalismo político en lo que respecta a la organización del Estado, pero, también, se nos revela como un triunfo de lo que sería la ordenación democrática y constitucional del Estado.

ii. La idea de equilibrio o *check and balances*

Lo anterior explica principalmente la noción de separación. Sin embargo, la idea de equilibrio no es intrínseca a ésta: tres cosas que están separadas no necesariamente están equilibradas. Ello, sin embargo, no es así en la idea de separación de poderes: su evolución histórica radica justamente en que las tres se equilibren. Separación y equilibrio son elementos co-sustanciales a la ordenación estatal.

El equilibrio en la tesis liberal implica que el poder estatal no puede asegurar la libertad y los derechos de los ciudadanos sino en base a un contrapeso entre sus distintas formas, los distintos órganos que lo ejercen¹⁴⁴. Ya en la idea de Montesquieu de que “si el monarca participara en la

¹⁴¹ SCHMITT, *Op. Cit.*, 1983, p. 141 y ss.

¹⁴² La organización, por ejemplo, de los regímenes totalitarios emula (o pretende emular) notoriamente al régimen clásico. Estos buscan justamente fundarse en la propia Constitución (es decir, en principio rige su propio estado de derecho) y ordenan sus poderes generalmente con una cierta “independencia”, pese a que en la práctica ésta no exista, dada la concentración de funciones en una sola figura (ya sea una asamblea o un dictador). Véase STOLLEIS, *Op. Cit.*, pp. 42-47.

¹⁴³ FUENTES, C. Montesquieu: Teoría de la distribución social del poder. *Revista de Ciencia Política de Universidad Diego Portales*, 2011, 31(1). pp. 48-49.

¹⁴⁴ Por ello es que se ha afirmado: “Allende la formulación aristocrática de su doctrina del equilibrio de los poderes sociales y de la cooperación de los poderes políticos, Montesquieu propuso que el principio que afirma la condición de respeto de las leyes y de la seguridad de los ciudadanos es que no haya ningún poder ilimitado”, en ARON, R., *Las Etapas del Pensamiento Sociológico*. Buenos Aires, Siglo Veinte, 1985, p. 49.

legislación en virtud de su facultad de estatuir, tampoco habría libertad”¹⁴⁵, va implícita la noción de un cierto equilibrio que contraste -pondere- los poderes.

Un ejemplo de dicha idea es la doctrina de *checks and balances*, establecida notoriamente en Estados Unidos¹⁴⁶. Este modelo surgiría, según relata la literatura, como reacción ante el “despotismo parlamentario” y los excesos de la mayoría parlamentaria de la época que, a juicio de la coalición dominante en la Convención de Filadelfia de 1787, habían supuestamente creado la doctrina de separación de poderes adoptada por los Estados americanos desde 1776¹⁴⁷.

Ello se explicaría porqué las primeras constituciones de las colonias americanas habrían buscado más bien fortalecer la posición de la asamblea legislativa sobre el ejecutivo (una noción de contrapeso básica que también explicaría el poder de dicha asamblea en los primeros años post Revolución francesa¹⁴⁸). Así, se dedicaron a debilitaron el poder de segundas cámaras (o francamente eliminarlas, como sucede en varios sistemas unicamerales), e incluso hacían del Ejecutivo alguien electo por la legislatura: una suerte de sistema parlamentarista interno¹⁴⁹. Ello buscaba, en principio, generar un contrapeso importante a las demás figuras clásicas: juez y ejecutivo. Sin embargo, terminó por concentrar en uno (el parlamento) el poder absoluto¹⁵⁰.

Según James Madison, principal defensor y expositor del nuevo sistema, la acumulación de funciones en un poder no se evitaría de manera automática por el solo hecho de demarcar y separar precisamente las funciones de cada rama del poder y someter cada una de ellas al control del electorado. Mucho menos si de lo que se trata es de limitar el poder legislativo, que por naturaleza es el centro de la representación popular y tiene control directo sobre la regulación de

¹⁴⁵ MONTESQUIEU, *Op. Cit.*, 107, donde se lee también la nota del propio Montesquieu: “Llamo facultad de estatuir, la de mandar por sí mismo, ó de corregir lo mandado por otro”.

¹⁴⁶ HAMILTON, A. & JAIN Y. J. MADISON, J. The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments. The Federalist Papers, Vol. 51, 1788.

¹⁴⁷ Véase WOOD, Gordon. The Creation of the American Republic: 1776-1787, Nueva York: Norton & Compan, 1969, pp. 446-453; VILE, M. J. C. Constitutionalism and the Separation of Powers. Oxford: Oxford University Press, [1967] 1998, pp. 131-192; GARGARELLA, Roberto. Nos los representantes. Crítica a los fundamentos del sistema representativo. Buenos Aires: Miño y Dávila, 1995; RAKOVE, Rakove, Jack N. Original Meanings. Nueva York: Random House, 1996, pp. 244-287.

¹⁴⁸ Véase el relato específico de cómo el *referée legislatif* terminó por no hacer sentido institucional al propio sistema, y sus implicancias para el formalismo y la noción clásica de éste. En GENY, F. Métodos de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo, Madrid, Reus, 1925, p. 79 y ss.

¹⁴⁹ RAKOVE, *Op. Cit.*, p. 250.

¹⁵⁰ NEGRETTO, Gabriel. Diseño constitucional y separación de poderes en América Latina. Revista Mexicana de Sociología, año 65, N. 1, 2003, p. 43.

los derechos individuales y sobre el manejo de los recursos del Estado. Así, la única forma de hacer efectiva la separación es brindar a cada autoridad una jurisdicción parcial sobre las funciones de las otras, de modo tal que cada una de ellas tenga no sólo los “medios” sino también los “motivos” para evitar el abuso y la concentración de poder¹⁵¹.

Como relata Negretto, el medio para prevenir la usurpación consistió en otorgar a cada una de las autoridades estatales un poder de veto que sirviera, al mismo tiempo, como defensa e instrumento de control sobre las demás. En este sentido, los federalistas propusieron crear un ejecutivo independiente dotado de la capacidad de oponerse a la sanción de una ley, a menos que ésta sea requerida por una supermayoría legislativa, un Senado de composición reducida que representara en forma igualitaria a los estados y sin cuyo acuerdo resultaría imposible aprobar cambios de legislación, y un cuerpo judicial independiente dotado de la capacidad de declarar nulas las leyes que fueran consideradas contrarias a la Constitución¹⁵².

El modelo electoral, sin embargo, se torna esencial para representar los distintos intereses individuales que confluyen en la conformación (y justificación) del poder político. Negretto señala así que “la estrategia para evitar esta comunidad de propósitos fue inducir en los representantes de cada rama del poder una motivación distinta, fruto de la diversa relación que guardarían con el electorado. El presidente representaría así la pluralidad de intereses del electorado nacional, aunque en forma indirecta, dado que él mismo sería seleccionado por un colegio electoral compuesto por electores elegidos por pluralidad de sufragios en cada uno de los estados. Los senadores, por su parte, representarían al electorado estatal, aunque de manera también indirecta por medio de la elección de las legislaturas estatales. Los diputados, finalmente, representarían en forma directa e individual a los electores de su distrito”¹⁵³.

¹⁵¹ La exposición y explicación de este modelo se condensa en cinco ensayos de James Madison contenidos en *The Federalist Papers*, números 47 a 51. Véase HAMILTON, MADISON & JAY, *Op. Cit.*, p. 302-322.

¹⁵² NEGRETTO, *Op. Cit.*, p. 44. Si bien el poder de controlar la constitucionalidad de las leyes por parte de los jueces no fue formalmente reconocido en la Constitución de 1787, dicho poder se hallaba implícito en el modelo original, como surge de la lectura de Hamilton en el escrito federalista.

¹⁵³ *Ibidem*.

A ello se añaden distintos mecanismos, por ejemplo, los períodos de elección (distintos para cada rama, pensando en distintos intereses del electorado en el tiempo)¹⁵⁴, lo que implicaría que el modelo de frenos y contrapesos requería no sólo otorgar a las distintas ramas del poder una capacidad de veto relativamente simétrica en materia de legislación, sino también los incentivos necesarios para ejercerla en caso de conflicto de intereses.

Ello se da no solo en la construcción de la legislación. Así, por ejemplo, una de las cuestiones centrales del sistema sería que el Senado ratificara a los secretarios de Estado y a otros funcionarios superiores de la administración postulados por el presidente; diera consentimiento a la firma de tratados internacionales, y juzgara al ejecutivo en caso de que éste incurriese en faltas graves a la Constitución¹⁵⁵.

En torno a los jueces, la intervención del Presidente y del Senado en su nombramiento ilustra la importancia del sistema de contrapesos, además de considerarse por el mismo sistema la posibilidad de removerlos en caso de mala conducta o delitos cometidos en ejercicio de sus funciones.

Es evidente, sin embargo, que el modelo propuesto se enfocaba en el control al poder legislativo (producto del escenario ya descrito), evitando grandes cambios legislativos. Así, en la presentación original del modelo, la capacidad de la legislatura de promover cambios en la legislación se encontraba en los hechos severamente limitada: si una mayoría en la Cámara de Representantes buscaba instalar una nueva política, era aún necesario obtener el acuerdo del presidente y del Senado para evitar que ejercieran su poder de veto. Ello, en conjunto con los quórum necesarios (en Cámara y Senado) para poder insistir en una legislación, hacía prácticamente imposible un cambio sustantivo al status quo.

En resumen, el modelo de frenos y contrapesos buscó proteger el statu quo, permitiendo un cambio solo si una amplia mayoría lo aceptara, dando gran poder de negociación a los actores minoritarios. Así, y a pesar de las sucesivas transformaciones que ha sufrido en el tiempo tanto

¹⁵⁴ En este sentido, en tanto que el presidente sería elegido por un periodo de cuatro años, la Cámara de Diputados estaría sujeta a una renovación total cada dos años. Los senadores, por su parte, durarían seis años en el cargo y se renovarían en forma parcial en razón de un tercio cada dos años.

¹⁵⁵ NEGRETTO, *Op. Cit.*, p. 46.

por vía de enmienda como por decisiones jurisprudenciales, esta caracterización del esquema de separación de poderes de la Constitución estadounidense es válida hasta nuestros días¹⁵⁶.

Ello, si bien es un ejemplo, ilustra de buena forma el rol que tiene hoy en día la noción de equilibrio para la democracia occidental. Es tal su relevancia que, en general, cualquier atisbo de “desequilibrio” (por ejemplo, concentración de funciones adicionales en un presidente o una cámara), especialmente el quebrantamiento de la independencia judicial, que se cataloga de “dictadura” cualquier sistema que esté fuera de dicho estándar¹⁵⁷.

iii. El principio democrático como fundamento y límite del poder

Lo anterior nos da cuenta de un panorama general en torno a la configuración orgánica del poder político del Estado en el derecho moderno occidental. Tal como se mencionara, ello responde principalmente a la noción nacida en el seno del modelo liberal de Estado, pensado como respuesta al absolutismo del s. XVIII.

Sin embargo, queda responder y comprender cómo es que dicha configuración se protege a sí misma, es decir, se legitima. Bajo el modelo expuesto, el poder político que se radica en el Estado busca “distribuirse” para cumplir los fines que el pueblo quiera (como ya se ha reseñado, busca responder a intereses). Algunos intereses son tan trascendentales que, inclusive, quedan plasmados a nivel constitucional, y esto es central para comprender el modelo actual: ya no se erigen las democracias como meras democracias liberales basadas en el imperio de la ley, sino que además son democracias constitucionales, donde es la Constitución la fuente primaria del sistema de fuentes jurídicas, desplazando a la ley como instrumento último de la voluntad del pueblo¹⁵⁸.

¹⁵⁶ *Ibíd.* Más aún, es interesante señalar que el carácter supermayoritario del proceso de creación de una ley en los Estados Unidos, se ha incrementado como resultado de las reglas internas al funcionamiento del Senado, que permite a cualquier legislador de este cuerpo iniciar extensos debates (*filibuster*) tendentes a impedir la sanción de una ley, a menos que por el voto de unas tres quintas partes de los senadores se ordene la clausura del debate y se proceda a la votación. Esto implica que una quinta parte de los senadores tiene capacidad para bloquear cualquier iniciativa de ley. En este sentido, véase KREHBIEL, Keith. *Pivotal Politics: A Theory of US Lawmaking*. Chicago: University of Chicago Press, 1998, pp. 20-48. Citado en GARRETON, *Op. Cit.*, p. 47.

¹⁵⁷ Son famosos los casos actuales de El Salvador y de Venezuela, donde se ha catalogado por la comunidad internacional a los mismos como casos de dictadura por dichas razones.

¹⁵⁸ DE OTTO, Ignacio. *Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes*. Barcelona, Ariel, 1988, pp. 137-140.

El tránsito anterior es relevante, aunque su expresión política en la idea de democracia moderna es aún más importante para efectos de esta investigación¹⁵⁹. Por lo anterior es que intentaremos comprender cómo es que el principio democrático funciona activamente como forma de legitimación de la actuación pública (en los distintos niveles que ésta se dé). Para ello, nos basaremos en el ya clásico análisis de este principio por parte de Böckenförde¹⁶⁰.

En términos simples el principio democrático implica una cuestión a veces no tan evidente: que es la voluntad del pueblo la que decide sus propias normas¹⁶¹, la libertad del ciudadano se asegura al ser éste gobernado por las mismas normas que son expresión, en principio, de su voluntad¹⁶². No obstante las críticas a dicha idea¹⁶³, es manifiesta la importancia histórica en la construcción política de las democracias occidentales.

En este sentido, Böckenförde destaca las formas de legitimación que tienen los distintos poderes del Estado. Esta legitimación puede ser tanto material (la que tiene dos formas) como orgánico-funcional¹⁶⁴.

Por un lado, la exigencia de legitimación orgánico-funcional implica que “los cargos públicos que tienen encomendada la gestión de los asuntos estatales han de reposar sobre una cadena de legitimación ininterrumpida que pueda retrotraerse hasta el pueblo”¹⁶⁵. Ello significa que, por ejemplo, las instituciones estatales con cierta autonomía como las Superintendencias o agencias

¹⁵⁹ Hay que aclarar que el modelo de estado de derecho constitucional no necesariamente está ligado a la forma política de democracia (por ejemplo, los estados totalitarios intentan justificarse aun así en el seguimiento de su Constitución). El triunfo, sin embargo, de la forma política democrática, que implica también modelos de contrapeso institucional y, especialmente, formas de legitimación en base al pueblo, es una conquista que, pese a las distintas ideologías imperantes, ha terminado por persistir. Véase STOLLEIS, *Op. Cit.*, pp. 42-47.

¹⁶⁰ BÖCKENFÖRDE, E. W, *La Democracia Como Principio Constitucional*. Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia. Madrid, Trotta, 2000.

¹⁶¹ Ello también redundante en que cada actuación debe ser reconducida en último término al pueblo, como establece BÖCKENFÖRDE, *Op. Cit.*, p. 58.

¹⁶² MONTESQUIEU, *Op. cit.*, p. 107. Allí se afirma que «el pueblo en cuerpo tiene el poder soberano». En el mismo sentido nuestro propio Código Civil expresa en su definición o concepción de ley esta idea histórica de autogobierno en su artículo 1º “*La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.*”, en la cual, entonces, siendo una república en que el pueblo es el soberano –cuestión debatida constitucionalmente-, es éste mismo el que se da sus propias leyes.

¹⁶³ Dicha “voluntad general” planteada inicialmente por Rousseau también es criticada por el mismo: el momento del descubrimiento y el momento en que identificó su improbabilidad histórica o política fueron el mismo: “*Sería necesario que hubiese dioses para poder dar leyes a los hombres.*”. ROUSSEAU, *Op. Cit.*

¹⁶⁴ Böckenförde distingue, sin embargo, tres formas. A las dos anteriores añade la que llama «funcional o institucional», que refiere al pueblo la distinción de legislación, jurisdicción y administración. Dicha cadena no es relevante para efectos de ilustrar nuestro punto. BÖCKENFÖRDE, *Op. cit.*, p. 57.

¹⁶⁵ BÖCKENFÖRDE, *Op. Cit.* p. 58.

independientes, o inclusive los órganos autónomos¹⁶⁶, encuentren su legitimidad en la estructura sobre la cual recaen, que remite finalmente a la designación que hace el Presidente de la República o el Senado, quien sí está legitimado directamente por el pueblo (al ser votado su cargo en elección universal), en tanto el nombramiento de sus autoridades corresponde a una cuestión política¹⁶⁷. En general, dicha legitimación es la que ordena el sistema administrativo general, cuyos entes actúan como comisarios¹⁶⁸.

Por otro lado, la legitimación material de las instituciones, como segunda forma del principio democrático, se explica en principio porque la legitimación orgánico-funcional no es suficiente para resguardar el principio democrático, y así, es necesaria una legitimidad “de fondo”, que ayuda a interpretar la acción misma del Estado como una acción del pueblo, y la cual adopta dos formas: “Por un lado mediante la atribución de la legislación al Parlamento como el órgano de la representación del pueblo, legitimado mediante una elección directa, y la vinculación de todos los órganos del Estado a las leyes establecidas de este modo; y por el otro mediante una responsabilidad sancionada democráticamente, con los controles correspondientes, y adecuada para el tipo de tareas asumidas”¹⁶⁹.

Sobre lo anterior, Atria plantea que la legitimación material de “sujeción a la Ley” es propia precisamente de los jueces, y es más bien el único criterio de legitimación que tiene su potestad, dada su independencia como “poder” del Estado. El correlato institucional de dicha forma de legitimación es justamente “el principio de independencia”¹⁷⁰.

El mismo principio es reseñado por el propio Schmitt, quien relata a éste como uno de los elementos centrales del estado de derecho liberal¹⁷¹. Para Schmitt, como hemos mencionado,

¹⁶⁶ Ello requiere, sin embargo, un análisis mayor respecto de si la legitimidad de dichos órganos es propiamente orgánico-funcional, o está sólo basada en la Constitución. Sin embargo, la existencia de controles por parte de diversos órganos (por ejemplo, a nivel presupuestario), o el nombramiento (generalmente radicado en un órgano que sí tiene legitimación), les dan cuotas de legitimación democráticas ligadas a la orgánico-funcional.

¹⁶⁷ Dicha lógica del mandato, conforme a la cual el funcionario superior encomienda al funcionario inferior una tarea a realizar de modo que el mandatario debe desplegar los medios disponibles para lograrlo es la que informa la estructura orgánica de la Administración del Estado. Por ende, el principio de jerarquía y dependencia son el correlato directo de la forma de legitimación del Poder Ejecutivo.

¹⁶⁸ La noción de comisario tendrá importancia en el análisis del Estado de Excepción, como veremos en el siguiente capítulo.

¹⁶⁹ BÖCKENFÖRDE, *Op. Cit.* p. 62.

¹⁷⁰ ATRIA, Fernando, Jurisdicción E Independencia Judicial: El Poder Judicial Como Poder Nulo, en *Revista de Estudios de la Justicia*, no. 5, pp. 139-140, 2004.

¹⁷¹ SCHMITT, *Op. Cit.*, 1983, pp. 142-143.

existen correlatos institucionales centrales al estado de derecho burgués: el principio de legalidad; (ii) el principio de competencias limitadas y controlables; y (iii) el principio de independencia judicial.

Sobre el principio de legalidad, Schmitt se limita a señalar que éste sirve a un doble propósito: por un lado, permite mantener el statu quo central del pensamiento liberal (sólo puede limitarse los derechos más básicos del orden constitucional, esto es, precisamente los derechos de origen liberal, por medio de ley) y, además, abre la puerta a la constitución democrática del sistema: sólo mediante ley, es decir, mediante un instrumento que refleja la voluntad del pueblo, pueden limitarse dichos derechos. Ello significa, entonces, que solo el pueblo, en principio, puede limitarse a sí mismo¹⁷².

En cuanto al principio de competencias limitadas y controlables, como llama Schmitt, nos referimos justamente a lo analizado en este capítulo, esto es, la mensurabilidad general de todas las manifestaciones del Estado¹⁷³. Esto implica que toda actuación debe tener como fundamento una norma (principio de juridicidad de la acción estatal), lo que implica también que, en principio, no existan competencias absolutas, sino que siempre competencias limitadas por el alcance de la norma que le dé sustento. Ello permitiría, en palabras de Schmitt, precisamente la controlabilidad de la acción pública. Sin embargo, si bien planteado como crítica, la descripción de Schmitt del sistema es de lo mejor que la teoría constitucional podría otorgar. A propósito de dicha controlabilidad, señala que “Por tal modo, se desprenden del sistema cerrado del Estado Burgués de Derecho las exigencias de legalidad, competencia, controlabilidad y forma judicial. La Constitución aparece como la ley fundamental de este sistema de leyes. Se finge que, *primero*, la Constitución no es más que un sistema de normaciones legales; *segundo*, que este sistema es cerrado, y que, *tercero*, es «soberano», es decir, que nadie puede quebrantado, ni siquiera influir en él por razones y necesidades de la existencia política”¹⁷⁴.

Por último, en torno a la independencia judicial, Schmitt -desde una vereda evidentemente distinta- nos ilustra uno de los problemas centrales del derecho moderno. El autor alemán señala

¹⁷² Sabemos que dicha afirmación, en la práctica, es problemática. Su análisis, sin embargo, escapa a los fines de esta investigación.

¹⁷³ SCHMITT, *Op. Cit.*, 1983, 142.

¹⁷⁴ *Ibidem*.

que no bastaría para el liberalismo asumir la independencia judicial para resolver conflictos civiles o penales: se buscaba también el control judicial de los medios de poder propios del gobierno monárquico, especialmente la burocracia administrativa. De ahí el nacimiento del control judicial de la administración (cuestión que analizaremos a posteriori). Dicha pretensión llega al punto en que la vida política del Estado se judicializa (Schmitt la llama “conformación judicial general de toda la vida del Estado”). En términos generales, ello implicaría un problema que ya hemos notado: se pretende que toda actuación siga un procedimiento (similar al judicial), y todo conflicto, incluso entre Estados, se resuelva a la manera del procedimiento judicial. Ello olvidaría, sin embargo, que un supuesto de todo procedimiento y “actuación legal” sería la existencia de una norma que lo rija. El juez “es «independiente», sólo a condición de que haya una norma de la que dependa, tanto más incondicionalmente cuanto que por «norma» es preciso entender una regla general fijada de antemano”¹⁷⁵.

Lo anterior es central, como veremos más adelante, porque evidencia el problema de la función judicial frente a casos en que no exista norma que resuelva un caso concreto (o, como veremos, que lo resuelva de manera injusta). Schmitt señala: “El juez, como tal, no puede tener nunca un poder o autoridad independiente de la validez de la Ley. Un mediador o un componedor puede gozar, incluso sin poder político, de una autoridad personal más o menos grande, pero sólo bajo el doble supuesto de que, primero, a las partes litigantes les sean comunes ciertas ideas de equidad, decencia, o ciertas premisas morales, y, segundo, que las contraposiciones no hayan alcanzado todavía el grado extremo de su intensidad. Aquí está el límite de toda forma judicial y de toda composición. El Estado no es sólo organización judicial; es también cosa distinta a un juez arbitral o un componedor neutral. Su esencia estriba en que adopta la *decisión política*.”.

En definitiva, como hemos visto, la separación y el equilibrio de poderes se fundan tanto histórica como conceptualmente en la búsqueda por resguardar los distintos intereses que confluyen en el sistema democrático. Ello, sin embargo, tiene estrecha relación con la propuesta histórica del liberalismo político en torno a la democracia constitucional occidental y, especialmente, en cuál es la misión que este proyecto político otorga a la función judicial. El sentido del control entre los distintos poderes tiene como función institucional la concreción del

¹⁷⁵ SCHMITT, *Op. Cit.*, 1983, p. 143.

principio democrático, es decir, representar el poder del pueblo y, a la vez, la concreción de un proyecto político plasmado en el resguardo de los Derechos Fundamentales.

c. La función judicial en el derecho moderno

Expuesto el panorama anterior, la función judicial se nos muestra como un problema: es, por lejos, la función más “improbable” de las tres funciones clásicas. A ello, sin duda, se refiere la idea de que el “poder” judicial no sea propiamente tal un poder: sea más bien un poder nulo, porque precisamente la única forma -en el modelo expuesto- que puede tener de actuación es la de declarar el derecho.

Lo anterior demuestra que la función judicial en el derecho moderno es evidentemente interesante. Para efectos de esta investigación, la comprenderemos desde una perspectiva clásica: función judicial como aquella que declara el derecho, es decir, adjudica (en inglés, *judicial review* para referirnos a la revisión judicial de otros actos; *adjudication* al referirse a la decisión formal de resolver un caso). Dicha función puede ser ejercida, como ya se ha señalado, por lo que clásicamente entenderíamos como jueces (los llamados “jueces comunes”), por los llamados jueces administrativos (que, en la mayoría de los casos, tienen una estructura parecida a la del juez común o, inclusive, pertenecen al mismo estamento) o incluso por otros órganos que ejercen como juez (por ejemplo, el Senado en caso de acusaciones constitucionales, como caso evidentemente complejo; o cualquier otro órgano que ejerza jurisdicción).

i. Formalismo jurídico

Vivimos una época especialmente reacia al formalismo. Por éste se suele entender la clásica corriente de pensamiento jurídico “reduccionista e insatisfactoria”¹⁷⁶. Dicha etiqueta, más bien

¹⁷⁶ CARBONELL, Flavi., Sobre la transformación de la sustancia en forma: el Derecho según Fernando Atria. En Derecho y Crítica Social, 2(2), Santiago, 2016, p. 239.

despectiva, guarda en general diversas categorías: la de rigidez, amoralidad, incomprensión, petrificación, y otras. Sin embargo, pese a tal resistencia, existen voces que intentan comprender al formalismo desde su función histórica: el formalismo del positivismo sería el movimiento que hizo posible el tránsito desde el derecho pre-moderno al derecho moderno, como lo postula Atria¹⁷⁷. Me atenderé a tal caracterización para ilustrar el punto en torno a su rol en la comprensión del juez moderno.

Como expone el autor, la Revolución Francesa es uno de los hitos más trascendentes para comprender el surgimiento del derecho moderno, especialmente en torno a su concepción de ley: la expresión más perfecta del derecho¹⁷⁸. La ley no es mera racionalidad –como se pretendiera hasta ese entonces–, sino que su valor radica en que es la expresión de una voluntad (la voluntad soberana, tal como establece el artículo 1 del Código Civil chileno). El derecho –siendo la ley su máxima expresión– entonces no “nace” de la razón, sino que es artificial, está puesto, es una creación humana.

Con Bentham, Atria analiza las críticas que dirigió tal autor al *common law*, buscando la superación de un derecho “pre-moderno” con la codificación, la que lo modernizaría¹⁷⁹. Según Bentham, el *common law* sería excesivamente rígido y a la vez arbitrariamente flexible e indeterminado, ya que en general implica la imitación mecánica del juez (en este caso, del precedente), como a la vez está abierto al capricho o interés de los mismos jueces (es decir, su propia racionalidad). Atria llama a ese movimiento, entre arbitrariedad y rigidez, “el ciclo de la adjudicación”. Dicho ciclo tendría tres etapas: (i) La primera, de incerteza y arbitrariedad, ya que no existe regla de *stare decisis*, y por lo que el juez decide en conformidad a sus posiciones personales; (ii) Una segunda etapa, en que se forma una regla de *stare decisis*, lo que rigidiza la adjudicación, al atender exclusivamente al precedente; (iii) y una tercera etapa, en que dado que dicha rigidez lleva irremediablemente a la injusticia en el caso concreto, la misma se hace insostenible, por lo que la presión política lleva al juez a apartarse del precedente. La segunda etapa, sin embargo, introduce la idea de “forma”: esto es, un determinado modo en el que se debe

¹⁷⁷ ATRIA, Fernando. *La Forma del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016.

¹⁷⁸ Sobre este punto, véase la excelente investigación de DE OTTO, *Op. Cit.*

¹⁷⁹ La primera formulación de dicha crítica, como es sabido, es planteada en BENTHAM, Jeremy, *A fragment on Government*, Edinburgh, William Tait; Ed. Original 1776, 1843.

resolver cada caso. Dicha forma, tal como la interpreta el autor, es necesaria, precisamente porque excluye la arbitrariedad¹⁸⁰.

Los problemas del *common law*, sin embargo, no se resolverían simplemente con la codificación, cuestión que dicho “ciclo” evidencia: se mantiene la tensión entre el necesario aseguramiento de la solución de un caso (cuestión que ya no dependería en exclusiva del juez, con la codificación) y asegurar certeza y predictibilidad de las decisiones por medio de su sujeción a la ley¹⁸¹. Ello significa que no se pueden eliminar aquellos casos injustos, es decir, aquellos en que la aplicación de la ley lleva a una decisión injusta en el caso concreto¹⁸².

Ello puede ser explicado desde otra perspectiva (y, en cierto sentido, desde el seno del positivismo clásico), como lo es la de von Savigny. Como ya hemos enfatizado, una de las características esenciales de la ordenación conceptual del derecho moderno sería la separación entre legislación y aplicación del derecho (entre juez y legislador), resumida en la famosa frase de Montesquieu sobre los jueces que han de ser solo la boca de la ley (por ende, el poder de creación se excluye).

Lo anterior tiene importantes consecuencias para lo que comprendemos modernamente como control jurídico (o la función judicial, en general). Esto es debido a que para el juez pre-moderno, tal como apunta Detmold¹⁸³, no había una distinción marcada entre derecho y moral, por cuanto estos conceptos eran unitarios en lo que respecta al cumplimiento de su función. Su función, al pronunciar el derecho, implicaba una evidente potestad creativa del derecho, ya que el juez debía realizar una “búsqueda de la racionalidad del mundo”¹⁸⁴ (de ahí la crítica de Bentham a la arbitrariedad). Así, la función del juez moderno, y precisamente lo que lo diferencia de la era anterior, es que separa (en un llamado “vacío de particularidad”) la función creativa de leyes –encomendada necesariamente a otro órgano creado especialmente para ello, el

¹⁸⁰ Ihering al sostener que “enemiga jurada de la arbitrariedad, la forma es la hermana gemela de la libertad”. ATRIA, *Op. Cit.*, 2016, p. 105.

¹⁸¹ CARBONELL, *Op. Cit.*, p. 249. Véase ATRIA, *Op. Cit.*, 2016, p. 119.

¹⁸² Como indica Atria, más gráficamente expresado con la expresión benthamita: “casos en que se acumulan, a sabiendas, miserias sobre las cabezas de quienes no las merecen y el derecho no acomodaticio sigue siendo ciego a la injusticia que puede cometer”. ATRIA, *Op. Cit.*, 2016, p. 105.

¹⁸³ DETMOLD, M. J. Law as practical reason, *The Cambridge Law Journal*, Vol. 48, N° 3, 1989, p. 438-455.

¹⁸⁴ En este sentido es que Detmold señala que “Ahora bien, los tres primeros de estos tipos de procesos determinantes-de-ley son procesos de razón en el sentido de que la razón es intrínseca a ellos; y contrastan con el cuarto tipo legislativo, que es un proceso de voluntad que no tiene razón intrínseca a él. Este punto es explicado mejor si se mira primero al cuarto tipo [relativo a la creación de leyes]” en *Ibidem*, p. 441.

Congreso en nuestro caso-, de la función “jurisdiccional” o adjudicataria, que se limita entonces sólo a interpretar y aplicar el derecho vigente, es decir, el juez en el derecho moderno es “*la boca que pronuncia las palabras de la Ley*”¹⁸⁵. Entonces, y pese a que pareciera que decimos algo obvio, la función judicial en el derecho moderno se separa de la función legislativa. De ahí surge, entonces, la distinción entre la función legislativa y la jurisdiccional.

Siguiendo dicho camino, y a propósito de la interpretación de la Ley, von Savigny analiza los casos en que “la interpretación de las leyes en su estado normal” es insuficiente, lo que interpreta como una “ley defectuosa”, que podría tener dos causas: (i) una expresión indeterminada (o incompleta); (ii) una expresión impropia¹⁸⁶. En el primer caso la expresión de la ley no es suficiente para comunicar la voluntad del legislador, mientras que en el segundo ésta es clara, pero su aplicación a un caso concreto contradice el “pensamiento” (espíritu) de la ley¹⁸⁷. El problema, claro está, surge de la configuración institucional del derecho moderno: los jueces están obligados a fallar los casos, incluso en los casos en que no hay respuesta clara de la ley (principio de inexcusabilidad). En tal sentido, el formalismo del derecho moderno se expresa justamente en “evitar” dichos dos defectos de la ley: en el caso de la expresión indeterminada, la oportunidad es del legislador, el que tiene que “mejorar” la ley; en el caso de la impropia, en cambio, el formalismo sacrificaría dicha injusticia en post de la seguridad que brinda el derecho moderno¹⁸⁸.

¿Por qué la anterior discusión es relevante para comprender la tesis de esta investigación? Tal como lo estudiaremos, si comprendemos que el control jurídico del estado de excepción solo implica una “interrupción” o “abstinencia” que realiza un poder sobre otro, la deferencia –como la estudiaremos- no implica impedir el control. Ello será sistematizado en el control judicial propiamente tal, sobre todo en lo referido a competencias “discrecionales” o cuando entran en juego “reglas indeterminadas”. En ese sentido, si ese control no reemplaza la política (tanto del legislador como de la Administración), sino que al ser un control jurídico se mantiene como razonamiento jurídico, éste mantiene en principio su legitimidad. Sin embargo, es justamente el

¹⁸⁵ MONTESQUIEU, *Op. Cit.*, p. 112.

¹⁸⁶ VON SAVIGNY, Friedrich K., *Sistema de Derecho Romano Actual*, Madrid, F Góngora y Compañía editores, ed. Original 1840, 1878, p. 155.

¹⁸⁷ ATRIA, *Op. cit.*, 2016, pp. 116-117

¹⁸⁸ *Ibidem*, pp. 122-124.

riesgo de sobrepasar esa línea –del derecho a la moral- lo que hace de la deferencia un concepto digno de ser tratado: en la deferencia judicial, el riesgo de decidir la política o moral es gigante.

De esta forma, el derecho moderno realiza el triunfo de la voluntad sobre la razón, pero sin hacer desaparecer los problemas denunciados. Tal tensión enunciada previamente, propone Atria, no es posible de resolver conceptualmente, sino que institucionalmente, esto es, atendiendo a la forma en cómo interactúan las respectivas potestades del Estado moderno¹⁸⁹. En este sentido, el formalismo es el hito inicial y decisivo del derecho moderno, y así, pese a no resolver dichos casos complejos –e incluso evitarlos- representa una cuestión central a nuestra modernidad: la pretensión de que la forma (es decir, la predictibilidad del derecho) sirva para hacer posible lo imposible.

ii. Fundamentos del control jurídico del poder

Lo expuesto en el acápite anterior da cuenta de la dimensión teórico-práctica que el problema de la función judicial en el derecho moderno implica. La función judicial, en tal sentido, es la más improbable de las funciones. Ello es importante aún más si comprendemos que no solo es problemática dicha función en la declaración del derecho mismo (por ejemplo, el derecho civil o derecho penal), sino que se muestra aún más complicada en lo que respecta al control de la actividad administrativa: el control de los demás poderes. En torno a ello, no trataremos la discusión en torno al control constitucional de las leyes -que implica, en principio, el control por parte de jueces de las correspondencia de la actividad legislativa con la Constitución-, por exceder los límites de esta investigación¹⁹⁰. Veremos, sin embargo, que la posibilidad de controlar jurídicamente los actos que ejerce el Poder Ejecutivo tiene sus propios problemas y fundamentos.

Así, el control por parte de los jueces respecto de los demás poderes del Estado ha tenido históricamente distintos estándares y formas de actuación, los que en definitiva dicen relación

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ La justificación del control “jurídico” de la Constitución es sin duda problemática y tiene en sí misma aparejada la idea de control de constitucionalidad como control político. La tendencia moderna -como señalara Schmitt- a pensar la Constitución como una ley más evita pensarla más allá: como un cuerpo donde se plasma la voluntad política de sus autores. Veremos, sin embargo, en el capítulo siguiente de esta investigación, por qué tal pretensión puede ser específicamente problemática para el control del estado de excepción.

con la forma en que los propios jueces han intentado acercarse –o alejarse- de la esfera política del poder, en la medida en que comprenden sus propias funciones.

Respecto al control de la administración, Cordero señala que “desde la perspectiva tradicional, el principal objeto de los procedimientos contenciosos administrativos fue la pretensión de anulación que parte de concebir como presupuesto de la actuación administrativa expresada a través de un acto administrativo que, sin embargo, incurre en una de las causales de nulidad establecidas por regla general en los lentes de procedimiento administrativo. Ante ello, se recurre al órgano jurisdiccional para que éste realice una mera revisión de legalidad del acto, luego de lo cual a través de una sentencia declarará si dicho acto es, o no, contrario a derecho”¹⁹¹.

Lo anterior nos parece central, porque da cuenta de que el control de la administración es un control estrictamente legal: una “mera revisión de legalidad”, lo que implica una exclusión: no se controla el mérito de sus actos.

Sabemos que tanto en Francia como en Estados Unidos se dio este tipo de control de una forma casi correlativa a la instauración de su moderno Derecho Constitucional¹⁹². Como hemos señalado, ello es parte central del proyecto histórico del liberalismo político constitucional. Desde los dos orígenes se creó esta comprensión del control en la medida en base a la importancia de salvaguardar los derechos de los ciudadanos ante el actuar de la Administración y, por supuesto, la legalidad misma como valor. La labor de los jueces, tanto comunes como administrativos –en el caso Francés, el Consejo de Estado principalmente y de forma icónica para la creación de lo que hoy entendemos como Derecho Administrativo¹⁹³-, fue esencial no sólo para comprender entonces los límites jurídicos de la Administración, y la necesidad de que ésta se ajustara al mismo Derecho, sino que también fue necesaria para la comprensión de la libertad de este tipo de potestades y, en este sentido, para entender el margen sobre el cual la Administración era o es legítimamente libre de decidir ciertos aspectos (lo que comprenderemos

¹⁹¹ En este sentido, el propio Cordero señala que “esta época es contemporánea a aquella famosa sentencia de Fleiner que la competencia de los Tribunales contenciosos administrativos acaba allí donde comienza la libre discrecionalidad de las autoridades administrativas. En CORDERO VEGA, Luis. El Control de la Administración del Estado. Santiago, LexisNexis, 2007, pp. 155 y 156.

