



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO

PANDEMIA Y ESTADOS DE EXCEPCIÓN

DIEGO ANDRÉS ALMARZA LIZAMA

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y
SOCIALES

PROFESOR GUÍA: AUGUSTO QUINTANA BENAVIDES

SANTIAGO DE CHILE

2020

Agradecimientos: A Andrés Soto Rodríguez, por su amistad y apoyo.

"El dolor es una de esas llaves con que abrimos las puertas no sólo de lo más íntimo, sino que a la vez del mundo". - Ernst Jünger.

ABREVIATURAS

Art(s): Artículo(s)

c. / cc.: Considerando(s).

CADH: Convención Americana de Derechos Humanos

CENC: Comisión de Estudios para la Nueva Constitución

CGR: Contraloría General de la República

Constitución: Constitución Política de la República vigente

Constitución de 1833: Constitución Política de la República de 1833

Constitución de 1925: Constitución Política de la República de 1925

Constitución de 1980: Constitución Política de la República de 1980

CORFO: Corporación de Fomento de la Producción

COSENA: Consejo de Seguridad Nacional

COVID-19: Coronavirus

CPR: Constitución Política de la República

D.: Decreto

DDFF: Derechos Fundamentales

DDHH: Derechos Humanos

DFL 725: Código Sanitario

DFL: Decreto con Fuerza de Ley

DS: Decreto Supremo

ESPII: Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional

FFAA: Fuerzas Armadas

inc. inciso

L. Ley

LOCBGAE: Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado

LOC CAR: Ley Orgánica Constitucional de Carabineros de Chile

LOC CGR: Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República

LOC FFAA: Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas

LOC: Ley Orgánica Constitucional

LOCEEX: Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción

LQC: Ley de Quórum Calificado

MINSAL: Ministerio de Salud

RE: Resolución Exenta

OMS: Organización Mundial de la Salud

ONU: Organización de Naciones Unidas

Pár. Parágrafo

PDI Policía de Investigaciones de Chile

PIDCP Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

RAE Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española

RE: Resolución Exenta

S. Sesión (CENC)

SCA Sentencia de Corte de Apelaciones

SCS Sentencia de la Corte Suprema

ss. Siguietes

STC Sentencia del Tribunal Constitucional

TC Tribunal Constitucional

ÍNDICE GENERAL

ABREVIATURAS.....	3
ÍNDICE GENERAL	5
INTRODUCCIÓN	10
CAPÍTULO I: EL ESTADO DE CATÁSTROFE.....	16
1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL EN CHILE	16
1.1. EL REGLAMENTO CONSTITUCIONAL PROVISORIO DE 1812	16
1.2. CONSTITUCIÓN DE 1822	16
1.3. CONSTITUCIÓN DE 1828	16
1.4. CONSTITUCIÓN DE 1833	17
1.5. BAJO LA CONSTITUCIÓN REFORMADA DE 1874.....	18
1.6. CONSTITUCIÓN DE 1925	19
2. ACTUAL REGULACIÓN DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL.....	21
2.1. EL ESTADO DE ASAMBLEA Y EL ESTADO DE SITIO	21
2.2. EL ESTADO DE EMERGENCIA	23
3. EL ESTADO DE CATÁSTROFE POR CALAMIDAD PÚBLICA	25
3.1. ¿QUÉ DERECHOS FUNDAMENTALES SE PUEDEN LIMITAR EN VIRTUD DEL ESTADO DE CATÁSTROFE CONSTITUCIONAL?.....	26

3.2. ¿FUE EL ESTADO DE CATÁSTROFE CONCEBIDO PARA ENFRENTAR PANDEMIAS?	27
4. DECLARACIÓN DE ESTADO DE EXCEPCIÓN DE CATÁSTROFE POR CALAMIDAD PÚBLICA EN RESPUESTA A LA PANDEMIA DEL VIRUS COVID-19 EN CHILE.....	29
4.1. PROBLEMAS EN TORNO A LA APLICACIÓN DEL ESTADO DE CATÁSTROFE EN RESPUESTA A LA PANDEMIA DE COVID-19.....	32
CAPÍTULO II: LA LEY 16.282 QUE FIJA DISPOSICIONES PERMANENTES PARA SISMOS O CATÁSTROFES	37
1. GÉNESIS HISTÓRICA.....	37
2. CONTENIDOS DE LA LEY 16.282	38
2.1. DEFINICIONES Y PRESUPUESTOS DE LA LEY 16.282	38
2.2. FACULTADES EXCEPCIONALES DEL PRESIDENTE EN LA LEY 16.282	39
2.3. DISPOSICIONES RELATIVAS A LA AYUDA EFECTIVA A DAMNIFICADOS EN LA LEY 16.282.....	41
2.4. DISPOSICIONES DE CONTROL ECONÓMICO EN LA LEY 16.282	
43	
2.5. DONACIONES Y BENEFICIOS TRIBUTARIOS EN LA LEY 16.282	44
2.6. ARTÍCULOS RELATIVOS A LA RECONSTRUCCIÓN DE LAS ZONAS AFECTADAS POR LA CATÁSTROFE:	45

2.7.	EL ROL DE LAS MUNICIPALIDADES EN LA LEY 16.282	47
2.8.	AYUDA A PAÍSES EXTRANJEROS EN LA LEY 16.282	48
3.	DECLARACIÓN DE ZONAS AFECTADAS POR CATÁSTROFE EN RESPUESTA A LA PANDEMIA DEL VIRUS COVID-19 EN CHILE	49
3.1.	EL DECRETO SUPREMO N°420 DEL 30 DE MARZO DE 2020 QUE ESTABLECE MEDIDAS DE ÍNDOLE TRIBUTARIA, PARA APOYAR A LAS FAMILIAS, LOS TRABAJADORES Y A LAS MICRO, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS, EN LAS DIFICULTADES GENERADAS POR LA PROPAGACIÓN DE LA ENFERMEDAD COVID-19 EN CHILE	51
4.	INCONSTITUCIONALIDAD Y NECESIDAD DE ACTUALIZACIÓN DE LA LEY 16.282.....	53
CAPÍTULO III: EL CÓDIGO SANITARIO Y LA ALERTA SANITARIA.		61
1.	ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CÓDIGO SANITARIO	61
1.1.	EL PRIMER CÓDIGO SANITARIO DE 1918.....	61
1.2.	EL CÓDIGO SANITARIO DE 1931	63
2.	EL ACTUAL CÓDIGO SANITARIO (DFL 725 DE 1967)	64
2.1.	CONCEPTOS Y DEFINICIONES RELEVANTES	65
2.2.	EL REGLAMENTO SANITARIO INTERNACIONAL Y LA DECLARACIÓN DE EMERGENCIA DE SALUD PÚBLICA DE IMPORTANCIA INTERNACIONAL (ESPII)	69

3.	DECLARACIÓN DE ESTADO DE ALERTA SANITARIA EN RESPUESTA A LA PANDEMIA DEL VIRUS COVID-19 EN CHILE.....	71
CAPÍTULO IV: PROBLEMAS EN TORNO A LOS PRINCIPIOS DE JURIDICIDAD, RESERVA LEGAL Y AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR PARTE DE LA AUTORIDAD SANITARIA ..		
1.	VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL	77
2.	DELEGACIÓN DE FACULTADES PRESIDENCIALES “EXTRAORDINARIAS”	85
3.	PRINCIPALES DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS POR PARTE DE LA AUTORIDAD SANITARIA A PROPÓSITO LA PANDEMIA DE COVID-19 EN CHILE Y ALCANCES EN TORNO A SU PROCEDENCIA.....	91
3.1.	INVIOLABILIDAD DEL HOGAR (19 N°5)	91
3.2.	LIBERTAD DE CONCIENCIA Y CULTO (19 N°6).....	94
3.3.	LIBERTAD AMBULATORIA Y DERECHO DE REUNIÓN (ART. 19 N°7 Y 13 CPR)	102
3.4.	EDUCACIÓN Y LIBERTAD DE ENSEÑANZA (ART. 19 N°10 y 11) 106	
3.5.	DESARROLLAR CUALQUIER ACTIVIDAD ECONÓMICA (19 N°21): 107	
4.	HACIA UNA TIPOLOGÍA DE LOS PODERES DE EMERGENCIA PARA ENFRENTAR PANDEMIAS EN CHILE	112

CONCLUSIONES	117
BIBLIOGRAFÍA	121
ANEXO I: CUADRO COMPARATIVO ENTRE LAS NORMAS ANALIZADAS	130
ANEXO II: RECOPIACIÓN TEMÁTICA DE RESOLUCIONES EXENTAS DE AISLAMIENTO/CUARENTENA DECRETADAS POR EL MINSAL, ENTRE LOS MESES DE ABRIL Y JULIO DEL AÑO 2020 (ACTUALIZADO HASTA EL 12 DE JULIO DE 2020).....	135
ANEXO III: JURISPRUDENCIA CITADA	139

INTRODUCCIÓN

El propósito del presente trabajo para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales es desarrollar y analizar tres normas de carácter excepcional, orientadas a enfrentar situaciones anormales en el país: el estado de excepción constitucional de catástrofe, la ley 16.282 que fija disposiciones permanentes para sismos y catástrofes y, finalmente, la Alerta Sanitaria del artículo 36 del Código Sanitario. Estas tres normas han sido aplicadas concurrente para efectos de enfrentar la pandemia del virus COVID-19 (alternativamente, SARS-COV-2 o “Coronavirus”) en Chile, el año 2020.

A este respecto, el día jueves 12 de diciembre de 2019 se detectan, en China, los primeros síntomas de una enfermedad similar a la neumonía viral, teniendo en común todos los infectados el haber visitado el mercado de carnes de la ciudad de Wu Han. El 7 de enero de 2020, las autoridades chinas identifican un nuevo coronavirus como el causante de los casos.

El 30 de enero de 2020, el director de la Organización Mundial de la Salud (OMS) declara que el brote de 2019-nCov constituye una Emergencia Sanitaria de Importancia Internacional (ESPII), de conformidad al artículo 12 del Reglamento Sanitario Internacional, ratificado por el Estado de Chile el año 2008, mediante el Decreto Supremo N°230 del Ministerio de Relaciones Exteriores. El 5 de febrero de 2020, 24 países o territorios ya habían cerrado sus fronteras, debido a que casos del nuevo Coronavirus comenzaron a presentarse en sus territorios.

Lamentablemente, las pandemias y epidemias serán una realidad cada vez más frecuente: “Si uno mira a la historia del surgimiento o resurgimiento de enfermedades pandémicas infecciosas a nivel global, en promedio han aparecido cada década, pero ahora, preocupantemente, la frecuencia entre pandemias parece ser más corta, como fue evidente con el SARS el 2003, la Influenza AH1N1 (gripe aviar) el 2007, la gripe porcina H1N1 el 2009, el MERS el 2012 y el Ébola el 2014. La sobrepoblación y pobreza son factores que

contribuyen a este cambio y están fuertemente vinculadas con el calentamiento global, la degradación medioambiental, destrucción de hábitats y la creciente interacción entre humano/huésped/reserva” (ROSS, CROWE, y TYNDALL, 2015).

En este sentido, es necesario revisar la legislación de excepción y de emergencia que regula en términos generales la respuesta del Estado y los límites de esta ante la ciudadanía. Muchas de las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias, políticas y militares en respuesta al COVID-19 se basan en las tres normas objeto de este trabajo, a saber:

1. La Alerta Sanitaria, contenida en el artículo 36 del Código Sanitario (Decreto N°4 del el Ministerio de Salud, del 8 de febrero de 2020 en todo el territorio nacional, por un año).
2. El estado de excepción de catástrofe por calamidad pública, declarado mediante el decreto N°104, publicado el 18 de marzo de 2020 en todo el territorio nacional por 90 días, prorrogado por el decreto 269 del 12 de junio de 2020 por 90 días más, prorrogado nuevamente por 90 días más el 10 de septiembre de 2020. A la fecha de redacción del presente trabajo, el Presidente Sebastián Piñera anunció la prórroga por 90 días más del Estado Constitucional de Catástrofe, desde el 13 de diciembre de 2020 hasta marzo del 2021, siendo la extensión de este estado de excepción inédito en la historia de nuestro país, llegando a su límite de un año, sin mediar la hipótesis de control por parte del Congreso.
3. La ley 16.282, que establece disposiciones permanentes para sismos y catástrofes (mediante el decreto N°107 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del 23 de marzo de 2020, en todo el territorio nacional, por el plazo de un año).
4. El Decreto de Emergencia Constitucional, consagrado en el artículo 32 N°20 de la Constitución, que autoriza a emplear un 2% adicional del presupuesto fijado legalmente excepcionalmente para enfrentar calamidades públicas, mediante Decreto Supremo firmado por el Presidente y todos sus Ministros. El Decreto

Supremo N°333, del Ministerio de Hacienda, del 27 de marzo de 2020, autorizó el uso de este mecanismo para enfrentar la crisis del COVID-19.

Nuestro análisis se enfocará en los primeros tres estatutos señalados, pues comparten ciertos elementos en común:

1. Operan en base a supuestos de hecho “excepcionales”, específicamente, el concepto de catástrofe, calamidad pública, epidemia, que afectan el normal funcionamiento de las instituciones del Estado, la vida y salud de los ciudadanos.
2. Autorizan la delegación de facultades excepcionales a diversas autoridades para enfrentar las emergencias y catástrofes que les sirven de supuesto fáctico.
3. Estas facultades excepcionales o extraordinarias autorizan a las autoridades administrativas (civiles y militares) a adoptar medidas que no solo van dirigidas directamente a prestar auxilio y ayuda a la población, sino que además implican intensas restricciones a Derechos Fundamentales.
4. Operan en un determinado lapso, es decir, tienen una vida temporal en cuanto su aplicación, el cual es prorrogable bajo diversos supuestos.
5. Operan en base a criterios de territorialidad, esto es, un espacio determinado dentro del territorio de la República, una o más zonas que bien pueden abarcar todo el país de ser necesario.
6. Tienen un origen anterior a la pandemia de COVID-19, con antecedentes anteriores incluso a la vigencia misma de la Constitución de 1980.
7. Han sido aplicadas de manera casi simultánea y concurrente en todo el territorio nacional.

Excluimos del presente análisis la legislación ad hoc, generadas específicamente para efectos de paliar la emergencia sanitaria una vez declarada, como la ley 21.230 que concede el Ingreso Familiar de Emergencia, o la ley N° 21.227 de Protección al Empleo, para efectos de delimitar lo más posible el objeto de este trabajo. También excluirémos el régimen de emergencia propio del artículo 32 N°20 de la Constitución, por no tener la suficiente relación

temática con nuestro enfoque de análisis. Evidentemente, el entramado normativo propio de las emergencias es amplio y complejo, pero creemos que las tres normas en estudio configuran las bases mínimas para poder comprender la acción estatal ante la pandemia de COVID-19 en Chile, desde la óptica del derecho público.

Considerando la aplicación concurrente de las tres normas objeto de la presente tesis y sus características comunes ya mencionadas, es importante plantear algunas preguntas básicas:

1. ¿Cuáles son los aspectos problemáticos, desde la óptica del derecho público, respecto de la aplicación simultánea y prolongada de las tres normas precitadas?
2. ¿Cuáles son los antecedentes históricos de las normas en análisis? ¿Fueron concebidas realmente para enfrentar una epidemia (hoy pandemia) de las características del virus COVID-19?
3. ¿Qué problemas pueden evidenciarse en la formulación normativa de las tres instituciones en comento, específicamente, con relación al principio de juridicidad?
4. ¿Hay mecanismos efectivos de control y accountability antes, durante y después de la aplicación de estas normas de excepción?