¹⁹² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. Democracia, Jueces y Control de la Administración. Madrid, Civitas, 1998. pp. 173-174

¹⁹³ Véase por ejemplo un excelente texto al respecto en CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio. Consideraciones en torno al bicentenario del Consejo de Estado francés (1799-1999). Revista de Administración Pública, N° 153, 2000, pp. 519-535.

luego a propósito de la discrecionalidad). Es decir, el control jurídico de la Administración ha ido denotando el campo de acción de ésta.

Respecto del poder legislativo, sin embargo, la separación de poderes del Estado y, especialmente, la nueva concepción del derecho y la ley como una manifestación de la voluntad soberana (que radica en el pueblo o en la nación, dependiendo de la teoría), recalca la relevancia del poder legislativo como poder de creación de la ley. En dicho sentido, el “control judicial” del poder legislativo no reviste sentido alguno en los albores del derecho moderno: los jueces serían, como ya hemos señalado, “la boca que pronuncia las palabras de la ley”¹⁹⁴.

Por lo anterior, el control de las leyes –actos de producción del poder legislativo- es un elemento sólo existente al alero del sistema de supremacía de la Constitución, y ya no de la Ley¹⁹⁵. La supremacía de la Constitución tiene como premisa, en definitiva, que todos los demás actos del Estado, de lo que la doctrina considera el “poder constituido”, cumplan normativamente la Constitución. Dicho principio, el llamado “principio de juridicidad”, establecido por ejemplo en Chile en el artículo 6, establece que “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.”.

La referida supremacía, instaurada principalmente a partir del s. XX, denota un universo de entendimiento distinto de la idea clásica de juez: el juez ahora debe hacer primar la Constitución. Sin embargo, dicha primacía no necesariamente la ejecuta, en la práctica, el juez común –el juez del que, al menos por regla general, nos referimos en este estudio-. El modelo de jurisdicción constitucional dependerá del contexto político y jurídico, pero se traduce generalmente en dos grandes opciones: el modelo concentrado, y el modelo difuso¹⁹⁶. Dichos modelos implican la creación (o no) de un órgano dedicado en exclusiva a la primacía constitucional (el llamado Tribunal Constitucional, o Corte). La existencia y justificación de dicha jurisdicción si bien no es

¹⁹⁴ MONTESQUIEU. *Op. Cit.*

¹⁹⁵ Véase DE OTTO, *Op. Cit.*

¹⁹⁶ Véase una versión crítica de dicha “dicotomía” en RUÍZ-TAGLE, Pablo. Control constitucional concentrado y difuso: El uso de una dicotomía ruidosa, en *Revista de Derecho Público*, Vol. 61, 1999, pp. 81 a 95.

objeto de análisis de esta investigación, sí da cuenta de un problema interesante: ¿qué sentido tiene tal división de poderes –y su respectiva justificación democrática- si un juez puede controlar la constitucionalidad de una ley?

Nos referiremos en esta investigación, sin embargo, al control de los actos del Presidente, por ser éste el foco principal del Estado de Excepción. El objetivo material, en el caso de la Administración del Estado, es la configuración social, política y económica de la sociedad, es decir, la realización material de la misma¹⁹⁷. Y es precisamente en la distinta configuración competencial –ya analizada anteriormente-, relativa a distintos fines sobre los que se ordenan estos organismos, que el “encuentro” entre jueces y administradores se plantea históricamente como necesario, pero precisamente porque el acto del segundo siempre precede al del primero, en tanto uno es controlado por el otro: “La intervención judicial presupone así una previa actuación –para el cumplimiento de la función constitucional específica- del poder público sometido a control, con lo que no altera el estatuto de éste más que en lo necesario, justamente, para la verificación plena de dicho control¹⁹⁸”.

En este sentido, el control jurídico por parte de los tribunales de la acción del Ejecutivo, tiene finalmente una función u objetivo identificable: se trata de la necesidad de ajustar la decisión del Ejecutivo a los principios y reglas del derecho vigente, por cuanto estos actos gozan precisamente de diversas prerrogativas y privilegios exclusivos por provenir justamente de dicho poder del Estado¹⁹⁹. Así, salvaguardar los derechos –y también el Derecho- de este tipo de poderes es, por supuesto, presupuesto necesario del Estado de Derecho.

Como se ha señalado, el control de los jueces se entiende en nuestro Derecho moderno precisamente no sólo como una forma “particular” de control, sino que como correlativo al propio concepto de equilibrio de poderes. El control judicial de la Administración es entonces no sólo necesario para salvaguardar intereses particulares, sino precisamente para equilibrar la

¹⁹⁷ Así, señala Sánchez Morón “La Administración, a diferencia del Poder Legislativo y del Poder Judicial, es un poder activo por excelencia [...] La Administración provee cotidianamente a las necesidades generales, en parte supervisando, controlando, autorizando u ordenando actividades privadas [...] en parte prestando servicios a los ciudadanos [...] en parte apoyando o colaborando con particulares y empresas al desarrollo económico y social u otros fines de interés general [...] y mediante otras actividades”, en SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho Administrativo. Parte general. Madrid, Tecnos, 1997, pp. 38-39.

¹⁹⁸ CORDERO, *Op. Cit.*, 2007, p. 156.

¹⁹⁹ FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. Los procesos administrativos en el Derecho chileno. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2011, n.36, p. 252.

balanza de poder, especialmente de cara a cómo éste cumple la ley: “Como se indica que la potestad judicial para controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos del gobierno y la Administración no sólo no es problemática desde el punto de vista de la separación de poderes, sino que en algún sentido parece consustancial a ella. En efecto, el control de los actos del Gobierno no supone convertir a los jueces en gobernantes sino garantizar el sometimiento a Derecho del gobierno y la Administración. Sin este control existiría el peligro de que el gobierno y la Administración, de facto, hicieran caso omiso del derecho, [y] equivaldría a reunir en el ejecutivo las funciones ejecutivas y legislativas”²⁰⁰.

Dicha noción, entonces, parece provenir del seno del proyecto político de la Modernidad: por un lado, se separa a los jueces de la creación de las leyes (jueces como meras “bocas” que dicen las palabras de la ley, cuestión que veremos se relativiza), y por otro, se les otorga -progresivamente- mayores facultades para controlar el actuar administrativo sin que ello signifique que ellos gobiernen o decidan cuál es la mejor política (cuestión que, sabemos, también es problemática). Ésa es, en principio, la pretensión del proyecto político de la modernidad jurídica.

Este control, si bien se precisa en sus distintas formas, parece históricamente necesario para salvaguardar la propia funcionalidad de la separación de poderes. Esto es precisamente consecuencia de entender la función del juez en el control de la Administración como un medio necesario de realización del Estado de Derecho (que hemos reseñado anteriormente). La necesaria funcionalidad de éste [control] va de la mano con la necesaria idea de que el juez no debe gobernar, porque precisamente su institución no está elaborada para tal función, pero sin embargo debe sí o sí cumplir las labores que la Constitución le mandata -entre ellas, la de ser la principal garantía de los DD.FF.

iii. Positivism jurídico y la función judicial para el s. XXI

²⁰⁰ CORDERO, *Op. Cit.*, 2007, p. 158.

1) Positivismo y relativismo jurídico: la distinción entre creación y aplicación del derecho

1.1. El positivismo jurídico moderno y su relevancia institucional

El positivismo, como teoría del derecho, lo hemos reseñado, siguiendo a Atria, como el momento definitorio del tránsito del derecho pre-moderno al derecho moderno. Volveremos a dicha idea, aunque inicialmente intentaremos comprender qué implica una doctrina positivista.

La expresión “positivismo jurídico” es, en general, una expresión para distinguir un determinado grupo de tesis algo heterogéneas pero que comparten ciertos criterios básicos, como lo han sido las doctrinas de Bentham, Austin, Kelsen, Ross, Hart, Bobbio y Raz²⁰¹. Así, podemos decir que dicha doctrina surge principalmente con Bentham y Austin, quienes insistieron en la necesidad de distinguir el derecho que es del derecho que debe ser²⁰².

Bobbio, por su parte, distingue entre: (i) positivismo como modo de acercamiento al derecho, (ii) positivismo teórico y (iii) positivismo ideológico. El positivismo como acercamiento (i) delimita el objeto de la investigación, es decir, el derecho, y se abstiene de tomar una posición ética frente al derecho que es asumiendo, en cambio, una actitud objetiva o a-valorativa frente al objeto de estudio. Refiere, así, en general al positivismo metodológico, que implica que para distinguir qué es derecho de qué no se usen elementos verificables (hechos), y no criterios morales.

Por su parte, el positivismo teórico (ii) vincula al derecho con la formación de un poder soberano capaz de ejercitar coacción, es decir, vincula al derecho con el Estado. Se señala sobre esta noción que “Desde un punto de vista histórico, la teoría positivista es expresión de la conciencia de que el derecho es producido por el Estado. Será positivista teórico quien sostenga que es fácticamente verdadero que el derecho vigente es un conjunto de reglas de conducta que de manera directa o indirecta son formuladas o aplicadas por el Estado. En otras palabras, el positivista teórico describirá la realidad jurídica señalando que el derecho emana del Estado”²⁰³.

²⁰¹ BULYGIN, Eugenio, *El positivismo jurídico*, México D.F., Fontarama, 2005.

²⁰² BENTHAM, *Op. Cit.*; y AUSTIN, John, *The province of jurisprudence determined*, Indianapolis: Hackett, 1832.

²⁰³ NAVARRO GEZAN, Loreto Paz. Positivismos jurídicos, ¿Atria desafía a Bobbio?. *Rev. derecho (Valdivia)* [online], 2020, vol.33, n.2 [citado 2023-02-24], Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502020000200009&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502020000200009>, p. 12.

Por último, el positivismo jurídico como ideología (iii) plantea la existencia de un deber moral de obedecer las reglas jurídicas. Según Bobbio, ello se podría justificar de dos formas: (i) El derecho positivo, ya que emana del soberano, es siempre justo (el criterio de justicia y de validez del derecho es el mismo); y (ii) El derecho positivo sirve a un fin generalmente deseable (por ejemplo, la paz) independientemente de si sus reglas son justas o injustas²⁰⁴.

Por su parte, Atria plantea que el positivismo jurídico post hartiano se ha dedicado a nutrir una disputa de familia, que ha dado origen a dos facciones, los positivistas duros o excluyentes y los positivistas suaves o incluyentes. La disputa se produciría en torno a la comprensión de la relación entre derecho y moral y la tesis sobre las fuentes sociales del derecho. En particular, sería sobre la pregunta sobre si la moral es o no un criterio de identificación de derecho²⁰⁵. Se trata, básicamente, sobre el problema de si la moral no atendida por una norma jurídica (es decir, no plasmada en ella como regla) pueda bastar, por sí misma, para identificar o dar origen a obligaciones, prohibiciones o permisiones jurídicas.

La crítica de Atria a dichas vertientes es diversa. Al positivismo duro, en primer lugar, se le critica porque conduce a un escepticismo total sobre las reglas, es decir, a la idea de que el juez tiene una discreción total (en tal sentido, el escepticismo funciona como una negación de la utilidad práctica de la regla para solucionar un caso concreto), y por ende los jueces no estarían vinculados al derecho legislado, lo que implica la imposibilidad de distinguir entre la creación y la aplicación del derecho, entre validez y aplicabilidad y entre definitividad e infalibilidad²⁰⁶. Su resultado, según el autor, implica un tránsito necesario a la idea de realismo jurídico y su empirismo²⁰⁷.

Por otra parte, los “suaves” sostendrían que el sistema jurídico, convencionalmente, podría incorporar estándares morales a las reglas de reconocimiento que, entonces, permita identificar el derecho a través de ellos. La crítica de Atria, en tal sentido, va a la idea de que ellos serían

²⁰⁴ *Ibidem*.

²⁰⁵ Insisto en la expresión “identificación” porque el positivismo no niega ni que exista una relación contingente entre derecho y moral (es decir, que el derecho pueda tener un “contenido” moral, consagrar una posición moral, solucionar un problema o regular un comportamiento de acuerdo con criterios morales), ni que en la aplicación del derecho se excluyan o deban excluirse las consideraciones morales. En CARBONELL, *Op. Cit.*, p. 241.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 242.

²⁰⁷ ATRIA, *Op. Cit.*, 2016, p. 39.

positivistas por estipulación, o, más bien, por mantener una coherencia teórica o conceptual reduciendo su tesis a la irrelevancia²⁰⁸.

Más allá de la crítica (que puede compartirse o no)²⁰⁹, el punto de Atria respecto a que “el positivismo jurídico es una comprensión del derecho funcional al autogobierno democrático”²¹⁰ apunta en la dirección correcta, especialmente en uno de sus puntos cruciales: la separación entre legislación y aplicación del derecho. Y es esa separación, precisamente, la que ya en el seno del positivismo jurídico se vuelve problemática. La posición formalista decimonónica²¹¹ colapsa frente al positivismo jurídico del siglo XX, el que no pudo sostener esa suerte de “ficción” que sumía al derecho en una innegable falta de sentido²¹². Así, al llevar al extremo el argumento de que el juez sólo puede “pronunciar el derecho”, se comprende la innegable irracionalidad que sumiría, por ejemplo, a un inocente en un castigo por un delito que no cometió si se aplica la ley en su sentido literal²¹³, lo que iría entonces en contra del propio “espíritu de la ley”²¹⁴.

²⁰⁸ ATRIA, *Op. Cit.*, 2016, pp. 42-46.

²⁰⁹ Aquí compartimos lo expresado por Carbonell, quien señala que “me parece, sucede algo parecido a lo que antes describía como la adscripción de todos los males al formalismo. El autor realiza una serie de afirmaciones genéricas sobre los males del positivismo (aunque las citas a las que alude provienen, principalmente, de autores como Raz y Marmor), algunas, considero, poco caritativas o caricaturescas, que hacen perder todo mérito a toda tesis positivista. Y yo diría que esto es exagerado, y quizás se deba a que la exageración le permite que el argumento principal funcione más claramente. Así, existen tesis positivistas que entienden que la moral (la moral no “positivizada”) no es un criterio para identificar el derecho, básicamente porque comprenden que esa es una manera de erosionar el derecho legislado, expresión, a su vez, del principio democrático. La dicotomía entre hecho social y valor la mantienen porque este hecho social es convención y la convención, dirán, es manifestación de voluntad y no valor moral ni tampoco razón. Nótese que estoy pensando en que, en algún sentido, es posible reconducir la dicotomía entre hecho (social) y valor (moral) a la dicotomía entre voluntad y razón.”, en CARBONELL, *Op. Cit.*, pp. 242-243.

²¹⁰ ATRIA, *Op. Cit.*, 2016, p. 27.

²¹¹ Para una buena comprensión de dicho formalismo decimonónico, véase BULYGIN, E. Creación y aplicación del derecho. En ATRIA, F., et al, *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2004, p. 30. Véase también *supra* “El formalismo Jurídico”.

²¹² Esto se explica en la medida en que, si se afirma que el rol del juez es aplicar el derecho vigente, ello puede llevar a una posición “formalista” de la función judicial: sólo ateniéndose literalmente al derecho vigente el juez puede legitimar su función estrictamente independiente. Históricamente dicho formalismo tuvo sentido -en el s. XVIII y XIX-, pero es cuestionado en el s. XX.

²¹³ Véase, por ejemplo, el ya clásico caso del barbero de Bologna, que expone Pufendorf, y según el cual una antigua ley en Bologna prohibía derramar sangre en la calle, con una consecuente pena muy severa, la que fue invocada en un juicio contra el barbero que había salvado la vida de un cliente salvándole la vida en la calle. véase PUFENDORF, S. *De Jure Naturae et Gentium Libri Octium*, Oxford, Clarendon Press, 1934, 802-803.

²¹⁴ En este sentido es que el propio Savigni definía el motivo de la ley como “En este punto se presenta en primera línea el motivo de la ley (ratio legis). Esta palabra tiene dos sentidos diferentes, según que se aplica al pasado o al porvenir: así, pues, designa: 1. la regla superior de derecho, de la cual es la ley deducción y consecuencia; 2. el efecto que la ley está llamada a producir, es decir, el fin, la intención de la ley. Sería gran error establecer oposición absoluta entre estos dos sentidos; debe, por el contrario, admitirse que son inseparables en el pensamiento del legislador”. En VON SAVIGNY, *Op. Cit.*, p. 155. Lo anterior es relevante porque si una decisión va en contra del propio espíritu de la ley, uno en principio podría suponer que ella es ilegítima.

Lo anterior explica, en parte, la complicada historia de la comprensión de la labor judicial ante casos “difíciles”, que es la fuente primordial de disputa en el positivismo: entrado el siglo XX, parece ya evidente que no todo concepto jurídico es uno que determine absolutamente las condiciones de hecho sobre las que descansa, y por tanto, no todo caso es subsumible explícitamente bajo todos los supuestos de una regla. En otras palabras: una regla no puede predecir todos los casos sobre los cuales ella pretende asentarse, porque somos incapaces de anticiparnos a todos los eventos -o porque nuestro lenguaje no es suficiente para ello-. Así, Hart, en el capítulo VII²¹⁵ de su *Concepto de Derecho*, emprende la tarea de una explicación filosófica, basada en la filosofía del lenguaje²¹⁶, sobre dicho problema. En tal famoso capítulo, reconoce la indeterminación inherente al lenguaje jurídico que opera mediante reglas: “Las situaciones de hecho particulares no nos aguardan ya separadas las unas de las otras y rotuladas como ejemplos de la regla general cuya aplicación está en cuestión. Ni la regla puede por sí misma reivindicar sus propios ejemplos. En todos los campos de experiencia, no sólo en el de las reglas, hay un límite, inherente en la naturaleza del lenguaje, a la orientación que el lenguaje general puede proporcionar”²¹⁷. Fuera de las mismas, habría una “textura abierta”.

Esto fundamentaría²¹⁸ una suerte de discreción por parte de los jueces para con su interpretación del derecho. Dicha discrecionalidad, según Hart, incide en la posibilidad de los jueces de fallar correctamente ante un caso de “textura abierta”, ya sea obligándolos a aplicar mecánicamente la regla o a crear derecho. Ello puede ser explicado de la siguiente manera: si los jueces no sólo están sujetos a resolver casos fáciles (por ejemplo, que X evidentemente realizó una conducta subsumible bajo el criterio A y no B, y por ende, el juez debe fallar que A es aplicable), también deben resolver casos difíciles de distinto tipo, por ejemplo, que el concepto de A establecido en

²¹⁵ HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, pp. 155-191.

²¹⁶ En este sentido, el propio Detmold hace explícita la influencia wittgensteiniana en la discusión sobre el lenguaje jurídico y precisamente en lo relativo al problema del vacío de particularidad (sobre el que el problema de la textura abierta es precisamente el punto), DETMOLD, M. J., *Op. Cit.*, p. 459.

²¹⁷ HART, H. L. A., *Op. Cit.*, p. 157.

²¹⁸ Hart considera que en esa indeterminación no hay más que discrecionalidad, lo que implica la posibilidad absoluta del intérprete de aplicar su propia moral o política. En ese sentido, o se es formalista (aplica mecánicamente la regla) o se es escéptico. En ese espacio, Hart tendría el mismo problema que las dos posiciones a las que critica, por cuanto supone que lo único que puede hacer el juez es aplicar reglas. Ése es el punto de Dworkin explicado posteriormente, ya que distingue qué tipo de discreción tendría el intérprete en tal situación. De la misma opinión es, por ejemplo, el propio Kelsen, quien plantea que ese margen creado por una norma indeterminada es propia “creación” o legislación dejada al arbitrio o voluntad del juez. HART, *Op. Cit.*, pp. 157 y ss.; KELSEN, *Op. Cit.*, 2006, p. 133.

la regla legal no contemple al caso X, el que no se subsume bajo ninguna otra regla. Por ende, el juez en dicho caso o debe decidir que X es A, o debe subsumir dicho caso concreto a otro concepto legal²¹⁹. Ésta es la llamada “zona de penumbra” de los conceptos jurídicos²²⁰.

Sin embargo, es relevante comprender la distinción realizada por Dworkin entre *discreción en sentido fuerte* y *discreción en sentido débil*²²¹. Las consecuencias de la teoría de Dworkin para el problema de la función del juez –especialmente cuando choca con otros poderes- son importantes para comprender la importancia de la deferencia como descripción -o teoría- respecto del control entre poderes²²². En presencia de “casos difíciles”, o en último caso cuando la misma ley asigna “discrecionalidad” en la competencia que establece, debe distinguirse qué tipo de discreción hay. En un sistema en el cual quien debe decidir debe hacerlo “sobre la base de algo”, Dworkin entiende que existe discreción en sentido débil, que implica que no existe absoluta libertad de elección por parte del intérprete de la regla, sino que esta libertad está sujeta a otro tipo de normas dentro del ordenamiento jurídico, no precisamente reglas, que funcionan ya no de manera binaria, sino que de manera informativa y sobre las cuales se puede elegir sin necesariamente salirse del derecho²²³. A este tipo de normas Dworkin las llama “principios”.

Lo anterior es relevante porque redundante directamente en cuál es la posición institucional que tiene el juez respecto del derecho. Las propuestas tanto de Atria como Dworkin pretenden salvar la distinción entre derecho y moral, y en tal sentido resguardar la autonomía del razonamiento jurídico²²⁴. Ello no implica que, necesariamente, solo una propuesta positivista permita dicha

²¹⁹ El caso célebre que comenta Hart en su Capítulo VII es el de la prohibición de vehículos en un parque. ¿Podemos determinar certeramente si dicha regla incluye bicicletas? Dicha indeterminación es un ejemplo en que el juez debe decidir en zona de penumbra. Vid. HART, H. L. A., *Op. Cit.*, p. 170.

²²⁰ Se ha criticado arduamente dicha teoría respecto de la indeterminación del lenguaje jurídico. Quizás la crítica más famosa y certera es la de Lon Fuller, quien describe la teoría hartiana como “teoría indicativa del significado”, que se basaría en supuestos erróneos respecto del efecto que sobre el significado de las palabras tienen el propósito de quien habla y la estructura del lenguaje. En general, la teoría de la interpretación de Hart implicaría, para Fuller, un miedo injustificado a la interpretación finalista del derecho que haría imposible en la práctica la lealtad frente al derecho al centrarse en exclusivo en las palabras FULLER, L. Positivism and fidelity to Law: A Reply to Professor H.L.A. HART, *Harvard Law Review*, 1958, Vol. 71, N° 4, pp. 630-672.

²²¹ DWORKIN, R., *Los Derechos En Serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 83-94.

²²² Quizás el texto más relevante a este respecto es justamente de Dworkin, *La lectura moral de la Constitución*. En éste, en relación a los jueces constitucionales, Dworkin demarca el límite y las confusiones sobre los que el juez está asentado para decidir. En especial, la distinción entre principios y políticas se vuelve relevante para distinguir la decisión como una decisión jurídica (basada en principios, por ejemplo) o como una decisión de política propiamente tal: DWORKIN, R. *Freedom’s Law: The moral Reading of the American Constitution*, Oxford, Oxford University Press, 1996.

²²³ *Ibidem*, pp. 83-94.

²²⁴ ATRIA, *Op. Cit.*, 2016, pp. 78 y 313.

interacción y “salvuarde” la legitimación interna del derecho moderno, sino más bien el punto de este apartado es justamente exponer dichas visiones como una posibilidad de explicar la función judicial sin caer en lo que llamaríamos el relativismo jurídico o, dicho de una manera más apropiada, la noción de que los jueces pueden (o incluso deben, para algunos) fallar conforme a su razón o propia moral, sin necesidad de atender a lo que democráticamente se ha resuelto. Así, comprender que los jueces en dichos casos de “penumbra” no necesariamente deben acudir a su mera conciencia, o que la relevancia del formalismo en el derecho es central para reorientar la función judicial, nos ilustra una manera de entender el activismo y la función judicial que es determinante a la hora de definir los estándares de la deferencia²²⁵.

1.2. Neoconstitucionalismo y relativismo jurídico

En esta investigación no pretendo afirmar que cualquier doctrina que no sea positivista esté equivocada. Como hemos recién reseñado, el aporte del positivismo a la idea de jurisdicción dice relación con comprender cuál es el sentido moderno de esta institución y, principalmente, si una doctrina que afirme la vinculación del derecho con la deliberación política, es decir, con el principio democrático, puede considerarse una doctrina útil para el momento político de la excepción.

Siguiendo el argumento expuesto en el apartado anterior, existen distintas doctrinas –incluso positivistas- que llevan a la disolución de la distinción entre creación y aplicación del derecho (así como las demás distinciones reseñadas). La distintas explicaciones del derecho que, sin embargo, serían erróneas, tendrían según Atria los distintos componentes: 1) se olvidan que el derecho es voluntad del pueblo formalizada; 2) no comprenden la interacción entre estructura y función de las instituciones jurídicas; 3) carecen de una visión holista de las potestades jurídicas del estado moderno; 4) por último, no vinculan al derecho con las formas de deliberación

²²⁵ Señala Atria en torno al neo-constitucionalismo: “De esta forma es relevante criticar la concepción “neo-constitucionalista” del rol judicial. El neoconstitucionalismo entiende a la constitución como una ley. Suprema, desde luego (ese es todo el punto del neoconstitucionalismo) pero ley al fin. Pero irónicamente no puede entender la idea (moderna) de ley, y por eso no puede entender la idea (democrática) de constitución. Ya sabemos que el punto de partida de una teoría democrática del derecho es entender que «algo muy fundamental ocurre cuando un sistema jurídico admite legislación»” *Ibidem*, p. 332.

política, es decir, con el principio democrático, las mismas que permiten al pueblo identificar el interés de todos²²⁶.

La más problemática en la etapa actual del pensamiento jurídico es el llamado “Neoconstitucionalismo”, por cuanto éste incluso es considerado como una involución al derecho pre-moderno, pues como dice Atria, “promete protegernos de la arbitrariedad pero tiende a la disolución del derecho”²²⁷. Esto último se fundamentaría en el hecho de que tal doctrina negaría una cuestión básica del derecho moderno: que el derecho sea voluntad.

Esta corriente jurídica, en resumen, ignoraría la dignidad de la legislación, al dar más bien una preeminencia –indiscriminada, para algunos- a la aplicación directa de los principios implícitos y explícitos contenidos en la Constitución. Es más, dicha aplicación la haría el juez de manera “discrecional” (ya que la aplicación de la Constitución como instrumento político no puede sino ser política)²²⁸. Como dice el autor, es característica de esta corriente la comprensión desformalizada, pluralista, líquida y flexible de interpretación y adjudicación que, en realidad, “lo que hace es incitar al juez a decidir conforme a la sustancia, conforme a criterios de justicia o a la mejor lectura moral de la constitución antes que a la forma”²²⁹.

Una parte importante del argumento neoconstitucionalista dice relación con la aplicación directa de la Constitución a los casos concretos (dicho de otra manera, la refutación del derecho como voluntad implica que, entonces, la fuente jurídica máxima pueda aplicarse directamente). Ello lleva a una cuestión central en la discusión positivista también. Para algunos, al menos su parte “dogmática” (por ejemplo, derechos fundamentales) no sería derecho. Para otros, dicha parte de la constitución sería más bien una referencia a principios morales básicos (como la dignidad humana), por lo que quien la interpreta lo que hace es decidir conforme a sus creencias. Ésa es la doctrina de la “lectura moral” de la Constitución, famosamente elaborada por Dworkin²³⁰. Dicho de una manera sencilla, éste sería el principal argumento contra la tesis neoconstitucionalista (o, también, contra cualquier tesis que pretenda dicha primacía en la interpretación sobre la voluntad

²²⁶ ATRIA, *Op. Cit.*, 2016, pp. 240-242.

²²⁷ ATRIA, *Op. Cit.*, 2016, p. 67.

²²⁸ El uso de discrecional en este caso debemos comprenderlo en los términos planteados precisamente por Dworkin, en el sentido de que la interpretación constitucional tendría un amplio margen de decisión.

²²⁹ CARBONELL, *Op. Cit.*, p. 247.

²³⁰ Una buena aproximación a dicho problema se encuentra en DWORKIN, Ronald. *Political Judges and the rule of law*, en *A Matter of Principle*, Oxford, Oxford University Press, 1985, pp. 9-32.

legislativa): que la lectura de la Constitución no puede sino ser política y, por ende, disuelve toda argumentación jurídica.

Desde tal perspectiva, y pese a la corta exposición sobre esta doctrina, el punto relevante a considerar en esta investigación dice relación con sus consecuencias, más que con una posible crítica a la misma: el efecto inmediato de una doctrina neoconstitucionalista (o, como hemos llamado, relativista respecto del derecho) es que un sistema que siga la misma propenderá a la aplicación directa de los principios y valores generales establecidos en la Constitución por sobre las normas que democráticamente el legislador establezca. Así, y especialmente en lo que respecta a los estados de excepción, se da paso a una posición institucional única para los jueces: la posibilidad cierta de controlarlo todo, basados en dicha indeterminación absoluta.

En tal sentido, es importante destacar que esta doctrina la exponemos como un ejemplo de una doctrina que implicaría una disolución directa entre aplicación y creación del derecho. No exponemos todas las doctrinas que rechazan el positivismo (por ejemplo, el realismo jurídico) ni el iusnaturalismo, ni tampoco sus problemas, porque el objeto último dice relación con comprender que existiría en el seno del positivismo jurídico la distinción ya rememorada, la que, sin embargo, ciertas doctrinas pretenden rechazar (y con énfasis el neoconstitucionalismo). De esta forma, lo importante de una doctrina como la expuesta es que nos propone la supremacía constitucional desde una perspectiva institucional concreta, imprimiendo entonces una “presión” adicional a los jueces, los que tienden directamente –ya por la propia concepción de la jurisdicción- a una misión activista, privilegiando la aplicación de principios generales indeterminados y reemplazando, muchas veces por aplicación de dichos principios, la labor administrativa o legal.

2) Deferencia como forma institucional de equilibrio

1.1.La deferencia como concepto: planteamiento de una definición

Si bien parece evidente que ya se han dado luces de un concepto relevante en torno al cual comprender la idea de equilibrio, al respecto, es necesario proponer una definición acorde a los problemas que hemos planteado y que se plantearán. Para ello utilizaremos el concepto de deferencia. Ello es esencial principalmente porque en Chile escasea el desarrollo de este

concepto, señalando sólo con respecto a ciertos temas y sin ningún desarrollo doctrinal consistente.

Para esta empresa, primero debemos comprender cómo se entiende este concepto en nuestra lengua común. Nuestra Real Academia Española de la Lengua ha definido “deferencia” como “Adhesión al dictamen o proceder ajeno, por respeto o por excesiva moderación”²³¹, lo que ya explícitamente refiere a la noción que ya se ha planteado anteriormente sobre lo que comúnmente se entiende en torno a este concepto. El problema, ahora, será plantear una definición “doctrinal” de deferencia, que haga caso omiso de la definición ya dada anteriormente, que podríamos llamar, siguiendo a Paul Daly, una visión “epistémica” de deferencia²³².

Esta distinción es relevante, porque la “deferencia epistémica” no es más que una mera noción de respeto a la decisión de otro. Es una forma popular de entender la función judicial. Brian Foley explica a esta noción básica de deferencia señalando “[que] reducida a su forma más básica, la pregunta por la deferencia concierne al peso que deben darles las Cortes a las decisiones de instituciones no jurisdiccionales”²³³. Bien explicado aquí por Daly, deferencia implica darle respeto a la decisión de otro por el peso que tiene esa decisión. En el mismo sentido, y desde un enfoque evidentemente más epistémico, lo definen Lawson y Seidman²³⁴.

Por otro lado, tal como ya hemos referido, Daly distingue de la simple visión “epistémica” otra forma: la deferencia doctrinal. Si en la epistémica lo que se debe es respeto, ese respeto no implica necesariamente asignación de autoridad a la otra decisión. Es ese reconocimiento de la autoridad del otro, y su consiguiente obligatoriedad, el que hace que la deferencia sea doctrinal: “En vez de simplemente dar respeto a la decisión del otro, se podría asignar autoridad a otro para hacer su decisión vinculante. Dicha autoridad no necesita ser absoluta: su ejercicio puede estar sujeto a limitaciones de, para tomar un ejemplo, razonabilidad. Estas decisiones serán

²³¹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA DE LA LENGUA. Diccionario De La Lengua Española, 23° Ed., [https://dle.rae.es/deferencia].

²³² DALY, Paul, A Theory of Deference in Administrative Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 7-8.

²³³ FOLEY, Brian, Deference and the Presumption of Constitutionality, Dublin, Institute of Public Administration, 2008, p. 256.

²³⁴ LAWSON, G. & SEIDMAN, G. Deference: The Legal Concept and the Legal Practice, Cambridge, Cambridge University Press, 2019, pp.74-75.

vinculantes, digamos, en la medida en que sean razonables. Doy la categoría de deferencia doctrinal a esta noción”²³⁵.

La atención de Daly se centra, precisamente, en 3 países que no tienen una justicia administrativa separada de los jueces comunes: Canadá, Reino Unido y Estados Unidos. La semejanza con nuestro sistema, al menos en términos de este problema –central para definir la relación entre distintos poderes del Estado-, es bastante evidente: en Chile no existe una justicia administrativa especializada, salvo contados casos, los que aun así terminan por conocerse generalmente por las Cortes que son de naturaleza común.

Las Cortes o los organismos con potestad jurisdiccional, como el Tribunal Constitucional, e incluso la propia doctrina chilena no comprenden esta distinción, y no hacen sino usar el concepto –tácita o explícitamente- más que de una forma inconsciente. En general, es un uso “epistémico” de dicho concepto, lo que genera un grave problema para comprender la noción competencial de la deferencia en el derecho²³⁶.

Esta noción, ya en parte contenida en la idea de “deferencia doctrinal” (que implica un elemento de obligatoriedad y vinculación de la decisión, por lo que es estrictamente jurídica), debemos contrastarla con otro concepto que Daly aporta a la discusión: el concepto de “deferencia curial”. Si bien podría ser entendida como “deferencia judicial” o meramente “deferencia”, se sostiene que el uso del adjetivo “curial” proviene de *Curia*, que no sólo refiere a las Cortes en un sentido jurídico, que es un concepto posterior, sino que primariamente refería a un cuerpo de sabios consejeros. El término “deferencia curial” implica para Daly, y lo tomaremos de esa forma, el dar respeto –o autoridad- a la decisión de otro con base en su competencia²³⁷.

La idea es relevante porque identifica certeramente cómo un concepto curial de deferencia elimina la posibilidad de entender a esta misma como “sumisión al otro”, en favor de una

²³⁵ DALY, P., *Op. Cit.* p. 8.

²³⁶ Por ejemplo, Vergara Blanco, al referirse a la creación de tribunales administrativos hiperespecializados, contrasta explícitamente “deferencia” del activismo judicial, entendiendo la deferencia como una “reverencia ante la autoridad administrativa”. Ello implicaría que la deferencia sería un mero “respeto” a la otra autoridad, que contrasta con el concepto planteado en este ensayo: la deferencia no es “sumisión”, es control, pero atendiendo a la razonabilidad y competencia de quien se controla. Véase VERGARA BLANCO, A., Tribunales administrativos hiperespecializados ¿remedio contra el activismo y la deferencia?, *El Mercurio Legal*, 2014 <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2014/11/06/Tribunales-administrativos-hiper-especializados-remedio-contra-el-activismo-y-la-deferencia.aspx>, (visitado el 28 de marzo de 2023).

²³⁷ DALY, *Op. Cit.*, p. 9.

deferencia por “respeto al otro” (específicamente a las razones que tiene el otro para su decisión, en razón de su competencia). Es importante también porque evita la crítica que cierta parte de la doctrina²³⁸ podría hacer en torno a que una teoría a favor de la deferencia judicial implica, finalmente, una falta de control a las decisiones de los otros órganos. Ello se refuta con el punto de Daly: esto no es sumisión, sino que respeto. En términos de Murray Hunt: “Deferencia como sumisión ocurre cuando las cortes tratan una decisión o un asunto de ésta como no-judiciable, y se niegan a entrar a revisarlo porque lo consideran más allá de su competencia. Deferencia como respeto ocurre cuando las cortes le dan algún peso a la decisión de otro órgano por una razón bien expresada, como parte de su examen general de la justificación de esa decisión”²³⁹. Por último, dicho concepto de “*curial deference*” calzaría, en principio, con el modelo chileno: son en éste -especialmente en el caso del control judicial de la Administración- los jueces generalistas los que revisan los actos administrativos²⁴⁰, aunque no necesariamente sea la práctica aplicada en Chile.

Lo anterior, como ya hemos señalado, implica rechazar de antemano una definición de este concepto que implique la absoluta no-justiciabilidad, o “sumisión”, por parte del órgano de control al que toma la decisión. Lo que diferencia a éste de un concepto cualquiera de deferencia es el hecho de que respetar la *competencia* del otro órgano implica necesariamente respetar finalmente las *razones* sobre las cuales recayó esa decisión que se respeta. Lo anterior conlleva dos elementos centrales a esta noción: la idea de competencia, y la idea de razonabilidad de la decisión.

1.2. La primera base: la competencia

²³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Op. Cit.*

²³⁹ HUNT, Murray. Sovereignty's Blight, en BAMFORTH, Nicholas - LEYLAND, Peter (eds.), *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford, Hart, 2003, pp. 346-347.