En el primer capítulo, revisaremos la configuración histórico-normativa de los estados de excepción constitucional en Chile, desde 1812 hasta la actualidad. Este ejercicio nos permitirá comprender de mejor forma que tan presente han estado las hipótesis de “catástrofe” en las distintas constituciones de nuestro país, además de las facultades excepcionales que se otorgan a la autoridad y las limitaciones a derechos fundamentales procedentes en cada caso. Posteriormente, revisaremos la regulación actual de los estados de excepción constitucional en Chile, de conformidad a la Constitución reformada de 1980, concordando dichas disposiciones con su respectiva Ley Orgánica Constitucional N° 18.415.

En el siguiente capítulo, revisaremos los antecedentes históricos de la ley 16.282, para luego revisar la nutrida discusión en su tramitación que se dio en torno a su obsolescencia y problemas de constitucionalidad, en la ley que la reformó, N° 19.095, del año 1991. Finalmente, revisaremos su actual formulación y estructura, con especial énfasis en ciertos artículos que han sido aplicados en el contexto de la pandemia en Chile.

El tercer capítulo tendrá una revisión histórica de los códigos sanitarios que antecedieron al que actualmente nos rige (DFL 725), con especial énfasis en la redacción de artículos que hoy son homologables a la institución de la alerta sanitaria. Posteriormente, revisaremos la estructura del Código Sanitario y nos detendremos específicamente en su artículo 36, que establece la Alerta Sanitaria, aplicada también en el territorio nacional a propósito de la pandemia de COVID-19 en Chile.

En cada capítulo dedicado a las tres instituciones objeto de este trabajo, se realizará un análisis crítico de los aspectos problemáticos de las leyes objeto de este trabajo, su aplicación concurrente y yuxtapuesta, haciendo énfasis en cuestiones de constitucionalidad, juridicidad, reserva legal y manifiesta necesidad de actualización de estos mecanismos (OSORIO, 2011) para efectos de enfrentar la presente y futuras crisis sanitarias o epidemiológicas de la magnitud del virus COVID-19.

El Capítulo IV estará dedicado exclusivamente a revisar los principales DDFP afectados por las disposiciones del MINSAL y la revisión de si existe o no un antecedente jurídico que autorice dichas restricciones.

La emergencia sanitaria a nivel global hace perder de vista que quienes están invocando y aplicando estas medidas excepcionales son las mismas personas que recientemente han sido cuestionadas duramente por sistemáticas violaciones a los Derechos Humanos, precisamente en un contexto de excepción constitucional (INDH, 2019) (CIDH, 2019) (ONU, 2019) (HRW, 2019) (Amnistía Internacional, 2020). El escenario más favorable en el mediano plazo es el

concepto de “nueva normalidad”, acuñado por las autoridades políticas y sanitarias del país. Implica la idea de que la vida de los ciudadanos y el accionar de las instituciones se deberán adecuar a las circunstancias excepcionales y su prolongación en el tiempo. Este concepto es peligrosamente similar a la idea de estado de excepción permanente (AGAMBEN, 2004), aunque esta vez, el “enemigo” no sería el terrorismo o un “enemigo poderoso, implacable” (NAVARRO Y TROMBEN, 2019), sino uno más abstracto: un virus. Ante esta posibilidad, es justo y necesario ponderar las normas jurídicas fundamentales que sustentan hoy la lucha contra la pandemia de COVID-19 y que cobrarán más importancia aun en los meses y años venideros.

Finalmente, reflexionar en torno a las estructuras jurídicas de excepción durante estos tiempos de crisis es un ejercicio valioso, por la posibilidad de una mayor frecuencia de pandemias a futuro y porque, en medio de la emergencia y las necesidades apremiantes que gobiernan la crisis, se tiende a perder de vista ciertos temas que, si bien no son urgentes de analizar, sí son importantes, como son las normas objeto de este trabajo. Estos temas no solo se agotan en la mera actualización de los mecanismos jurídicos particulares para enfrenar situaciones excepcionales de emergencia, sino también en razón del Proceso Constituyente que se avecina en nuestro país, en el cual va a ser necesario revisar el rol del Estado ante estas situaciones, particularmente, el uso y abuso de los estados de excepción constitucional, la tentación autoritaria que va envuelta en ellos (COFRÉ, 2020) y cómo el Derecho se debe anticipar a las crisis futuras.

CAPÍTULO I: EL ESTADO DE CATÁSTROFE

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL EN CHILE

1.1. EL REGLAMENTO CONSTITUCIONAL PROVISORIO DE 1812

Los estados de excepción constitucional no estaban regulados en esta carta provisoria tal y como se les denomina en la actualidad, sino a propósito de una causal genérica de “suspensión” del reglamento constitucional, regulado en su artículo 26:

“Art. 26. Sólo se suspenderán todas estas reglas invariables en el caso de importar a la salud de la Patria amenazada; pero jamás la responsabilidad del que las altere sin grave motivo.”

1.2. CONSTITUCIÓN DE 1822

Bajo el gobierno de Bernardo O’Higgins se dictó esta constitución de vida más bien efímera, pues rigió desde su promulgación el 30 de octubre de 1822 al 28 de enero de 1823, con la renuncia de O’Higgins como Director Supremo. La excepcionalidad constitucional estaba consagrada en una disposición en términos directos (artículo 121), disposición que debe concordarse con otras dos relativas a las atribuciones del Congreso en caso de guerra (artículo 47 N° 3, “Declarar la guerra, a propuesta del Poder Ejecutivo.”) y el rol del Ejecutivo como garante del orden público, en los artículos 106: “Cuidará de todo lo que conduzca a la conservación del orden público y seguridad del Estado” y 121: (“En un peligro inminente del Estado, que pida providencias muy prontas, el Poder Legislativo podrá concederle facultades extraordinarias por el tiempo que dure la necesidad, sin que por ningún motivo haya la menor prórroga”).

1.3. CONSTITUCIÓN DE 1828

La Constitución de 1828 regulaba los estados de excepción en cuanto atribuciones del ejecutivo, en el artículo 83 N° 12: "En caso de ataque exterior o

conmoción interior, graves e imprevistos, tomar medidas prontas de seguridad, dando cuentas al Congreso, o en su receso, a la Comisión Permanente, de lo ejecutado y sus motivos, estando a su resolución" (sic).

Es dable señalar que no están regulados nominalmente, sino que en referencia a las situaciones fácticas que justificarían su declaración, en este caso, guerra externa y conmoción interior.

1.4. CONSTITUCIÓN DE 1833

Originalmente, la Constitución de 1833 contempló dos regímenes de excepción: la concesión de facultades extraordinarias desde el Congreso al Presidente (artículo 36 N°6: "Autorizar al Presidente de la República para que use de facultades extraordinarias, debiendo siempre señalarse espresamente las facultades que se le conceden, y fijar un tiempo determinado á la duracion de esta lei" y el estado de sitio, en caso de ataques exteriores o conmoción interior artículo 82 N° 20: "Son atribuciones especiales del Presidente— (...) 20ª. Declarar en estado de sitio uno o varios puntos de la República en caso de ataque exterior, con acuerdo del Consejo de Estado, i por un determinado tiempo; en caso de conmoción interior, la declaración de hallarse uno o varios puntos en estado de sitio, corresponde al Congreso; pero si éste no se hallare reunido, puede el Presidente hacerla con acuerdo del Consejo de Estado, por un determinado tiempo. Si a la reunión del Congreso no hubiere espirado el término señalado, la declaración que ha hecho el Presidente de la República, se tendrá por una proposición de lei" (sic).