²⁴⁰ Daly expresa que “en los sistemas duales, existen cortes administrativas especializadas, normalmente provistas por un personal expertocrático en lugar de jueces de corte generalista, los que supervisan la formulación e implementación de las políticas realizadas por los órganos delegados. Una doctrina de la Curial Deference sería antiética al modelo francés, toda vez que un cuerpo de expertos, el *Conseil d'État*, se coloca como el último juzgador de las decisiones de estos órganos. Este modelo, que efectivamente excluye a los jueces generalistas de la revisión de la administración, constituye la base de muchos sistemas continentales”. DALY, *Op. Cit.*, pp. 13-14.

La idea de competencia, por un lado, se ha definido como “el conjunto de facultades que un órgano puede legítimamente ejercer, en razón de la materia, el territorio, el grado y el tiempo. Coincide la doctrina que la competencia en principio es improrrogable. Hay quienes piensan que la competencia debe surgir de norma legal expresa, quienes consideran que puede surgir expresa o implícitamente de una norma legal y quienes consideran que surge en forma implícita del objeto o fin mismo del órgano; a esto último, algunos autores lo llaman principio de especialidad”²⁴¹. Ella es esencial, por tanto, para entender cuando un Poder o un órgano – especificado subjetivamente ese poder- puede ser entendido como “autoridad válida” para decidir un caso. En ese sentido, la competencia es la base subjetiva sobre la que se define la deferencia²⁴². Como veremos, la competencia en el caso del estado de excepción es el punto clave de su historia constitucional.

Y sobre ella también Alfonso Parejo ha definido el carácter problemático del control judicial de la Administración, señalando la específica relevancia competencial que tiene la función de control. Esta función, indica Parejo²⁴³, se debe traducir explícitamente en un control de legalidad que necesariamente, en su ejercicio, “no le autoriza para la generación de reglas jurídicas (ni siquiera de caso concreto) y sí sólo para hallarlas en sede interpretativa y aplicativa”²⁴⁴. Lo que implica, entonces, una cuestión ya reseñada, ya que “(...) el sometimiento del Juez a únicamente al imperio de la Ley es principio de doble cara: de un lado, independencia de los restantes poderes, pero, precisamente por ello, vinculación total a la Ley”²⁴⁵.

Las consecuencias competenciales que tiene la función judicial de control parecen relevantes para aclarar la noción que se está presentando sobre deferencia, por cuanto explicitan el rol que tiene el concepto de “decisión” en contraste con el de “control”. Lo que Parejo llega a afirmar es que existiría precisamente una “doble decisión”, primero del ente administrativo, y luego del juez que controla. Estas dos decisiones “[en la medida en que] expresan un ejercicio de poder

²⁴¹ GORDILLO, Agustín. Tratado De Derecho Administrativo, Buenos Aires: Fundación de derecho administrativo, 2000, VIII. p. 33.

²⁴² Se hace hincapié que es “en cierto sentido” por cuanto entendemos que existe no sólo una competencia en forma subjetiva sino también en forma objetiva. Lo relevante aquí no es si la competencia es de ese tipo, sino que el órgano *es competente o no*, y por tanto ése debe ser el criterio que define *a priori* el problema de la deferencia: la autoridad del otro órgano para decidir.

²⁴³ PAREJO ALFONSO, L. Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas, Madrid, Tecnos, 1993, p. 50.

²⁴⁴ PAREJO ALFONSO, *Op. Cit.*, p. 50.

²⁴⁵ *Ibidem*.

público, de poder del Estado, y cada una de ellas es adoptada por una distinta organización de éste, se ofrecen necesariamente como manifestación de la división de poderes (propia justamente del Estado de Derecho)”²⁴⁶.

Lo anterior es relevante, porque lo que hace Parejo es ligar precisamente el carácter y problema competencial del control jurídico –y con ello, de la deferencia- con la separación de poderes. Si bien hemos tratado más a fondo este problema, debemos recalcar la importancia que esta idea tiene para efectos de entender la noción de deferencia que se ha planteado: “Quiere decirse, pues que la específica configuración de la situación considerada suscita de suyo la necesidad de la delimitación de las competencias para la adopción de una y otra decisión, pues la división de poderes únicamente tiene sentido si supone que dos órganos de poderes constitucionales diferentes (en este caso, poder ejecutivo y poder judicial) no pueden desarrollar, legítimamente, una misma función”²⁴⁷.

Es esta idea sobre la base competencial de la deferencia la que, al menos en términos teóricos, parece más sensata. Lo es porque, a priori, no define ninguna postura sobre si la deferencia misma es válida, justa o razonable; simplemente señala el problema de fondo, a nivel jurídico-subjetivo, que los órganos estatales tienen que resolver.

1.3. La segunda base: razonabilidad

Al ser un principio objetivo, el necesario análisis de la razonabilidad de la decisión se hace *per se* problemático cuando el conflicto de fondo, para algunos, es si debe existir incluso ese control de razonabilidad. En tal sentido, es evidentemente más compleja (y es, como se desprende de los casos de fondo, generalmente el punto en discordia). Tal como lo desarrollaremos, ese control existe y debe existir.

La razonabilidad se plantea como elemental al derecho y, en especial, a la posibilidad de que éste sea obedecido o que exista fidelidad al mismo²⁴⁸. Así, por ejemplo, Perelman señala que “lo

²⁴⁶ Ibidem, p. 57.

²⁴⁷ PAREJO ALFONSO, Luciano, *Op. Cit.*, p. 57.

²⁴⁸ FULLER, L. *Op. Cit.*

irrazonable no es Derecho”²⁴⁹. El derecho necesita de razones para convencer a los sujetos que obliga. Por ende, ésta sería una base de universal exigencia en la discusión pública y, prudentemente, también en el control público. El Estado debe ser “razonable”²⁵⁰. Así, no solo el derecho (visto independiente del Estado) debe ser razonable en la medida en que otorga razones para actuar, sino que la acción pública misma –a través del derecho- también lo debe ser²⁵¹.

En torno a las distintas formas de examen de razonabilidad²⁵², la idea central de estos es definir no sólo el estándar de razonabilidad (bajo qué principios y normas analizar), sino principalmente qué tipo de razones o decisiones es factible controlar. Es necesario conocer en qué medida no sólo el tipo de estándar puede ser más o menos correcto, sino cómo estos pueden ser aplicados por los jueces. Esta cuestión no es irrelevante, porque de lo que se trata justamente la teoría de la deferencia -aplicada al control judicial- es de señalar un camino más o menos homogéneo a los jueces en su tratamiento de los problemas, más allá de lo que crean o decidan en el caso concreto.

Es importante, entonces, definir un estándar claro sobre cuándo se debe reemplazar la decisión por otra –la del juez-, y hasta qué medida. En este sentido, y en su refutación del argumento de Trevor R.S. Allan, según el cual una doctrina de la deferencia curial “es inevitablemente vacía porque mientras ésta debe aparecer como externa a una decisión judicial, su operación de hecho está inexorablemente ligada a –e indistinguidamente de- la sustancia de cada caso particular”²⁵³ Daly establece que para que no sea vacía su teoría (o cualquiera al respecto) debe demostrar que ésta es capaz de otorgar a las cortes una forma de alcanzar conclusiones particulares que le sirvan para resolver los casos concretos. Es decir, la teoría debe ser una guía para decidir el derecho. Y

²⁴⁹ Citado en ATIENZA, Manuel, *Las Razones Del Derecho, Teorías De La Argumentación Jurídica*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2013, p. 71.

²⁵⁰ GRANADO, I., "La Interdicción Constitucional de la arbitrariedad de los Poderes Públicos" en *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*, I Jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, *Vv.Aa*, ed. N. Hinojosa E. y González-delfito, Madrid: Civitas, 1996, pp. 156-57. Como indica Huepe, la razonabilidad es el elemento central para controlar la discrecionalidad administrativa, en HUEPE ARTIGAS, Fabian, *Discrecionalidad Administrativa Y Razonabilidad*, Santiago, Thomson Reuters, 2018, pp. 186-188.

²⁵¹ Véase MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, “Norma, acción y deber: el modelo del silogismo práctico” en GONZÁLEZ LAGIER, Daniel y FIGUEROA RUBIO, Sebastián, *Libertad, razón y normatividad. La vigencia del pensamiento de G.H. von Wright a cien años de su nacimiento*. Lima, Palestra, 2018.

²⁵² Véase DALY, *Op. Cit.*, pp. 19-26.

²⁵³ DALY, *Op. Cit.*, p. 27.

este criterio, para Daly, no se define sino que en el límite de esa deferencia: el juez debe ser deferente hasta que sea patente la irracionalidad de la decisión²⁵⁴.

Esto quiere decir que el estándar último, y sobre el cual se basarán los demás estándares, debe implicar que se reemplace una decisión allí donde hay una patente irracionalidad de la misma. Es, dicho de una manera sencilla, un estándar contrafáctico: ahí donde se entiende que no puede haber razón alguna, el juez debe tomar el control.

De forma más amplia, haciendo hincapié en el rol que juega la razonabilidad en el Estado Administrativo, Jerry Mashaw también ha apuntado que control jurídico que realizan los jueces es el elemento delimitador de la razonabilidad propia de la acción administrativa: mientras más restringida la posibilidad de dar razones, más problemática se vuelve para el control democrático (es éste el caso de los estados de excepción, sin duda). Su control de las razones ha históricamente referido al control de “exactitud”, de irracionalidad o, alternativamente, de proporcionalidad²⁵⁵.

En ese sentido, y recapitulando, la deferencia debe ir de la mano con un análisis de la razonabilidad de las decisiones que son controladas. Es en tal sentido que nos sirve conceptualmente como una forma de fundar el control jurídico allí donde se pone en duda su límite. El mero respeto por la posición del otro órgano no es argumento suficiente para demostrar que una decisión debe reemplazarse por otra o evitarse ya que éste puede implicar, a la vez, una falta al derecho. La necesidad de un estándar de razonabilidad, entonces, y de sus límites, explica también la necesidad de dar razones jurídicas a la decisión judicial (o de control) que se emprende, y así evitar o hacer menos probable que la decisión que se tome sea evidentemente irracional.

El riesgo de desatender lo expuesto, minimizando la deferencia como una mera “sumisión”, como veremos en el próximo capítulo, implica olvidar que cuando el juez resuelve por sí mismo un caso particular controlando a otro poder, ello puede afectar la competencia de otro órgano

²⁵⁴ DALY, *Op. Cit.*, p. 20. Existen variadas críticas a la “irracionalidad” como criterio de control -o límite de la deferencia, algunas expuestas por el propio Daly en torno a que dicho criterio sería binario “o es razonable o no lo es”. Como tercer estándar (el primero sería la exactitud), propone la “manifiesta irracionalidad”: DALY, *Op. Cit.*, p. 166.

²⁵⁵ MASHAW, Jerry. *Reasoned Administration and Democratic Legitimacy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, pp. 124-142.

legítimamente dispuesto para dicha tarea. La relevancia de una teoría de la deferencia, entonces, va de la mano con evitar precisamente esa fractura ya expresada: la de esa delgada línea entre lo político y lo jurídico²⁵⁶. Y ello, de nuevo, implica no olvidar lo siguiente: el valor de esta teoría tiene que ver precisamente con la importancia que le da a la doctrina, y particularmente a la teoría jurídica, en la producción y elaboración del caso ante los jueces

En este sentido, la deferencia implica un necesario equilibrio entre tres conceptos claves para la filosofía jurídica contemporánea: los de autoridad, legalidad y legitimidad. Así, lo que está en juego cuando hablamos de deferencia y de sus contrapuestos es justamente la autoridad (en el caso concreto que analizamos, de los jueces), que choca muchas veces con la propia legalidad de sus decisiones, que en términos del sistema jurídico vigente pueden ser problemáticas; sin embargo, y añadido a eso, se establece un problema de legitimidad de las propias decisiones judiciales y administrativas o políticas o legislativas que implica justamente presión –social o política- por cambios en las estructuras y en las definiciones de políticas públicas o decisiones que se toman²⁵⁷.

Como hemos estudiado, las doctrinas que rechazan *a priori* la deferencia yerran en comprenderlo como un concepto que inhibe el control, como sería en el caso del control judicial del estado de excepción, cuando justamente se trata de un concepto que lo promueve. Lo promueve y al mismo tiempo determina –ésa es su particularidad, porque describe y al mismo tiempo prescribe- sus condiciones de posibilidad mediante el análisis de razonabilidad de las decisiones públicas. Su relevancia institucional, entonces, opera como guía de acción para la labor judicial (guía que, por supuesto, puede ser determinada ya sea por los propios jueces o por el propio ordenamiento jurídico).

Así, observa Sánchez Morón, en relación a la discrecionalidad administrativa, que “extremar el control judicial conlleva el riesgo de sustituir decisiones de autoridades democráticamente

²⁵⁶ Esto Daly lo hace evidente en su crítica de fondo a Allan, al señalar precisamente la importancia de la doctrina para con la elaboración de estándares jurisprudenciales aplicables al caso concreto, los que facilitan –en cierta medida- que las decisiones sean tomadas razonable y uniformemente, y no sólo atendiendo a las circunstancias de contexto del caso particular, DALY, *Op. Cit.*, pp. 31-35. Ello recuerda también a lo establecido por Dworkin respecto de la jurisdicción constitucional y su “lectura moral de la constitución”, sin distinguir eso sí entre conceptos jurídicos y conceptos políticos en casos polémicos. Véase ATRIA, *Op. Cit.*, 2016, pp. 301 y ss.

²⁵⁷ VALDÉS TORRES, Javier. El concepto de deferencia en el derecho público chileno. Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 2017.

elegidas (directa o indirectamente) o de órganos de ellas dependientes, por decisiones (que podrían ser erradas) de autoridades que carecen de representatividad, aunque no carezcan de otro tipo de legitimidad constitucional para el ejercicio de sus funciones (...) [por lo que] es conveniente preguntarse, como se hace en algunos estudios, si un control exhaustivo y sustitutivo no conduce al decisionismo judicial; o si, de no apurar su prudencia en asuntos complejos y delicados, los jueces se arriesgan, como decía el juez Félix Frankfurter, a <<enredarse en las pasiones cotidiana>> exponiendo su independencia (y el prestigio de la Magistratura)”²⁵⁸.

III. EL CONTROL EN EL ESTADO DE EXCEPCIÓN Y SU POSIBILIDAD ACTUAL

a. El control jurídico de la declaración de excepción

i. Declaración de estado de excepción como acto de gobierno

Una de las cuestiones principales en torno al control judicial del estado de excepción dice relación con la consideración de estos y, en especial, de su declaración, como un acto “de gobierno” o, dicho en relación al objeto de esta tesis, como un acto que escapa al control jurisdiccional de fondo. En este apartado intentaremos comprender, entonces, qué significa que el control del acto declarativo sea especialmente complejo (o inexistente).

Para ello, debemos recordar que la declaración del estado de excepción se da como un ejemplo clásico y trascendental de la categoría de “actos de gobierno”²⁵⁹. Dicha categoría, si bien teóricamente ha tenido distintas formulaciones, ha servido en su centro para describir aquellos actos que –por las distintas razones expuestas por jueces o la teoría a lo largo de los últimos tres siglos- se diferencian de los actos administrativos al estar exentos de control judicial.

²⁵⁸ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad Administrativa Y Control Judicial*. Madrid, Tecnos, 1994, pp. 15-16.

²⁵⁹ *Actes de gouvernement* en Francia, los “acts of state” en Inglaterra y también en alguna medida, aunque es una especie más reducida, con los “*justizfreien hoheitsakte*” de la teoría constitucional alemana.

La teoría inicial y más famosa refiere a la teoría del “móvil político”. Esta teoría nace con la sentencia Lafitte de 1822. El fundamento es que cualquiera sea el objeto material del acto, siempre que los gobernantes lo dictasen en función de una intención o un fin político, el acto será calificado como de Gobierno, lo que implica que no está bajo la revisión judicial.

Esta teoría se asocia a las decisiones relativas a las caídas de los miembros de las dinastías luego de la restauración de Francia. Ésta es considerada una teoría subjetiva del acto de Gobierno, en la medida que la calificación depende de la motivación que frente a él existe. Así, se asoció esta teoría asociada a la *razón de Estado*.

Así es como Dufour, en 1855, describió dicha teoría: “lo que hace o define el acto de Gobierno es el fin que se propone el autor. El que tiene por fin defender la sociedad, considerada en sí misma o personificada en el Gobierno, contra sus enemigos exteriores, declarados o no, presentes o futuros, he aquí el acto de Gobierno o la medida de alta policía. El Jefe de Estado en la esfera de las medidas supremas, no tiene control que lo limite, su fuerza está en la autoridad de la que está investido como soberano y su freno no puede estar más que la responsabilidad gubernamental”²⁶⁰.

Por su parte, también en Francia, se planteó posteriormente la teoría objetiva o de la naturaleza del acto. En el año 1872, el sistema jurisdiccional contencioso en Francia sufre un cambio radical. Se pasa del sistema de jurisdicción retenida al sistema de jurisdicción delegada, pues el Consejo de Estado pasa a resolver soberanamente las controversias contencioso administrativas.

Dicha teoría implica, entonces, que la naturaleza jurídica del acto no puede depender solamente del móvil de éste, sino que de otras consideraciones. Su justificación se hace más *objetiva*, en tanto dichos actos se asocian a la idea de *función de gobierno* y, por el contrario, los actos administrativos a la función administrativa²⁶¹. La *función de gobierno* derivaría directamente de

²⁶⁰ DUFOUR, Gabriel. Tratado General de derecho administrativo aplicado, T. IV, 1855, p. 599, citado por GARRIDO CUENCA, Nuria. El Acto de Gobierno. Un Análisis de los Ordenamientos Francés y Español. Barcelona, Editorial CEDECS, 1998, p. 67.

²⁶¹ Ello se fundamenta en Ducrocq y Carre de Malberg. Vid. ARANDA ALVAREZ, E. Los actos parlamentarios no normativos y su control judicial, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pág. 116. En CAZOR, Camel. Fundamentación y Control del acto de gobierno en Chile, Revista de Derecho, Vol. XII, 2001, p. 93.

la Constitución, y en cambio función administrativa cuando deriva de la ejecución de la legislación²⁶².

En Alemania, las teorías formalistas (Jellinek) plantean más bien que la distinción entre acto administrativo y acto de gobierno depende de su discrecionalidad: el primero es discrecional, el segundo es reglado. Por su parte, las doctrinas antiformalistas (Smend) plantean el concepto dentro de una Teoría del Estado, en la que los actos de gobierno son aquellos que realizan la unidad del Estado, estando vinculados directamente a la Constitución.

Por su parte, en la doctrina italiana, siguiendo la línea antiformalista de Smend, lo que caracterizaría a la *attività esecutiva* es que se refiere a la suprema dirección del Estado. De esta forma, la actividad de la Administración se presenta como la ejecución de la ley, frente a la actividad de Gobierno que más bien es ejecutiva directamente de la Constitución.

Para Luciano Parejo, “el problema del deslinde entre acto administrativo y acto político o de gobierno, a los efectos de la exclusión o no de este último de la fiscalización judicial, puede y debe considerarse hoy histórico y superado”. Esto, debido a que se habría consolidado una doctrina según la cual no habría ningún lugar ni acto exento de control judicial. Lo anterior, sin embargo, me parece que no implica la no-existencia del acto de gobierno como categoría especial ni, mucho menos, su influencia en el control judicial como “límite” o demarcación de éste. Es hasta “donde” controla el juez la diferencia.

El acto de Gobierno, entonces, es un acto jurídico de derecho público en virtud del cual los órganos constitucionalmente establecidos disponen de materias o cuestiones de trascendencia para el Estado o que permiten su subsistencia y, en consecuencia, los sustraen del control judicial anulatorio. Su principal característica es su relevancia política y la imposibilidad de su control de fondo. Éste sería, clásicamente, un acto jurídico tipificado constitucionalmente. Esto implica admitir la existencia de situaciones especiales que están referidas a la esfera del derecho objetivo y que por ello no habilitan articular la instrumentación judicial.

Este concepto implica que ciertos actos jurídicos del Estado no son susceptibles de ser sometidos al rigor de la sentencia judicial. Su historia, como veremos, plantea el límite de la potestad jurisdiccional ante semejantes actos. Ello, claro está, hoy no significa proclamar una inmunidad

²⁶² Ibidem.

de jurisdicción respecto de ellos, sino que llevar a cabo una consideración de estos actos a la luz del esquema de la división de poderes.

La naturaleza peculiar y especial de los actos que produce el Gobierno en ejercicio de su función de *dirección política*, los cuales llevan implícita o explícitamente la llamada “orientación de Estado” e interés nacional, es relevante de destacar y analizar. Por esta razón, J. M.^a Boquera Oliver establece que: “El interés nacional, el interés de la comunidad, exige que sus miembros se sometan a las medidas que se adopten en defensa de aquél, cualquiera sea su regularidad jurídica. El acto político –continúa– es, por consiguiente, una categoría jurídica caracterizada por la calidad o grado de fuerza de las obligaciones y derechos que crea e impone con fundamento en el interés nacional”²⁶³.

El acto de gobierno cabe entonces como una *categoría jurídica dotada de un determinado contenido material*. Y así es que es relevante su historia para comprender su relevancia para el control judicial. Por ejemplo, y tal como señala Camel Cazor, no deja de llamar la atención que, de acuerdo a los claros antecedentes de tipo delictivo que fundamentaron la causa para desaforar al general Pinochet (Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de 5 de junio de 2000, rol N° 136), los nueve jueces que votaron en contra pretenden motivar su razonamiento, y por ende lograr la inmunidad jurisdiccional de dichos actos, basados en la teoría de los actos de gobierno. Su historia nos puede ilustrar por qué aún es posible tal justificación, aunque no por ello certera²⁶⁴.

La discusión, sin embargo, ha sido importante a nivel doctrinal. Por ejemplo, la noción de Garrido Cuenca, aunque polémica, ha sido influyente como una defensa de la noción de acto de gobierno²⁶⁵. Una visión distinta es la de García de Enterría²⁶⁶, quien, famoso por su posición “panjudicialista” como ya lo hemos reseñado, en un prólogo durísimo arremete contra la obra acusándola de “jacobina” y “decisionista”.

La aplicación de esta doctrina al control judicial de la declaración de excepción parece como el principal argumento doctrinario, veremos, para afirmar la no-justiciabilidad de dicho acto. En

²⁶³ BOQUERA OLIVER, J.M. Acto Político o de Gobierno, en Enciclopedia Jurídica Básica, Tomo I, Civitas, Madrid, 1995, p. 199.

²⁶⁴ CAZOR, Camel. *Op. Cit.*, p. 97.

²⁶⁵ GARRIDO CUENCA, *Op. Cit.*

²⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, *Op. Cit.*

perspectiva, dicha doctrina, pese a ir en decadencia frente al justicialismo del siglo XX, nos demuestra una concepción de la idea de separación de poderes rígida y compleja de aceptar en nuestro siglo.

ii. La diferencia entre mérito y legalidad

En base a lo anterior, y dado que es una potestad evidentemente política -fuera del control judicial, en principio-, la declaración judicial se erige como un acto puramente “discrecional”²⁶⁷. Lo anterior, como vemos, es precisamente porque es un acto que se deriva directamente de una facultad constitucional otorgada directamente al Presidente (como vemos, generalmente con acuerdo del Parlamento), el que debe evaluar la situación de hecho directamente. Dicha evaluación se considera como uno de las facultades más “políticas” del Presidente de la República, al evaluar la guerra, catástrofe o emergencia, situaciones de hecho que implican un interés nacional directo.

Como veremos en este apartado, la “cuestión política” es una cuestión de mérito, que se encuentra absolutamente exceptuada del control jurídico. El control jurídico, en principio, sería un control de “legalidad”. El significado, entonces, de tal diferencia parece esencial a este respecto: qué implica que el límite del control (en caso de existir control) sea el mérito de la decisión, mientras que lo jurídico refiera a la “legalidad”.

A propósito de esta distinción, la misma ha sido relevada en la doctrina chilena a propósito de las potestades de control de la Contraloría General de la República. La característica más relevante de este control, establecida en su propia ley orgánica, es que a la propia Contraloría “(...) *le compete ejercer el control de legalidad de los actos de la administración con prescindencia de los aspectos de mérito, conveniencia y oportunidad de las medidas que se adopten, cuya ponderación incumbe privativamente a la administración activa*”²⁶⁸. Dicho control se plantea como *objetivo*, ya que busca la “*conformidad del acto con el ordenamiento positivo; se busca constatar la corrección jurídica, la conformidad con el derecho (...)*”²⁶⁹.

²⁶⁷ Como hemos señalado, dicho concepto responde a la idea de discreción dworkiniana (la pregunta de fondo es si es débil o fuerte).

²⁶⁸ Sólo a modo ilustrativo se pueden citar los Dictámenes N°s. 70.202/1959, 48.557/1968, 59.030/1979, 9.365/1983, 18.891/1988, 22.249/1988, 7.148/1990, 47.684/1999, 24.751/2002, 52.144/2003, 44.074/2004 y 315.122/2005, entre otros. Los que también tienen sus excepciones, pero que se encuentra en general en el período 1970-1973.

²⁶⁹ CORDERO, *Op. Cit.*, 2007, p. 64.

Aylwin plantea, al mismo respecto, que dicho control sería esencialmente ‘jurídico’²⁷⁰: “Por consiguiente, cuando la Contraloría General de la República estudia el decreto o resolución debe hacerlo en términos de establecer que se cumplen adecuadamente todos y cada uno de los requisitos que exigen la Constitución o las leyes, a los cuales nos referiremos más adelante. Pero, lo que el Organismo Contralor no podrá hacer es representar el decreto o resolución porque, a su juicio, importa un costo económico o social muy elevado, o porque no es oportuno de acuerdo con un parámetro de prioridades en la atención de las necesidades públicas. Y no podrá hacerlo porque las materias referidas sólo pueden ser materia de un control de eficiencia, de mérito, de oportunidad o de resultado, que es de incumbencia de la propia administración”. Y así, prosigue señalando que “Lo que está vedado al Organismo Contralor, cuando toma razón de un decreto o resolución, es efectuar un control de conveniencia o mérito, circunstancias todas que califica la propia Administración. De este modo no le compete a la Contraloría General reprochar la libre apreciación de las circunstancias que la autoridad administrativa ha considerado para atender la necesidad pública, como tampoco puede representar una decisión que, dentro de los marcos legales, ha sido estimada por dicha autoridad como la más pertinente, idónea o conveniente para la satisfacción de la necesidad pública que corresponda. Todos ellos son aspectos propios del control de mérito, conveniencia u oportunidad”²⁷¹.

De lo anterior se desprende algo relevante al control jurídico: es un control que podemos llamar “de examen”. En torno a la toma de razón, el autor señala: “(...) *no consiste en la mera captación de un hecho, sino que es el ejercicio de una potestad de control en virtud de la cual debe emitir un juicio de conformidad o de disconformidad e impedimento si el acto no se ajusta a derecho. De ahí que en algunas cosas deba interpretarse el derecho y entrar a verificar el fin y*

²⁷⁰ En este caso, como veremos al concluir, nuestra intención al remarcar el término de lo jurídico refiere a una noción sobre el Derecho que propende a que la adjudicación sea, en sus últimos términos, absolutamente jurídica, excluyendo así tanto a jueces activistas como jueces formalistas. Ello es relevante porque la propia noción de deferencia –que concluiremos– como ‘deferencia curial’ se basa en justamente lo anterior: aplicar nada más que el derecho, entendiendo a éste tanto en su razonabilidad intrínseca como en las competencias de quien lo aplica y a quien se controla. Lo esencialmente democrático de esto es, como veremos, la utilidad institucional del juez que aplica el derecho que es, a la larga, una decisión democrática.

²⁷¹ AYLWIN, A. Algunas reflexiones sobre el trámite de toma de razón. Santiago: Cuadernos de Análisis Jurídico Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1992, p. 65. Citado en MORALES ESPINOZA, Baltazar. El mérito, oportunidad y conveniencia en la Contraloría General de la República. En Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional (1927-2012), 2012, p. 208.

*el motivo del acto. Es decir, la toma de razón puede significar determinar si el hecho o acto cabe en el contenido normativo.*²⁷².

Así, el control jurídico refiere exclusivamente a la concordancia de un acto (en este caso, la declaración de un estado de excepción, como veremos) con el ordenamiento jurídico vigente. El llamado “estándar de legalidad” implica simplemente la apreciación, ya sea de los hechos, pero también de los fines o motivos (por ejemplo, la existencia de ellos y una justificación clara), concordantes con la norma. Por otra parte, el control de mérito (u oportunidad) definiría más bien la esfera de decisión del órgano que tiene competencia para tomar dicha decisión propiamente, es decir, un ámbito en el que –dentro de las probabilidades que le otorga el derecho- pueda influir en la vida social, económica o cultural de la población.

Dicha distinción, en concreto, referiría entonces a la diferencia (ya realizada) entre creación y aplicación del derecho. La creación del derecho de excepción, como hemos visto, es constitucional: se delimita principalmente a nivel de constitución y, en muchas legislaciones, se concretiza a través de una ley. Luego, sin embargo, la “entrada” en vigencia del mismo es una decisión discrecional de quien tenga la potestad para hacerlo: en el caso general, el ejecutivo. Discrecional, en los términos planteados en esta investigación, significa que, pese a que existen normas que regulan cómo ejercer dicha potestad, la evaluación de ejecutar o no dicha decisión es una evaluación que escapa a la esfera jurídica: por ejemplo, escapa a la esfera jurídica la definición concreta de una guerra, de una catástrofe, o de una emergencia²⁷³.

Por lo tanto, la decisión de la excepción aparece como una cuestión política no por capricho o por ser una mera herencia clásica de la dictadura romana, sino porque es un acto que difícilmente un juez –es decir, quien decide conforme a derecho- puede decidir porque no es un acto que pueda definir el derecho con anticipación. Ese acto que no puede definir el derecho con anticipación es lo que llamamos “el mérito”. En tal sentido, la creación del derecho de excepción corresponde al constituyente, así como también corresponde la activación de dicho derecho, bajo las reglas de la Constitución, al órgano determinado en ella.

²⁷² CORDERO, *Op. Cit.*, 2007, p. 72.

²⁷³ En principio, dicha definición, como hemos visto anteriormente, es puramente política. Sin embargo, en algunos casos puede ser mayormente determinada, especialmente a través de la experiencia científica reciente en desastres.

En conclusión, lo expuesto en torno al control jurídico ilumina un problema ya tratado repetidamente: el de los jueces y su ámbito de decisión sólo bajo el derecho. La cuestión del mérito implica la decisión de un estado de cosas que, pese a poder estar más o menos reglado jurídicamente, escapa del propio derecho²⁷⁴. El hecho de escapar del propio derecho implica, entonces, desde la visión expuesta en esta investigación, un desafío justamente a una visión que pretenda resguardar la misión institucional (y su legitimación) de los jueces.

iii. El control de la declaración en el derecho chileno y comparado

En el caso chileno, a nivel histórico, la doctrina del control de la declaración de la excepción va de la mano con la doctrina sobre el acto político. Como ejemplo particular de una doctrina del siglo pasado, Bravo y Sharim se preguntan por los recursos que procederían en contra de una declaración inconstitucional del Estado de Sitio (por ejemplo, una declaración que no señale su duración o en un caso que no corresponda dicho estado)²⁷⁵. Señalan que, si un individuo quiere obtener su libertad, debería solicitar, a través del recurso de inaplicabilidad, la nulidad del decreto que declaró el estado de excepción. Tal posición se funda en que: “no puede haber sido la intención del Constituyente liberar al decreto de recursos o reclamaciones cuando contempló esta situación para los preceptos legales”²⁷⁶.

Otro ejemplo es el de Silva Bascuñán, quien se pregunta, en un texto de 1986 –cuestión relevante para efectos constitucionales, al estar en plena dictadura- si existiría una prohibición de control judicial de la declaración²⁷⁷. Silva señala que el límite a lo que sería una “potestad política” está en el cumplimiento de las exigencias constitucionales. Ello implicaría que los jueces pueden

²⁷⁴ El hecho de “escapar” del derecho viene de la mano con un problema aún más profundo en torno a qué es el derecho. En particular, la noción de que el derecho sea una “valoración” o un ámbito fuera de los hechos, de la facticidad, implica que éste tiene un ámbito que, aunque basado en ella –hechos sociales-, es distinto a estos. Lo anterior tiene especial consecuencia, como indica Putnam, en cuál es el valor cognoscitivo de dichos fenómenos, es decir, cuánto valor implica su conocimiento (dicho de otra manera: si el mismo es objetivo o no). PUTNAM, Hilary. El desplome de la dicotomía hecho/valor y otros ensayos (trad. Francesc Forn i Agimon), Barcelona, Paidós Ibérica, 2004.

²⁷⁵ BRAVO, Clodomiro & SHARIM, Nissim. Restricciones a las libertades públicas, Santiago, Editorial Jurídica, 1958, pp. 183-189.

²⁷⁶ BRAVO & SHARIM, *Op. Cit.*, p. 188. Similar argumento, pero respecto de los decretos en general, en FONTECILLA, Mariano. Facultad o jurisdicción de los tribunales ordinarios para conocer de ciertas materias relacionadas con decretos del Presidente de la República, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo L, No 7 y 8. pp. 82 y 83. Citado en SILVA IRARRÁZVAL, L. A. El Control Judicial De Los Estados De Excepción Constitucional: La supremacía Del Presidente De La República. *Revista Chilena De Derecho*, Vol. 45, n.º 1, noviembre de 2019, pp. 81-103, doi:10.4067/S0718-34372018000100081.

²⁷⁷ SILVA IRARRÁZVAL, *Op. Cit.*, pp. 87-89.

verificar si se cumple o no la Constitución: si se está ante el estado de excepción que declara la misma, si hay competencia para declararlo, y si la forma de declaración se ajustó a las exigencias.

Siguiendo el argumento de Silva Irarrázaval, la cuestión respecto a si es el Presidente quien tiene la “última palabra” –al menos para el caso chileno- debiera ser concluyente. Dicho en base a la teoría jurídica expuesta en esta investigación, ello significa que el poder de decisión definitivo es el del Presidente (en este sentido, la definitividad corresponde a otro órgano)²⁷⁸. En primer lugar, porque del texto constitucional chileno no se desprendería un control amplio sino más bien –de su propia lógica- una norma que explicitaría la separación de poderes y, por ende, el poder último de decisión del Presidente en torno a la calificación de los hechos que ameritan la declaración.

Históricamente, además, dicha conclusión se justificaría en la tradición constitucional chilena que al menos hasta la reforma constitucional del año 2005 no existirían posibilidad alguna de control judicial²⁷⁹. Según García, dado que el nuevo artículo 39 permite que el Poder Judicial pueda controlar que la declaración “afecte gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado”²⁸⁰, se podría concluir que en Chile dejó de existir “la teoría de la no

²⁷⁸ Ya se ha hecho la distinción entre definitividad e infalibilidad. En detalle, cabe señalar que ella significa que una decisión puede ser definitiva (en el sentido de que no queda otro recurso o instancia pertinente para modificarla), pero ello no implica que sea correcta. Véase el problema original en HART, *Op. Cit.*, p. 179 y ss. Para un análisis interesante en torno a la regla de adjudicación en Hart y cómo dicha distinción revelaría la posición hartiana, véase BISOGNI, Giovanni. ¿Hasta qué punto cuentan los jueces? H.L.A. HART y la regla de adjudicación. Isonomía [online]. 2015, n.42 [citado 2023-02-24], Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182015000100002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1405-0218, pp. 9-45. Un análisis interesante para redefinir dicha distinción se encuentra en KRISTAN, Andrej, A Paradox of Hart's Fallible Finality, en *Analisi e Diritto*, 2016, p. 339-344.

²⁷⁹ La inmunidad jurisdiccional del Ejecutivo se confirmaría por la famosa 24ª transitoria, que los tribunales de justicia interpretaron en forma literal. Véase en tal sentido a RÍOS, Lautaro. La Disposición 24 Transitoria ante el Estado de Derecho, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 10, 1983, p. 792. El mismo autor en RÍOS, Lautaro. Los Estados de Excepción Constitucionales en una Perspectiva Humanista, en *La Constitución Reformada de 2005*, de Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, 2005, p. 338-339, señala que son miles los recursos de amparo rechazados en dicadura. El propio TAVOLARI, Raúl. Habeas corpus: recurso de amparo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995, p. 72, cifra entre 10.000 y 12.000 los recursos de amparo deducidos, de los que no se acogió ni el 1%. Citados en SILVA IRARRÁZAVAL, *Op. Cit.*, p. 98, nota 65.

²⁸⁰ El artículo 39 de la actual Constitución Política de Chile establece: “El ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo puede ser afectado bajo las siguientes situaciones de excepción: guerra externa o interna, conmoción interior, emergencia y calamidad pública, cuando afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado”.

justiciabilidad de los actos políticos”²⁸¹. Según tal autor, existirían dos niveles de control judicial de la declaración de estado de excepción: (i) un control judicial “pleno” (Estado de Sitio o de Asamblea de manera provisoria), y (ii) el control judicial “limitado”, (control de los hechos sobre los que recae la declaración)²⁸². Lo mismo es planteado por Ríos, quien desprende de la relación entre el artículo 39 y el 45 una competencia amplia para controlar la declaración de excepción²⁸³.

Post reforma, sin embargo, la jurisprudencia tampoco justificaría un control de la declaración: no ha existido caso alguno en el que las cortes cuestionen dicha doctrina. La jurisprudencia escasa chilena en la materia ha sido enfática: Tanto en Campos Herrera con Fisco de Chile (2013) como en Aravena Pacheco y Otros con Fisco de Chile (2014) y Guzmán y otros con Fisco de Chile (2014).