Adicionalmente, hay que concordar las disposiciones ya mencionadas con el artículo 161 de dicha carta, que en cierta forma vendría a establecer un límite mínimo a las facultades omnímodas que se le concedían al Presidente en virtud de la excepcionalidad, no pudiendo condenar ni aplicar penas de manera autónoma: "Declarado algún punto de la República en estado de sitio, se suspende el imperio de la Constitución en el territorio comprendido en la declaración; pero durante esta suspensión (del imperio de la Constitución), y en

el caso que usase el Presidente de la República de facultades extraordinarias especiales, concedidas por el Congreso, no podrá la autoridad pública condenar por sí, ni aplicar penas. Las medidas que tomase en estos casos contra las personas, no pueden exceder de un arresto, ó traslación a cualquier punto de la República".

A pesar de la intención de limitar las facultades extraordinarias del Presidente, la primera parte del artículo y su redacción autorizaba en los hechos al Presidente a legislar independientemente del Congreso, al "suspenderse" el imperio constitucional en los territorios afectos al estado de excepción aplicado.

1.5. BAJO LA CONSTITUCIÓN REFORMADA DE 1874

La Constitución de 1833 fue objeto de una reforma constitucional importante en 1874, modificando las disposiciones referentes a los estados de excepción constitucional.

En cuanto al estado de asamblea, se introdujo la intervención mediante acuerdo del Consejo de Estado para la declaración por parte del Presidente:

"Art. 73. Son atribuciones del Consejo de Estado:

7a.: Prestar su acuerdo para declarar en estado de asamblea una o más provincias invadidas o amenazadas en caso de guerra extranjera".

Las facultades extraordinarias que concedía el Congreso al Presidente, contenidas en el antiguo artículo 36 de la carta original de 1833, sufrieron modificaciones y se regularon en el artículo 27 N° 6: "Dictar leyes excepcionales y de duración transitoria que no podrá exceder de un año, para restringir la libertad personal y la libertad de imprenta, y para suspender o restringir el ejercicio de la libertad de reunión, cuando lo reclamare la necesidad imperiosa de la defensa del Estado, de la conservación del régimen constitucional o de la paz interior.

Si dichas leyes señalaren penas, su aplicación se hará siempre por los tribunales establecidos.

Fuera de los casos prescritos en este inciso, ninguna ley podrá dictarse para suspender o restringir las libertades o derechos que asegura el artículo 10."

Finalmente, el antiguo artículo 161 de la carta de 1833 fue modificado y limitado fuertemente, pasando a regularse en el nuevo artículo 152: "Cuando uno o varios puntos de la República fueren declarados en estado de sitio, en conformidad en lo dispuesto en la parte 20a del Art. 73, por semejante declaración sólo se concede al P. de la R. las siguientes facultades:

1a La de arrestar a las personas en sus propias casas o en lugares que no sean cárceles ni otros que estén destinados a la detención o prisión de reos comunes;

2a La de trasladar a las personas de un departamento a otro de la República dentro del continente y en un área comprendida entre el puerto de Caldera al norte y la provincia de Llanquihue al sur.

Las medidas que tome el P. de la R. en virtud del sitio, no tendrán más duración que la de éste, sin que por ellas, se puedan violar las garantías constitucionales concedidas a los Senadores y Diputados."

1.6. CONSTITUCIÓN DE 1925

Es menester distinguir la regulación original de los estados de excepción constitucional contenidos en la Constitución de 1925 y las leyes que establecían regímenes excepcionales ad hoc que se crearon durante la vigencia de esta, como por ejemplo, la ley N° 7.200 de 1943, en su artículo 23, o la ley N° 12.927 de Seguridad Interior del Estado. La regulación original de los estados de excepción en la carta de 1925 estaba en el artículo 72 de la misma, correspondiendo al estado de asamblea, estado de sitio y en caso de conmoción interior.

"Art. 72.- Son atribuciones especiales del Presidente: (...)

17ª Declarar en estado de asamblea una o más provincias invadidas o amenazadas en caso de guerra extranjera, y en estado de sitio, uno o varios puntos de la República, en caso de ataque exterior.

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

Las facultades de dictar leyes excepcionales que afecten garantías fundamentales se mantuvieron en los mismos términos que en la reforma de 1873, siendo reguladas en el artículo 44 N°13:

"Art. 44.- Sólo en virtud de una ley se puede:

Nº 13: Restringir la libertad personal y la de imprenta, o suspender o restringir el ejercicio del derecho de reunión, cuando lo reclamare la necesidad imperiosa de la defensa del Estado, de la conservación del régimen constitucional o de la paz interior, y sólo por períodos que no podrán exceder de seis meses. Si estas leyes señalaren penas, su aplicación se hará siempre por los Tribunales establecidos. Fuera de los casos prescritos en este número, ninguna ley podrá dictarse para suspender o restringir las libertades o derechos que la Constitución asegura;".¹

¹ “No obstante esta garantía general con que la Carta Magna quiso asegurar la plena vigencia de tales derechos y libertades, se fueron dictando, en el curso de los años, diversas leyes que crearon otros tantos E.E.C. que terminaron por desarticular el coherente sistema establecido por la Constitución.

Tal es el caso de la ley N° 7.200 de 1943, cuyo Art. 23 autorizó al Presidente de la República para declarar Zonas de Emergencia, "en los casos de peligro de ataque exterior o de invasión o de actos de sabotaje contra la seguridad nacional, casos en los cuales se podrá aplicar las disposiciones del N° 13 del Art. 44 y 17 del Art. 72 de la Constitución contra las personas u organizaciones que realicen actividades de tal naturaleza".

Abierta la brecha, se deslizaron por ella la ley N° 12.927 sobre Seguridad del Estado, de 1958; su Tit. VII estableció, con carácter permanente, los "Estados de Emergencia",

2. ACTUAL REGULACIÓN DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL

La Constitución regula los estados de excepción constitucional en sus artículos 39 a 45. Estos son: el estado de asamblea, de sitio, de emergencia y de catástrofe por calamidad pública. En el artículo 39 se contempla un supuesto fáctico genérico para su declaración, "cuando afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado".

2.1. EL ESTADO DE ASAMBLEA Y EL ESTADO DE SITIO

De acuerdo al artículo 40 de la Constitución, el estado de asamblea es procedente en caso de guerra exterior, pudiendo ser declarado por el Presidente de la República con acuerdo del Congreso Nacional, debiendo determinar las zonas afectas a este estado de excepción. El Congreso Nacional tiene que pronunciarse respecto de la aprobación o rechazo de la declaración de estado de asamblea, sin poder introducir modificaciones respecto de la iniciativa y teniendo un plazo de cinco días para manifestarse, con la posibilidad de entenderse aprobada la declaración en caso de no pronunciarse en dicho plazo.

El estado de asamblea puede aplicarse de inmediato, mientras el Congreso delibera su aprobación o rechazo en el plazo ya mencionado de cinco días. Las medidas que adopte el Presidente en tanto no concurra la aprobación o rechazo del Congreso son susceptibles de revisión judicial, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 39 y 45 de la Constitución.

En virtud de la declaración de estado de asamblea, el Presidente de la República tiene la facultad para (artículo 43, inciso 1° CPR):

cuya declaración incumbe al Presidente de la República y procede en caso de guerra, de ataque exterior o de invasión ... sea que el ataque se haya producido o existan motivos graves para pensar que se producirá" (RÍOS, 2002).

1. Suspender o restringir la libertad personal.
2. Suspender o restringir el derecho de reunión.
3. Suspender o restringir la libertad de trabajo.
4. Restringir el derecho de asociación.
5. Interceptar, registrar o abrir toda clase de comunicaciones.
6. Disponer requisiciones de bienes.
7. Establecer limitaciones al derecho de propiedad.

Finalmente, el estado de asamblea tiene una vigencia temporal limitada únicamente por la duración de la guerra externa, sin perjuicio de la facultad presidencial de suspender sus efectos anticipadamente (artículo 40 de la CPR).