En Campos Herrera con Fisco de Chile, la Corte Suprema niega directamente la competencia para controlar la declaración de excepción por considerar aquél un acto político: «la regulación de los estados de excepción implica la concurrencia de exigencias cuya verificación es de resorte exclusivo del gobierno. En efecto, la Constitución Política manda sin equívocos que se excluye rotundamente del control judicial el acto administrativo dictado en ejercicio de la potestad de gobierno y discrecional relativa a la declaración de estados de excepción constitucionales, la cual no es susceptible de ser fiscalizada por los Tribunales. Ello tiene como fundamento no solo la disposición expresa constitucional, sino que también la circunstancia de que el control jurisdiccional tiene como límite divisorio los actos que son propios de la actividad política, en

²⁸¹ GARCÍA PINO, Gonzalo. Los estados de excepción constitucional: un nuevo derecho de excepción”, en Reforma Constitucional, Santiago, LexisNexis, 2005, p. 460. En este argumento descansa la prevención del Ministro Brito en las sentencias Aravena Pacheco y otros con Fisco de Chile (2014) y Guzmán y otros con Fisco de Chile (2014). La regla general es que los actos de gobierno “estén afectos al control judicial, más aún si estos vulneran o restringen derechos fundamentales”. La única excepción posible es aquella contemplada expresamente en la Constitución. Pero la declaración de un estado de excepción no está libre del control judicial, porque el artículo 45 inciso 1° segunda parte regula “en detalle ciertas excepciones al carácter no justiciable de tal acto de gobierno”. Evidentemente se refiere a la frase “sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 39”. SILVA IRARRÁZAVAL, *Op. Cit.*, nota 20, p. 87.

²⁸² GARCÍA PINO, *Op. Cit.*, p. 472.

²⁸³ Véase RÍOS, Lautaro. Defensa Judicial de los Derechos Humanos en los Estados de Excepción, Estudios Constitucionales, Año 7, No 1, 2009, p. 291 y RÍOS, *Op. Cit.*, 2005, p. 338. El artículo 45, inciso primero, señala “Los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocados por la autoridad para decretar los estados de excepción, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 39. No obstante, respecto de las medidas particulares que afecten derechos constitucionales, siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales a través de los recursos que corresponda.”.

este caso de la autoridad máxima de gobierno, de suerte que los órganos jurisdiccionales no se encuentran autorizados para revisar decisiones de esta índole»²⁸⁴.

Además de la anterior, la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República es importante como referencia. En su Dictamen N° 33441 de 1982, el órgano de control definió que “la verificación de la existencia y la calificación de los hechos que configuran una determinada situación de excepción competen privativamente a las autoridades que la Constitución establece, y deben formalizarse a través de la declaración del respectivo estado de excepción constitucional”. En el mismo sentido, en su Dictamen N° 40756 de 1976, estableció que el “jefe militar de la zona en estado de emergencia tiene facultades para (...) certificar los hechos que sirven de fundamento a la medida [adoptada], sin que Contraloría pueda intervenir en tales facultades privativas”.

En la jurisprudencia reciente, en contexto de pandemia, la jurisprudencia chilena no ha avanzado desde esta posición. Su autoconcepción restrictiva es evidente: la Corte Suprema estaba razonando sobre la base de instrumentos sanitarios pero aplicando estándares en torno a los estados de excepción (por ende, estándares evidentemente más restrictivos)²⁸⁵, los que entendió desde el principio como actos exentos de control judicial de fondo.

A nivel comparado la cuestión aún es “evidente”, en el sentido de que pareciera no haber control alguno sobre las declaraciones de estado de excepción, salvo el control constitucional. Por ejemplo, el Observatorio de las situaciones de emergencia de la Comisión de Viena reunió información sobre decenas de países en torno a si la declaración de excepción constitucional fue sujeta a control judicial y si fue declarada como sujeta a control judicial (justiciable)²⁸⁶. Así, los casos importantes como el francés declaran que la “ley de emergencia sanitaria fue declarada en marzo de 2020”, y excluye el control judicial de su declaración, excepto su control

²⁸⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, rol 4029-13, 2013, considerando duodécimo: “Campos Herrera con Fisco de Chile”.

²⁸⁵ CORDERO, Luis, “2020 en la Tercera Sala de la Corte Suprema: la revisión judicial en tiempos de excepción”. En El Mercurio Legal, 2020: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2020/12/29/2020-en-la-Tercera-Sala-de-la-Corte-Suprema-la-revision-judicial-en-tiempos-de-excepcion.aspx> [Consulta el 15 de febrero de 2023].

²⁸⁶ VENICE COMMISSION – OBSERVATORY ON EMERGENCY SITUATIONS, “Was the declaration subject and submitted to judicial review? Was it found justiciable?” Disponible en línea en: <https://www.venice.coe.int/files/EmergencyPowersObservatory//T08-E.htm> [Fecha de consulta: 15 de febrero de 2023].

constitucional. Sin embargo, las medidas adoptadas bajo el estado de emergencia sí son por sí mismas sujeto de revisión judicial”.

Otros ejemplos son claros. En el Portugués, en que se señala que “La declaración del estado de excepción se dictó en ejercicio de una competencia política del Presidente de la República prevista en la Constitución y, como tal, no está sujeta a control judicial, ya que tiene la naturaleza de un acto político constitucional que permite el ejercicio de la competencia del Gobierno mediante actos legislativos o administrativos de aplicación; los actos del Gobierno están sujetos, en términos generales, a la revisión judicial de la Corte Constitucional, que supervisa la conformidad constitucional de los actos legislativos y evalúa la legalidad de las normas por infracción del derecho superior (las leyes que requieren una mayoría cualificada para su aprobación). En la aplicación concreta, los actos de ejecución por parte del Gobierno o de las entidades públicas competentes, están sujetos a una evaluación concreta de constitucionalidad por parte de los tribunales competentes (por los tribunales ordinarios si se trata de normas o reglamentos; por los tribunales administrativos si se trata de actos administrativos) en términos generales, con recurso ante la Corte Constitucional si es un caso de constitucionalidad”²⁸⁷.

El caso de República Checa plantea un punto interesante: “La declaración del estado de excepción, así como diversas medidas de excepción introducidas en su curso, han sido impugnadas tanto en los tribunales ordinarios como en el Tribunal Constitucional de la República Checa. El Tribunal Constitucional, en su decisión emitida el 28 de abril de 2020 (Pl. ÚS 8/20), concluyó que la declaración del estado de emergencia era una decisión ad hoc y un acto de gobierno que, como tal, no está sujeto a revisión judicial y se presta solo a la “revisión” política por parte de la Cámara de Diputados. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no excluyó totalmente la posibilidad de una revisión judicial de la declaración del estado de excepción. Sugiere que esta declaración “podría ser anulada [por el TC], si contradijera los principios fundamentales del *Rechtsstaat* democrático (estado de derecho) o implicara el cambio de características esenciales del *Rechtsstaat* democrático” (§ 27). En cuanto a las resoluciones gubernamentales emitidas por la Ley de Crisis, el TC analizó su naturaleza jurídica y concluyó que las medidas impugnadas podrían ser clasificadas como “otros actos legales” y pueden ser

²⁸⁷ Ibidem.

impugnadas solo por aquellos que estén facultados expresamente para ello (la oposición parlamentaria, o el *Obudsmen*, el Defensor del Pueblo), no por cualquiera. Las medidas tomadas por los ministerios sí están sujetas a la revisión de las cortes administrativas en los casos en que una persona sea afectada por ellas.”²⁸⁸.

Así también, el caso irlandés más emblemático a este respecto nos ilustra el problema ya planteado. En éste precisamente se le consultó a la Corte Suprema de Irlanda en el año 1976 si la declaración de “*state of emergency*” (estado de emergencia) era constitucional, Greene da cuenta de la dificultad de poner a las cortes y a los jueces en medio de tal difícil cuestión: por un lado, la Corte debió preguntarse si, siquiera, tenía competencias para conocer tal decisión; y segundo, en caso de tenerla, si dicha decisión era propiamente tal una de “estado de emergencia”. La Corte, sin embargo, ante tal conflicto decidió de manera curiosa, señalando que habría un estado de emergencia, pero sin embargo: “*The Court expressly reserves for future consideration the question whether the Courts have jurisdiction to review such resolutions*” (“La Corte expresamente se reserva para futuras consideraciones la pregunta sobre si las Cortes tienen jurisdicción para revisar tales decisiones”)²⁸⁹.

iv. La posibilidad del control de la declaración de estado de excepción

Establecido lo anterior, podemos analizar las (pocas) razones que se han establecido para fundar el control judicial de la declaración de excepción y pensar en cuál es el horizonte razonable en torno a ellas. Para ello, primero analizaremos el tránsito de la posición inicial –la incompetencia total, o la inmunidad de jurisdicción- y las razones que podrían darse para abrirse. Luego veremos qué implica dicha apertura y sus límites.

Sabemos que en base a la doctrina del acto político o de gobierno la primera respuesta es la absoluta incompetencia de los tribunales para controlar dicho acto. La tesis de la incompetencia es conocida y se remite a lo ya expuesto en torno al acto de gobierno o político. En Chile, siguiendo la doctrina de la no justiciabilidad de los actos políticos, hasta la reforma constitucional del 2005 al menos la esfera de decisión sobre la excepción recayó en exclusiva en

²⁸⁸ Ibidem.

²⁸⁹ In the Matter of Article 26 of the Constitution and in the matter of the Emergency Powers Bill 1976, 1977, IR 159, p. 176.

el Presidente o, en parte y con sus contrapesos políticos, en el Congreso²⁹⁰. Tanto a nivel institucional como doctrinario (con una quizás excepción, como veremos), ni siquiera se insinuó dicha posibilidad. En principio, se nombran dos razones que harían de dicho acto (la declaración) un acto especialmente inmune de control: (i) en primer lugar, porque el rol de control e incluso participación política le compete al Congreso; y (ii) porque existiría un margen tan amplio de discrecionalidad para ejecutar las medidas en el estado de excepción que es imposible de controlarlo jurídicamente.

En torno al primer punto, es dable mencionar que en Chile la reforma constitucional de 1874 y el artículo 44 N° 13 de la Constitución de 1925 plantearían, según la doctrina, la cuestión de si la primacía era del Congreso o del Presidente de la República. En cualquier caso, y al menos hasta el dibujo completo del presidencialismo en la Constitución del 80 (que cristaliza algo que ya décadas atrás se hacía patente: la potestad es propiamente tal del Presidente²⁹¹), dicho poder político recae en tales órganos²⁹². Ello permitía excluir, a priori, el control judicial de tal poder, dada naturaleza propiamente política de la decisión. En el derecho comparado sabemos que la cuestión es similar: en general la decisión es del poder ejecutivo, con algunas excepciones y, especialmente, en los casos en que el estado de excepción es más restrictivo (donde se requiere el acuerdo directo del Congreso)²⁹³.

El control político, en tal sentido, se manifiesta de dos maneras al menos. En primer lugar, se expresa en un acuerdo general sobre la decisión, derivada principalmente del hecho natural de que estos estados de excepción se dan en contextos de alta tensión o de catástrofes que afecten a un gran número de la población de una zona o el país entero. Por ello es que dichas declaraciones requieren en general de un gran acuerdo político para su concretización²⁹⁴. Además de ello, y

²⁹⁰ Véase lo expuesto en el acápite anterior.

²⁹¹ GONZÁLEZ, Jorge. Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur: Argentina, Chile y Colombia (1930-1990), Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2015, p. 104, reporta que la tendencia doctrinal en Chile hacia la década de los 60 “resaltaba la importancia del ejecutivo en la organización estatal” y, en consecuencia, “alimentaba la expansión de los estados de excepción”.

²⁹² SILVA IRARRÁZVAL, *Op. Cit.*, pp. 92-94.

²⁹³ Véase VENICE COMMISSION – OBSERVATORY ON EMERGENCY SITUATIONS, *Op. Cit.*

²⁹⁴ Como reseña Roldan, quien pone por ejemplo la Ley de 31 de enero de 1837, dictada con ocasión de la guerra con Perú: “[d]e acuerdo con esta ley, desapareció el Congreso y el Presidente quedó erigido en dictador [por dos años]”. En ROLDÁN Alcibíades. Elementos de Derecho Constitucional de Chile. Santiago, Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona, 1913, p. 323. Citado en SILVA IRARRÁZVAL, *Op. Cit.*, p. 93. En tal sentido también, la

existiendo un acuerdo político que puede ser transversal –por ejemplo, en torno a crisis ambientales o desastres naturales-, el control de dicha situación (estamos hablando de la declaración) es entregado a los órganos políticos porque en general las actuaciones de un estado de excepción se dan en el marco de una crisis política. La decisión, entonces, sobre el contenido para enfrentar la crisis política es precisamente una decisión de carácter político (sujeta a la fiscalización y el acuerdo representativo, por ejemplo, del Congreso). Así es como, de lo reseñado en el primer capítulo de esta investigación, podemos comprender que la historia de los estados de excepción va aparejada a la historia de la dictadura romana y de la decisión soberana en torno a la legitimidad del derecho para resolver la crisis política –interna o externa- de un Estado. En tal sentido, la declaración de la excepción es la declaración de una crisis que el derecho de normalidad (la normalidad constitucional) no puede en principio solucionar y, por tanto, la decisión soberana es que la política resuelva dicha crisis.

Sobre el segundo punto, en cambio, hay una cuestión de teoría del derecho relevante de destacar. La referida “discrecionalidad” en la declaración es patente a lo largo de la historia constitucional chilena y comparada²⁹⁵. Por ejemplo, en torno al Estado de Asamblea, la propia Corte Suprema chilena envió un oficio al Ministro de Guerra en 1872, condenando el extremo “margen de discrecionalidad” con el que se interpretó la Ordenanza Militar de 1839²⁹⁶. Asimismo, en Colombia la Corte Constitucional señala justamente que, pese a ser una potestad reglada para su ejecución, existe un marco interno de discrecionalidad: “sin desconocer que se trata de un acto que se proyecta políticamente, es evidente que el decreto mediante el cual se declara el estado de conmoción interior es un acto jurídico que contiene elementos reglados por la propia Constitución y un elemento discrecional también reconocido por la Carta”: sentencia C-802-02. Como apunta Silva Irarrázaval, al calificar de “evidente” la idea de elementos reglados y de un

noción de “decisionismo” y primacía del Presidente (o Canciller) para decretar el estado de excepción dice relación, como hemos reseñado en el Capítulo I de esta investigación, con la herencia romana en torno sobre la dictadura.

²⁹⁵ SILVA, Alejandro. Ámbito de la función judicial en los estados de excepción, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 13, 1986, p. 87; En el mismo sentido, RÍOS, *Op. Cit.*, 1983, p. 785, establecen que la calificación de los hechos (hoy conocida como la calificación del mérito) que justifican la declaración es absolutamente discrecional del Ejecutivo, pero señala que estos deben existir verdaderamente “y estar claramente descrito en el decreto declaratorio”. Lo mismo cabría decir, en principio, para los demás aspectos discrecionales de la declaración: área afectada, el plazo, los derechos afectados y el grado de afectación, en tanto la Constitución los defina.

²⁹⁶ HUNEEUS, Jorge, *La Constitución ante el Congreso*, Tomo I y II (Santiago, Imprenta Cervantes, 2a edición), Tomo II, 1980, pp. 479-482.

aspecto discrecional, lo que hace la Corte Constitucional colombiana es evitar dilucidar el argumento en torno a la naturaleza jurídica de dicho acto (esto es, un acto político).

La discrecionalidad es un problema clásico del derecho moderno, que, como hemos podido ver²⁹⁷, implica que éste no puede evitar, dados los propios fundamentos en que está construida la labor de interpretación de las reglas jurídicas, un cierto margen (llamado penumbra por Hart) sobre el cual la norma no contemple soluciones posibles: la escisión entre creación y aplicación, por un lado, y la idea de que en cada caso debe aplicarse una norma general, implica en cierto sentido un margen sobre el que el intérprete puede operar. En la teoría del derecho, como hemos visto, ello conlleva un problema respecto de la legitimidad última de una decisión que pudo no haberse contemplado expresamente por quien crea el derecho.

El concepto de discreción sería un concepto esencialmente relativo, entonces: depende del contexto normativo, esto es, del contexto de aplicación de la norma. Habrá discreción sólo en la medida en que hay un contexto de normas referidas a un caso concreto sobre el cual uno se pregunta si hay un espacio en no expresamente considerado y reglado, es decir, una solución no expresamente contemplada. En ese sentido, la distinción dworkiniana ya esbozada entre “discrecionalidad en sentido fuerte” y “discrecionalidad en sentido débil”, permite identificar formas de discrecionalidad legítimas y formas no legítimas de la misma –dependiendo del contexto normativo–, justamente en relación a una norma en particular que le sirva de sustento²⁹⁸. La discrecionalidad en sentido fuerte implicaría, una situación en la que un funcionario “no simplemente (...) debe valerse de su juicio para aplicar los estándares que le impone la autoridad, o que nadie ha de revisar su ejercicio del juicio, sino para afirmar que, en lo que respecta a algún problema, simplemente no está vinculado por estándares impuestos por la autoridad en cuestión”²⁹⁹. Por su parte, hablamos de una discrecionalidad en sentido débil “simplemente para decir que, por alguna razón, las normas que debe aplicar un funcionario no se

²⁹⁷ Véase *supra*, “La función judicial en el derecho moderno”.

²⁹⁸ DWORKIN, *Op. Cit.*, 1984, pp. 83-94.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 85.

pueden aplicar mecánicamente, sino que exigen un discernimiento”³⁰⁰. La diferencia radicaría en que quien aplica la norma está sujeto a un estándar de razonamiento previo o no³⁰¹.

Lo anterior es relevante para comprender el argumento en torno a la potestad declarativa de excepción constitucional, que se erige como una potestad evidentemente discrecional. Ello implica dilucidar dicho concepto en relación a su contrario (una potestad reglada). La Administración puede estar regida por normas que la vinculan expresa y minuciosamente en todas sus formas de actuación en una determinada materia, como lo puede ser, en el caso de Chile, por ejemplo, el otorgamiento de una cédula de identidad por parte del Servicio de Registro Civil e Identificación³⁰². En este caso, la regulación contempla cada paso a seguir por el funcionario de cara a emitir un pronunciamiento (es decir, otorgar o no una cédula de identidad), por lo que no existe, en principio, margen alguno para cuestionar o emitir un juicio del que dependa la situación jurídica. En tal sentido es que su procedimiento se da de una forma meramente “automática”, es la mera aplicación de las palabras de la Ley. Es el ejemplo mismo de lo que entenderíamos como “Poder Ejecutivo”. Otro ejemplo de ello, a nivel de formas de operación de una regla, sería el de un algoritmo: el algoritmo precisamente se define como un conjunto de operaciones sistemáticas que permiten hacer un cálculo (o tomar una decisión) a un determinado problema, del que pueden seguirse consecuentemente otras reguladas de la misma manera. En tal sentido, es un conjunto de instrucciones (o lo que en matemáticas se llaman “reglas no-ambiguas) ordenadas y finitas que permiten realizar una tarea³⁰³.

El caso de las potestades discrecionales, en cambio, se basa en la existencia de una norma (por ello es una potestad, precisamente) pero que deliberadamente o no deja abierto el campo de soluciones frente a casos concretos, o no abarca todas las situaciones posibles en que rigen o, en algunos casos, otorgan a quien la tenga la “facultad” de interpretar dichas situaciones a la luz de los principios o del propio ordenamiento que las rija. Como sabemos, esta es una potestad que en

³⁰⁰ *Ibíd.*, p. 84.

³⁰¹ En tal sentido, una cuestión trascendental de lo que entenderíamos como la “función” de las normas es que éstas sirvan guías para la acción. En tal sentido, son formas de ordenar la vida social en una cierta dirección, sirviendo como premisas de un silogismo práctico. Véase para ello: MAÑALICH, *Op. Cit.*

³⁰² Ello según el propio Decreto con Fuerza de Ley N° 2128, que aprueba el Reglamento Orgánico del Servicio de Registro Civil.

³⁰³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, 23 ed. En línea: <https://dle.rae.es/algoritmo> [visita: 25 de febrero de 2023].

el caso del estado de excepción ha sido históricamente validada como tal, no así, por ejemplo, la discrecionalidad administrativa.

En definitiva, se entiende que en la esfera jurídica la potestad discrecional no implica una ausencia de norma o de estándar, en absoluto, sino más bien que en la aplicación de la norma exista un juicio (de parte de quien ejerce dicha potestad) que va más allá de la mera letra de la Ley, y que implica analizar y decidir sobre una multiplicidad de alternativas que ésta le ofrece. A ello refiere, sin duda la idea de discreción en sentido débil: un estándar no binario de conducta.

De lo anterior podemos desprender una conclusión relevante. La potestad para declarar el estado de excepción, pese a sus distintas formas de regulación constitucional y a las recomendaciones internacionales³⁰⁴, se erige de manera unánime como una potestad discrecional (en sentido débil). Sin embargo, no deja de parecer sospechoso que la misma se eleve más allá aún: ya no como una mera potestad discrecional débil, sino que fuerte. Ello, porque una potestad en sentido débil tiene como premisa, justamente, la posibilidad de su control (el control de su corrección al estándar ya sea, por ejemplo, la proporcionalidad, la racionalidad, u otros), mientras que la discreción en sentido fuerte evita todo control –el control no tiene sentido si no hay de dónde controlar³⁰⁵–.

Ello lo confirma la distinta doctrina en la materia. En Chile, por ejemplo, Zúñiga señala, comentando la reforma constitucional de 2005, que “conserva el distingo entre acto político o de gobierno y actos de la Administración” lo que implica que “[l]a declaración de estado de excepción es un típico acto político no justiciable”³⁰⁶. El propio autor señala que el llamado “panjudicialismo” (que, como hemos visto, tiene sus fundamentos en una concepción activista del juez) encuentra en la doctrina del acto de gobierno un férreo obstáculo, al situarse en lo que sería “la plasticidad práctica exigida por los gobernantes situados en la sala de máquinas del

³⁰⁴ Véase, por ejemplo, los Principios de Siracusa sobre las disposiciones de limitación y derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: NACIONES UNIDAS, *Op. Cit.*

³⁰⁵ Dicha conclusión no solo proviene desde una fuente histórica, como hemos podido ver, sino que es especialmente relevante para efectos de la discusión (ya tratada) entre los límites entre derecho y moral (o derecho y política), en el entendido de que hay una decisión política que es evidentemente difícil de controlar precisamente porque su verificación o su propia estructura óptica no responde a una situación prevista por el derecho de la normalidad (o derecho previo). Podría decirse, como hemos estado insinuando, que la pretendida “discreción fuerte” de la declaración de la excepción es consecuencia de la relación estructural entre derecho y excepción: la creación -o activación- de un régimen de excepción es, justamente, improbable de controlar por el régimen anterior.

³⁰⁶ ZÚÑIGA URBINA, Francisco. Libertad y autoridad en el derecho constitucional: El derecho de excepción”, *Revista de Derecho Público*, Vol. 67, 2005, pp. 170-190.

Estado”³⁰⁷. Así, la excepción sería uno de los pocos lugares donde se evita y se defiende una posición en contra del “gobierno de los jueces incompatible con el orden republicano democrático y el imperio de la ley”³⁰⁸. Como afirmara el ministro Pierry en su prevención a propósito del caso de retiro de fondos de AFP (donde la Corte de Apelaciones en primera instancia permitiría, contra ley y sustituyendo al legislador, retirar fondos previsionales a los particulares dueños de estos), “la democracia es el gobierno de la ley, no el de los jueces”³⁰⁹.

A nivel comparado, la misma doctrina se ha impuesto en torno a evitar el control de esta declaración, a partir de la comprensión de su naturaleza jurídica: no es un acto administrativo (o disposición reglamentaria), sino que un acto político –más bien, incluso, con naturaleza de fuerza de ley-³¹⁰. Ello no impide, señalan algunos, el control solo de sus elementos reglados y el respeto de los derechos fundamentales ante un tribunal constitucional (ello implica que dichos actos no están sujetos a los estándares del derecho administrativo, pero sí al derecho constitucional)³¹¹.

En conclusión, los argumentos históricos, lógicos e incluso de texto constitucional nos llevan a concluir que la naturaleza de la declaración de excepción constitucional es la de un acto político que, pese a estar reglada en su forma, se sustenta como un acto sobre el que no generalmente no existe estándar de control. Dicho de otra manera, pese al intento de reglar el mismo, su naturaleza política, que implica por supuesto el evitar su “juridificación” y la decisión no

³⁰⁷ ZÚÑIGA URBINA, Francisco. El derecho de excepción y la responsabilidad del Estado: Falta de servicio y acto de gobierno. Comentario de la sentencia de casación rol n° 4029-2013 de la Corte Suprema, de 24 de diciembre de 2013. Estudios constitucionales [online], vol.12, n.1 [citado 2023-02-22], 2014. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002014000100013&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-5200. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002014000100013>, p. 521.

³⁰⁸ Ibidem, p. 522. En el mismo sentido, RODRÍGUEZ José A. Protección jurisdiccional de los administrados. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1961, que comprende la declaración del Estado de Sitio en el conjunto de los actos de gobierno y, por lo tanto, no impugnables ante los tribunales de justicia. Citados en SILVA IRARRÁZAVAL, *Op. Cit.*, p. 96.

³⁰⁹ Sentencia rol, rol 76580-2020, de 25.8.2020, de la Corte Suprema.

³¹⁰ FERNÁNDEZ SEGADO, F. La Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio. Revista de Derecho Político, 11, 1981, pp. 98-99; SERRANO ALBERCA, J. M. Situaciones excepcionales y fuentes del derecho en la Constitución española de 1978. En VV. AA. La Constitución española y las fuentes del derecho, vol. III, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979, pp. 1969-1971; y SERRANO ALBERCA, J. M. Comentario al art. 116. En Garrido Falla, F. (dir.). Comentarios a la Constitución, 3.a ed., Madrid, Civitas, 2001, pp. 1787-1788. En GARRIDO LÓPEZ, Carlos, Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción, en Revista Española de Derecho Constitucional, 110, mayo-agosto, 2017, pp. 43-73.

³¹¹ MATEU-ROS, y CEREZO, R. Estados de alarma, excepción y sitio. En VV. AA. Gobierno y Administración en la Constitución, vol. I, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1988, pp. 193-195; y LÓPEZ GUERRA, L. La posición constitucional del Gobierno. En VV. AA. El Gobierno y la Administración en la Constitución, vol. I, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1988, p. 26.

democrática de jueces sobre la misma, conlleva también el riesgo de arbitrariedad, al ser una potestad que podríamos llamar “discrecional en sentido fuerte”. Es, en definitiva, el aspecto límite sobre el cual se erige y se crea el derecho de excepción –es, de hecho, su fundamento- y sobre el cual el derecho de normalidad, especialmente a nivel legal, no tiene herramientas directas de control. En definitiva, ello significa que, al menos a nivel teórico –y con contadas excepciones a nivel mundial-, la declaración de un estado de excepción no está sujeta al control jurídico y, en caso de estarlo, éste es meramente formal. Su control, por su naturaleza, termina siendo político³¹².

Lo anterior conlleva innumerables problemas que hemos identificado en esta investigación. El uso del instrumento de la excepción es, generalmente, más bien un problema que una buena solución (salvo, especialmente, en casos de catástrofes ambientales y desastres naturales). Por ejemplo, se reseña por Nogueira una serie de abusos bajo la Constitución chilena de 1925: interpretaciones “forzadas” de las leyes de excepción, aplicación de las medidas en todo el territorio y no sólo en la zona bajo estado de sitio, clausura de sesiones del congreso por parte del ejecutivo para poder declarar estado de sitio sin su acuerdo, entre otros³¹³. Ello ocurre, por supuesto, también a nivel comparado, donde el uso de los instrumentos de excepción (o emergencia) ha significado regímenes permanentes de excepcionalidad, clausura de ámbitos democráticos, violaciones a DDHH, entre otros³¹⁴.

Otro problema evidente es que la referida declaración también significa un uso de la fuerza “de excepción”: el papel de las fuerzas armadas especialmente en el rol de resguardar orden público. Éstas se han utilizado históricamente para suprimir protestas o problemas con razón proteger el

³¹² Esto es relevante: incluso si se pretende jurídico, un control constitucional, por ejemplo, de la calificación de las circunstancias de la excepción terminará siendo realmente político en la medida en que su estándar no es otro que el de una racionalidad ajena al derecho (ajena a alguna norma).

³¹³ NOGUEIRA, Humberto. “Los Estados de Excepción en Chile, su incidencia en los Derechos Humanos y el derecho convencional internacional en la materia”, en Los Estados de Excepción en Chile. Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1996, p. 40. Reseñado en HEISS, Claudia. Desafíos de los estados de excepción en el proceso constituyente. Política. Revista De Ciencia Política, 58(1), 2020b, <https://doi.org/10.5354/0719-5338.2020.61562>, p. 62.

³¹⁴ Como señaló en 2018 la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre promoción y la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la lucha contra el terrorismo, Fionnuala Ní Aoláin, al presentar su primer informe ante el Consejo de Derechos Humanos reunido en Ginebra: “El estado de excepción es sinónimo de violaciones extensas y reiteradas de los derechos humanos”. OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Los poderes de excepción deben ser limitados y proporcionales”. En línea: <https://www.ohchr.org/es/stories/2018/03/emergency-powers-should-be-limited-and-proportionate-un-anti-terrorism-expert>

“orden público”³¹⁵. Como señala Heiss, “la historia de Chile muestra que los estados de excepción no se han usado, en general, para enfrentar amenazas existenciales a la comunidad política por invasión o guerra, sino más bien para la represión política y el control social”³¹⁶. Como veremos en los apartados siguientes, ello en general no tiene tanto que ver con la declaración misma –que implica la mera posibilidad del uso del régimen de excepción– sino que más bien con dos elementos centrales: la casi nula responsabilidad política y contrapeso democrático que tiene la situación de excepción (que, como veremos, no necesita de jueces para ser fiscalizada necesariamente), y además la responsabilidad civil posterior y el problema de su configuración.

El caso irlandés ya expuesto en la sección anterior es especial porque, tal como rememora Greene, da cuenta de una decisión que finalmente redundó en un estado de excepción permanente bajo una norma constitucional previa³¹⁷. Ello en parte se debió a que, como señala el autor, tanto la declaración como los poderes establecidos en el artículo 28.3.3 de la Constitución Irlandesa se entendieron que no podían ser revisados judicialmente. Ello implicó, en definitiva, la creación de dicho estado de excepción permanente, sin control ni legalidad alguna detrás, la que rememora –señala Greene– a la idea Schmittiana de estado de excepción soberano: un estado más allá del derecho³¹⁸.

Lo anterior, en definitiva, da cuenta del verdadero nudo gordiano en torno al control de la excepción: cuando estamos frente a poderes sin control alguno, estamos finalmente ante la inminencia de la dictadura soberana³¹⁹. Ello contrasta, claramente, con el caso en que sí existe un control, tanto en torno a DD.HH. como al derecho en su conjunto, el que bajo la distinción ya realizada nos remite a la dictadura comisaria, estado de excepción realizado con el único fin de

³¹⁵ Como indica Heiss, un caso histórico es el de Gabriel González Videla (1946-1952), que usó el régimen de forma similar a cómo luego se utilizara en las violaciones de derechos fundamentales bajo la dictadura militar de Augusto Pinochet (1973-1990). Sobre el asunto, véase HUNEEUS, Carlos. *La guerra fría chilena: Gabriel González Videla y la Ley Maldita*. Santiago, Debate, 2009. Citado en HEISS, *Op. Cit.*, 2020-2, p. 62.

³¹⁶ HEISS, *Op. Cit.*, 2020b, p. 65. Véase al respecto: LOVEMAN, Brian *The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America*. University of Pittsburgh Press, 1993; VALDIVIA, Verónica “Subversión, coerción y consenso: violencia estatal en el Chile del siglo XX”. *Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani*, 53, doi: 10.34096/bol.rav.n53.8017, 2020, pp. 180-204; y HUNEEUS, *Op. Cit.*

³¹⁷ GREENE, *Op. Cit.*, pp. 123-124.

³¹⁸ *Ibidem*.

³¹⁹ El propio Adrian Vermeule realiza dicha distinción entre dictadura soberana y dictadura comisaria al referirse a la forma que toma el derecho administrativo norteamericano. Véase en VERMEULE, Adrian. *Our Schmittian Administrative Law*. *Harvard Law Review*, 122, 2009, p. 1100.

resolver el conflicto que se le propone. Como veremos, dicha distinción también pasa por comprender la diferencia entre la declaración, los actos bajo ella, las situaciones de excepción y la emergencia.

b. El control jurídico de los actos bajo la excepción

i. La idea de control de las medidas bajo el estado de excepción

Como hemos podido apreciar en los apartados anteriores, la discusión respecto del control de los actos bajo la excepción es considerablemente distinta, especialmente en las últimas décadas, que la de la declaración propiamente tal. En el caso chileno y también a nivel comparado, como veremos, la discusión respecto de la posibilidad del control del ejercicio del poder público bajo la excepción se trasladó a una discusión solo respecto del alcance de dicho control: su posibilidad es, sabemos, ya explícita.

En términos teóricos, sin embargo, la cuestión parece un tanto resuelta. La revisión de los actos bajo el estado de excepción, tal como el propio concepto lo indica, implica necesariamente un estándar ya creado: el de la excepción. Esto significa, como se ha señalado anteriormente, la creación –al declararse la excepción- de un régimen distinto, un régimen excepcional a nivel constitucional y legal que implica, entonces, la aplicación de normas de competencia y, especialmente, de suspensión de ciertos derechos primordiales.

En tal sentido, un régimen especial tiene como correlato el hecho mismo de aplicar el régimen, lo que significa que todo acto bajo ese régimen se rige por el mismo. El hecho de que se “rija” por el mismo no significa más que la posibilidad de aplicar, a nivel jurídico, una norma determinada –la que deriva y se manifiesta en este régimen excepcional-. El juez, por tanto, tiene un estándar claro de control normativo: el régimen de excepción, ya sea a nivel constitucional, legal o administrativo.

Como se ha reseñado anteriormente³²⁰, el cuestionamiento jurídico de lo que podemos llamar el “régimen de excepción constitucional” tiene como base analítica la consecución de una excepción: en la excepción, la normalidad deja de operar para abrir paso a una norma que la contraviene (o que es distinta de ella). Por tanto, el control jurídico no debiera, en principio, ser

³²⁰ Véase *supra* “La actuación bajo la excepción”.

otro que el control de la aplicación de ese régimen de excepción. Sin embargo, ello lleva a dos cuestiones primordiales que exploraremos a lo largo de este apartado:

- (i) La aplicación de un régimen de excepción implica, en principio, la creación de ese régimen. Sin su creación el juez no está sino, en principio, ante uno de sus mayores problemas: el de la indeterminación;
- (ii) Incluso ante la creación y necesidad jurídica de un régimen que resuelva los casos que se le presenten, la existencia de este régimen, especialmente a nivel de limitación o suspensión de derechos fundamentales lleva asociado un conflicto esencial a sí mismo: el conflicto con el régimen de normalidad. Ese conflicto se expresa, primordialmente, en una tensión por aplicar, en casos difíciles, el régimen normal y no el extraordinario.

Lo anterior va aparejado a otro problema primordial, el que sin embargo no dice relación con la existencia misma de dos regímenes, sino que más bien con lo reseñado anteriormente en torno a la función judicial: los jueces, ya en el control de los actos de la excepción, no comprenden realmente sus propias competencias. Ello no se deriva de una mala regulación, necesariamente (ello significaría que el problema es más bien contingente: depende de si hay suficiente regulación o no), sino más bien, y como veremos a propósito del rol que ha jugado el control judicial en Chile en la pandemia reciente y en el Estallido Social, de una comprensión de la “deferencia” hacia el ejecutivo que parece algo extrema³²¹.

³²¹ Como indica Almarza: “Si bien las medidas que adopta la autoridad sanitaria, amparada por la declaración de Alerta Sanitaria (art. 36 DFL 725) y el Estado Constitucional de Catástrofe son afectaciones y limitaciones de alta intensidad a DDFF, los tribunales superiores de justicia han adoptado una actitud excesivamente deferente con el Ejecutivo en el contexto de la pandemia por COVID-19, declarando inadmisibles innumerables recursos de protección que se han incoado en respuesta a acciones u omisiones inconstitucionales derivadas del manejo que ha tenido el Ejecutivo y la autoridad sanitaria de la pandemia. Esta deferencia excesiva es sustentada a partir de una interpretación errada del artículo precitado, enfocándose netamente en la primera oración del artículo y no en su segunda parte, que faculta a las personas a recurrir de protección ante medidas particulares que afecten sus DDFF. En este sentido, conviene distinguir entre dos hipótesis planteadas por el artículo 45 de la CPR: 1. Una hipótesis de control prohibido a los tribunales, que se refiere a calificar y hacer un control de mérito respecto de los fundamentos de hecho que invoca la autoridad para decretar (iniciar) el estado de excepción constitucional. 2. Otra hipótesis, distinta, de control de los tribunales, respecto de aquellas medidas particulares adoptadas por la autoridad, una vez ya decretado el estado de excepción constitucional, que afecten DDFF”. En ALMARZA, Diego, *Pandemia y Estados de Excepción*. Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 2020, p. 114.

En definitiva, anunciados dichos problemas, tanto a nivel puramente institucional (deferencia) como a nivel teórico (la existencia de dos regímenes y sus consecuencias), cabe preguntarse sobre cuáles son los límites de dicho control, y la respuesta no es unánime ni teóricamente unitaria. La teoría, en la práctica, implicaría algo simple: se controla lo que legalmente se debe controlar³²². Sin embargo, una respuesta doctrinaria de dicha naturaleza es irrisoria cuando se enfrenta al contexto institucional tan evidente en la mayoría de los casos comparados y nacionales: que los jueces u órganos de control jurídico no ejercen el mismo, incluso frente a la evidencia y pretendida obviedad de sus competencias.