El estado de sitio en cuanto estado de excepción constitucional está regulado de manera conjunta al estado de asamblea, aunque su supuesto fáctico de procedencia es “en caso de guerra interna o grave conmoción interior” (artículo 40 CPR). La facultad de declarar el estado de sitio está radicada únicamente en el Presidente y en cuanto su aprobación por el Congreso nos remitimos a la regulación del estado de asamblea, es decir, debe el Congreso aprobar o rechazar la declaración de estado de sitio en un plazo de 5 días, entendiéndose aprobada la declaración si el Congreso no se pronunciare en ese tiempo.

Por la declaración de estado de sitio, el Presidente de la República podrá:

1. Restringir la libertad de locomoción.
2. Arrestar a las personas en sus propias moradas o en lugares que la ley determine y que no sean cárceles ni estén destinados a la detención o prisión de reos comunes.
3. Suspender o restringir el derecho de reunión.

Al igual que en el estado de asamblea, los efectos del estado de sitio pueden aplicarse de inmediato, incluso dentro del ya mencionado lapso de cinco días para su aprobación o rechazo por el Congreso, aunque con la limitación de

solo poder restringirse del derecho de reunión en las zonas afectas al estado de sitio.

2.2. EL ESTADO DE EMERGENCIA

Se encuentra regulado en los artículos 39, 42, 43 inciso final, 44 y 45 de la Constitución, así como en la ley orgánica constitucional de los estados de excepción N° 18.415. El Presidente de la República tiene la facultad de declarar estado de emergencia en casos de “grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación”, debiendo determinar en el decreto que declara este estado las zonas afectadas por estas circunstancias y quedarán bajo los efectos de este estado de excepción constitucional.

Su duración es de quince días, sin perjuicio de poder prorrogarse por parte del Presidente de la República por quince días más. Sin embargo, para sucesivas prórrogas deberá contar siempre con acuerdo del Congreso Nacional, tramitado de igual forma que para los estados de asamblea y de sitio en el artículo 40 de la Constitución. Además, deberá informar al Congreso de las medidas adoptadas durante el estado de emergencia.

Declarado el estado de emergencia, las zonas en las que rige quedarán bajo la dependencia inmediata del jefe de defensa nacional que nombre el Presidente, quien asumirá la jurisdicción y supervigilancia de dichas zonas ejerciendo los deberes y atribuciones que la ley señale.

Según el artículo 43 inciso final de la CPR, en virtud de la declaración del estado de emergencia se podrá:

1. Restringir la libertad de locomoción.
2. Restringir la libertad de reunión.

La LOCEEEX especifica más las atribuciones que tendrá el jefe de defensa nacional que sea designado por el Presidente durante el estado de emergencia:

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

3. EL ESTADO DE CATÁSTROFE POR CALAMIDAD PÚBLICA

Está regulado en los artículos 39, 41 y 43 inciso 3° de la Constitución Política, siendo facultad del Presidente de la República su declaración, debiendo señalar las zonas afectadas por la calamidad. Según el diccionario de la Real Academia Española, el vocablo “calamidad” proviene del latín calamitas, significando “desgracia o infortunio que alcanza a muchas personas”² (RAE, 2014). Por su parte, la Contraloría General de la República, en su dictamen N°8.286/86, precisa que son “todo imprevisto emanado de una catástrofe natural o causada por el hombre, que generan desgracias en las personas o daños en los bienes, como son los sismos, inundaciones, etc”³.

La declaración del estado de excepción de catástrofe es una facultad privativa del Presidente de la República, sin perjuicio de que está obligado a comunicar al Congreso de las medidas adoptadas en virtud de dicho estado. El Congreso, a su vez, tiene la facultad de dejar sin efecto el estado de catástrofe transcurridos 180 días desde su dictación, en caso de que las causas que lo hayan originado hayan cesado de forma absoluta. Si el Presidente declara estado de catástrofe por un periodo superior a un año, entonces debe contar con la aprobación del Congreso Nacional, que a su vez se tramitará de conformidad a las reglas del artículo 40.

Las zonas afectadas quedarán bajo la dependencia inmediata del Jefe de Defensa Nacional que designe el Presidente, asumiendo la vigilancia, dirección y supervigilancia de su jurisdicción con las atribuciones y deberes que la ley señale.

² REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.^a ed., [versión 23.3 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [consultado el 2 de febrero de 2020].

³ Pallavicini Magnère, J. (2012). El principio de juridicidad en tiempos de catástrofe. *Revista de Derecho Público*, (77), Pág. 185-199. doi:10.5354/0719-5249.2014.30923

3.1. ¿QUÉ DERECHOS FUNDAMENTALES SE PUEDEN LIMITAR EN VIRTUD DEL ESTADO DE CATÁSTROFE CONSTITUCIONAL?

En virtud de la declaración de estado de excepción de catástrofe el Presidente de la República podrá (artículo 43, inciso 3°):

1. Restringir el derecho de locomoción.
2. Restringir el derecho de reunión.
3. Disponer requisiciones de bienes.
4. Establecer limitaciones al derecho de propiedad.
5. Adoptar medidas excepcionales de carácter administrativo para el “pronto restablecimiento de la normalidad” en las zonas afectadas.

La Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción N° 18.415 precisa el contenido normativo del estado constitucional de catástrofe en sus artículos 5, 6 y 7, fundamentalmente. El artículo 6° de la LOCEEX reitera la posibilidad de delegación total o parcial de las facultades que tiene el Presidente de la República en los jefes de defensa nacional que este designe.

El artículo 7° de la LOCEEX se refiere específicamente a los deberes y atribuciones que tienen los Jefe de la Defensa Nacional en caso de Estado Constitucional de Catástrofe, remitiéndose a los numerales 1, 4 y 5 del artículo 5°, que regulan el estado de emergencia constitucional. Los deberes y atribuciones que tiene el jefe de defensa nacional en estado de catástrofe son los siguientes:

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

2. Controlar la entrada y salida de la zona declarada en estado de catástrofe y el tránsito en ella.
3. Dictar medidas para la protección de las obras de arte y de los servicios de utilidad pública, centros mineros, industriales y otros.
4. Ordenar el acopio, almacenamiento o formación de reservas de alimentos, artículos y mercancías que se precisen para la atención y subsistencia de la población en la zona y controlar la entrada y salida de tales bienes.
5. Determinar la distribución o utilización gratuita u onerosa de los bienes referidos para el mantenimiento y subsistencia de la población de la zona afectada.
6. Establecer condiciones para la celebración de reuniones en lugares de uso público.
7. Impartir directamente instrucciones a todos los funcionarios del Estado, de sus empresas o de las municipalidades que se encuentren en la zona, con el exclusivo propósito de subsanar los efectos de la calamidad pública.
8. Difundir por los medios de comunicación social las informaciones necesarias para dar tranquilidad a la población.
9. Dictar las directrices e instrucciones necesarias para el mantenimiento del orden en la zona.
10. Las demás que le otorguen las leyes en su calidad de tal.”

3.2. ¿FUE EL ESTADO DE CATÁSTROFE CONCEBIDO PARA ENFRENTAR PANDEMIAS?

Una pregunta más que válida para efectos de este trabajo es dilucidar si el estado constitucional de catástrofe por calamidad pública fue concebido, diseñado y orientado a contener y enfrentar emergencias sanitarias, específicamente, epidemias o pandemias.