La cuestión, como veremos a continuación, parece llevarnos de nuevo a una discusión respecto del límite entre control de mérito (u oportunidad) y de legalidad. Pese a que dicha distinción no se explicita en ningún caso, la práctica judicial y administrativa demostraría que es un criterio que tiende a asentarse a nivel doctrinario, lo que implicaría –a propósito de esta investigación- un análisis coherente con la función judicial. Sin embargo, un problema real respecto a dicha distinción será su vinculación con la protección de DD.FF., cuestión que plantea directamente un desafío sustancial a la idea de control.

ii. Regulación constitucional nacional y comparada

En torno a lo anunciado anteriormente, es importante comprender sintéticamente cuál es la idea de control de los actos bajo la excepción a nivel nacional y comparado. Como se ha anunciado, el problema sería, en principio, una incomprensión del límite de sus potestades. Sin embargo, estudiaremos cuáles son las causas de dicho fenómeno.

En Chile, la regulación explícita cabe en el ya anunciado artículo 45 de la actual Constitución Política, que establece:

“Los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocados por la autoridad para decretar los estados de excepción, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 39. No obstante, respecto de las medidas particulares que afecten derechos

³²² Ésta parece ser, en principio, la visión “panjudicialista”, según la cual los jueces tendrían la potestad de controlar todo el espectro.

constitucionales, siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales a través de los recursos que corresponda.”

En términos de la historia constitucional de este precepto, la doctrina ha destacado la distinción realizada en dicha norma, incluida en la reforma constitucional de 2005, entre controlar fundamentos de los estados de excepción constitucional, los que no pueden ser calificados por la justicia y, por otro, las medidas que afecten derechos constitucionales, que explícitamente tienen una potestad para ser controlados³²³.

Asimismo, la propia Constitución remite a una “ley orgánica constitucional regulará los estados de excepción, así como su declaración y la aplicación de las medidas legales y administrativas que procediera adoptar bajo aquéllos”. En este sentido, la norma constitucional señala que dicha ley solo definirá lo estrictamente necesario para el restablecimiento de la normalidad, recalcando que las competencias de los órganos constitucionales y los derechos serán intangibles. La misma significa un cambio importante respecto de la redacción anterior (y original a la Constitución en dictadura), la que impedía el *habeas corpus* en los estados de asamblea y de sitio. Como indica Ríos, “para rechazar miles de recursos de amparo interpuestos en estos estados, durante el Gobierno Militar, por medidas atentatorias de la libertad personal, generalmente desprovistas de todo motivo, los tribunales llegaron a utilizar una fórmula sacramental: “Habiéndose dictado la medida que se impugna en virtud de un estado de excepción que la contempla, por la autoridad competente y en conformidad a las normas constitucionales y legales aplicables al caso, se declara improcedente el recurso de amparo interpuesto””³²⁴.

Sin embargo, dicha ley, Ley N° 18.415, Orgánica constitucional de estados de excepción, publicada el 14 de junio de 1985, fue publicada al alero de la norma original sobre estados de excepción. Como relata la doctrina, ello significa que se regulan los estados de excepción contemplando un régimen distinto al actual, especialmente en lo que tiene relación con el restablecimiento de derechos básicos y el rol de las fuerzas armadas en la misma³²⁵. Es más, las únicas modificaciones se realizaron en enero de 1990, bajo la Ley N° 18.906, no habiéndose

³²³ Ríos, Lautaro. La gran reforma de la Ley N° 20.050 a la Constitución Política de Chile. En Revista de Ciencias Sociales, 51. Edeval. Valparaíso, 2006, p. 96.

³²⁴ Ríos, *Op. Cit.*, 2009, p. 292.

³²⁵ *Ibidem*, pp. 285-290.

reformado la misma desde entonces. Por ello, y habida cuenta de las importantes modificaciones realizadas en la reforma constitucional de 2005³²⁶, parte de la doctrina chilena precisamente cuestiona la vigencia de dicha Ley, la que incluso se plantea que estaría derogada tácitamente: “quedó derogada de pleno derecho al modificarse el régimen general de excepción con la enmienda constitucional de 2005”³²⁷. Para otros, aunque las normas mantuvieron fuertes prerrogativas presidenciales, implicó un avance en *accountability*³²⁸.

Otro aspecto crítico derivativo de la historia del precepto sería el de la delegación de las facultades presidenciales constitucionales, especialmente las de restringir las libertades de locomoción y reunión (por ejemplo, la declaración de un toque de queda). En principio, pese a que no habría una facultad expresa para delegar como sí existía antes, la posibilidad de ésta sería una regla general del ordenamiento jurídico constitucional que, sin embargo, para algunos autores, no se ha ejercido propiamente en los últimos años, existiendo entonces una evidente inconstitucionalidad de dichas medidas³²⁹.

Por otro lado, en lo que atinge a la regulación del control, el texto de la actual constitución no refiere a ninguna acción o recurso en específico, sino que más bien es una garantía general de

³²⁶ Una primera cuestión planteada es lo que se identifica como un vacío normativo. Este se produciría a partir de la modificación del texto constitucional de 2005, que, al decir de los académicos citados, “reformó radicalmente los estados de excepción”. Como brevemente reseñaremos, la nueva regulación constitucional encomendó al legislador orgánico constitucional “regular los estados de excepción, así como su declaración y la aplicación de las medidas legales y administrativas que procediera adoptar bajo aquéllos” (art. 44). Sin embargo, para los autores, no se ha cumplido dicho mandato, siendo la actual ley una creada bajo el estándar anterior, por lo que “[s]i se examina el articulado de la referida ley, podrá verse que no existen elementos que apunten a cumplir con dicho estándar” ALVEZ, Amaya; *et.al.* Informe en derecho. Inconstitucionalidades e ilegalidades en el marco de los estados de emergencia declarados por el Presidente de la República y de las conductas de los jefes de la defensa nacional. Disponible en: <http://bcn.cl/2bx9r>, 2019, p. 7.

³²⁷ PORTALES, Jaime y SOTO, Daniel. El resguardo del orden público en Estados de Excepción Constitucional. En: Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Gobierno. Presidente de la República. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014, p. 212.

³²⁸ GARCÍA PINO, *Op. Cit.*

³²⁹ Los autores admiten que esto es posible, pues se trataría de la regla general en el ordenamiento jurídico constitucional y existiría una habilitación específica para ello en el artículo 4 de la Ley No 18.415 de 1985. Asimismo, su artículo 10 señala expresamente que las facultades delegadas se ejercen mediante resoluciones, órdenes, instrucciones exentas de toma de razón y bandos militares. Sin embargo, los Decretos Supremos dictados hasta la fecha en que se declara el estado de emergencia, no contendrían una delegación expresa de la facultad constitucional del Presidente de la República para restringir las libertades de locomoción y de reunión. Conforme al artículo 7° constitucional, “ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias” las autoridades pueden arrogarse competencias y atribuciones que no estén establecidas en el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, los Jefes de la Defensa Nacional (indistintamente JDN) no tendrían tal facultad. En BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, Argumentos sobre la legalidad o ilegalidad de los decretos de estado de emergencia de octubre de 2019, Valparaíso, 2019, p. 11.

recurrir a tribunales cuando se encuentra un derecho agraviado por dichas medidas. Ello va en línea, como indica la doctrina³³⁰, con el principio de tutela jurisdiccional efectiva establecido en el artículo 19 N°3, que indica que se garantiza “la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos” y que “Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale...”. De ello se concluye que no aplican sólo las acciones constitucionales (esto es, principalmente el *habeas corpus* y acción de protección), sino que cualquier otra a nivel legal, como pueden ser los recursos administrativos u otros recursos vigentes.

Un aspecto fundamental de este entramado normativo es que, tal como ya se ha reseñado, las medidas particulares no tienen por expresa mención la limitación que sí tiene la declaración: con respecto a ésta, no podrán los tribunales calificar sus fundamentos y circunstancias de hecho, mientras que, al menos a nivel teórico, las medidas sí podrán ser calificadas en sus fundamentos y circunstancias de hecho, además de “su existencia y su proporcionalidad”. Esto es evidente contrarrestando el actual texto con el original, que expresamente lo prohibía: “Los tribunales de justicia no podrán, en caso alguno, entrar a calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocados por la autoridad para adoptar las medidas en el ejercicio de las facultades excepcionales que le confiere esta Constitución” (artículo 41, No 3 de la Constitución del 80 original).

Sin embargo, a nivel jurisprudencial el escenario ha sido evidentemente distinto a lo reseñado a nivel normativo. Como se ha anunciado, pese a las elevadas potestades que en principio tendrían los tribunales de justicia para controlar las medidas bajo la excepción, al menos en Chile la respuesta de estos ha sido generalmente coherente: existe una marcada “deferencia” al órgano administrativo que impediría calificar y controlar los fundamentos de hecho y mérito de sus decisiones.

La existencia de control –inclusive su posibilidad– es, sin embargo, nuevo en la historia constitucional chilena. Hasta octubre de 2019, la ocurrencia sólo de catástrofes naturales no fue en ningún momento objeto de control ni impugnaciones relevantes por parte de la ciudadanía, no existiendo jurisprudencia en torno a ellas salvo en los casos ya reseñados en torno al terremoto y

³³⁰ Ríos, *Op. Cit.*, 2009.

tsunami del año 2010³³¹, que cuestionaron más bien la declaración y no las medidas particulares. Así, el cuestionamiento reciente en torno a las medidas bajo el estado de excepción se ha dado, especialmente, en los casos de los decretos de toque de queda en el Estallido Social, por un lado, y por las restricciones a la movilidad y diferentes medidas tomadas en el contexto de la pandemia.

En torno al primer caso, y especialmente en el contexto de una marcada tensión social, los tribunales de justicia desde octubre de 2019 en adelante fueron parte de una extensa discusión en torno a la legalidad de las medidas tomadas por el gobierno del entonces Presidente Piñera para hacer frente a un supuesto “enemigo interno” con la declaración, por primera vez en democracia, de un estado de excepción constitucional de emergencia³³².

Los cuestionamientos se centraron, en primer lugar, en la constitucionalidad misma de los decretos que declararon el toque de queda en el territorio nacional. Como se ha señalado, uno de los argumentos dijo relación justamente con la tesis de la derogación tácita de la Ley respectiva, mientras que para otros fue más bien la falta de delegación directa a los jefes de defensa encargados finalmente de declarar el toque de queda la que sería la fuente de su inconstitucionalidad, al ser incompetentes para ello. Sin embargo, los tribunales no solo se inhibieron de declarar cualquier ilegalidad sobre dichos decretos, sino que, además, solo terminaron fallando dichos recursos una vez finalizado el estado de excepción constitucional, evitando –en muchos casos- referirse al punto en cuestionamiento.

Dentro de dichos fallos, sin embargo, existe una concepción general respecto de las facultades de los tribunales para calificar dichas medidas que se deriva de las distintas sentencias en este sentido, que manifiestan: “todos los fallos fueron unánimes puesto que se determinó que “la dictación del decreto Supremo 534, del 27 de octubre pasado, que dispuso el término del Estado de Excepción Constitucional en Rancagua, conlleva la imposibilidad de que la autoridad militar decrete bajo estas nuevas circunstancias, medidas que afecten la libertad ambulatoria de los ciudadanos, como el toque de queda”. Señaló la Corte de Apelaciones de Rancagua que “(...)

³³¹ El más relevante: sentencia de la Corte Suprema de Justicia, rol 4029-13, 2013: Campos Herrera con Fisco de Chile.

³³² Decretos Supremos N°s 472-479, 482-485, 487-488, 490, 495-497, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, todos del 19 al 21 de octubre de 2019, que declaran estado de excepción constitucional de emergencia en las regiones que indican.

aparece de manifiesto que el recurso que nos ocupa excede el ámbito de la acción intentada, pues busca dejar sin efecto un acto administrativo de carácter general y cuestionar las facultades que tiene la autoridad competente para dictarlo, más que denunciar una perturbación, privación o amenaza concreta respecto de la libertad personal o seguridad individual de una persona que posibilite adoptar medidas de restablecimiento del derecho a su respecto, de aquellas establecidas en el artículo 21 de la Constitución Política de la República”, plantea el fallo³³³.

El fallo, que fue unánime, desestimó que el actuar denunciando no se haya ajustado a derecho. “Los hechos en que se funda el recurso ocurrieron en un periodo de Excepción Constitucional decretada por la autoridad pertinente en el marco de sus facultades, época en que se produjo la detención de los amparados quienes fueron puesto a disposición del Juzgado de Garantía de esta ciudad”, señalaron. “Se verificó que aquella se ajusta a derecho, quedando luego de aquel control judicial ambos impugnantes en libertad, por lo que al encontrarse sin medidas cautelares en su contra que restrinjan su libertad personal y seguridad individual no existe, desde este punto de vista, el presupuesto que fundamente el presente recurso de amparo”, consignó el mismo³³⁴.

Por su parte, en cuanto ya no al control de las facultades de las autoridades o de actos generales, sino que al de actos particulares que afectaran o vulneraran DD.FF., la jurisprudencia especialmente en materia penal tuvo como principal objetivo la garantía de derechos básicos especialmente en torno a las detenciones y medidas administrativas ligadas a la limitación al derecho de locomoción y libre tránsito³³⁵. Pese a que es jurisprudencia relevante en torno a DD.FF., nos referiremos a ella más bien en el acápite posterior, por lo que nos centraremos en la relevancia del cuestionamiento de las facultades judiciales propias y no en los conflictos normativos concretos en torno a la vulneración de DD.FF.

Por otra parte, en torno a la pandemia la jurisprudencia sobre la misma muestra interesantes avances en torno al asunto, pese a la que confundieron dos cuestiones centrales: (i) en primer lugar, la hipótesis de control, es decir, el límite sobre el cual los tribunales pueden controlar la actuación estatal, confundiendo el límite al control de la declaración con el de las medidas; (ii)

³³³ Sentencias de la Corte de Apelaciones de Rancagua, roles 177-2019, 179-2019 y 181-2019 y roles 177-2019, 179-2019 y 181-2019, de 29 de octubre de 2019.

³³⁴ Ibidem.

³³⁵ Ibidem. Por ejemplo, en materia de protocolos: Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol N°37.406-2019 y acumulados. de 19 de junio de 2020.

en segundo lugar, el régimen mismo sobre el que operar el control, al usar el régimen de los estados de excepción constitucional cuando el régimen utilizado e impugnado fue más bien el de emergencia sanitaria³³⁶.

En torno al primer punto, un ejemplo de ello es el recurso de protección que se interpuso contra el presidente Sebastián Piñera y el exministro de Salud, Jaime Mañalich en marzo de 2020, en el que se denunciaban “Los actos ilegales y arbitrarios cometidos en perjuicio de todos nuestros representados ya individualizados, lo cual amenaza su ejercicio de la garantía constitucional prevista en el N°1 del artículo 19 de nuestra Constitución Política”³³⁷, buscando que se declarara estado de excepción producto del COVID-19. Así, la Corte Suprema ante la inadmisibilidad de primera instancia confirmó la deliberación de la Corte de Rancagua argumentando: “Primero: el examen del recurso de protección evidencia que lo pretendido es que el Poder Ejecutivo y, en particular, la autoridad sanitaria, adopten determinadas medidas que –a juicio de la recurrente– serían las idóneas para afrontar la pandemia por COVID-19 que afecta a nuestro país. Segundo: Que, no obstante, habiéndose declarado por el Presidente de la República el Estado de Catástrofe en todo el territorio nacional, es manifiesto que el mérito, oportunidad, conveniencia y eficacia de tales medidas queda radicado de manera privativa en las autoridades recurridas, toda vez que responden a la ejecución de una política pública de orden sanitario”³³⁸.

Dicho criterio, como es evidente, utiliza la ya analizada distinción entre el control de mérito y el control de legalidad para evitar el control. En el mismo sentido, la Contraloría General de la República emitió diversos dictámenes señalando que “las autoridades deben respetar el principio de juridicidad y que las únicas autoridades expresamente habilitadas para limitar DDFF son los Jefes de la Defensa Nacional en virtud del Estado de Catástrofe”³³⁹.

Por otro lado, en cuanto al segundo problema, hemos reseñado un conflicto más bien de comprensión normativa que, sin embargo, sí dice estrecha relación con la autocomprensión que los jueces tienen del marco normativo para controlar la excepción. Estos, como se ha anunciado,

³³⁶ Hay que aclarar que la existencia del estado de excepción constitucional de catástrofe sí fue declarado y renovado en cuatro ocasiones, hasta su término al 30 de septiembre de 2021. Sin embargo, pese a dicho régimen, en la práctica las medidas y actos establecidos por la autoridad fueron las de la emergencia sanitaria.

³³⁷ Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol N° 3345-2020.

³³⁸ Sentencia de la Corte Suprema de fecha 30 de abril de 2020, Rol N° 39506-2020. Considerandos primero y segundos.

³³⁹ Contraloría General de la República, Dictámenes N°6.785-2020, 8.935-2020, N°8.998-2020 y N°9.080-2020.

no distinguieron entre las medidas adoptadas en virtud del Estado Constitucional de Catástrofe y las facultades que puede adoptar el Ministerio de Salud por la declaración de Alerta Sanitaria del art. 36 del DFL 72543³⁴⁰. Dicha potestad discrecional del MINSAL³⁴¹, la que no fue controlada debidamente al confundir los efectos de la Alerta Sanitaria y el Estado de Excepción de Catástrofe implica un desmedro en la protección de DDFF, “puesto que existe una tendencia a declarar la inadmisibilidad de recursos de protección invocados por actos u omisiones de la Autoridad Sanitaria en contexto de pandemia al considerar que se encuadraría en un control de mérito u oportunidad propio de la declaración de estado de catástrofe constitucional”³⁴².

En la misma línea, Cordero indica que “no se está utilizando el estado de excepción regulado por la Constitución ni por la ley de estados de excepción. Lo que se ha estado ejerciendo, y ahí las personas podrán tener opiniones, son las medidas de emergencia en el contexto de la alerta sanitaria. No es un problema de constitucionalidad o inconstitucionalidad, es un problema de cuáles han sido las normas. Alguien podrá sostener que el uso de esas normas ha sido desproporcionado, y ese es otro problema, pero lo cierto es que la fuente normativa utilizada es el Código Sanitario y el Reglamento Internacional Sanitario”³⁴³. En la misma línea, la diferencia entre dichas medidas sanitarias y otras medidas –autorizadas por el estado de excepción– es importante:

“La única restricción es que no se pueden adoptar medidas de restricción vinculadas a la crisis sanitaria como si fueran medidas de policía. Entonces, lo que en rigor ha estado sucediendo es que todas las medidas de restricción de derechos que se han estado utilizado han sido al amparo o al alero del Código Sanitario y del Reglamento Internacional Sanitario. No corresponden a medidas de estado de excepción constitucional”, agrega Cordero³⁴⁴.

En esta línea, la consecuencia de dicha confusión no es solo teórica, sino que se debe precisamente a la confusión respecto de la existencia de la excepción constitucional y la excesiva “deferencia” que tendrían las cortes a éste. Señala Cordero que la Corte “al confundir los planos

³⁴⁰ Ver Sentencias de la Corte Suprema Roles N°s 42350-20, 42770-20 y 39506-20, 33265-2020, 33422-2020, 33420-2020 y 42.350-2020. Citados en ALMARZA, *Op. Cit.*

³⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 198, del 4 de enero de 1995.

³⁴² ALMARZA, *Op. Cit.*

³⁴³ PLATAFORMA CONTEXTO, “Estamos en un toque de queda inconstitucional”. Disponible en: https://plataformacontexto.cl/contexto_factual/estamos-en-un-toque-de-queda-inconstitucional/

³⁴⁴ *Ibidem.*

(estado de excepción y gestión sanitaria) resta toda autonomía a las medidas sanitarias como acciones de orden público que buscan evitar la propagación de una enfermedad, cuyo marco normativo autónomo se encuentra en el Código Sanitario y en el Reglamento Sanitario Internacional, un Tratado Internacional aprobado por el Congreso en 2008³⁴⁵. Una consecuencia de ello es que el cambio de marco normativo implica que las medidas de control sanitario sean más bien por el riesgo vital que implica el virus para terceros, lo que “es la idea por lo demás que se encuentra tras el criterio “salubridad pública” como parte de la función social de la propiedad, un elemento que obliga al derecho de propiedad, distinto a la idea de restricción o suspensión del mismo derecho”³⁴⁶.

Sin embargo, pese a dicha confusión, existen tres fallos relevantes que dan cuenta de un avance en lo que sería la excesiva deferencia ante la excepción. Sabemos que la Corte Suprema estaba razonando sobre la base de instrumentos sanitarios, pero aplicando los límites a los estándares de la revisión judicial para los estados de excepción, un límite autoimpuesto que sería incluso inconstitucional. En inicios de 2021, sin embargo, la Corte aceptó que podía revisar legalidad de decisiones administrativas en torno a la pandemia. Así, en el llamado caso “Librería”³⁴⁷ y el “misa dominical”³⁴⁸ la Corte aceptó contrastar los elementos de legalidad de dichas decisiones, acercándose un poco a un estándar mayor de control de lo que sería el estatuto de la excepción. En ambos casos la Corte terminó por aplicar algo hasta el momento imprevisto e irrisorio para el control de actos bajo la excepción constitucional: el estándar de motivación del acto administrativo (es decir, manifestar la justificación racional de una medida) —que ha madurado ampliamente con los años³⁴⁹—. La Corte señala, en resumen, que, pese a que exista una situación excepcional, la autoridad debe “explicitar su actuar como una forma de legitimarlo”, dado que el control de legalidad de los actos solo puede discurrir en base a los motivos de estos.

³⁴⁵ Ibidem.

³⁴⁶ Ibidem.

³⁴⁷ Sentencia de la Corte Suprema de 22 de marzo de 2021, rol N° 150.549-2020.

³⁴⁸ Sentencia de la Corte Suprema de 29 de marzo de 2021, rol N° 19.062-2021.

³⁴⁹ Sobre el mismo existe numerosa doctrina y jurisprudencia. Para un buen resumen del asunto véase CORDERO VEGA, Luis. La motivación del acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, *Revista de Estudios Judiciales*, N° 4, 2017, pp. 231-250. En una investigación más reciente, véase MATTHEI, Carolina y RIVADENEIRA, Francisco. La motivación como elemento del acto administrativo: Criterios establecidos por la Corte Suprema para efectos de su control. En *Actualidad Jurídica* N° 45, 2022, pp. 263-291.

En primer lugar, en el caso “Librerías” la corte entra a controlar la razonabilidad de la medida, en este caso, al alero del derecho de igualdad ante la ley. En dicho caso se objetaba, en resumen, la prohibición de apertura de librerías, mientras que en la realidad se permitía la venta de libros en otros establecimientos (como supermercados).

En el mismo, la Corte se permite analizar la perspectiva desde el control jurisdiccional de los actos administrativos: (i) en primer lugar, distingue entre facultades reglas y discrecionales³⁵⁰, y, además, (ii) indica que la existencia de una facultad discrecional implica que las cortes no pueden sustituir la decisión de la autoridad administrativa, señalando que “es efectivo que no procede que los órganos jurisdiccionales sustituyan la decisión de la administración realizando una nueva ponderación de los antecedentes que determinan la decisión; sin embargo, se debe ser enfático en señalar que aquello no excluye el control jurisdiccional respecto de los actos administrativos que tienen su origen en el ejercicio de una facultad de carácter discrecional por parte de la administración, toda vez que aquellos, como todo acto administrativo, deben cumplir con las exigencias previstas en la ley, razón que determina la necesidad de verificar la existencia de los elementos intrínsecos de todos los actos de tal naturaleza, toda vez que la discrecionalidad no es sinónimo de arbitrariedad”³⁵¹.

De lo anterior, sin embargo, la concluye la Corte algo trascendental como “avance” para el escenario actual del control jurisdiccional: que sí existe control sobre otros aspectos que no impliquen sustituir la decisión:

“corresponde precisar, además, que igualmente los órganos jurisdiccionales se encuentran facultados para realizar un control de los actos que tienen su origen en el ejercicio de facultades discrecionales, en tanto se debe verificar que exista norma que en forma expresa entregue a la Administración una amplia facultad para decidir y que los presupuestos de hecho que determinan

³⁵⁰ Señala la Corte: “En efecto, en doctrina se distingue entre el ejercicio de facultades regladas y facultades discrecionales, en las primeras toda la actuación previa al nacimiento de un determinado acto administrativo se encuentra prevista y determinada en la ley, por lo que la autoridad debe ceñirse estrictamente a ella tanto al verificar los supuestos de hecho como en el procedimiento que determina la decisión, que está igualmente regulada en relación a la situación fáctica que la origina. En cambio, en el ejercicio de las facultades discrecionales, la Administración goza de cierto ámbito de libertad al momento de adoptar la decisión. Interesa destacar que, en este último caso, indudablemente concurren etapas regladas, toda vez que debe existir norma expresa que entregue a un órgano determinado la libertad para decidir, ante precisos supuestos de hecho”, Sentencia del Tribunal Constitucional, N° 150.549-2020, Considerando 8°.

³⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional, N° 150.549-2020, Considerando 9°.

el ejercicio de tal facultad existan, como asimismo que el fin que ha sido previsto por el ordenamiento jurídico al otorgar la facultad jurisdiccional, se cumpla (Corte Suprema Rol N° 3598- 2017)”³⁵².

Por lo anterior es que la Corte finalmente concluye que el control jurisdiccional debe también analizar la motivación que aduce la Administración, la que no puede ser solo formal, sino que debe ajustarse al ordenamiento jurídico vigente y, por ende, no puede ser arbitraria. Analizando, entonces, la discriminación realizada por la autoridad entre distintas actividades, la Corte determina que hubo una discriminación arbitraria, al no expresarse las razones de la diferencia entre el giro (librerías) y otros giros como deportes o comida.

En segundo lugar, en el caso “misa dominical” se objetaba la imposibilidad de asistir a misa en similar situación fáctica que la anterior. Sobre ello, la Corte también realizó un análisis comparativo respecto de otras actividades como el deporte, que si tenían reconocido un bloque horario para su desarrollo. La base de la opinión de la Corte es que no constaba un fundamento plausible para tal discriminación, lo que transformaba esa prohibición en arbitraria, además de entender que el estado de excepción a la fecha no permitía por ningún motivo suspender, sino solo restringir los derechos fundamentales básicos, entre ellos, la libertad de culto garantizada en el artículo 19 N°6³⁵³.

Sin embargo, la Corte, como indica Cordero³⁵⁴, para llegar a la conclusión expuesta utiliza, a diferencia de lo que sucedió en el asunto “Librerías”, todo el marco conceptual del estado de excepción. Para ello indica que en dichas situaciones sólo es posible restringir derechos, ya que la suspensión de estos está prohibida (salvo en los casos que expresamente indica la Constitución) y que el sistema de derechos fundamentales estaría cubierto por una amplia reserva de ley.

Por lo anterior, y luego de apreciar que tanto a nivel nacional como comparado la libertad de conciencia y culto no tiene posibilidad de ser suspendida, la Corte establece que:

³⁵² Ibidem.

³⁵³ Lo mismo fue también impugnado en varias partes del mundo, al limitarse ejercicio de la libertad de culto y las medidas sanitarias.

³⁵⁴ CORDERO VEGA, Luis. “Revisitando el control judicial en la emergencia”. El mercurio legal, 2021. Disponible en línea: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2021/03/31/Revisitando-el-control-judicial-en-la-emergencia.aspx> [Fecha de consulta: 15 de febrero de 2023].

“Por la razón indicada, aunque exista la hipotética posibilidad de restringir la libertad que nos ocupa, la concreta restricción debe estar amparada en las normas constitucionales y legales que establecen el estatuto respectivo, lo cual no se constata en lo que a la situación de excepción que motiva la medida objetada respecta. En efecto, debe precisarse inmediatamente, que la posibilidad de participar presencialmente en la misa dominical no puede estar suspendida, la restricción se puede generar a la luz de la cantidad máxima de personas que concurran al momento de su servicio, esto es el aforo. Sin embargo, respetándose este aforo máximo, regulado por razones sanitarias de emergencia, el derecho se puede ejercer sin otra restricción.”³⁵⁵. Concluye, entonces, que “De este modo, al no estar habilitada por la norma constitucional como tampoco por la ley, no es posible, a propósito de la vigencia de un estado de catástrofe, suspender la garantía de libertad de conciencia en lo relativo a la religión que profesa el recurrente, por la Resolución Exenta N° 43, conforme a la modificación introducida por la N°167, las cuales lesionan este derecho respecto de quien recurre”³⁵⁶.

Por último, y en torno a la noción de “Toque de queda”, la Corte Suprema también se ha permitido controlar las facultades del ejecutivo en la ejecución de políticas en el contexto de excepción constitucional. Sin embargo, en esta vez justamente razona la Corte en torno a criterios de legalidad (en este caso, el objetivo o bien jurídico protegido de la regulación sobre emergencia sanitaria) y evita los términos de la discusión en torno a estado de excepción. En tal sentido, la Corte sugiere que una de las medidas más polémicas de la pandemia: el llamado “toque de queda” (que era, más bien, un aislamiento sanitario, como bien lo llama, citando el acto administrativo que lo decretó) no era no peligro para la salud pública el hecho de transitar en público en el horario prohibido si esto no significaba un real peligro para la salud pública³⁵⁷. De ello se deriva, aunque tangencialmente, una consecuencia importante: la Corte entiende, finalmente, que la infracción de medidas en un estado de excepción (o emergencia sanitaria) no puede comprenderse solo de una manera formal, sino que debe atenderse a la finalidad o espíritu de la norma y éste no es más que el peligro concreto que implique la actividad para el bien jurídico protegido por la norma.

³⁵⁵ Sentencia de la Corte Suprema de 29 de marzo de 2021, Rol N° 19.062-2021, considerando 8°.

³⁵⁶ Ibidem.

³⁵⁷ Sentencia de la Corte Suprema de 25 de marzo de 2021, Rol N° 125.436-2020.

Por otra parte, y a nivel comparado, existen dos casos dables de mención en torno a la figura del control de los actos bajo el estado de excepción³⁵⁸. En el caso mexicano, en tanto, se señala no haberse declarado una emergencia, pero que bajo su artículo 29 de la Constitución “Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez”.

Lo anterior ha significado que, en concreto, la Suprema Corte de Justicia mexicana sí tiene competencias para controlar especialmente la constitucionalidad de los decretos que restrinjan o supriman derechos, los que de hecho pueden ser revisados de oficio y, en tal sentido, como actos de carácter general, no necesitan de una afectación particular para ser controlados.

En el caso de España, por su parte, se señala que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en cuanto al real decreto por el que se declara el estado de alarma (y otros estados de excepción o emergencia tiene rango o valor de ley, por lo que corresponde exclusivamente al Tribunal Constitucional juzgar su conformidad con la Constitución³⁵⁹. En el caso de la pandemia, sin embargo, al ser el evento que más repercusión en este sentido ha tenido, cabe señalar que el Real Decreto 463/2020, sobre declaración del estado de alarma, Real Decreto 465/2020, sobre modificación del anterior y las tres primeras prórrogas del primero, por Real Decreto 476/2020 de 27 de marzo, 487/2020 de 10 de abril y Real Decreto 492/2020 de 24 de abril, así como Orden SND/298/2020 de 29 de marzo, establecieron medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias funerarias para limitar la propagación y contagio del COVID-19, los que fueron objeto de una acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional presentada por miembros del Grupo Parlamentario VOX en el Congreso. El Tribunal Constitucional por sentencia 148/2021 declaró, pese a desestimar la mayoría de las alegaciones, que los preceptos del RD 463/2020 que establecían el popularmente denominado «confinamiento domiciliario» serían inconstitucionales, por considerar que suponían en realidad una suspensión de la libertad de circulación y no una limitación.

³⁵⁸ Para una vista panorámica del control y su regulación, véase VENICE COMMISSION – OBSERVATORY ON EMERGENCY SITUATIONS, *Op. Cit.*

³⁵⁹ ATC 7/2012, de 13 de enero, y Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 83/2016, de 28 de abril. Ya hemos reseñado dicha discusión.

En torno a ello, el tribunal supremo español señaló que “en nuestra STC 83/2016, de 28 de abril, así como en los AATC 7/2012, de 13 de enero, y 40/2020, de 30 de abril. En efecto, decíamos en aquella que «a diferencia de los estados de excepción y de sitio, la declaración del estado de alarma no permite la suspensión de ningún derecho fundamental (art. 55.1 CE contrario sensu), aunque sí la adopción de medidas que pueden suponer limitaciones o restricciones a su ejercicio» (FJ 8); al tiempo que se recordaba –con cita literal del ATC 7/2012, FJ 4– que «[...] todos los estados que cabe denominar de emergencia ex art. 116 CE y también por tanto, el de menor intensidad de entre ellos, esto es, el de alarma, suponen [...] excepciones o modificaciones pro tempore en la aplicabilidad de determinadas normas del ordenamiento vigente, incluidas, en lo que ahora importa, determinadas disposiciones legales, que sin ser derogadas o modificadas sí pueden ver alterada su aplicabilidad ordinaria [...]» (FJ 9)”³⁶⁰.

Tal fallo es relevante porque da cuenta no solo de una discusión interesante respecto del control de la “suspensión” versus “limitación” de DD.FF. (cuestión a la que nos referiremos en el apartado próximo), sino porque demuestra una cuestión trascendental respecto del control de las medidas de excepción: el propio tribunal, como se desprende de su voto de mayoría, prevenciones e incluso disidencias, demuestra que el control de la declaración misma es solo de formalidad, mientras que el control de las medidas particulares sí es amplio, especialmente en lo que respecta al respeto de la constitucionalidad de las medidas y su alcance para los DD.FF. Así, por ejemplo, se señala que “En consecuencia, la Constitución no otorga una discrecionalidad ilimitada al Gobierno ni, en su caso, al Congreso, para determinar las medidas que pueden establecer para resolver la situación que justifica declarar algunos de los estados de emergencia que prevé el art. 116 CE. Tales medidas han de acordarse de conformidad con lo establecido en la ley orgánica que regula estos estados. Por ello, esta norma constituye un parámetro de constitucionalidad mediato, lo que determina que si las medidas que se disponen para afrontar la situación de emergencia no tienen cobertura en las establecidas con carácter general en ley orgánica a la que se remite el art. 116.1 CE, al infringir lo dispuesto en esta ley, estarán infringiendo también, de modo mediato, el art. 116 CE”³⁶¹.

³⁶⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Español N° 148/2021, pág. 93590.

³⁶¹ Ibidem, p. 93630.

En un voto de minoría interesante, sin embargo, se declara justamente la aprehensión ya de manera explícita: “La declaración de estos estados conlleva la atribución al Gobierno de las potestades exorbitantes que han de ejercerse conforme establezca la ley orgánica a la que se remite el art. 116.1 CE (actualmente la LOAES). Es, por tanto, la propia Constitución y la LOAES la que otorga al Gobierno un amplio margen de discrecionalidad para establecer las medidas que considere pertinentes para afrontar la crisis. Por ello, en estos casos el principio de proporcionalidad ha de entenderse de modo más laxo, pues es la propia configuración constitucional de los estados de emergencia la que determina que la decisión de las concretas medidas que se adopte sea una decisión política cuyo control jurisdiccional no puede sustituir el juicio político del Gobierno o, en su caso, del Congreso.”³⁶².

iii. La protección de DDF. Distinciones y aspectos relevantes

El uso de la fuerza con facultades extraordinarias por parte del Estado en el estado de excepción es sin duda una de sus características esenciales³⁶³. Éste ha sido objeto de amplia preocupación por parte de los órganos internacionales de protección de los derechos humanos, dado que puede implicar una vulneración o peligro para la vida de las personas, derecho esencial reconocido en el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos y artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En tal sentido, la Corte IDH ha sostenido que “los Estados deben vigilar que sus cuerpos de seguridad, a quienes les está atribuido el uso de la fuerza legítima, respeten el derecho a la vida de quienes se encuentren bajo su jurisdicción”³⁶⁴. En otra sentencia, la misma Corte señaló: “Los Estados tienen la obligación de garantizar la seguridad y mantener el orden público dentro de su territorio y, por tanto, tienen el derecho de emplear legítimamente la fuerza para su restablecimiento de ser necesario. Si bien los agentes estatales pueden recurrir al uso de la fuerza y en algunas circunstancias, se podría requerir

³⁶² Voto particular que formula el magistrado don Juan Antonio Xiol Ríos a la sentencia dictada en el recurso de inconstitucionalidad número 2054-2020, Punto 24.

³⁶³ Véase *supra*, “El Estado de Excepción: precisiones conceptuales”.

³⁶⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 66.

incluso el uso de la fuerza letal, el poder del Estado no es ilimitado para alcanzar sus fines independientemente de la gravedad de ciertas acciones y de la culpabilidad de sus autores”³⁶⁵.

En razón de lo anterior, es importante recalcar que las medidas excepcionales en un estado de excepción constitucional tienen, al menos en principio y a nivel histórico, una relación directa con la posibilidad de suspender o limitar derechos fundamentales. Ello significa, en otros términos, que el Estado, a través del monopolio de la fuerza, puede obligar a su población a ejercer determinadas acciones (por ejemplo, la entrega de ciertos derechos, como puede ser de nivel patrimonial) o impedir que se realicen ciertas actividades (como el libre tránsito, entre otros), con su correspondiente sanción jurídica en caso de incumplimiento.

Así es cómo, inclusive, los estados de excepción se definen. De tal manera es que en Chile durante ellos sólo puede suspenderse o restringirse el ejercicio de aquellos derechos específicamente autorizados por la Constitución. Como señala Ríos, se entiende suspender un derecho “cuando temporalmente se impide del todo su ejercicio durante la vigencia de un E.E.C.”. Se entiende restringir un derecho “cuando, durante la vigencia de un E.E.C., se limita su ejercicio en el fondo o en la forma” (art. 12, LOC. No 18.415)³⁶⁶.

Como se ha indicado, la finalidad de los estados de excepción es justamente la de subsanar las causas que les dieron origen y al pronto restablecimiento de la normalidad constitucional. En ningún caso aquéllas pueden afectar las competencias ni el funcionamiento de los órganos constitucionales ni los derechos e inmunidades de sus respectivos titulares (art. 44, C.P.R.).