El régimen de excepción constitucional por calamidad pública fue tratado en las sesiones N° 31, 32, 64, 218, 219, 238, 242, 295, 319, 362, 363, 364, 367, 368, 369 Y 416 de la Comisión Ortúzar (JIMÉNEZ, 2010). Dentro de estas

sesiones, el vocablo “epidemia” se empleó solamente una vez (a diferencia de la palabra “terremoto”, que en los tomos analizados es utilizada más de 20 veces):

“El Mayor señor GONZÁLEZ manifiesta que el problema se origina por las razones ya anotadas en el curso de la discusión, pero estima conveniente recordar las características del momento en que este artículo de excepción entraría a regir, vale decir, en situaciones extraordinarias, cuando las atribuciones normales de la autoridad civil han sido sobrepasadas por los hechos —catástrofe, guerra, **epidemia**, desorden institucional— y si así no ocurriere, no se habría declarado el estado de sitio o la zona de emergencia.” (S. N°32 CENC). Ahora bien, las causales de procedencia del estado de excepción de catástrofe por calamidad pública siempre fueron concebidas de manera amplia:

“Tampoco pareció adecuado entrar a definir en la Constitución lo que se entiende por ‘estado de calamidad’, si bien se entendió que hay o puede haber calamidad pública cuando, por efectos de acciones humanas, de la naturaleza o de desequilibrios económicos o ecológicos, se producen graves daños a la economía nacional o daños significativos a personas o bienes en el territorio nacional.” (S. N° 218 CENC).

Es patente el hecho de que, si bien existe una concepción amplia de los supuestos fácticos en el estado de excepción de catástrofe, el diseño de la institución no está pensado para pandemias de larga duración como lo es el COVID-19, sino más bien, para solucionar las urgencias y destrucción inmediatas derivadas de un terremoto. El bien jurídico a proteger mediante la excepción de catástrofe es el orden público mediante la acción de las fuerzas armadas y de orden, en un modelo que descansa íntegramente en las directrices del Presidente de la República, sin atisbos de coordinación y cooperación reales entre las autoridades civiles, militares, privados y mucho menos las sanitarias.

En este sentido, no solo la excepción constitucional por catástrofe no está pensada para pandemias de larga duración, sino que existe una nula “interrelación” entre las normas que son objeto de este trabajo, a saber, el estado

de excepción constitucional de catástrofe, la ley 16.282 de zonas afectadas por catástrofe y la alerta sanitaria del artículo 36 del DFL 725. Si bien es comprensible que existan regímenes tanto legales como constitucionales para atender emergencias, con objetivos distintos, sí es negativo el hecho de que dichos regímenes, dada su antigüedad y diseño, operen de manera absolutamente paralela. Esta falencia es una de las razones por las cuales las autoridades en Chile no han logrado tener un manejo adecuado y coordinado para enfrentar la pandemia de COVID-19, existiendo una manifiesta yuxtaposición y confusión de las competencias y autoridades involucradas en esta crisis, tema que se refuerza en capítulos posteriores, dedicados a la ley 16.282 y la Alerta Sanitaria.

4. DECLARACIÓN DE ESTADO DE EXCEPCIÓN DE CATÁSTROFE POR CALAMIDAD PÚBLICA EN RESPUESTA A LA PANDEMIA DEL VIRUS COVID-19 EN CHILE

El DS N°104 del 18 de marzo de 2020 del Ministerio del Interior y Seguridad Públicas decretó estado constitucional de catástrofe en todo el territorio nacional en respuesta a la pandemia de COVID-19 en Chile, por un plazo de 90 días. Este decreto ha sido modificado por los decretos supremos N°106, 108 y 203, siendo finalmente prorrogado por el decreto 269 del 12 de junio de 2020. Para efectos de hacer un comparendo de las modificaciones subsecuentes al decreto supremo original de estado de excepción de catástrofe, reproduciremos los artículos más relevantes:

“Artículo tercero: En el ejercicio de sus funciones, los Jefes de la Defensa Nacional tendrán todas las facultades previstas en el artículo 7º de la ley N° 18.415, en los términos que a continuación se detallan:

1) Asumir el mando de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública que se encuentren en la zona declarada en estado de catástrofe, para los efectos de velar por el orden público y de reparar o precaver el daño o peligro para la

seguridad nacional que haya dado origen a dicho estado, debiendo observar las facultades administrativas de las autoridades institucionales colocadas bajo su jurisdicción, **especialmente, la del respectivo Intendente en cada región, quien será la autoridad coordinadora de la ejecución de las acciones, planes y programas, tanto de los bienes como de personas afectadas por la catástrofe;**

2) Controlar la entrada y salida de la zona declarada en estado de catástrofe y el tránsito en ella;

3) Dictar medidas para la protección de las obras de arte y de los servicios de utilidad pública, centros mineros, industriales y otros;

4) Ordenar el acopio, almacenamiento o formación de reservas de alimentos, artículos y mercancías que se precisen para la atención y subsistencia de la población en la zona y controlar la entrada y salida de tales bienes, previa instrucción del Presidente de la República;

5) Determinar la distribución o la utilización gratuita u onerosa de los bienes referidos para el mantenimiento y subsistencia de la población de la zona afectada, previa instrucción del Presidente de la República;

6) Establecer condiciones para la celebración de reuniones en lugares de uso público, de conformidad a las instrucciones del Presidente de la República;

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

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

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

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

Artículo cuarto: En virtud del principio de coordinación, los Jefes de la Defensa Nacional deberán tomar en consideración las medidas sanitarias dispuestas para evitar la propagación del Covid-19, en actos administrativos dictados por el Ministro de Salud, en el ejercicio de las facultades previstas en el artículo precedente.

Artículo quinto: La instancia de coordinación de los Jefes de la Defensa Nacional con las autoridades regionales y comunales será el respectivo Comité de Operaciones de Emergencia Regional.”

El referido decreto supremo N° 104 fue modificado por el DS N°106 del 19 de marzo de 2020:

“Artículo único. **Elimínase**, en el artículo tercero, número 1, del decreto N° 104, de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, la frase: ", **especialmente, la del respectivo Intendente en cada región, quien será la autoridad coordinadora de la ejecución de las acciones, planes y programas, tanto de los bienes como de personas afectadas por la catástrofe**".”

El Decreto Supremo N° 203 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, promulgado el 14 de mayo de 2020 introduce la siguiente modificación al texto original del DS N°104:

“Artículo primero: Reemplázase el numeral 7), del artículo tercero, del decreto supremo N° 104, de 2020, de esta Cartera de Estado, que declara estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile, por el siguiente:

"7) Impartir directamente instrucciones a todos los funcionarios del Estado, de sus empresas o de las municipalidades que se encuentren en la zona, con el exclusivo propósito de subsanar los efectos de la calamidad pública, **y, en particular, para una adecuada implementación de las medidas sanitarias adoptadas.**"

Las modificaciones efectuadas por los DS N°106 y 203 reproducidos son dos:

1. Elimina el rol del Intendente Regional como figura de coordinación en el Estado de Excepción de Catástrofe.
2. Refuerza la misión de cooperación e implementación de las medidas sanitarias adoptadas por el MINSAL.

4.1. PROBLEMAS EN TORNO A LA APLICACIÓN DEL ESTADO DE CATÁSTROFE EN RESPUESTA A LA PANDEMIA DE COVID-19

La modificación introducida por el DS N°106, a nuestro juicio, pone de manifiesto la falta de claridad normativa en cuanto quién es la verdadera autoridad coordinadora de las situaciones de catástrofe, más allá de la concentración total de dicho rol en el Presidente. Adicionalmente, es preocupante el esfuerzo explícito por parte del Ejecutivo de liberar a las Fuerzas Armadas y de Orden del control por parte de autoridades civiles en su actuación en el estado de excepción por catástrofe, actuando los Jefes de Defensa nacional de manera paralela a las instituciones civiles, aunque con un mandato de coordinación y facultades amplias para impartir instrucciones a todos los organismos del Estado.

Por otro lado, el DS N°203 también es digno de análisis, pues introduce mediante decreto una finalidad específica de las labores de las Fuerzas Armadas en el contexto de excepción constitucional por catástrofe, específicamente, la implementación de las medidas sanitarias dispuestas por el Ministerio de Salud.