En el caso chileno existen las siguientes situaciones:

1. Estado de asamblea. En él el Presidente de la República puede suspender o restringir el ejercicio de la libertad personal o ambulatoria, del derecho de reunión y de la libertad de trabajo. Puede, también, restringir el ejercicio del derecho de asociación, interceptar, abrir o registrar documentos y toda clase de comunicaciones; disponer requisiciones de bienes y establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad (art. 43 inc. 1º, C.P.R.).

³⁶⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Cruz Sánchez y otros Vs. Perú. Sentencia de 17 de abril de 2015 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 262.

³⁶⁶ Cabe hacer presente que, a partir del análisis ya realizado sobre dicha ley, el criterio respecto de qué se entiende por suspensión y por restricción debiera ser revisado. Como hemos visto, el caso español puede ser un buen ejemplo, al distinguir entre aquellos estados de excepción que permiten la suspensión y otros que solo permiten la restricción.

2. Estado de sitio. En dicho estado el Presidente de la República puede restringir la libertad de locomoción y arrestar a las personas en sus propias moradas o en los lugares que la ley determine y que no sean cárceles ni estén destinados a la detención o prisión de reos comunes. Puede, también, suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión (art. 43, inc. 2º, C.P.R.).
3. Estado de catástrofe. Como el estado de excepción más común en Chile, en éste el Presidente de la República puede restringir el ejercicio de las libertades de locomoción y de reunión. Puede, también, disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada (art. 43, inc. 30, C.P.R.).
4. Estado de emergencia. Por último, en el estado de excepción más complejo políticamente³⁶⁷, el Presidente de la República puede restringir el ejercicio de las libertades de locomoción y de reunión (art. 43, inc. 4º, C.P.R.).

La distinción entre suspensión y restricción fue, no obstante, una interesante discusión en Chile en la década de los 90. La misma refería, como señala Cordero, a la categoría de la reserva legal absoluta que exigiría al legislador la mayor cobertura posible si se quiere afectar un derecho. El autor indica que “Esa discusión fue intensa tras el retorno a la democracia y tiene una manifestación evidente en el control preventivo que realizó el Tribunal Constitucional (“TC”) a la Ley de Bases del Medio Ambiente en 1994 (STC rol 185). En dicho caso el Congreso había aprobado un párrafo completo destinado a regular “las situaciones de emergencia ambiental”, mediante la cual se permitía adoptar medidas en aquellas situaciones provocadas cuando se sobrepasaran de modo permanente las normas de emisión, para lo cual podían aplicarse restricciones o prohibiciones a vehículos, actividades o faenas para impedir el incremento de la contaminación ambiental en tales situaciones críticas. Esas reglas fueron íntegramente declaradas

³⁶⁷ Ello lo refleja, por ejemplo, su no inclusión en el Proyecto de Nueva Constitución de 2022, finalmente rechazado por la ciudadanía. La razón de fondo en varias de las intervenciones y en la propia proposición que incluyó la norma era, precisamente y como veremos, el resguardo de DD.FF. ante el peligro de la intervención pública de carácter militar frente a eventos de orden público que, sin embargo, tienen herramientas legales directas para su resolución (por ejemplo, el uso de las policías), además de que la restricción de los DD.FF. asociados a este estado de excepción sería desproporcional a su objetivo.

inconstitucionales por el TC. Para el Tribunal dichas medidas sólo podían adoptarse en estados de excepción constitucional y no en casos de normalidad constitucional”³⁶⁸.

Es importante resaltar también que la restricción o suspensión de derechos básicos es, aunque co-sustancial al estado de excepción, también el principal punto de preocupación por el mismo. Por ello es que como herencia de regímenes dictatoriales estos se han utilizado para restringir o suspender aún más derechos de los que histórica y teóricamente se ha resuelto. Un ejemplo de ello es que la Ley de Reforma N° 20.050 del año 2005 que reformó la actual Constitución de dictadura en la materia redujo considerablemente el listado de derechos que podían ser afectados en ellos y, particularmente, en lo que respecta al fortalecimiento de la defensa judicial de las personas agraviadas.

Así, relata Ríos que: “En el estado de asamblea la autoridad no puede, ahora, suspender o restringir la libertad de información y la de expresión, como ocurría originalmente. Tampoco, en este estado excepcional, puede restringir el derecho de sindicación. En el estado de sitio el Presidente no puede, en la actualidad, trasladar a las personas de un punto a otro del territorio nacional, lo que daba origen a la ominosa institución de la relegación en virtud de la cual una persona podía ser confinada a cualquiera localidad urbana del país, quedando desprovista no sólo de su sustento sino también de su entorno familiar y de toda conexión con su medio social; en cambio, puede restringir la libertad de locomoción. Tampoco el Presidente puede prohibir a determinadas personas la entrada y salida del país ni expulsarlas del territorio nacional, como ocurrió con frecuencia durante el régimen militar dando origen al exilio masivo de los opositores al gobierno a los más diversos países de América y de Europa”. Por último, añade que “La más agravante circunstancia de estas medidas es que ellas mantenían 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”³⁶⁹. En el mismo estado de excepción tampoco se puede actualmente suspender ni restringir la libertad de información y de expresión ni restringir el ejercicio de los derechos de asociación y de sindicación ni imponer censura a la correspondencia y a las comunicaciones; cuestiones que sí estaban consideradas en la original Constitución de 1980.

³⁶⁸ CORDERO, *Op. Cit.*, 2021.

³⁶⁹ RÍOS, *Op. Cit.*, 2009, p. 290.

Así también, en los estados de catástrofe no se puede, actualmente, restringir la libertad de reunión como ocurría originalmente. Y, por último, en el estado de emergencia no se puede en la actualidad prohibir a determinadas personas la entrada y salida del territorio; tampoco puede suspender el derecho de reunión ni suspender o restringir la libertad de información y de opinión. Se limita el mismo a restringir las libertades de locomoción y de reunión.

En torno a la misma reforma, ésta concretó un apunte que parece esencial resaltar. Siguiendo los criterios internacionales³⁷⁰, el recurso de *habeas corpus* no es un recurso que se suspenda en ningún estado de excepción constitucional. Ello es relevante porque parece ser que, pese a la suspensión de ciertos derechos, un derecho “insuspendible” ni imposible de restringir, al menos en teoría, es el derecho justamente a la tutela judicial efectiva. Así el artículo 27 de la Convención Americana sobre derechos Humanos establece: “Art. 27. Suspensión de Garantías: 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: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la vida); 5 (Derecho a la integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y servidumbre); 9 (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), y 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 Parte en la presente Convención, por conducto del secretario General de la

³⁷⁰ NACIONES UNIDAS, *Op. Cit.* Asimismo, tanto en el Pacto de Derecho Civiles y Políticos como en la Convención Americana de Derechos Humanos no existiría posibilidad de suspender el derecho a la tutela judicial efectiva.

organización de los Estados americanos, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido”³⁷¹.

La Constitución del 80 original no cumplía dicho criterio: el mismo no era procedente en los estados de asamblea y de sitio, respecto de las medidas adoptadas por la autoridad competente con sujeción a las normas establecidas por la Constitución y la ley. El recurso de protección tampoco procedía, en ninguno de los estados de excepción, respecto de los actos o medidas adoptados por la autoridad con sujeción a la Constitución y a la ley, que afectaran a los derechos constitucionales afectados en ellos. Como indica Ríos, “en resumen, bajo la Carta original de 1980, los derechos fundamentales de las personas quedaban a la intemperie en los estados de crisis”³⁷².

Esto parece esencial porque, en definitiva, la protección de DD.FF. no se suspende en la medida en que existen ciertos derechos que, por su naturaleza, están impedidos de aquello (y, por ende, la garantía judicial para resguardarlos se mantiene). Esto lo reafirma, inclusive, el control jurídico que ha realizado recientemente la Corte Suprema y que hemos ya reseñado (Ccsos Misa Dominical y Librerías). Ello delimita una cuestión trascendental respecto de los estados de excepción, y que es, justamente, que el control jurídico es consustancial a estos. Aunque parezca contradictorio con la práctica en la materia, la tendencia reafirma una cuestión prioritaria: la búsqueda por “regular” la excepción pasa, necesariamente, por el derecho de las personas a que se controle la acción estatal en ella.

iv. La posibilidad de un control jurídico de la actuación bajo la excepción

Como se ha evidenciado, la cuestión respecto de la posibilidad del control jurídico de las medidas bajo la excepción no es, sin embargo, su existencia sino su alcance. Su posibilidad hoy en el mundo no está cuestionada, sino que sus límites. En tal sentido, lo expuesto nos da cuenta

³⁷¹ La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sobre este punto, ha destacado que las afectaciones (limitaciones, suspensión o restricción de derechos) en tiempos de excepción constitucional deben cumplir con ciertos requisitos esenciales: la proclamación (es decir, deben publicarse, para conocimiento de los ciudadanos, las medidas y responsabilidades sobre estas) y la notificación, que implica informar a los otros estados sobre dichas afectaciones y sus razones y fechas.

³⁷² Ríos, *Op. Cit.*, 2009, p. 290.

de un panorama más o menos orgánico en torno a dicha cuestión, y que da cuenta de varias confusiones conceptuales que hemos intentado aclarar.

En primer lugar, una confusión general en torno a la dinámica y el estándar de control de la declaración de la excepción y la de los actos bajo ésta. Como se ha apreciado, el estándar a nivel constitucional tanto nacional como comparado es distinto y, además, ello deriva lógicamente de su ordenación jurídica: el momento de la declaración sería el acontecimiento que hace efectivo un “derecho de la excepción”; mientras que los actos bajo ésta ya se rigen sobre dicho derecho (además del derecho normal, en lo que respecta a los demás ámbitos de la vida social). La confusión implica algo institucionalmente relevante: el uso, para controlar los actos bajo la excepción, de los estándares que originalmente se entienden para controlar la declaración de ésta. Ello ha significado, al menos en Chile, un retroceso evidente en la protección de derechos, especialmente porque las Cortes, incluso bajo un régimen constitucional que sí hace la distinción y permite el control judicial efectivo, salvo excepciones, han terminado por ser indiferentes a la acción estatal, sin controlar especialmente los actos con efectos generales, como lo han sido, por ejemplo, las declaraciones de toque de queda en circunstancias de tensión política evidente en el país.

La segunda cuestión evidenciada dice relación con la protección de DD.FF. En la práctica, es éste el núcleo sobre el cual radican tanto las potestades extraordinarias que otorga la excepción como, también, la crítica y desconfianza respecto del uso de dichas herramientas constitucionales. En el caso de derechos y casos particulares, habida cuenta de que éste se erige como un derecho absolutamente primordial en el estado de derecho, la tutela judicial efectiva, salvo excepciones realmente preocupantes³⁷³, ha sido generalmente corroborada y tomada en consideración. Así, la Corte IDH ha señalado en relación a la obligación de los estados sobre la tutela judicial efectiva que deben “garantizar a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso

³⁷³ Sobre esto, el caso paradigmático es el terrorismo y el derecho de guerra, donde históricamente la noción de *habeas corpus* ha sido suprimida. Un buen análisis en el período actual, especialmente en torno a terrorismo, se encuentra en los trabajos de Amanda L. Tyler sobre la noción de “*suspension clause*” como poder del Ejecutivo para detener ciudadanos sin cargos criminales y retener por largo tiempo sin proceso en caso de guerra, y la historia del *habeas corpus*. Véase: TYLER, Amanda L. *Habeas Corpus in Wartime: From the Tower of London to Guantanamo Bay*. New York, Oxford University Press, 2017; TYLER, Amanda L. *Habeas corpus: a very short introduction*. New York: Oxford University Press, 2021; TYLER, Amanda L. *The Forgotten Core Meaning of the Suspension Clause*. *Harvard Law Review*, vol. 125, 2012, pp. 91-1017.

judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, reconocidos ya sea en la Constitución, en las leyes o en la Convención”³⁷⁴.

Se ha ejercido, en tal sentido, un control efectivo al garantizar derechos básicos, cuestión que no solo se juzga en la medida en que se “resguarda” un derecho (en tal sentido, la trampa del control judicial efectivo sería que toda posible limitación a un derecho sería inconstitucional), sino que más bien se pondera dicha limitación al mismo en razón del derecho vigente, evitando que la actuación estatal sea ilegal o arbitraria. Sin embargo, en lo que atinge principalmente a decisiones de carácter general (como el ejemplo ya dado, toque de queda; protocolos de uso de la fuerza en tiempos de excepción; restricciones a la propiedad y el libre flujo de bienes y servicios, entre otras), los jueces han tendido a lo que hemos llamado tentativamente una “deferencia extrema”. Ésta tiene como principal consecuencia que, principalmente en momentos de alta tensión social o conflictividad como lo es un estado de excepción, los DD.FF. más básicos (especialmente ligados a la libertad personal) sean restringidos o suspendidos sin mayor control jurídico sobre estos, permitiendo a la larga la posibilidad cierta de arbitrariedad y vulneración de derechos.

Sobre lo anterior, es dable recordar las preguntas que se plantea K. D. Bracher³⁷⁵ en torno a los estados de excepción:

1. ¿Quién será competente para declarar la situación de emergencia, o la necesidad de un estado de excepción?

La declaración de estado de excepción debe quedar resumida a un órgano supremo que no fuese revestido de poderes extraordinarios.

2. ¿Cuándo surge el estado de excepción y cómo puede definirse?

Las situaciones de “peligros inminentes” quedan cubiertas por conceptos jurídicos indeterminados, por lo que es imperiosa la prudencia política y el funcionamiento de controles eficientes.

3. Qué significa en realidad el estado de excepción?

³⁷⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Caso Lagos del Campo Vs. Perú. Sentencia de 31 de agosto de 2017, 2017.

³⁷⁵ BRACHER, K. D., Estado de Excepción, en SILLS, David. Enciclopedia Internacional de Ciencias Sociales, Vol. 4, 1973, pp. 471-473.

- a) Concentración de funciones y atribuciones y delegación en autoridades civiles y militares.
 - b) Dictadura temporal.
4. ¿Qué controles deben conservarse y cuáles deben introducirse para reducir los peligros inherentes a cualquiera de estas soluciones?
- a) Control social de opinión pública y de medios de comunicación.
 - b) Control político pleno.
 - c) Control jurídico y judicial con plena justiciabilidad de los actos estatales de excepción
5. ¿Cómo termina el estado de excepción?
- a) Hipótesis fáctica tasada y con determinación temporal en lo posible.
 - b) Intervención del Parlamento, para declarar su cesación.

Como indica Zúñiga, dicho test tiene dos ejes: un contenido garantista del Derecho de Excepción y, por otro lado, la búsqueda de un equilibrio Gobierno - Congreso Nacional en la decisión acerca de los estados de excepción o recurso a un instituto excepcional. El segundo eje corresponde, sin duda, a la cuestión respecto de la declaración y, también, el control político del mismo. El primero, sin embargo, parte de una base ideológica sensata y coherente con lo que hemos ya analizado como el ideario político moderno occidental: la idea de garantismo frente al poder extremo y extraordinario del “soberano” en la excepción. Dicho de otra manera, el garantismo no es más que la reafirmación del Derecho frente a la Excepción: es el intento – siempre algo fútil- de normalizar la política en su expresión más pura³⁷⁶.

En tal sentido, dicha perspectiva nos daría cuenta de una manifiesta posición en torno al control jurídico de las medidas bajo la excepción: que éste no puede abandonar el derecho. Así, con Cruz Villalón, la protección extraordinaria del Estado mediante el Derecho de Excepción tiene un auténtico sentido: “no como suspensión de la libertad y el derecho *tout court* -la Constitución, en una palabra-, sino como suspensión de unos determinados derechos y unas determinadas libertades (libertades políticas) en razón de otros determinados derechos y libertades (los derechos civiles) que son siempre la razón de ser del Estado y lo que justifica su defensa tanto

³⁷⁶ ZÚÑIGA, *Op. cit.*, 2005, pp. 188-189.

ordinaria como extraordinaria”³⁷⁷. Así, aparece, especialmente en lo que respecta a la actuación “bajo” la excepción, una necesidad real –que, como hemos reseñado, se deriva de la existencia misma de la excepción frente al derecho- por controlar la excepción desde la normalidad, especialmente cuando ello deriva en el control de los derechos y libertades más básicos para la vida social.

Como indica notablemente Zúñiga, junto a la deferencia y la concepción de la separación/equilibrio de poderes que los jueces deben tener en cuenta, existe también una “necesidad de someter a legalidad objetiva a la defensa o protección extraordinaria del Estado, y distinguir entre la Constitución que admite y la que no admite la “suspensión”. La racionalización del Derecho de Excepción hace de la dictadura constitucional una dictadura comisaria o parlamentaria y una dictadura legislativa”³⁷⁸. Ello, como hemos visto, da cuenta de un núcleo central en torno a la figura de la excepción –especialmente en países donde se exagera su uso, como puede ser Chile³⁷⁹–: la necesidad ideológica, aunque con importantes fundamentos históricos y jurídicos, de dar paso de un constitucionalismo liberal, enraizado en la figura del garantismo, a lo que Zúñiga llama un constitucionalismo social. Dicho tránsito implica, sin duda, la apertura –especialmente de jueces y actores dentro del sistema de justicia, pero también legisladores y ejecutivo- de resguardar lo que sería el “corpus” de garantías que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos obligatoriamente integra a nuestro sistema jurídico, reconociendo entonces la garantía de “la sólida tutela de un plexo de derechos inderogables o intangibles, derechos que por su contenido exceden los tradicionales derechos civiles” en el derecho de excepción.

c. La responsabilidad del Estado sobre el Estado de excepción

i. Distinciones relevantes y regulación de la responsabilidad respecto de actos bajo la excepción y su declaración

³⁷⁷ CRUZ VILLALÓN, Pedro: Estados Excepcionales y Suspensión de Garantías. Edit. Tecnos S.A., Madrid, 1984, p. 443.

³⁷⁸ ZÚÑIGA, *Op. Cit.*, 2005, p. 189.

³⁷⁹ Considérese que solo desde 2019 a la fecha se han decretado tres estados de emergencia (Estallido social, Zona Norte y Zona de la Araucanía), y varios estados de catástrofe (COVID, incendio en Viña del Mar, Incendio en zona centro sur).

Por último, cabe hacer mención particular, aunque breve, de un elemento alternativo del control judicial que no tiene relación sólo con el control de actos bajo la excepción, sino también con la declaración misma. En este caso, estudiaremos el estatuto de responsabilidad por los actos bajo la excepción o, inclusive, por la declaración misma de ésta, en el entendido de que es un estatuto que opera –al menos en la mayoría de los casos, dados los tiempos del proceso y también el factor lógico en torno a la operación de la responsabilidad- *ex post* a la excepción.

Como sabemos, hay que primero distinguir entre las distintas formas de responsabilidad. Para ello nos atendremos a las clasificaciones que de la misma realiza Barros: por un lado, estará la responsabilidad civil, penal y administrativa del Estado.

En torno a la responsabilidad penal y administrativa, por ser principalmente estatutos de responsabilidad personal³⁸⁰, no nos referiremos en detalle, ya que estas dicen relación con conductas que impliquen delitos penales o infracciones a la legalidad por partes de agentes del Estado. En tal sentido, y como bien se ha demostrado, a nivel nacional y comparado los estatutos de responsabilidad en torno a los estados de excepción han transitado desde la inmunidad absoluta (basada en la doctrina del acto político), a un estatuto de plena responsabilidad personal. El mismo también se deriva de las recomendaciones internacionales, como lo son, por ejemplo, los llamados principios de Siracusa³⁸¹.

En el caso chileno, como ya se ha señalado, el tránsito es correlativo a la evolución constitucional hacia la democracia. Así, desde el paso de la llamada inmunidad, sólo se contempla la responsabilidad patrimonial del Estado, conforme al artículo 45° inciso 2° que establece, ya citado, al señalar que: “Las requisiciones que se practiquen darán lugar a indemnizaciones en conformidad a la ley. También darán derecho a indemnización las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad cuando importen privación de alguno de sus atributos o facultades esenciales y con ello se cause daño”.

³⁸⁰ Como veremos más adelante, la diferencia esencial de cara a la responsabilidad civil, es que el Estado -como ente- no tiene responsabilidad penal ni administrativa, sino que son sus funcionarios los que pueden tenerla. Las dos, en parte, comparten el mismo fundamento (con una profunda discusión, eso sí, al respecto): el *ius puniendi* es precisamente del Estado, por lo que no puede sancionarse a sí mismo. Ello no excluye causales de responsabilidad por el hecho ajeno, y responsabilidades políticas.

³⁸¹ Señalan: “Los órganos o agentes del Estado responsables del mantenimiento del orden público estarán sometidos a controles en el ejercicio de sus atribuciones a través del Parlamento, los tribunales u otros órganos competentes independientes”, NACIONES UNIDAS, Principios de Siracusa, *Op. Cit.* Punto 14 en torno a las cláusulas de limitaciones al Pacto.

Por su parte, la LOC N° 18.415 sobre los Estados de Excepción, que regula esta materia, establece que habrá lugar a la indemnización de perjuicios en contra del Fisco, siempre que los mismos sean directos. Sin embargo, y sobre estas acciones –consecuentemente con la tesis planteada en torno a que son posteriores al estado de excepción mismo o a sus medidas-, establece que “la interposición de dicha acción no suspenderá, en caso alguno, la respectiva medida” (art. 17°). En el caso de las limitaciones que se impongan al derecho de propiedad, bastará que la autoridad notifique al afectado dejándole copia del documento que dispuso la respectiva limitación (art. 18° inc. 2°).

Por su parte, entorno a la indemnización, la propia ley señala en su art. 19 que “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”. Siguiendo la lógica de las reglas de expropiación, en caso de no lograrse acuerdo el afectado puede recurrir dentro del plazo de 30 días ante el Juez Civil competente, siguiendo un juicio incidental y en caso de fijarse indemnización, ésta debe ser pagada en dinero efectivo y al contado. Por último, señala que la acción indemnizatoria prescribe en el plazo de un año a contar de la fecha de término del estado de excepción que dio origen a la medida que ocasionó el perjuicio.

De esta forma, y de acuerdo con Ríos, “exceptuando las normas sancionatorias existentes en el derecho penal y en el derecho administrativo”, no existe en Chile una norma de derecho público “que establezca la responsabilidad de las autoridades y funcionarios por los abusos y extralimitaciones que puedan cometer en el ejercicio de las facultades extraordinarias que se les otorgan en los estados de excepción constitucional”³⁸². Asimismo, no existe una norma específica respecto de responsabilidad del Estado sobre estos casos, la que entonces seguirá las reglas generales.

A nivel de derecho comparado, cabe citar el art. 214° No 5 de la Constitución de Colombia que prescribe: “El Presidente y los Ministros serán responsables cuando declaren los estados de excepción sin haber ocurrido los casos de guerra exterior o de conmoción interior, y lo serán también, al igual que los demás funcionarios, por cualquier abuso que hubieren cometido en el ejercicio de las facultades a que se refieren los artículos anteriores”. Como reseña Ríos, “similar

³⁸² Ríos, *Op. Cit.*, 2009, p. 294.

causal de responsabilidad del Presidente de la República y de los Ministros de Estado establece el artículo 215º, inciso 8º, con respecto a la declaración infundada del estado de emergencia y a los abusos que se cometieren en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno en dicho estado”³⁸³. Ello demuestra la contemplación, a nivel constitucional, tanto de la responsabilidad política como extracontractual respecto de los abusos cometidos e, inclusive, la responsabilidad respecto de la declaración.

En tanto, la Constitución española en su art. 55 que trata “De la suspensión de los derechos y libertades”, prescribe en su inciso final que “La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes”³⁸⁴. A ello hay que añadir la profusa jurisprudencia y doctrina sobre responsabilidad del Estado por violaciones a los derechos de la Convención Europea de Derechos Humanos, que ha sido una importante discusión en las últimas décadas³⁸⁵.

En un sentido parecido al anterior, el artículo 141 de la Constitución de Brasil establece: “Cesado el estado de defensa o el estado de sitio, cesarán también sus efectos, sin perjuicio de la responsabilidad por los ilícitos cometidos por sus ejecutores o agentes”.

Por último, como último ejemplo a nivel histórico, el artículo 112 de la Constitución de Bolivia, que se refiere a los efectos del estado de sitio, establece que: “Los ejecutores de órdenes que violen estas garantías podrán ser enjuiciados en cualquier tiempo, pasado que sea el estado de sitio, como reos de atentado contra las garantías constitucionales, sin que les favorezca la excusa de haber cumplido órdenes superiores”.

Dicho lo anterior, en Chile no existe una norma que establezca directamente responsabilidad respecto de la toma de decisión de las medidas de excepción o, inclusive –como el caso colombiano- de declaración de la excepción misma. Como he indicado, la falta en la responsabilidad política dice relación estrecha con la historia constitucional chilena en torno al derecho de excepción: el tránsito de un derecho de excepción hiper-presidencialista, de

³⁸³ Ibidem

³⁸⁴ La Ley Orgánica citada es la No 4/1988 de 25 de mayo, sobre Enjuiciamiento Criminal.

³⁸⁵ Véase un buen análisis de la discusión en COBREROS MENDAZONA, E. La obligación de los Estados miembros de indemnizar por su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, BOE, Madrid, 2020.

dictadura, a un tránsito mediato al régimen democrático que, sin embargo, no se ha concretizado del todo. Dicha falta se da, justamente, en la no actualización de la ley orgánica constitucional vigente en la materia.

Así, y en torno a la responsabilidad de los jefes de defensa y sus atribuciones, indica Bassa que, aunque dichos estados están regulados a nivel constitucional y de ley, “la práctica institucional ha evidenciado que no existe plena claridad respecto de la distinción entre las atribuciones presidenciales de excepción y las atribuciones que pueden ejercer los jefes de la defensa designados por el presidente”³⁸⁶. Dicha cuestión en torno a la responsabilidad no es baladí, dado que al nombrar dicha autoridad militar, las autoridades civiles se terminan “desentendiendo” de la responsabilidad, generando lo que Bassa entiende como un amplio margen de discrecionalidad para la autoridad militar: “(...) en la práctica, el despliegue de la fuerza militar ha sido el principal factor de afectación de los derechos, sin que el contenido de dichas actuaciones pueda ser reconducido con claridad hasta una delegación de las facultades presidenciales. Esto termina por diluir la responsabilidad política sobre estas actuaciones, generando el escenario ideal para el giro autoritario en la gestión de la excepción, que permite dirigir el poder estatal contra diversas formas de crítica o disidencia política”³⁸⁷. Esta cuestión, como indica Heiss, es trascendental: porque la respuesta militar a los distintos tipos de crisis sociales o naturales regulada de la forma en la que está actualmente pone en duda el principio de subordinación al poder civil democrático³⁸⁸. Como indican Contreras y Salazar, ello redundaría en que “(...) La obediencia y no deliberación de los cuerpos castrenses implica la subordinación a las decisiones del poder civil, la apoliticidad en las decisiones adoptadas por estas, y en la no injerencia o favoritismo sobre posiciones políticas que pueden esgrimirse por determinados sectores en la deliberación pública”³⁸⁹.

De lo anterior se desprende un problema importante de cara al control jurídico, que, entonces, va más allá de la mera responsabilidad política, como vemos. Este panorama demuestra algo que hasta hoy sigue ocurriendo: en general y a nivel comparado el rol de control político le compete

³⁸⁶ BASSA, Jaime. “Emergencia y estados de excepción constitucional”, en Contreras, Pablo (editor), *La ley de la emergencia. Ensayos sobre el derecho, la excepción y la pandemia*. Santiago: Der Ediciones, 2021, pp. 19-20.

³⁸⁷ *Ibidem*.

³⁸⁸ HEISS, *Op. Cit.* 2020a, p. 66.

³⁸⁹ CONTRERAS, Pablo y SALAZAR, Sebastián. “Obedientes y No Deliberantes”: Fuerzas Armadas, Autonomía y Control Democrático en Chile”. *Ius et Praxis*, vol.26, n° 2, 2020, pp. 247.

al Congreso, el que sin embargo no tiene tantas atribuciones directas y es, más bien, un rol fiscalizador mediano, recayendo la responsabilidad principalmente en el Presidente y a quienes presuntamente delega sus facultades. Ello implica que el diseño de responsabilidades, al no existir siquiera un campo expreso que regule éstas, queda indeterminado. Dicha indeterminación deriva, finalmente, y como hemos podido ver latamente en esta investigación, en una discrecionalidad más bien “fuerte” en la toma de decisión que, por tanto, habida cuenta de la dificultad de su tratamiento, tiende a evitar el control jurídico, inclusive su expresión a nivel constitucional.

ii. Aspectos generales sobre la responsabilidad civil extracontractual del Estado

La responsabilidad civil extracontractual del Estado por actos bajo la excepción o por la declaración misma es uno de los aspectos más relevantes a considerar en torno a lo que hemos ya definido como control jurídico. En tal sentido, es importante resaltar brevemente la regulación y jurisprudencia (en este caso, chilenas) en la materia porque ello, intentaremos probar, evidencia uno de los principales aspectos sobre los cuales la comprensión de la excepción se ha desarrollado. Así, estudiaremos brevemente (i) sus fundamentos; (ii) los regímenes de responsabilidad más importantes; (iii) y la jurisprudencia (escasa) en la materia.

Sabemos que la responsabilidad es un principio general del derecho³⁹⁰, que se manifiesta, en este caso, también en las actuaciones del Estado que generan un daño o lesión. En tal sentido, y a propósito de los distintos tipos de responsabilidad, es especialmente relevante el caso de la responsabilidad del Estado administrador, cuyo régimen de responsabilidad se basa en la llamada falta de servicio³⁹¹, cuestión que estudiaremos en detalle. Lo anterior, porque de los tres poderes (y, por ende, tres formas básicas de responsabilidad del Estado), estamos en frente, en principio, de la responsabilidad sólo del poder ejecutivo, que se regula a través de la responsabilidad del Estado administrador. Si bien la declaración de un estado de excepción es un acto legislativo

³⁹⁰ DUCCI, Claro, Carlos. Derecho Civil parte general. (4^o edición) Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002, pp. 33-38.

³⁹¹ CORRAL TALCIANI, Hernán. Lecciones de responsabilidad civil extracontractual, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011, pp. 298 y ss.

también (o su renovación), en algunos casos de estado de excepción, en principio excluimos su análisis por ser dicho estatuto rechazado a nivel doctrinal y jurisprudencial, al menos en Chile³⁹².

Sin embargo, y como toda responsabilidad civil, tiene un propósito limitado, que no es otro que reparar un daño. Por ello, y siguiendo a Valdivia, sabemos que su procedencia no es otra que “la concurrencia de tres requisitos: (a) *daño* (que según algunos es “el alfa y el omega de la responsabilidad civil”), (b) una relación de *causalidad* que vincule a ese daño con el hecho que lo provoca y (c) un *hecho imputable* a la administración que, en general, pero no siempre, debe ser objeto de un juicio de reproche”³⁹³.

En Chile –y en gran parte del mundo occidental, con excepción del *common law*– la responsabilidad civil está tratada en el Código Civil (en Chile, en su Libro IV, Título XXXV, arts. 2314 y ss.). Sin embargo, al tratar de la responsabilidad del Estado y, por ende, el patrimonio es fiscal, en principio el Código Civil no sería aplicable. Las normas que lo regulan están, más bien, en la Constitución Política: su sustento normativo se encuentra en el artículo 38 inciso segundo de dicho cuerpo normativo, además de los artículos 4 y 42 de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

Así, sabemos que en el derecho privado la responsabilidad reposa fundamentalmente sobre la idea de culpa (Código Civil, arts. 2314 y siguientes). Sin embargo, dicho requisito puede ser muy complejo de probar en algunas circunstancias, por lo que desde el siglo XIX a la fecha se han buscado fórmulas que den cuenta de una manera más coherente de los riesgos que la actividad que se intenta regular implique. Como señala la doctrina, dicha búsqueda se explica “por la necesidad de equilibrar de manera idónea los riesgos que los agentes provocan en el desarrollo de determinadas actividades y, también, por la posición más o menos protegida de estos agentes

³⁹² La llamada REL (Responsabilidad del Estado Legislador) sí tiene cabida en otros países, como lo es España, en el artículo 32 del Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que establece: “La responsabilidad del Estado legislador podrá surgir también en los siguientes supuestos, siempre que concurren los requisitos previstos en los apartados anteriores: a) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma con rango de ley declarada inconstitucional, siempre que concurren los requisitos del apartado 4. b) Cuando los daños deriven de la aplicación de una norma contraria al Derecho de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5.”. Véase TEJERA, Evangelina & HERRERA, Pedro Manuel. La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español. Boletín Mexicano de Derecho Comparado, 47 (141), 2014, pp. 1.137-1.164. Para un análisis del caso chileno (que siempre ha sido negada jurisprudencialmente), véase: NUÑEZ LEIVA, José Ignacio. La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador por leyes declaradas inconstitucionales. Santiago de Chile: Librotecnia, 2011.

³⁹³ VALDIVIA, José Miguel. Manual de Derecho Administrativo. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, p. 428.

en la sociedad, y en la actividad específica que desarrollan o a la que se ven expuestos”³⁹⁴. Así es que se crearon regímenes sin culpa (por ejemplo, accidentes nucleares, entre otros), lo que ha llevado a la clasificación más relevante sobre este punto: (a) la regla general, que serían los regímenes de responsabilidad por culpa, y (b) los regímenes excepcionales de responsabilidad sin culpa, o también llamada estricta u objetiva.

En el caso del derecho público la historia es similar. Se han propuesto básicamente dos regímenes de responsabilidad (que implican, por tanto, que la relación entre el daño con causalidad y la acción dependen de si dicha acción se realizó con algún elemento adicional³⁹⁵). Existe uno general, denominado “falta de servicio”. Pero también existen casos excepcionales de responsabilidad sin culpa o estricta.

En Chile al menos, y a propósito de la Constitución del 80, se propuso por algunos autores el establecimiento de un régimen general de responsabilidad estricta (u objetiva, como le llamaron) para el Estado, basado en una determinada interpretación de la normativa vigente. Dicha visión corresponde a especialmente a la propuesta por Eduardo Soto Kloss, quien sostiene que ante la llamada “primacía originaria de la persona humana” por sobre cualquier otra consideración, incluso sobre el Estado, esta implicaría un criterio interpretativo aplicable a toda cuestión jurídica, por lo que la responsabilidad del Estado sería objetiva, al ser una una de las principales garantías de los ciudadanos frente a la Administración. La fórmula propuesta, ante un daño causado por el victimario, “es directa y no requiere subdistinciones, resulta inútil investigar el fuero interno del funcionario que perpetra materialmente la lesión. La falta personal y de servicio adoptan un rol complementario en la determinación del fundamento de la responsabilidad”³⁹⁶.

Así, y según esta teoría, el fundamento de la responsabilidad “no tiene que ver con la búsqueda de un reproche motivacional o psicológico del victimario, ya que la necesidad de restitución se produce automáticamente al causarse un daño antijurídico”³⁹⁷. Lo anterior significa que la culpa

³⁹⁴ VALDIVIA, *Op. Cit.*, p. 430. Véase también BARROS BOURIE, Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual. (2º edición), Tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2020, pp. 445-480.

³⁹⁵ Gordillo señala “La antijuridicidad se mide entonces no en quien realiza la actividad (...) sino que es antijurídico que un usuario, consumidor o administrado deba sufrir perjuicios a consecuencia de la relación de servicio, consumo o administración” GORDILLO, *Op. Cit.*, II. XX, 2006, p. 18.

³⁹⁶ ENTEICHE ROSALES, Nicolás. El fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado administrador en Chile: Revisión de la evolución jurisprudencial (1999-2010). *Actualidad Jurídica*, 23, 2011, p. 113.

³⁹⁷ ENTEICHE, *Op. Cit.* p. 112.

no sería un requisito para determinar la posibilidad de indemnización. Entre aquellos que sostienen la existencia de este estatuto jurídico estarían los profesores Hugo Caldera³⁹⁸, Osvaldo Oelkers³⁹⁹ y Gustavo Fiamma⁴⁰⁰ apoyan la existencia de una teoría Objetivo Constitucional⁴⁰¹.

Como señala Valdivia, “la jurisprudencia en los años 1980 recogió algunas de las enseñanzas de la doctrina de la época y pretendió configurar algunas hipótesis de responsabilidad sin culpa. El mejor ejemplo es el clásico caso Galletué, en que el Estado dispuso la prohibición de explotación de la araucaria araucana, con consecuencias pecuniarias importantes para un predio forestal que explotaba sólo esa especie arbórea y tuvo que paralizar su actividad económica; el Estado debió responder en ese caso”⁴⁰².

Sin embargo, según la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia actual en Chile, la responsabilidad del Estado solo excepcionalmente sería estricta. Ello lleva a una necesidad evidente de que el sistema sea, por regla general, público, que se explica sustancialmente por el sujeto obligado: el Estado. Al estar éste imponiendo cargas (que, en principio, son legítimas), salvo en los casos que éstas sean ilegales (que no pueden descartarse hipótesis de responsabilidad estricta⁴⁰³), las actuaciones por regla general atenderán más bien a la culpa o, en este caso, la falta de servicio.

Dicha noción tiene como origen el sistema francés⁴⁰⁴. En este caso, el fallo “Blanco”, del Tribunal de Conflictos francés, es aquel que declara el divorcio de la REEA con el Derecho Civil. Ello se explicaría por una “necesidad de contar con elementos propios de Derecho Público

³⁹⁸ CALDERA DELGADO, Hugo. Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982, pp. 44–46, el mismo autor concluye de igual forma que Soto Kloss, pero en virtud de la “Teoría del Órgano”, pp. 206–208.

³⁹⁹ OELKERS CAMUS, Osvaldo. La responsabilidad civil extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio, Revista Chilena de Derecho, número especial, 1998, pp. 347 y ss.