Por lo demás, el numeral 7 del artículo refrendado despierta inquietudes si tomamos en consideración que conlleva un mandato amplio para impartir instrucciones directamente a casi la totalidad de los órganos y funcionarios del estado en contexto de catástrofe constitucional, afectando el principio de juridicidad, competencia y reserva legal. Esto último fue establecido por la Contraloría General de la República, que cursó con alcances (Dictamen N°8.998 del 13 de mayo de 2020) el mencionado DS N°203:

“Esta Entidad de Control ha dado curso al documento del epígrafe, mediante el cual se modifica el decreto supremo N°104, de 2020, del Ministerio

del Interior y Seguridad Pública, que declara estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile, por cuanto se ajusta a derecho.

Sin embargo, corresponde hacer presente que las instrucciones que pueden impartirse por los jefes de la Defensa Nacional, en virtud de lo dispuesto por el artículo 7°, N° 5, de la ley N° 18.415, Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción Constitucional, **no pueden, en ningún caso, alterar las funciones y atribuciones que el legislador ha radicado en los órganos de la Administración del Estado, dado que lo contrario implicaría invadir la reserva legal.**

Del mismo modo, cabe precisar que la supresión de las instrucciones del Presidente de la República a las que el decreto que se viene modificando sujetaba las instrucciones impartidas por los jefes de la Defensa Nacional, **es sin perjuicio del control de las autoridades civiles sobre las Fuerzas Armadas y de la responsabilidad derivada de dicho deber de control.**”

Los decretos 104, 269 y 400 del Ministerio del Interior han prolongado el Estado de Catástrofe en todo el territorio nacional por un total de 270 días, siendo esto un acontecimientos sin precedentes en nuestra historia democrática. A propósito de las sucesivas prórrogas y las mínimas posibilidades de control político sobre esta facultad, conviene que recordar la reglas del artículo 41 de la CPR y del artículo 8° de la LOCEEX:

1. El Congreso solo podrá hacer cesar el Estado de Catástrofe si, una vez transcurridos 180 días desde su declaración, las “razones que la motivaron **hubieran cesado de forma absoluta**” (art. 41 CPR).
2. Si el Presidente **declarara estado de catástrofe por un periodo superior a un año**, deberá contar con acuerdo del Congreso Nacional (art. 41 CPR).
3. El plazo máximo en la LOCEEX del Estado de Catástrofe es de 90 días, requiriendo aprobación del Congreso para su prórroga o nueva declaración “si subsisten las circunstancias que lo motivan” (art. 8° LOCEEX). Existe una

discrepancia evidente entre las reglas de la Constitución y la LOCEEX en cuanto la intervención del Congreso se refiere y los plazos máximos de prórroga. En la práctica, se ha entendido que priman las reglas de la Constitución, existiendo solo dos hipótesis de control externo al Ejecutivo sobre la extensión de excepcionalidad por Catástrofe, referidas en los puntos 1 y 2 anteriores.

Estas normas suscitan algunas dudas respecto a hipótesis límite de aplicación del estado constitucional de catástrofe:

1. ¿Qué entendemos por la frase “de forma absoluta”? Tomemos en consideración que los procesos de elaboración de vacunas y tratamientos efectivos contra epidemias tardan años, además de la posibilidad real de que el virus COVID-19 se torne endémico (es decir, que se mantenga en un nivel basal de propagación en una determinada población, espacio y tiempo, sin inputs externos, como el VIH). Esto significa que el “cese absoluto de las causas” que dan origen a un estado de catástrofe constitucional como forma de respuesta a una pandemia nunca ocurran en los hechos, lo que en teoría limita e incluso imposibilita al Congreso para terminar con dicho Estado de Excepción.
2. La declaración de estado de catástrofe constitucional es una facultad privativa y discrecional del Presidente de la República, en la medida que los supuestos fácticos para su procedencia son formulados en términos amplios. En este sentido, declaraciones sucesivas de estados de catástrofe constitucional, que no excedan en sí mismas (en el decreto declaratorio) los 90 días de duración, son en teoría posibles para el Presidente de la República, sin mayor control por parte del Congreso, los Tribunales Superiores de Justicia o Contraloría.
3. Si bien el artículo 41 de la CPR establece la obligación del Presidente de informar al Congreso respecto de las medidas adoptadas en virtud de la declaración del Estado de Catástrofe, creemos que este mecanismo de control es débil, pues funciona en una lógica ex post, en base a hechos consumados, impidiendo un control real y dinámico de las medidas en este régimen de excepción. Sistemas donde haya un control más proactivo y dinámico de las medidas sanitarias y de

excepción son posibles como es el caso de Gran Bretaña en su Coronavirus Act del 2020 o la reforma que realizó Francia respecto de su Código Sanitario para permitir un control más efectivo de las medidas sanitarias, su extensión y límites en relación a los DDFF.

El uso y abuso de las Fuerzas Armadas como entidades de apoyo prolongado a estados de catástrofe de origen sanitario es compleja, puesto que tradicionalmente su función esencial ha sido la preservación del orden público en relación a catástrofes cuyas consecuencias destructivas se manifiestan de manera más o menos inmediata (terremotos, inundaciones, erupciones volcánicas), y no en escenarios de confinamiento sanitario prolongado, como es el caso del COVID-19. Es preocupante el avance lento y gradual de las funciones de policía de las fuerzas armadas (NASH, 2020), además de la tendencia del Ejecutivo de circunvalar la necesidad de reformar leyes orgánicas para legislar mediante decretos aspectos tan sensibles como el uso de la fuerza en situaciones de catástrofe por parte de las FFAA (como ocurre con el Decreto Supremo N° 8 del 2020 sobre Reglas de Uso de Fuerza, “RUF”).

Al 12 de junio de 2020, hay cinco acciones penales entabladas por el INDH por los delitos de tortura, abusos contra particulares y apremios ilegítimos cometidos por agentes del estado durante la vigencia del Estado de Catástrofe. Sin embargo, según indica en dicha solicitud el director del INDH, Sergio Micco Aguayo: “Se hace presente, que los datos proporcionados corresponden a la información que el INDH ha detectado directamente a través de sus funcionarios/as y a la que ha recibido a través de denuncias espontáneas, por lo que pudieren existir otros casos similares que no hayan llegado a nuestro conocimiento”⁴. El INDH también ha publicado sendos informes criticando el decreto que establece las Reglas de Uso de Fuerza (RUF) por parte de las FFAA

⁴ Solicitud de acceso a la información pública al INDH N°CO001T0001071 del 6 de julio de 2020.

en contextos de excepción, criticando su rango infralegal y su desajusto con respecto a criterios internacionales en materia de DDHH.

Finalmente, es necesario analizar con mayor celo la regulación, el uso y potencial abuso de los mecanismos de excepción constitucional, sobre todo si consideramos que el Estado de Chile ha sido objeto de escrutinio internacional por las sistemáticas violaciones a los DDHH que sufrió la población en el contexto de la crisis social de octubre de 2019 en adelante, precisamente, bajo el amparo del Estado de Emergencia Constitucional y una presencia importante de funcionarios de FFAA y Carabineros en funciones de control del Orden Público. Mediante dos informes de Amnistía Internacional, un informe de Human Rights Watch y el de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, además de las cifras publicadas por el INDH y la Defensoría Jurídica de la Universidad de Chile (2020), la excepcionalidad constitucional como mecanismo para enfrentar emergencias (incluso aquellas de origen “no humano”, como podría ser un virus) no debe sino ser revisada completamente para evitar cualquier exceso y tener responsabilidades claras, políticas y reales para quienes autoricen y avalen estas violaciones a los DDHH, a pesar de que algún sector de la doctrina vea con buenos ojos el ejercicio desmedido de la violencia en contextos de excepción (PAÚL, 2019).