⁴⁰⁰ FIAMMA OLIVARES, Gustavo. La acción de responsabilidad y la responsabilidad por la falta de servicio, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 16 N° 2, 1989, pp. 434–437; de igual forma ARTEAGA ECHEVERRÍA, Ignacio. “La responsabilidad extracontractual de la administración del Estado por el daño antijurídico: acercando posiciones” en Gaceta Jurídica, No 329, 2007, pp. 26 y ss.

⁴⁰¹ Para más autores que propugnan dicha doctrina, véase ENTEICHE, *Op. Cit.*, p. 114, nota 16.

⁴⁰² VALDIVIA, *Op. Cit.*, p. 430.

⁴⁰³ VALDIVIA, *Op. Cit.*, p. 431.

⁴⁰⁴ PIERRY ARRAU, Pedro. La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio, en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado No 1, 2000, pp. 13–16; CALDERA, *Op. Cit.*, pp. 397–435; VALDIVIA, José Miguel, Nuevas fronteras de la falta de servicio, en Gaceta Jurídica No 301, 2005, pp. 7–16. Citados en ENTEICHE, *Op. Cit.*, p. 114.

para conciliar al Estado con la persona determina a éste como los demás fallos franceses en materia administrativa”⁴⁰⁵.

La primera noción de dicho estatuto sería de carácter subjetivo, basada sobre el concepto de falta y referiría al incumplimiento de un deber de funcionamiento que causa daño⁴⁰⁶. En este caso, la imputación no se efectúa sobre el o los agentes determinados que ocasionan el daño (lo que llevaría a la ya referida distinción con la responsabilidad personal); sino que se reprocha la falta, en cambio, al servicio público entendido como “actividad jurídica o material emanada de los poderes públicos”⁴⁰⁷. En tal sentido, al menos en el caso francés, la responsabilidad objetiva o, en este contexto, sin falta de servicio, solo sería un régimen residual o excepcional⁴⁰⁸.

En el caso de Chile el mayor exponente es don Pedro Pierry Arrau⁴⁰⁹. En torno a este concepto, se ha sostenido que constituye un factor de atribución de responsabilidad caracterizado porque el servicio no actúa debiendo hacerlo, actúa mal o tardíamente⁴¹⁰. Algunos entienden ello derivado incluso de la noción de culpa objetiva, ya que permitiría calificar de defectuoso o no el acto o conducta realizado por el respectivo servicio en consideración a su estándar⁴¹¹. Así, dicho

⁴⁰⁵ ENTEICHE, *Op. Cit.*, p. 114. “Considerando que la responsabilidad que puede incumbir al Estado por los perjuicios causados a los particulares por el hecho de las personas que él emplea en el servicio público, no puede estar regida por los principios establecidos en el Código Civil, para las relaciones de particular a particular; Que esta responsabilidad no es ni general ni absoluta; que ella tiene sus reglas especiales que varían según las necesidades del Servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”. El fallo Blanco fue emitido por el Tribunal de Conflictos Francés el 8 de febrero de 1873, citado en CALDERA, *Op. Cit.*, pp. 394–396. Véase además PIERRY, *Op. Cit.*, p. 15.

⁴⁰⁶ La doctrina lo afirma en diversas formas: “En síntesis, puede decirse que la concepción francesa sobre la responsabilidad del Estado por actos y hechos administrativos se apoya en la idea de falta, concebida como el funcionamiento irregular o defectuoso de la función administrativa (...)” CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires, LexisNexis, 2a edición, tomo I, 2002, p. 483; “así considerada la constituye una mala organización o funcionamiento defectuoso de la Administración (...)” PIERRY, *Op. Cit.*, p. 13; “la falta de servicio consiste en toda falta a las obligaciones del servicio” VEDEL, Georges. *Derecho Administrativo*, Madrid, Aguilar, 1980, p. 303. Citados en ENTEICHE, *Op. Cit.*, p. 115.

⁴⁰⁷ CASSAGNE, *Op. Cit.*, p. 482. Citado en ENTEICHE, *Op. Cit.*, p. 115.

⁴⁰⁸ CASSAGNE, *Op. Cit.*, 483; VEDEL *Op. Cit.*, pp. 310–311. Según Enteiche, Se aplica como fundamento, por ejemplo, en daños causados por trabajos en obras públicas, explosión o municiones en razón del riesgo excepcional, daños por empleo de ciertos objetos por la administración: automóviles, artefactos militares y armas de fuego, daños resultantes de obras militares, etc. En ENTEICHE, *Op. Cit.*, p. 117.

⁴⁰⁹ Véase, por ejemplo, PIERRY, Pedro. ¿Es Objetiva la Responsabilidad del Estado? Estado Actual de la Jurisprudencia”, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado* No 11, 2004, pp. 149–153; PIERRY, Pedro. “Repetición del Estado contra el funcionario”, en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso* XVI, 1995, pp. 349–360 y PIERRY, *Op. Cit.*, pp. 16–39. Luego de ello, como es sabido, el autor fue ministro de la Excelentísima Corte Suprema, influyendo enormemente en la jurisprudencia de su tercera sala.

⁴¹⁰ Ésta ha sido además la comprensión que tiene la jurisprudencia chilena en la materia. CORDERO VEGA, Luis, *Responsabilidad extracontractual de la administración del Estado*, Santiago: Der Ediciones, 2017, pp. 74–75,

⁴¹¹ BARROS, *Op. Cit.*, pp. 501–509.

estándar de conducta, si bien es abstracto⁴¹², se configura principalmente en base a los deberes aplicables a la administración para el caso concreto⁴¹³. Así, “del concepto de falta, como elemento de la esencia, y de la idea que no es posible comprometer la responsabilidad del Estado con la existencia de un vínculo de causalidad, el fundamento objetivo es excepcional, por lo tanto, se excluye una acepción objetiva genérica al fundamento de la REEA”⁴¹⁴.

Lo anterior la diferenciaría de una teoría de la Responsabilidad Objetiva Constitucional, ya que ésta entiende la noción de falta de servicio (dado que ésta está explícita en el ordenamiento jurídico chileno, es inevitable que la contemple) como una falta u omisión en la prestación del servicio mismo que, entonces, genera un daño. Ello implica que incorpora la noción de falta de servicio a lo que sería el actuar (u omisión) lesivo del Estado, y no así en su antijuridicidad, que algunos entienden como un motivo o razón por la que responde y, otros, como ya hemos referido, la entienden en base a un estándar de cuidado determinado que implica una valoración objetiva de la conducta y sus deberes⁴¹⁵.

Si bien ya hemos realizado la distinción, es importante destacar que tal concepto (el de falta de servicio) sirve también para diferenciar lo que sería la responsabilidad del Estado de la responsabilidad del funcionario, o la responsabilidad personal. Así, cualquier actividad del Estado, sin que se pueda identificar un autor material que directamente haya perpetrado el acto u

⁴¹² PIZARRO WILSON, Carlos. “Falta de Servicio. Apreciación in abstracto. Técnica exigible, Jurisprudencia Comentada”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, número 20, 2012, pp. 221 y ss.

⁴¹³ En tal sentido se ha indicado que la falta de servicio supone acreditar en el caso concreto la falta o infracción del servicio público a sus deberes jurídicos ordinarios. Véase FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. “La responsabilidad patrimonial del Estado de Chile: Una revisión panorámica después de casi veinte años de jurisprudencia de la Corte Suprema”, *Revista de Administración Pública*, número 211 2020, p. 387. Citado en PARRA SALAMANCA, Rodrigo y ALVEAL LEIVA, José Guillermo. La construcción del estándar en la responsabilidad de Gendarmería por la jurisprudencia de la Corte Suprema. *Rev. Derecho (Valdivia)* [online], 2022, vol.35, n.1 [citado 2023-02-22], pp. 147. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502022000100145&lng=pt&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502022000100145>

⁴¹⁴ ENTEICHE, *Op. Cit.*, p. 119. Véase la importante jurisprudencia en la materia: Villamán Riquelme con Tiznado Quintana y otro, Corte de Apelaciones de Concepción (2009) rol N° 917-2007, considerando decimocuarto; Toloza Ramírez y otro con S.S Bío-Bío. Corte de Apelaciones DE CONCEPCIÓN (2009), rol N° 4651-2005, considerando tercero; Hidalgo Briceño y otros con S.S de Valparaíso y otros Corte Suprema (2008) rol N° 1976-2007, considerando decimosexto; Leva Anino con S.S de Coquimbo, CORTE de Apelaciones de la Serena (2008) rol N° 240-2008, considerando quinto; Empresa Constructora INGEMET S.A con I. Municipalidad de Lota, Corte de Apelaciones de Concepción (2008), rol N° 4198-2003, considerando segundo; Sánchez Otárola con I. Municipalidad de Los Ángeles, Corte de Apelaciones de Concepción (2008), rol N° 1105-2003, considerando tercero; Franchini Pasten con S.S de Valdivia, Corte Suprema (2008), rol N° 5667-2006, en la sentencia de reemplazo, considerando décimo; Morozin Bajcic con Fisco de Chile, Corte Suprema (2008), rol N° 4647-2008, considerando décimo; Santibáñez Viani con Fisco, Corte Suprema (2004), rol N° 428-2003, considerando decimoquinto.

⁴¹⁵ BARROS, *Op. Cit.*, pp. 501-509.

omisión lesivo-, involucraría la responsabilidad del Estado y no del funcionario. Por el contrario, y en teoría, “si existen uno o más funcionarios individualizados, éstos, en principio, no ocasionarán que responda la persona jurídica de la cual dependen, salvo que se determine que su intervención es susceptible de ser calificada como una situación en la que ha de responder el organismo público”⁴¹⁶. Ésta sería la llamada “falta personal”, que implica más bien diferenciar el actuar del funcionario (que actúa como órgano o agente del Estado), de lo que sería el Estado.

Con base en lo anterior, es importante destacar que al construir la responsabilidad (es decir, establecer cuáles son los deberes de acción o estándar de conducta del servicio), se debe tener en cuenta dos tipos básicos de estándar: por un lado, normas abstractas, como serían los principios y fines del servicio; y, por el otro, normas que requieren específicamente ciertas conductas. Como indican Palma y Alveal, las dos formas implican también dos tipos de tensiones, tanto a nivel teórico como a nivel de la propia responsabilidad. Así, teóricamente, es complejo “optar por uno u otro mecanismo para determinar el estándar de actuación” cuando dicha decisión “reposa en la tensión existente entre la incertidumbre que revisten los deberes genéricos y la infrainclusión de los deberes concretos⁴¹⁷”. Ello implica que la búsqueda de armonización de tales deberes pasa, necesariamente, por una racionalización de la jurisprudencia en la materia, la que se vuelve aún más compleja -aunque interesante- si se tiene en cuenta que el concepto de falta de servicio es un concepto jurídico indeterminado⁴¹⁸, que requiere entonces definir su contenido⁴¹⁹.

Un segundo problema identificado por los autores es que “una aproximación rápida a la responsabilidad estatal debiera hacer primar los deberes específicos por la aplicación del principio de legalidad; lo que, sin embargo, no resulta omnicompreensivo de la jurisprudencia existente”⁴²⁰. De ello se deriva un asunto primordial a propósito del estándar de control sobre actos cometidos en el contexto de la excepción. En primer lugar, es compleja dicha relación (entre deberes genéricos y deberes específicos) porque el principio de legalidad tensiona la relación entre la propia competencia del órgano (establecida por ley) y sus deberes específicos,

⁴¹⁶ ENTEICHE, *Op. Cit.*, p. 121.

⁴¹⁷ PARRA Y ALVEAL, *Op. Cit.*, p. 147. Es interesante para ello la explicación de PAPAYANNIS, Diego. Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia, *Réplica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, volumen nº1., 2020, p. 12.

⁴¹⁸ Explicando el punto AGÜERO, C., SANDOVAL, S. y ZAMBRANO, J. La falta de servicio en la ley 19.996 (GES), *Revista Ius et Praxis*, año 26, número 1, 2020, p. 176.

⁴¹⁹ PARRA Y ALVEAL, *Op. Cit.*, p. 147.

⁴²⁰ *Ibidem*. Véase también CORDERO, *Op. Cit.*, 2017, pp. 95-96.

lo que implicaría entonces una suerte de “igualdad” formal entre las dos reglas. A ello se le añade que, en el contexto de afectación de derechos de los administrados, por ejemplo, DD.FF., dicha afectación “presiona” hacia una mayor flexibilización de los deberes concretos de cara, justamente, al resguardo de derechos⁴²¹.

En definitiva, la construcción del régimen de responsabilidad no es baladí a la hora de comprender los alcances que ésta tiene para la posibilidad y regulación del régimen de responsabilidad en torno a actos en el estado de excepción. Como se ha podido ver, la construcción a nivel doctrinario de la falta de servicio como régimen de responsabilidad también conlleva consecuencias directas para la consecución de responsabilidades por actos en el estado de excepción porque, justamente, en éste el régimen de legalidad es evidentemente pobre (en el sentido, como hemos podido ver, que el control sobre la misma es menos intenso). Así, pese a que evidentemente pueden existir actos estatales que generen daños, incluso masivos, a la población en el contexto de excepción, también debe tomarse en cuenta que la razonabilidad de las medidas (como hemos podido ver, su “normativa genérica”) se explica en justamente evitar un daño mayor al Estado o a su población. En tal sentido, la construcción de un régimen de responsabilidad por actos del Estado administrador en el régimen de excepción, si bien construida sobre la base de la falta de servicio, encuentra excesivas limitaciones para concretarse, como podremos ver a continuación.

iii. Jurisprudencia sobre la responsabilidad del Estado por actos en contexto de excepción constitucional

Algunos de los casos más famosos en torno a los estados de excepción en Chile corresponden a casos de responsabilidad del Estado. Lo anterior se da por una cuestión ya comentada: y es que justamente la forma de “control jurídico”⁴²² de los actos estatales en la excepción donde mayor

⁴²¹ CORDERO VEGA, Luis, El derecho administrativo chileno. Crónicas desde la jurisprudencia, Santiago, Der Ediciones, 2020, p. 140.

⁴²² Es importante destacar que la declaración de responsabilidad por parte de los jueces no la entendemos en los mismos términos de “control” que las demás formas, especialmente la de control de legalidad y constitucionalidad, porque sus características son evidentemente diversas. Sin embargo, la posición del juez al construir la responsabilidad por un hecho lesivo atribuible al Estado se basa también en definir los estándares de conducta de éste (como ya hemos podido ver, es ésta la principal visión sobre la falta de servicio), lo que implica sin duda también un juicio jurídico respecto de la actuación estatal que es dable mencionar.

espacio de análisis y discusión puede haber, dado que es *ex post* a los mismos, es la responsabilidad. Así, tanto en Campos Herrera con Fisco de Chile (2013), Aravena Pacheco y Otros con Fisco de Chile (2014) como en Guzmán y otros con Fisco de Chile (2014) nos encontramos ante casos de responsabilidad del Estado.

Existe, sin embargo, una importante jurisprudencia posterior que, precisamente, asienta los criterios de la Corte Suprema chilena en torno al control de la excepción, especialmente en lo que dice relación con los deberes del Estado en la catástrofe (estos, en el contexto del terremoto y tsunami del 27 de febrero de 2010). Es dable mencionar que, al menos en Chile, y a propósito de los estados de excepción de emergencia desde 2019 en adelante por razones de orden público (a nivel nacional, en la Araucanía y en la Zona Norte), y el Estado de Catástrofe a propósito de la pandemia por COVID19, desde 2020, no existe aún jurisprudencia consolidada sobre los mismos.

Campos Herrera con Fisco plantea dos cuestiones centrales, a juicio de la doctrina⁴²³: por un lado, se consolida la falta de servicio como título de imputación y, además, el acto de gobierno como actos no susceptibles de control judicial. Como relata Zúñiga, “el telón de fondo de la toda esta jurisprudencia es la coexistencia de dos estatutos en nuestro ordenamiento frente a catástrofes naturales, estatutos especiales y excepcionales, pero de muy distinto alcance”⁴²⁴. Primero, el derecho de excepción, que tiene las causales ya previstas en la Constitución y reseñadas, y que tiene por finalidad la defensa extraordinaria del Estado, por lo que dichos regímenes permiten la adopción de medidas que afectan los derechos fundamentales y sus garantías bajo ciertas garantías básicas. Así, “invariablemente la decisión acerca del estado de excepción es política (Schmitt)⁴; intervienen los poderes constituidos en su declaración siendo el impulso fundamental del presidente de la República, y precisamente un acto de gobierno es un acto estatal no justiciable, independientemente de su forma un decreto supremo, todo sin perjuicio de los controles políticos o de legalidad que siempre son procedentes”⁴²⁵. Por otro lado, se encuentra el estatuto de la Ley N° 16.282, especial para sismos y catástrofes (aluviones, sequías prolongadas o pluviometría prolongada, heladas o erupciones volcánicas, y otras crisis)

⁴²³ ZÚÑIGA, *Op. Cit.*, 2014.

⁴²⁴ *Ibidem*. Véase además RÍOS, *Op. Cit.* 2005, pp. 319-344.

⁴²⁵ *Ibidem*. Véase además GARCÍA PINO, *Op. Cit.*

cuya finalidad es organizar medidas administrativas que no podrían tomarse en la normalidad, y que tienen como objeto principalmente disponer de bienes y servicios eficaz e idóneamente en las zonas afectadas⁴²⁶.

Como indica Letelier, lo nuevo respecto de esta sentencia es el estándar “de comportamiento” exigible a la Administración frente a catástrofes naturales, el que evidentemente y por su naturaleza siempre será limitado: i) ante la continua necesidad de satisfacer necesidades públicas es una decisión racional preferir aquellas más urgentes y cuyos requerimientos son permanentes; ii) desastres a gran escala son muy difíciles de manejar principalmente en las primeras horas de ocurrido el hecho y luego de ello dependiendo del grado de destrucción acontecido, y iii) el desastre natural, en tanto evento de fuerza mayor, o bien excluye la relación de causalidad o bien incide en la falta de servicio a través de la alteración de las exigencias normales que resultan esperables de un servicio público⁴²⁷. Como concluye Zúñiga, “Sólo con estos baremos podemos utilizar la falta de servicio como título de imputación y consiguiente responsabilidad patrimonial del Estado. De lo contrario, podríamos argumentar *ad absurdum* acerca de la seguridad total o el orden total, verdadero reino perdido de alguna utopía totalitaria”.

A lo anterior se añade que la sentencia también discurre respecto de la posible previsibilidad de las acciones que generaron daño (en este caso, los hechos delictivos), dado que la calificación de las circunstancias de hecho y su gravedad para poder decidir las distintas medidas (en este caso, el estado de excepción para la intervención de las Fuerzas Armadas), sería exclusiva potestad de la autoridad. De ahí que la sentencia, como ya hemos visto, plantee la idea de acto de gobierno como límite al control.

Comentando la jurisprudencia más reciente, sin embargo, Cordero reafirma el criterio ya expresado en torno a la tesis de la Corte a propósito de la falta de servicio. Así, la tesis sería que los organismos especializados en el enfrentamiento de la crisis tenían herramientas justamente para actuar en dichas situaciones, por lo que los errores de información afectaron su desempeño,

⁴²⁶ Dicha ley ha tenido una importante reforma reciente, del año 2021, bajo la Ley N° 21.364, que “Establece el Sistema Nacional de Prevención y Respuesta ante Desastres, sustituye la Oficina Nacional de Emergencia por el Servicio Nacional de Prevención y Respuesta ante Desastres, y adecúa normas que indica”.

⁴²⁷ LETELIER WARTENBERG, Raúl. Falta de Servicio en Situaciones de Catástrofes Naturales, en LETELIER WARTENBERG, Raúl (Coordinador): La Falta de Servicio, Libro Colectivo (Santiago, Editorial AbeledoPerrot-Thomson Reuters), 2012, pp. 303-321. Citado en ZÚÑIGA, *Op. Cit.*, 2014, p. 520.

constituyendo ello falta de servicio. Así, rechazando la hipótesis de caso fortuito, la Corte sostuvo que lo “absolutamente esperable de los servicios públicos precisamente destinados al efecto, era que, en posesión de información seria y obviamente atendible —de acuerdo, por lo demás, con el marco normativo vigente— de inmediato procedieran a lo primero: avisar, alertar, pues de por medio estaba el inminente riesgo de vida de personas. Era eso lo exigible, lo que habría de preverse del SHOA y la ONEMI”⁴²⁸.

Así, para el autor, “el mensaje de la Corte es que para evaluar la existencia de la falta de servicio la norma de competencia debe ser observada como un criterio de garantía frente a los ciudadanos, es decir, como un estándar de resultado de la intervención pública, algo así como una especie “expectativa normativa” (Luhmann, 2002) en el desempeño de las funciones que debe ejecutar la Administración, dado que su incumplimiento implica una “decepción” de la intervención estatal que debe ser compensada a través de la indemnización de perjuicios, si al proceder de ese modo se ocasionan daños. La regla de competencia, así entendida, opera como mecanismo de asignación de potestades (la manera tradicional en que es estudiado el principio de legalidad en el Derecho Administrativo), pero también como una exigencia actual o potencial de intervención pública en los cuales los ciudadanos depositan razonablemente sus esperanzas”⁴²⁹.

Lo anterior, sin embargo, fue matizado poco tiempo después por la propia Corte en otro caso (Isla Mocha), donde La Corte, en concreto, señaló que “no consta en el proceso antecedente que dé cuenta de haberse implementado (...) medidas de resguardo básicas de prevención, de la ubicación de las ranchas o de otras medidas de seguridad necesarias para prevenir no solo la emergencia que motiva el proceso, sino cualquier otra necesaria para el ejercicio de dicha actividad. (...) Que ha pesado sobre el Fisco la obligación de acreditar el cumplimiento, en el caso de autos, de las obligaciones de prevención a que se encontraba compelido (...) y que “el ejercicio de actividades primarias de recolección es desarrollado fundamentalmente por personas de recursos limitados y con precarios elementos, sin que la autoridad haya normado su ejercicio y adoptado funciones de resguardo a través de un sistema, ya de educación de la población, ya de

⁴²⁸ CORDERO VEGA, Luis. La norma de competencia como regla de garantía en la responsabilidad del Estado. El Mercurio Legal, 2017. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=905953&Path=/0D/D2/>. Véase SCS 28.8.2017, rol 97.661-2016; 31.7.2017, rol 88.986-2016).

⁴²⁹ Ibidem.

determinación de zonas de resguardo o emergencia, ya de registro de pescadores o recolectores y en general, de las medidas necesarias para otorgar opciones de preparación a las personas de zonas como la Isla Mocha”⁴³⁰

De esta forma, la Corte va más allá de lo que sería una falta de servicio como estándar basado en la culpa: ésta estaría basada en la ausencia de educación, de un plan de prevención y de la regulación de recolección de algas de quienes se vieron afectados, los que serían elementos suficientes, según la Corte, para conectarlos con el resultado de muerte de las víctimas. Como señala Cordero, “un razonamiento de ese tipo aproxima peligrosamente la falta de servicio a un sistema de responsabilidad objetiva, mediando para eso a través de la “presunción de culpa”, que es lo que puede deducirse de los razonamientos que la Corte utiliza en este caso”⁴³¹.

Así, la Corte asentó un criterio que ha tenido profundas consecuencias institucionales. Sostuvo así consistentemente que lo “*absolutamente esperable de los servicios públicos precisamente destinados al efecto, era que, en posesión de información seria y obviamente atendible —de acuerdo, por lo demás, con el marco normativo vigente— de inmediato procedieran a lo primero: avisar, alertar, pues de por medio estaba el inminente riesgo de vida de personas. Era eso lo exigible, lo que habría de preverse del SHOA y la ONEMI*”⁴³².

Lo anterior no solo requirió una importante reforma legal, ya enunciada, sino que también ha implicado comprender la idea de falta de servicio como una suerte de “garantía frente al ciudadano” (aproximándose a versiones objetivistas, como hemos visto), al entender dicho estándar como uno de resultado de la intervención pública-. Dicho estándar es, sin duda, relevante para la intervención del Estado en el contexto de la excepción no solo porque fija un alto nivel de compromiso con el resultado de la acción, en este caso, a nivel de las potestades que tienen los órganos y sus fines (por ejemplo, el manejo de catástrofes o del orden público), sino porque también demuestra que, pese a que la construcción de la enunciada “discrecionalidad”

⁴³⁰ SCS de 16 de noviembre de 2017, rol 4658-2017, Considerandos 14 y 15.

⁴³¹ CORDERO VEGA, Luis. Del resultado como anomalía en la falta de servicio a la responsabilidad objetiva. El Mercurio Legal, 2017. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=906177&Path=/0D/D3/>

⁴³² Ver en este sentido las sentencias SCS 27.3.2017, rol 10165-2017; 28.8.2017, rol 97.661-2016; 31.7.2017, rol 88.986-2016; 17.4.2018, rol 18255-2017; 3.10.2018, rol 42539-2017; 8.11.2018, rol 871-2018; 4.12.2018, rol 45305-2017; 21.1.2019, rol 401666-2017; 1.2.2019, rol 3033-2018; 18.3.2019, rol 4185-2018; 20.3.2019, rol 5365-2018.

estatal en torno a la excepción es aún inmune en su contenido, los efectos de dichas decisiones pueden también ser objetos de responsabilidad.

Lo anterior, para el caso de la pandemia, estallido social, crisis migratorias u otros conflictos originados en los últimos años, será sin duda central para poder comprender con mayor precisión el estándar tanto judicial como histórico que se asentará en nuestro ordenamiento jurídico respecto de la responsabilidad jurídica por actos en el estado de excepción.

CONCLUSIÓN

En esta investigación hemos pretendido comprender cuáles son los fundamentos tanto teórico, históricos como conceptuales del control judicial de las decisiones políticas clásicamente conocidas como “estado de excepción”. En tal perspectiva, el objetivo principal ha sido plantear un marco que permita superar las categorías jurídicas planteadas tanto por las doctrinas “judicialistas” (que ven en todo acto la necesidad del control jurídico), como a su vez de las doctrinas que excluirían cualquier posible incidencia de los jueces en dichas decisiones. Así, se ha pretendido otorgar sentido al control judicial basado en su relación con el democrático y el control de derechos fundamentales.

Así, hemos podido determinar el sentido conceptual de la expresión “estado de excepción”, tanto a nivel de su uso en las distintas culturas y tiempos históricos, como con su relación a nivel jurídico con las potestades que tal momento implica. De dicha manera, hemos presentado que el estado de excepción se plantea no como un mera excepción a la regla (a cualquier regla), sino como un tiempo excepcional: como un momento que contrasta con el orden normal. Dicho contraste se explica en su justificación última: la salvación de la República, Estado o Reino. El Estado, heredero de la idea de dictadura romana, no es más que un medio para la sobrevivencia del Estado o de su población.

Sobre dicha relación entre estado de excepción y dictadura (aún poco estudiada en Chile aunque ampliamente estudiada en la filosofía política occidental), emerge una cuestión trascendental para el derecho moderno: la excepción se muestra como la forma de su salvataje o, en algunos casos, como la refundación del mismo. La clásica distinción schmittiana entre dictadura soberana y dictadura comisarial no solo es relevante como ejercicio geo-histórico, sino que nos presenta profundas implicancias para el derecho en su versión occidental moderna. El estado de excepción es la resistencia a la normalidad y tiende, por la naturaleza del poder que otorga, a su subversión, mientras que el derecho (a través del llamado “derecho de excepción” en el constitucionalismo moderno) tenderá a regular, limitar y darle sentido a la excepción.

El “desafío schmittiano” planteado en los primeros pasajes de esta investigación ahonda, entonces, en los fundamentos mismos de lo que sería el “derecho de excepción” y sus peligros. Como es sabido, la excepción tiende a usarse con fines ajenos a su sentido original: en general

los Estados en los últimos años, como hemos demostrado, han vuelto -luego del trauma que representó por décadas la Segunda Guerra Mundial- a un uso excesivo de los mismos con fines de seguridad: terrorismo, crisis migratorias y otras razones han sido usadas para el principal “mecanismo” que permite la excepción, esto es, la restricción o suspensión de derechos fundamentales. Su regulación ideal, entonces, tiende a requerir justamente una relación intrínseca entre medios y fines: para fines justos, medios que sean lo más justos posibles⁴³³.

Para lo anterior también hemos diferenciado los distintos momentos y circunstancias que implican la excepción. Así, hemos establecido como el momento trascendente (es más, se plantea como un acontecimiento-decisión que cambia el orden constitucional mismo) la declaración de la excepción. Al ser el momento que inicia un nuevo y excepcional orden, que habilita el uso de facultades extraordinarias y que, con ello, limita ciertos derechos que en otra circunstancia no podrían limitarse, es el concepto más complejo a nivel jurídico. Su complejidad reside en dos elementos que hemos podido observar: en primer lugar, porque es un momento mediado por el derecho previo -es decir, debe cumplir las condiciones que el derecho (la Constitución) establece para que sea válida; en segundo lugar, porque es, sin embargo, el paradigma de decisión política, al ser el momento que decide la excepción el momento en que la política supera (para algunos) o irrumpe (para otros) en el derecho: es soberano quien decide sobre el estado de excepción⁴³⁴.

Contrastan con la decisión de la excepción los actos bajo ella. En tanto actos que se rigen por un derecho propio (el llamado “derecho de excepción”), son actos que tienen lógica propia. Sin embargo, es en general sobre estos actos, o más bien en sus consecuencias, donde reside el miedo radical a la excepción. Porque son las facultades extraordinarias que permite la excepción las que han implicado, históricamente, la violación (y no solo restricción o suspensión excepcional) de derechos fundamentales tan básicos como el derecho a defensa, el derecho a la vida, el derecho a la libertad personal o el derecho a la libertad de expresión, entre otros.

En dicha perspectiva, hemos podido comprobar que la introducción del control judicial a la ecuación es, sin duda, problemática. Un breve análisis de los fundamentos históricos e

⁴³³ Un certero y clásico análisis entre la relación medio-fin y su relevancia para el concepto de justicia (tanto relativo como absoluto), se encuentra en el hermoso texto de KELSEN, Hans. *¿Qué es la Justicia?* (trad. Ernesto Garzón Valdés). México, Fontamara, 1996, pp. 25-35.

⁴³⁴ SCHMITT, *Op. Cit.*, 2004.

institucionales del control judicial en el derecho moderno, tomando una posición que permita excluir, en principio, los “extremos” en torno al control del estado de excepción, nos ha arrojado luces interesantes para afrontar tal tarea.

De esta forma, el control jurídico en la modernidad nos presenta una (aparentemente) imposible tarea: la justificación de la decisión del juez cuando, obligado a decidir un caso bajo el derecho, no tiene regla alguna sobre la que resolver. El clásico problema introducido por el formalismo jurídico para “salvar” al derecho de la arbitrariedad termina por introducir, históricamente, una justificada desazón en torno a sus consecuencias. En el contexto de la modernidad democrática, sin embargo, existen elementos importantes que arrojan luz a cuál sería el rol del juez en casos así de difíciles: en primer lugar, el principio democrático y la comprensión de la labor judicial bajo este (así también, la comprensión de la posición institucionales del Presidente o del Congreso); en segundo lugar, el principio de equilibrio y separación de poderes, que bien comprendido -a la luz de lo que hemos llamado una “deferencia curial”-, nos dan cuenta no de una concepción estática de los poderes públicos, sino que de una función crucial de estos y sus respectivos controles: el aseguramiento de la racionalidad de la decisión pública. El juez, como guardián de lo que podríamos llamar un “mínimo” de racionalidad, se sitúa en las antípodas del control cuando se trata de controlar decisiones evidentemente políticas: la política, *per se*, se presentaría como un caso de decisión distinto al de una decisión bajo una regla.

Uno de los aspectos cruciales para entender lo anterior es la propuesta, algo arriesgada a esta altura de la discusión teórica, por una comprensión positivista del control jurídico. Ella, como se plasma en la investigación, busca más bien presentar una alternativa a los llamados extremos: por un lado, una concepción judicialista evocaría un “gobierno de los jueces” que no tiene asidero alguno en el principio democrático; por el otro, una concepción conservadora de los jueces como meros autómatas sería -tal como rechaza Hart- un retroceso histórico insostenible en post de la legitimidad del derecho. Así, se plantea que la necesidad de una teoría que permita el equilibrio entre creación y aplicación del derecho, por un lado, y la distinción entre derecho y moral, por otro. Dicha labor, sin duda, escapa a los límites de esta investigación y permanece como uno de los principales desafíos de nuestra era.

Así, en base al marco teórico-conceptual expuesto anteriormente, esta investigación ahonda en torno a los fundamentos de la declaración de la excepción, de los actos bajo ésta y de la

responsabilidad del Estado asociada a este momento trascendental. Las respuestas, en base tanto a la experiencia histórica, doctrinal y jurisprudencial, dan cuenta de que los principios últimos del control judicial de dichos momentos jurídico-políticos se basan en la complicada relación derecho-política. El control judicial de la declaración de la excepción constitucional, se concluye, está históricamente ligado a las *political questions* o a los *actos políticos* (para otros, *actos de gobierno*), doctrina históricamente ligada a la “inmunidad jurisdiccional” de ciertos actos o personas cuando las circunstancias de sus funciones fueron extraordinarias. No existe, salvo contadas excepciones el mundo, legislación en que el control de los jueces sobre la declaración de la excepción sea lo que hemos comprendido como un control de “fondo” o “mérito”, esto es, que controle las razones de la decisión y no solo su forma. Se concluye así que en un caso así de difícil, la respuesta jurídica solo puede ser la forma.

Por otro lado, y ligado ya al control de los actos bajo la excepción, tanto la experiencia internacional, las recomendaciones en torno al resguardo de derechos fundamentales son claves para comprender que dicho control es mucho más amplio. La propia Constitución chilena, así como todo occidente, permite el control judicial de todos los actos bajo la excepción, y a la vez permite la restricción y, en casos más excepcionales aún, suspensión de ciertos derechos fundamentales. El contexto de esta investigación nos brinda luces, sin embargo, de una cuestión crucial: el ímpetu democrático que inspira el resguardo de dichos derechos fundamentales incluso bajo la excepción va en caída en post, generalmente, de resguardar la seguridad de la población: los casos de “guerra” contra el narcotráfico o terrorismo han permitido, con amplio apoyo de la población, el uso de medidas extremas de excepción restringiendo además derechos tan básicos como el de *habeas corpus*. Pese a que en tal caso los fundamentos del control jurídico lo justifican, aún, de manera amplia a nivel mundial, debemos reconocer que ellos van ligados sin duda alguna al ímpetu punitivo de cada época.

Por último, a nivel local, la jurisprudencia especialmente en el ámbito de responsabilidad del Estado ha sido la más explícita en su intento por delimitar el alcance del control jurídico de la excepción. De lo expuesto hemos podido comprender que la responsabilidad por la declaración de la excepción es presentado -al igual que el control mismo de ésta- aún como un paradigma de insoslayable oscuridad para el control jurídico, habida cuenta de que las razones que el Ejecutivo (en Chile) puede o no tener para decidir sobre la excepción están excluidas de todo control

jurídico (mas no político). Un aporte trascendental, sin embargo, y que da cuenta de lo planteado en torno a la teoría de la deferencia y su relación con el control de razonabilidad, es que la jurisprudencia chilena ha comprendido que, pese a que no existe competencia para controlar las razones, ésta sí puede controlar la existencia misma de ellas. El llamado “control de motivación”, como control de razonabilidad de las decisiones públicas, se ha presentado entonces como un factor decisivo para los próximos casos que se avecinan en torno a la responsabilidad del Estado chileno en casos mucho más complejos que ha debido enfrentar la Corte Suprema hasta ahora: de pasar de conocer y establecer una doctrina ya asentada en torno a la responsabilidad del Estado administrador por la decisión y actos del estado de excepción de catástrofe por terremoto, a controlar las violaciones a derechos humanos en el contexto del Estallido Social de 2019 y, asimismo, las posibles implicancias jurídicas y daños asociados a la pandemia por COVID-19 inmediateamente posterior.

Así, hemos de concluir que el llamado derecho de Excepción, es un muro de contención a la “fuerza normativa de lo fáctico” lo que le permite ser una “garantía diacrónica” de la Constitución frente a situaciones de crisis⁴³⁵. Su inevitable relación entre el orden antiguo y el posible nuevo orden (la tensión entre dictadura soberana y dictadura comisarial) reafirma su carácter problemático especialmente en situaciones en que se pelagra la existencia misma del estado, como son las llamadas “Crisis políticas” o, así también, de seguridad. De esta forma, y en post de asegurar la normatividad democrática, la relevancia de los resguardos garantistas es central: por un lado, estos deberán permitir que las facultades de excepción no afecten la Constitución misma, mientras que por el otro deben ser eficaces para restablecer el orden político-social. Como plantea el profesor Zúñiga, ello implica que “el Derecho de Excepción es además una “garantía diatópica o estructural”, ya que en cuanto estatuto de la anormalidad cumple una función disuasoria frente a actitudes hostiles a la Constitución”⁴³⁶.

Una de las lecciones que nos presenta esta investigación, entonces, es que así como es garantía de la Constitución (lo que implica que está evidentemente ligada a las instituciones de defensa del Estado y por ello la constante asociación entre estado de excepción y Fuerzas Armadas), el

⁴³⁵ CRUZ VILLALÓN, Pedro. Estados Excepcionales y Suspensión de Garantías. Edit. Tecnos S.A., Madrid, 1984, pp. 17–19.

⁴³⁶ Zúñiga, *Op. Cit.*, 2005, p. 190.

estado de excepción se debe presentar, en principio, como *última ratio* frente a las crisis. Ello no solo se deriva de su propia historia y concepto (la excepción como última vía), sino del hecho de que frente a muchas de las crisis que históricamente han implicado el uso de esta herramienta, existen en la modernidad estatutos especiales para afrontarlas: leyes de sismos y catástrofes, leyes de emergencias sanitarias, leyes de seguridad especiales en casos como terrorismo, entre otras.

El control jurídico, en tal contexto, se presenta no solo como la oportunidad que tiene el derecho (y la Constitución, con ello) de hacerse valer, sino también como una forma de anticipar, prevenir o también sancionar el uso indiscriminado de la fuerza. El control jurídico que realizan los jueces de la excepción, en tal sentido, tiene como fundamentos justamente el principio democrático y el importante rol que juegan en él aquellos que “dicen” el derecho: el de hacer valer la voluntad del Pueblo. Frente a la inevitable tensión política que implica la excepción, el control jurídico -especialmente de los actos bajo la excepción- permite aún hoy tener un resabio garantista y de equilibrio político frente al enorme poder del Estado del siglo XXI. A su vez, los límites expuestos y justificados al control jurídico de la decisión de la excepción, así como del mérito de las políticas públicas bajo ella, también permite resguardar las ya debilitadas bases del principio de separación de poderes y, especialmente, mantienen la decisión política en quienes fueron elegidos para ella. Ello refuerza (o implica reforzar) además los controles políticos de tales decisiones.

El esfuerzo de la ciencia jurídica constitucional por “normalizar lo anormal y prevenir lo imprevisible”⁴³⁷ enfrenta, sin duda, un desafío insoslayable en la realidad política de cada era. Las diversas y constantes crisis no solo nos demuestran la necesidad de nuevas y mejores formas de enfrentar como sociedad lo anormal, sino que nos llaman a reconocer, así también, el valor intrínseco de la política democrática como forma de vivir la modernidad. Sólo con más democracia podemos decir que es el Pueblo, y no sus impostores, quien decide el estado de excepción.

⁴³⁷ RÍOS, *Op. Cit.*, 2009, citando al Profesor Luís Sánchez Agesta, en el Prólogo de la tesis doctoral del Prof. Francisco Fernández Segado, acerca de los Estados de Excepción Constitucional en España.

BIBLIOGRAFÍA

1. AGAMBEN, Giorgio. Estado de excepción: homo sacer II. Valencia, Pre-textos, 2019.
2. _____. ¿En qué punto estamos? La pandemia como política. Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editores, 2020.
3. AGÜERO, C., SANDOVAL, S. y ZAMBRANO, J. La falta de servicio en la ley 19.996 (GES)”, Revista Ius et Praxis, año 26, número 1, 2020.
4. AGUSTIN DE HIPONA. La Ciudad de Dios (trad. José Cayetano Díaz De Beyral), Madrid, Librería de la Viuda de Hernando y Ca, 1893.
5. ALCHOURRON, Carlos & BULYGIN, Eugenio. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1998.
6. ALMARZA, Diego. Pandemia y Estados de Excepción. Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 2020.
7. ÁLVAREZ GARCÍA, V. Los Fundamentos Del Derecho De Necesidad En Tiempos De La Covid-19. En Teoría Y Realidad Constitucional, n.º 48, noviembre de 2021, pp. 297-14, doi:10.5944/trc.48.2021.32205.
8. ÁLVEZ, Amaya; *et. al.* Informe en derecho. Inconstitucionalidades e ilegalidades en el marco de los estados de emergencia declarados por el Presidente de la República y de las conductas de los jefes de la defensa nacional. Disponible en: <http://bcn.cl/2bx9r>, 2019.
9. ARAGÓN REYES, Manuel. Constitución y control del poder. Introducción a una teoría constitucional del control. Universidad Externado de Colombia, 1999.
10. ARANDA ALVAREZ, E. Los actos parlamentarios no normativos y su control judicial, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.
11. ARON, R. Las Etapas del Pensamiento Sociológico. Buenos Aires, Siglo Veinte, 1985.

12. ARTEAGA ECHEVERRÍA, Ignacio. “La responsabilidad extracontractual de la administración del Estado por el daño antijurídico: acercando posiciones” en *Gaceta Jurídica*, No 329, 2007.
13. ATIENZA, Manuel. *Las Razones Del Derecho, Teorías De La Argumentación Jurídica*, Ciudad de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2013.
14. ATRIA, F., *et. al*, *Lagunas en el Derecho. Una controversia sobre el derecho y la función judicial*, Madrid, Marcial Pons, 2004.
15. Atria, Fernando. *Jurisdicción E Independencia Judicial: El Poder Judicial Como Poder Nulo*, en *Revista de Estudios de la Justicia*, no. 5, 2004.
16. _____. *La Forma del Derecho*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
17. AUSTIN, John. *The province of jurisprudence determined*, Indianapolis: Hackett, 1832.
18. AYLWIN, A. *Algunas reflexiones sobre el trámite de toma de razón*. Santiago: Cuadernos de Análisis Jurídico Escuela de Derecho Universidad Diego Portales, 1992.
19. BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. (2º edición), Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2020.
20. BASSA, Jaime. *Emergencia y estados de excepción constitucional*, en CONTRERAS, Pablo (editor), *La ley de la emergencia. Ensayos sobre el derecho, la excepción y la pandemia*. Santiago: Der Ediciones, 2021.
21. BENJAMIN, Walter. *Tesis sobre la historia y otros fragmentos*. México DF, Ítaca, 2008.
22. BENTHAM, Jeremy. *A fragment on Government*, Edinburgh, William Tait; Ed. Original 1776, 1843.
23. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL. *Argumentos sobre la legalidad o ilegalidad de los decretos de estado de emergencia de octubre de 2019*, 2019.
24. BISOGNI, Giovanni. *¿Hasta qué punto cuentan los jueces? H.L.A. HART y la regla de adjudicación*. *Isonomía* [online]. 2015, n.42 [citado 2023-02-24], Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182015000100002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1405-0218.
25. BOBBIO, Norberto. *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político* (trad. J.F. Fernández S.) México D.F., FCE, 1987.
26. BÖCKENFÖRDE, E. W. *La Democracia Como Principio Constitucional*. Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia. Madrid, Trotta, 2000.

27. BOQUERA OLIVER, J.M. Acto Político o de Gobierno, en Enciclopedia Jurídica Básica, Tomo I, Civitas, Madrid, 1995.
28. BRACHER, K. D. Estado de Excepción. *En* SILLS, David. Enciclopedia Internacional de Ciencias Sociales, Vol. 4, 1973.
29. BRAVO, Clodomiro & SHARIM, Nissim. Restricciones a las libertades públicas, Santiago, Editorial Jurídica, 1958.
30. BULYGIN, Eugenio. El positivismo jurídico, México D.F., Fontarama, 2005.
31. BURDEAU, George. Derecho Constitucional e Instituciones Políticas (traducción de R. Falcon Tello de la 18° edición francesa), Madrid, Edit. Nacional, 1981.
32. CALDERA DELGADO, Hugo. Sistema de la responsabilidad extracontractual del Estado en la Constitución Política de 1980, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1982.
33. CARBONELL, Flavia. Sobre la transformación de la sustancia en forma: el Derecho según Fernando Atria. En *Derecho y Crítica Social*, 2(2), Santiago, 2016.
34. CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio. Consideraciones en torno al bicentenario del Consejo de Estado francés (1799-1999). *Revista de Administración Pública*, N° 153, 2000.
35. CASSAGNE, Juan Carlos. Derecho Administrativo. Buenos Aires, LexisNexis, 2a edición, tomo I, 2002.
36. CAZOR, Camel. Fundamentación y Control del acto de gobierno en Chile, *Revista de Derecho*, Vol. XII, 2001.
37. CHEVALLIER, Jean Jacques. Las grandes obras políticas desde Maquiavelo hasta nuestros días, Bogotá, Temis, 2011.
38. COBREROS MENDAZONA, E. La obligación de los Estados miembros de indemnizar por su incumplimiento del Derecho de la Unión Europea, *BOE*, Madrid, 2020.
39. COHEN, D. The Origin of Roman Dictatorship, *Mnemosyne*, Brill, 4.1.4, 1957.
40. CONTRERAS, Pablo y SALAZAR, Sebastián. “Obedientes y No Deliberantes”: Fuerzas Armadas, Autonomía y Control Democrático en Chile”. *Ius et Praxis*, vol.26, n° 2, 2020.
41. CORBETT, Ross J. The extraconstitutionality of Lockean Prerogative. *The Review of Politics*, 68(3), 2006.
42. CORDERO VEGA, Luis. El Control de la Administración del Estado. Santiago, LexisNexis, 2007.

43. _____. La motivación del acto administrativo en la jurisprudencia de la Corte Suprema”, Revista de Estudios Judiciales, N° 4, 2017a.
44. _____. Del resultado como anormalidad en la falta de servicio a la responsabilidad objetiva. El Mercurio Legal, 2017b. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=906177&Path=/0D/D3/> [Fecha de consulta: 15 de febrero de 2023].
45. _____. La norma de competencia como regla de garantía en la responsabilidad del Estado. El Mercurio Legal, 2017c. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/legal/movil/detalle.aspx?Id=905953&Path=/0D/D2/> [Fecha de consulta: 15 de febrero de 2023].
46. _____. Responsabilidad extracontractual de la administración del Estado, Santiago: Der Ediciones, 2017d.
47. _____. 2020 en la Tercera Sala de la Corte Suprema: la revisión judicial en tiempos de excepción. En El Mercurio Legal, 2020a. Disponible en: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2020/12/29/2020-en-la-Tercera-Sala-de-la-Corte-Suprema-la-revision-judicial-en-tiempos-de-excepcion.aspx> [Consulta el 15 de febrero de 2023].
48. _____. El derecho administrativo chileno. Crónicas desde la jurisprudencia, Santiago, Der Ediciones, 2020b.
49. _____. Revisitando el control judicial en la emergencia. El mercurio legal, 2021. Disponible en línea: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2021/03/31/Revisitando-el-control-judicial-en-la-emergencia.aspx> [Fecha de consulta: 15 de febrero de 2023].
50. CORRAL TALCIANI, Hernán. Lecciones de responsabilidad civil extracontractual, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2011.
51. COST OF WAR PROJECT. The cost of 20 years of War on Terror, Watson Institute for International and Public Affairs, Brown University, 2021, disponible en: <https://www.brown.edu/news/2021-09-01/costsofwar>.
52. CRUZ VILLALÓN, P. El estado de sitio y la Constitución. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1980.

53. _____. Estados Excepcionales y Suspensión de Garantías. Edit. Tecnos S.A., Madrid, 1984.
54. DALY, Paul. A Theory of Deference in Administrative Law, Cambridge, Cambridge University Press, 2012.
55. DE OTTO, Ignacio. Derecho Constitucional: Sistema de Fuentes. Barcelona, Ariel, 1988.
56. DE REMENTERÍA, Tomás. “Desentrañando la excepción: análisis doctrinario y comparativo sobre los estados de excepción constitucional”. Revista Justicia y Derecho, Vol. 3, N° 2, 2020.
57. DETMOLD, M. J. Law as practical reason, The Cambridge Law Journal, Vol. 48, N° 3, 1989.
58. DUCCI, Claro, Carlos. Derecho Civil parte general. (4° edición) Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2002.
59. DUFOUR, Gabriel. Tratado General de derecho administrativo aplicado, T. IV, 1855.
60. DUNN J. The Political Thought of John Locke. An Historical Account of the Argument of the «Two Treatises of Government». Cambridge University Press, 1969.
61. DUVERGER, Maurice y CENTRE D’ANALYSE COMPARATIVE DES SYSTÈMES POLITIQUES. Dictatures et légitimité. París, Presses universitaires de France, 1979.
62. DWORKIN, R. Freedom’s Law: The moral Reading of the American Constitution, Oxford, Oxford University Press, 1996.
63. _____. Los Derechos En Serio, Barcelona, Ariel, 1984.
64. _____. A Matter of Principle, Oxford, Oxford University Press, 1985.
65. DYZENHAUS, David. The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency. Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
66. ELSTER, Jon y SLAGSTAD, Rune. Constitucionalismo y democracia. México, Fondo de Cultura Económica, 1999.
67. ENTEICHE ROSALES, Nicolás. El fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado administrador en Chile: Revisión de la evolución jurisprudencial (1999-2010). Actualidad Jurídica, 23, 2011.
68. FERNÁNDEZ SEGADO, F. El estado de excepción en el Derecho Constitucional español. Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1977.

69. _____. La Ley Orgánica de los Estados de Alarma, Excepción y Sitio. *Revista de Derecho Político*, 11, 1981.
70. FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos. Los procesos administrativos en el Derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 2011.
71. _____. La responsabilidad patrimonial del Estado de Chile: Una revisión panorámica después de casi veinte años de jurisprudencia de la Corte Suprema, *Revista de Administración Pública*, número 211, 2020.
72. FIAMMA OLIVARES, Gustavo. La acción de responsabilidad y la responsabilidad por la falta de servicio, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16 N° 2, 1989.
73. FOLEY, Brian, *Deference and the Presumption of Constitutionality*, Dublin, Institute of Public Administration, 2008.
74. FRYE, Charles E, Carl Schmitt's Concept of the Political, 28 *Journal of Politics*, 1966.
75. FUENTES, C. Montesquieu: Teoría de la distribución social del poder. *Revista de Ciencia Política de Universidad Diego Portales*, 31(1), 2011.
76. FULLER, L. Positivism and fidelity to Law: A Reply to Professor H.L.A. HART, *Harvard Law Review*, 1958, Vol. 71, N° 4, pp. 630-672.
77. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia, Jueces y Control de la Administración*. Madrid, Civitas, 1998.
78. GARCÍA PELAYO, Manuel. *Derecho Constitucional Comparado*. Madrid, Alianza Edit. S.A., 1984.
79. GARCÍA PINO, Gonzalo. Los estados de excepción constitucional: un nuevo derecho de excepción”, en *Reforma Constitucional*, Santiago, LexisNexis, 2005.
80. GARGARELLA, Roberto. *Nos los representantes. Crítica a los fundamentos del sistema representativo*. Buenos Aires: Miño y Dávila, 1995.
81. GARRIDO CUENCA, Nuria. *El Acto de Gobierno. Un Análisis de los Ordenamientos Francés y Español*. Barcelona, Editorial CEDECS, 1998.
82. GARRIDO LÓPEZ, Carlos. Naturaleza jurídica y control jurisdiccional de las decisiones constitucionales de excepción, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 2017.
83. GENY, F. *Métodos de interpretación y fuentes en Derecho Privado Positivo*, Madrid, Reus, 1925.

84. GOLDWIN A. John Locke. *En* STRAUSS, L. y CROSEY J. (Comps.), *Historia de la filosofía política*. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2004.
85. GONZÁLEZ, Jorge. *Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur: Argentina, Chile y Colombia (1930-1990)*, Editorial Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2015.
86. GORDILLO, Agustín. *Tratado De Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de derecho administrativo, 2000.
87. GRANADO, I., "La Interdicción Constitucional de la arbitrariedad de los Poderes Públicos" en HINOJOSA E. N. y GONZÁLEZ-DELFITO, *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*, I Jornadas de estudio del gabinete jurídico de la Junta de Andalucía, *Vv.Aa*, ed., Madrid, Civitas, 1996.
88. GREENE, Alan. *Permanent States of Emergency and the Rule of Law: Constitution in the Age of Crisis*. Oxford, Hart Publishing, 2018.
89. GROSS, O. y F. NÍ AOLÁIN. *Law in times of crisis: emergency powers in theory and practice*. New York, CUP. 2006.
90. GROSS, Oren. *Once More unto the Breach: The Systematic Failure of Applying the European Convention on Human Rights to Entrenched Emergencies* 23, *Yale International Law Journal*, 1998.
91. _____. *The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt's Theory of Emergency Powers and the "Norm-Exception" Dichotomy*, 21 *Cardozo Law Review*, 2000.
92. HABA, E. *Tratado básico de derechos humanos*. Tomo II. San José, Costa Rica, Juricentro, 1986.
93. HAMILTON, A. & JAIN Y. J. MADISON, J. *The Structure of the Government Must Furnish the Proper Checks and Balances Between the Different Departments*. *The Federalist Papers*, Vol. 51, 1788.
94. HART, H. L. A. *El Concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992.
95. HEERFORDT Heinrich. *Revolución y Ciencia del Derecho Investigación acerca del alcance jurídico de los procesos revolucionarios y su significación práctica para la teoría general del derecho* (trad. A. Polo), Madrid, edit. *Revista de Derecho Privado*, 1932.

- 96.** HEISS, Claudia. Desafíos de los estados de excepción en el proceso constituyente. *Política. Revista De Ciencia Política*, 58(1), 2020, <https://doi.org/10.5354/0719-5338.2020.61562>.
- 97.** _____. Emergencia y proceso constituyente. La frágil construcción de una salida democrática al choque de legitimidades. *En* CONTRERAS, Pablo (ed.). *La Ley de la Emergencia*. DER Ediciones, 2020b.
- 98.** HELLER, Hermann. *Teoría del Estado* (trad. L. Tobio) México DF, FCE, 3a ed., 1955.
- 99.** HERNÁNDEZ, Antonio María. *Las emergencias y el orden constitucional: la inconstitucionalidad del “Corralito” financiero y bancario*. México, D.F., Culzoni Editores, 2003.
- 100.** HUEPE ARTIGAS, Fabian. *Discrecionalidad Administrativa Y Razonabilidad*, Santiago, Thomson Reuters, 2018.
- 101.** HUNEEUS, Carlos. *La guerra fría chilena: Gabriel González Videla y la Ley Maldita*. Santiago, Debate, 2009.
- 102.** HUNEEUS, Jorge. *La Constitución ante el Congreso, Tomo I y II* (Santiago, Imprenta Cervantes, 2a edición), Tomo II, 1980.
- 103.** HUNT, Murray. *Sovereignty’s Blight*, en BAMFORTH, Nicholas - LEYLAND, Peter (eds.), *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, Oxford, Hart, 2003.
- 104.** JARDIN, André. *Historia del liberalismo político. De la crisis del absolutismo a la Constitución de 1875*, México, D.F, Fondo de Cultura Económica, 1989.
- 105.** JELLINEK, Georg. *Teoría General del Estado* (trad. F. De Los Ríos), Buenos Aires, Edit. Albatros, 1970.
- 106.** JOLOWICZ, Herbert Felix. *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1965.
- 107.** KALYVAS, Andreas. *Popular sovereignty, democracy and the constituent power*. *Constellations*, vol. 12, N° 2, 2005.
- 108.** KANTOROWICZ, Ernst. *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*. España, Editorial Akal, 2012.
- 109.** KEITH, LC & POE, SC. *Are Constitutional States of Emergency Clauses Effective? An Empirical Exploration*, 26 *Human Rights Quarterly*, 2004.
- 110.** KELLY, Duncan. *The State of the Political*. New York, Oxford University Press, 2003

- 111.** KELSEN, Hans. Compendio de teoría general del Estado (trad de J. de Azcárate y L Recasens Siches y estudio de éste), México DF, Edit. Colofón, 1992.
- 112.** _____. ¿Qué es la Justicia? (trad. Ernesto Garzón Valdés). México, Fontamara, 1996.
- 113.** _____. Teoría Pura del Derecho, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 2006.
- 114.** KENNEDY, Ellen. Emergency and Exception. *En Political Theory*, Vol. 39, No. 4, 2011.
- 115.** KREHBIEL, Keith. Pivotal Politics: A Theory of US Lawmaking. Chicago: University of Chicago Press, 1998.
- 116.** KRISTAN, Andrej, A Paradox of Hart's Fallible Finality, en *Analisi e Diritto*, 2016.
- 117.** LASSALLE, F. ¿Qué es una constitución? (2a Ed). Bogotá, Colombia, Temis, 2010.
- 118.** LAWSON, G. & SEIDMAN, G. Deference: The Legal Concept and the Legal Practice, Cambridge, Cambridge University Press, 2019.
- 119.** LAZAR, Nomi Claire. States of Emergency in Liberal Democracies, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- 120.** LETELIER WARTENBERG, Raúl. Falta de Servicio en Situaciones de Catástrofes Naturales, en LETELIER WARTENBERG, Raúl (Coordinador): La Falta de Servicio, Libro Colectivo (Santiago, Editorial AbeledoPerrot- Thomson Reuters), 2012.
- 121.** LINCOLN, Abraham. Special Session Message (4 July 1861) disponible en The American Presidency Project <www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=69802> (acceso 28 de noviembre de 2021).
- 122.** LOCKE, John. Segundo tratado sobre el gobierno civil (Carlos Mellizo, trad.), Madrid, Alianza Editorial, 2012.
- 123.** LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución (trad. A. Gallego A) Edit. Ariel S.A., 1º Ed. 1965, 2a 1975, 3a reimp., 1983, Barcelona.
- 124.** LÓPEZ GUERRA, L. La posición constitucional del Gobierno. En VV. AA. El Gobierno y la Administración en la Constitución, vol. I, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1988.
- 125.** LOVEMAN, Brian The Constitution of Tyranny: Regimes of Exception in Spanish America. University of Pittsburgh Press, 1993.
- 126.** MACCORMICK, Neil. Defeasibility in Law and Logic, *En* BANKOWSKI, I White and UHahn (eds), Informatics and the Foundation of Legal Reasoning, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1995.

- 127.** MACHIAVELLI, Niccolò. *The Discourses* [1531], ed Bernard Crick, trans Leslie J Walker, Penguin, 1998.
- 128.** MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo. *Norma, acción y deber: el modelo del silogismo práctico.* En GONZÁLEZ LAGIER, Daniel y FIGUEROA RUBIO, Sebastián, *Libertad, razón y normatividad. La vigencia del pensamiento de G.H. von Wright a cien años de su nacimiento.* Lima, Palestra, 2018.
- 129.** MARAZZITA, G. *Constitución Italiana Y Estado De Emergencia Por Covid-19. Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 48, noviembre de 2021, doi:10.5944/trc.48.2021.32200.
- 130.** MARTHOZ, Jean Paul. *Los Derechos Humanos Después del 11 de septiembre* Convergencia. *Revista de Ciencias Sociales*, UNAM, vol. 10, núm. 33, septiembre-diciembre, 2003.
- 131.** MASHAW, Jerry. *Reasoned Administration and Democratic Legitimacy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018.
- 132.** MATEU-ROS, y CEREZO, R. *Estados de alarma, excepción y sitio.* En VV. AA. *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. I, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1988.
- 133.** MATTHEI, Carolina y RIVADENEIRA, Francisco. *La motivación como elemento del acto administrativo: Criterios establecidos por la Corte Suprema para efectos de su control.* En *Actualidad Jurídica* N° 45, 2022.
- 134.** MBONGO, Pascal. *L'état d'urgence: la prérogative et l'État de droit.* Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2017.
- 135.** MCCORMICK, John. *The dilemmas of dictatorship: Carl Schmitt and constitutional emergency powers.* En *Law as Politics. Carl Schmitt's Critique of Liberalism.* Londres, Duke University Press, 1998.
- 136.** MEYER, Georg y ANSCHÜTZ, Gerhard, *Lehrbuch des Deutschen Staatsrecht*, 7a ed., Munich, 1919.
- 137.** MOMMSEN, Teodoro. *Compendio del Derecho Público Romano*, Buenos Aires, Edit. Impulso., 1942.
- 138.** MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes.* Madrid, Tecnos, 1995.
- 139.** MORALES ESPINOZA, Baltazar. *El mérito, oportunidad y conveniencia en la Contraloría General de la República.* En *Contraloría General de la República: 85 años de vida institucional (1927-2012)*, 2012.

- 140.** NACIONES UNIDAS, COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Principios de Siracusa Sobre las Disposiciones de Limitación y Derogación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, Annex, 1985.
- 141.** NAVARRO GEZAN, Loreto Paz. Positivismos jurídicos, ¿Atria desafía a Bobbio?. Rev. derecho (Valdivia) [online], 2020, vol.33, n.2 [citado 2023-02-24], Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502020000200009&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502020000200009>.
- 142.** NEGRETTO, Gabriel. Diseño constitucional y separación de poderes en América Latina. Revista Mexicana de Sociología, año 65, N. 1, 2003.
- 143.** NOGUEIRA, Humberto. Los Estados de Excepción en Chile, su incidencia en los Derechos Humanos y el derecho convencional internacional en la materia. *En* Los Estados de Excepción en Chile. Santiago, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1996.
- 144.** NUÑEZ LEIVA, José Ignacio. La Responsabilidad Patrimonial del Estado Legislador por leyes declaradas inconstitucionales. Santiago de Chile: Librotecnia, 2011.
- 145.** OELKERS CAMUS, Osvaldo. La responsabilidad civil extracontractual del Estado Administrador en la Constitución Política de 1980 y su imputabilidad por falta de servicio, Revista Chilena de Derecho, número especial, 1998.
- 146.** OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, “Los poderes Los poderes de excepción deben ser limitados y proporcionales”. En línea: <https://www.ohchr.org/es/stories/2018/03/emergency-powers-should-be-limited-and-proportionate-un-anti-terrorism-expert> [Fecha de consulta: 15 de febrero de 2023].
- 147.** PAPAYANNIS, Diego. Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia, Réplica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales, volumen n°1, 2020,
- 148.** PAREJO ALFONSO, Luis. Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas, Madrid, Tecnos, 1993.
- 149.** PARRA SALAMANCA, Rodrigo y ALVEAL LEIVA, José Guillermo. La construcción del estándar en la responsabilidad de Gendarmería por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Rev. Derecho (Valdivia) [online], 2022, vol.35, n.1, Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-

09502022000100145&lng=pt&nrm=iso>. ISSN 0718-0950. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502022000100145>.

- 150.** PASQUINO, P. Locke on King's Prerogative. *Political Theory*, 26(2), 1998.
- 151.** PIERRY ARRAU, Pedro. Repetición del Estado contra el funcionario, en *Revista de Derecho Universidad Católica de Valparaíso XVI*, 1995.
- 152.** _____. La responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado No 1*, 2000.
- 153.** _____. ¿Es Objetiva la Responsabilidad del Estado? Estado Actual de la Jurisprudencia”, en *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado No 11*, 2004.
- 154.** PIZARRO WILSON, Carlos. Falta de Servicio. Apreciación in abstracto. Técnica exigible, *Jurisprudencia Comentada*, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, número 20, 2012,
- 155.** PLATAFORMA CONTEXTO. “Estamos en un toque de queda inconstitucional”. Disponible en: https://plataformacontexto.cl/contexto_factual/estamos-en-un-toque-de-queda-inconstitucional/ [Fecha de consulta: 15 de febrero de 2023].
- 156.** PORTALES, Jaime y SOTO, Daniel. El resguardo del orden público en Estados de Excepción Constitucional. En *Asociación Chilena de Derecho Constitucional. Gobierno. Presidente de la República*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2014
- 157.** PUFENDORF, S. *De Jure Naturae et Gentium Libri Octium*, Oxford, Clarendon Press, 1934.
- 158.** PUTNAM, Hilary. *El desplome de la dicotomía hecho/valor y otros ensayos* (trad. Francesc Forn i Agimon), Barcelona, Paidós Ibérica, 2004.
- 159.** RADIOLAB, 60 Words, WNYC Studios, 2020, Disponible en <https://www.wnycstudios.org/podcasts/radiolab/episodes/60-words>.
- 160.** _____. The other Latif, WNYC Studios, 2020. Disponible en: <https://www.wnycstudios.org/podcasts/other-latif>.
- 161.** RAHE, Paul, P. A. *Montesquieu and the Logic of Liberty*, New Haven y London, Yale University Press, 2009.
- 162.** RAKOVE, Rakove, Jack N. *Original Meanings*. Nueva York: Random House, 1996.
- 163.** REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*, [versión 23.4 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [visitado 25 de noviembre de 2021].

- 164.** RIDLEY, Ronald T. *The Origins of the Roman Dictatorship: An Overlooked Opinion*. Rheinisches Museum für Philologie, n° 2 122. Köln, 1979.
- 165.** RÍOS, Lautaro, *La Disposición 24 Transitoria ante el Estado de Derecho*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 10, 1983.
- 166.** _____. *Los Estados de Excepción Constitucionales en una Perspectiva Humanista*, en *La Constitución Reformada de 2005*, de Centro de Estudios Constitucionales, Santiago, 2005.
- 167.** _____. *La gran reforma de la Ley N° 20.050 a la Constitución Política de Chile*. En *Revista de Ciencias Sociales*, 51. Edeval. Valparaíso, 2006.
- 168.** RISEN, James & LICHJTBLAU, Eric. *Spying Program Snared U.S. Calls*. New York Times, Nueva York, 2005. Disponible en: <https://www.nytimes.com/2005/12/21/politics/spying-program-snared-us-calls.html> [Visitado el 6 de diciembre de 2021].
- 169.** RODRÍGUEZ José A. *Protección jurisdiccional de los administrados*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1961.
- 170.** ROLDÁN Alcibíades. *Elementos de Derecho Constitucional de Chile*. Santiago, Imprenta, Litografía i Encuadernación Barcelona, 1913.
- 171.** ROSENAL, M & YUDIN P. *Diccionario filosófico marxista*, Santiago de Chile, Ed. Nueva América, 1946.
- 172.** ROSSITER, Clinton. *Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies*. Princeton University Press, 1948.
- 173.** ROUSSEAU, Jean-Jacques. *El contrato social*. Madrid, Edaf, 2009.
- 174.** RUÍZ-TAGLE, Pablo. *Control constitucional concentrado y difuso: El uso de una dicotomía ruidosa*, en *Revista de Derecho Público*, Vol. 61, 1999.
- 175.** SABINE, George Holland. *Historia de la teoría política*, México, D.F, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- 176.** SALAZAR, Roberto. *Véritable état d'exception, «violence pure» et «rédemption*. *Réflexion sur Benjamin et Agamben*. Phantasia, 7, 2018.
- 177.** SALGADO PESANTES, Hernán. *Teoría y práctica del control político*. En *Justicia, libertad y Derechos Humanos: Ensayos en homenaje a Rodolfo E. Piza Escalante*, Costa Rica, 2003.
- 178.** SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Discrecionalidad Administrativa Y Control Judicial*. Madrid, Tecnos, 1994.

- 179.** SCHÄFER, Birgit. Das Recht des Ausnahmezustands - Deutschland: Ungenutztes Notstandsrecht und Integration des Ausnahmefalls in das einfache Recht. EPRS | Servicio de Estudios del Parlamento Europeo. Unidad Biblioteca de Derecho Comparado. Mayo 2020 – PE 651.938. Versión electrónica disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/651938/EPRS_IDA\(2020\)651938_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/651938/EPRS_IDA(2020)651938_DE.pdf).
- 180.** _____. Derecho Administrativo. Parte general. Madrid, Tecnos, 1997.
- 181.** SCHMITT, Carl. Soziologie des souveranitätsbegriff und politische Theologie, Erinnerungsgabe für Max Weber, ed. M. Palyi, Munich: Duncker & Humblot, 1923.
- 182.** _____. The Crisis of Parliamentary Democracy. *En* Bonner Festschrift für Ernst Zitelmann, 1926.
- 183.** _____. The Concept of the Political (trad by George Schwab), New Jersey, Rutgers University Press, 1976.
- 184.** _____. Teoría de la Constitución. Madrid, Alianza Editorial, 1983 [1927].
- 185.** _____. La dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletarias. Madrid: Alianza Editorial, 1985.
- 186.** _____. Roman Catholicism and Political Form, Westport, CT, Greenwood Press, 1996.
- 187.** _____. La Teología Política. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía. México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2004.
- 188.** SERRANO ALBERCA, J. M, Comentario al art. 116. En GARRIDO FALLA, F. (dir.). Comentarios a la Constitución, 3.a ed., Madrid, Civitas, 2001, pp. 1764-1817.
- 189.** SERRANO ALBERCA, J. M. Situaciones excepcionales y fuentes del derecho en la Constitución española de 1978. En VV. AA. La Constitución española y las fuentes del derecho, vol. III, Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1979, pp. 1957-1974.
- 190.** SILES VALLEJO, Abraham. El pensamiento de Locke y Montesquieu como antecedente de la configuración constitucional de poderes de excepción ante emergencias políticas. Anuario de Investigación del CICAJ 2017, Lima, CICAJ-PUCP, 2017.
- 191.** SILVA FERNÁNDEZ, Roberto. Los estados de excepción como legitimación de un estado de cosas inconstitucional: expresión del pseudoconstitucionalismo. Revista Eleuthera, 2016, 15, 46-58. DOI: 10.17151/eleu.2016.15.4.

- 192.** SILVA IRARRÁZAVAL, L. A. El Control Judicial De Los Estados De Excepción Constitucional: La supremacía Del Presidente De La República. *Revista Chilena De Derecho*, Vol. 45, n.º 1, 2019, pp. 81-103, doi:10.4067/S0718-34372018000100081.
- 193.** SILVA, Alejandro. Ámbito de la función judicial en los estados de excepción, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 13, 1986.
- 194.** STOLLEIS, Michael. La Idea del Estado de Derecho. En *Fundamentos: Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, N° 8, 2014
- 195.** STRAUMANN, Benjamin. *Crisis and Constitutionalism: Roman Political Thought from the Fall of the Republic to the Age of Revolution*. Oxford University Press, 2016.
- 196.** TAVOLARI, Raúl. *Habeas corpus: recurso de amparo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1995.
- 197.** TEJERA, Evangelina & HERRERA, Pedro Manuel. La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 47 (141), 2014.
- 198.** TOMÁS DE AQUINO. *Suma de Teología*, Madrid, BAC, 1998.
- 199.** TROTTER, Markus. *Der Ausnahmezustand im historischen und europäischen Rechtsvergleich*. Heidelberg, Universität Heidelberg, 1997.
- 200.** TYLER, Amanda. The Forgotten Core Meaning of the Suspension Clause. *Harvard Law Review*, vol. 125, 2012, pp. 991-1017.
- 201.** _____. *Habeas Corpus in Wartime: From the Tower of London to Guantanamo Bay*. New York, Oxford University Press, 2017.
- 202.** _____. Amanda L. *Habeas corpus: a very short introduction*. New York, Oxford University Press, 2021.
- 203.** VALADÉS, Diego. *La dictadura constitucional en América Latina*", UNAM, México DF, 1974.
- 204.** VALDÉS TORRES, Javier. *El concepto de deferencia en el derecho público chileno*. Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, 2017.
- 205.** VALDIVIA, José Miguel. Nuevas fronteras de la falta de servicio, en *Gaceta Jurídica* No 301, 2005.
- 206.** _____, José Miguel. *Manual de Derecho Administrativo*. Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018.

- 207.** VALDIVIA, Verónica. Subversión, coerción y consenso: violencia estatal en el Chile del siglo XX. Boletín del Instituto de Historia Argentina y Americana Dr. Emilio Ravignani, 53, doi: 10.34096/bol.rav.n53.8017, 2020, pp. 180-204.
- 208.** VEDEL, Georges. Derecho Administrativo. Madrid, Aguilar, 1980.
- 209.** Venice Commission – Observatory on emergency situations, “Was the declaration submitted and submitted to judicial review? Was it found justiciable?” Disponible en línea en: <https://www.venice.coe.int/files/EmergencyPowersObservatory//T08-E.htm> [Fecha de consulta: 15 de febrero de 2023].
- 210.** VERGARA BLANCO, A., Tribunales administrativos híper especializados ¿remedio contra el activismo y la deferencia? En El Mercurio Legal, 2014. Disponible en línea: <https://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2014/11/06/Tribunales-administrativos-hiper-especializados-remedio-contra-el-activismo-y-la-deferencia.aspx> [Fecha de consulta: 15 de febrero de 2023].
- 211.** VERMEULE, Adrian. Our Schmittian Administrative Law. Harvard Law Review, 122, 2009
- 212.** VILE, M. J. C. Constitutionalism and the Separation of Powers. Oxford, Oxford University Press, [1967] 1998.
- 213.** VON SAVIGNY, Friedrich K. Sistema de Derecho Romano Actual, Madrid, F Góngora y Compañía editores, ed. Original 1840, 1878.
- 214.** VON WRIGHT, Georg H. Norma y Acción, Una investigación lógica. Madrid, Tecnos, 1979.
- 215.** WALDRON. J. Separation of Powers in Thought and Practice. Boston College Law Review, Vol. 2, N° 54, 2013. <https://lawdigitalcommons.bc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3289&context=bclr>
- 216.** WARD, L. Locke on Executive Power and Liberal Constitutionalism. Canadian Journal of Political Science, 38(3), 2005.
- 217.** WEBER, Max. Economía y sociedad. Madrid, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1994.
- 218.** WEBER, Max. The President of the Reich. Political Writings. Cambridge: Cambridge University Press, 1994.
- 219.** WILDE, M. Locke and the State of Exception. Towards a Modern Understanding of Emergency Government. European Constitutional Law Review, 6, 2010.

- 220.** WILLEMS, Pierre. Le droit public romain ou Les institutions politiques de Rome depuis l'origine de la ville jusqu'à Justinien. París, Hachette Bnf, 2014.
- 221.** WOOD, Gordon. The Creation of the American Republic: 1776-1787, Nueva York, Norton & Compan, 1969.
- 222.** ZOVATO, D. Los estados de excepción y los Derechos Humanos en América Latina. Caracas, Venezuela: Editorial Jurídica Venezolana, 1990.
- 223.** ZUCKERMAN, Ian. One Law for War and Peace? Judicial Review and Emergency Powers between the Norm and the Exception, 13 Constellations, 2006.
- 224.** ZÚÑIGA URBINA, Francisco. Libertad y autoridad en el derecho constitucional: El derecho de excepción”, Revista de Derecho Público, Vol. 67, 2005.
- 225.** _____. Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las cuestiones políticas. Revista Ius et Praxis - Año 14 - N° 2, 2008.
- 226.** _____. El derecho de excepción y la responsabilidad del Estado: Falta de servicio y acto de gobierno. Comentario de la sentencia de casación rol n° 4029-2013 de la Corte Suprema, de 24 de diciembre de 2013. Estudios constitucionales [online], vol.12, n.1 [citado 2023-02-22], 2014. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002014000100013&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-5200. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002014000100013>.