CAPÍTULO II: LA LEY 16.282 QUE FIJA DISPOSICIONES PERMANENTES PARA SISMOS O CATÁSTROFES⁵

1. GÉNESIS HISTÓRICA

La ley N°16.282 nace a raíz del terremoto del 28 de marzo de 1965, que afectó gran parte del territorio central de Chile, generando inmensidad de daños en las personas y sus propiedades, durante el gobierno de Eduardo Frei Montalva. Previo a la dictación de esta ley, se recurría a normativas generadas ad hoc para cada catástrofe, fundamentalmente terremotos, que ocurrían en el territorio nacional, por lo que el objetivo de esta norma es la fijación de disposiciones permanentes, evitando así la mera reactividad legislativa. Es una ley particular dentro de nuestro ordenamiento, puesto que no solo otorga facultades normativas excepcionales al Presidente de la República para ayudar a los damnificados por sismos o catástrofes, sino que inclusive contiene disposiciones de índole tributaria e incluso figuras penales especiales para sancionar a quienes especulen o usufructúen comercialmente con bienes esenciales para enfrentar la crisis (artículo 5°).

Se tiende a confundir la ley 16.282 y la declaración del estado constitucional de catástrofe por calamidad pública, fundamentalmente por el alcance del vocablo “catástrofe”, además de similitudes en la forma de su declaración y funcionamiento en base a zonas. Sin embargo, tienen múltiples diferencias, más allá de la jerarquía normativa, entre las cuales están las medidas que se pueden adoptar en uno u otro caso, las autoridades competentes para enfrentar la crisis y coordinar esfuerzos, además de los objetivos generales que se persiguen en ambas normas.

⁵ Agradecimientos nuevamente a Cristóbal Osorio Vargas, quien desarrolla latamente esta ley en particular mediante su tesis de pregrado y sobre cuyo trabajo nos basamos: “Intervención del Estado en catástrofes: análisis de la Ley No. 16.282 para casos de sismos o catástrofes y otras materias vinculadas a los desastres”.

2. CONTENIDOS DE LA LEY 16.282

2.1. DEFINICIONES Y PRESUPUESTOS DE LA LEY 16.282

El artículo 1° de la ley 16.282 fija los supuestos fácticos de procedencia para su aplicación: “en caso de producirse en el país sismos o catástrofes que provoquen daños de consideración en las personas o en los bienes”, aunque igualmente contempla la ocurrencia de catástrofes en otros países, para efectos de la recolección de aportes y envío de ayuda humanitaria a estos. El Presidente dicta un decreto supremo fundado, señalando las comunas, sectores y zonas dentro de las mismas, que se denominarán ‘zonas afectadas’, las cuales bien pueden abarcar todo el territorio nacional.

El artículo 2° establece la definición de damnificado: “quienes hayan sufrido, en sus personas o en sus bienes, daños de consideración provocados directamente por el sismo o catástrofes, y los familiares de éstos que vivan a sus expensas. También se considerarán damnificados los que por la misma causa hayan perdido su ocupación o empleo, sea por destrucción total o parcial de la empresa u oficina o por la paralización de sus habituales faenas o trabajos”. Creemos importante destacar para efectos del presente trabajo que en esta ley se extiende la definición de damnificado no solamente a quienes hayan sufrido daños personales o materiales, a nivel individual o familiar, sino que también a aquellos que hayan visto afectados sus trabajos a causa de la catástrofe.

El inciso segundo del artículo 2° establece un criterio de proporcionalidad de la ayuda, colaboración o beneficios que reciba el damnificado en razón de su situación económica y la magnitud del daño que haya sufrido. Por lo demás, incluye la posibilidad de que los damnificados que perciban una remuneración inferior a uno y medio sueldo vital tendrán derecho a ser trasladados a otra parte del territorio nacional donde haya más demanda de “mano de obra”. Asimismo, se dispone que tendrán el derecho preferente a matrícula en establecimientos educacionales.

2.2. FACULTADES EXCEPCIONALES DEL PRESIDENTE EN LA LEY 16.282

El artículo 3° de la ley 16.282 es fundamental, puesto que enumera las potestades normativas excepcionales al Presidente de la República en virtud de la declaración de zonas de catástrofe, pudiendo dictar, mediante decreto supremo fundado, normas de excepción respecto del estatuto administrativo, las leyes orgánicas de servicios públicos, de instituciones autónomas o semifiscales, “para resolver los problemas de las zonas afectadas o hacer más expedita la ayuda de países afectados por un sismo o catástrofe”. Finalmente, el artículo 3° establece taxativamente los casos en los cuales se podrán ejercer estas facultades normativas excepcionales:

- a) Designación de autoridades y determinación de sus atribuciones y facultades⁶.
- b) Exención del trámite de propuesta o subasta pública a las reparticiones fiscales, semifiscales, de administración autónoma, a las empresas en que el Estado haya aportado capitales o tenga representación y a las Municipalidades. Se podrá asimismo ratificar medidas tomadas por los organismos señalados en los momentos mismos del sismo o catástrofe y que hubieren requerido norma de excepción.
- c) Reglamentación de las condiciones por las cuales las Instituciones semifiscales, de administración autónoma, las empresas en que el Estado haya aportado capitales o tenga representación y las Municipalidades procedan a vender, entregar, dar en uso, arrendamiento o concesión, o en cualquiera forma o condición jurídica, casas, sitios, locales o parcelas con prescindencia de las exigencias legales o reglamentarias vigentes a la fecha.

⁶ Facultad que pugna con el artículo 65, inciso 4°, N°2 de la CPR, al ser materia de iniciativa legal exclusiva del Presidente “Crear nuevos servicios públicos o empleos rentados, sean fiscales, semifiscales, autónomos o de las empresas del Estado; suprimirlos y determinar sus funciones o atribuciones” (PALLAVICINI, 2012).

d) Autorizaciones a los organismos correspondientes para que puedan condonar parcial o totalmente los impuestos de cualquiera clase que graven la propiedad, las personas o sus rentas, actos y contratos. Como condonar asimismo los intereses penales, multas y sanciones, entendiéndose también para fijar nuevas fechas de pago o prórrogas. La autorización estará siempre limitada al hecho de que los impuestos a la propiedad, a las personas o a sus rentas, actos o contratos sean devengados en la zona afectada.

e) Autorización de la retasación de la propiedad raíz determinando el procedimiento.

f) Autorización para rebajar las presunciones de renta de la propiedad raíz contenidas en la Ley de Impuesto a la Renta, respecto de los inmuebles agrícolas o no agrícolas situados en todas o algunas de las zonas afectadas comprendidas dentro del área del sismo o catástrofe. Esta rebaja afectará únicamente al Art. único N° 2 y monto de las rentas que deban declararse por el año calendario en que ocurrió el sismo o catástrofe.”

El artículo 10 de la ley autoriza al Presidente a transferir de un ítem a otro las sumas que sean necesarias para efectos de reconstrucción y apoyo a damnificados. Igualmente, se dispone que Contraloría tramitará de forma “urgente” los decretos que contengan dichos traspasos.

De conformidad al artículo 17, podrá también el presidente dictar normas excepcionales respecto de préstamos personales o de auxilio, “hipotecarlos por instituciones de previsión social”. Asimismo, podrá fijar el objeto, montos, intereses, garantías y condiciones de pago para dichos préstamos, además de autorizar solo para estos fines, créditos por estas instituciones de previsión social, en el Banco de Chile y demás bancos particulares.

El artículo 28 de la ley facultan al Presidente para que, por medio de decreto supremo fundado y firmado por los ministerios de Interior, Tierras y Colonización, se afecten bienes fiscales al uso público. Por otra parte, el artículo 29 establece un mecanismo de desafectación de bienes nacionales de uso

público que hayan sido objeto de modificaciones en su plan regulador, específicamente, en su ubicación o trazado. También se establece que los bienes nacionales de uso público desafectados podrán ser vendidos en pública subasta.

El artículo 30 también dispone que el Presidente podrá otorgar, excepcionalmente, títulos de dominio gratuitos respecto de los bienes que hayan sido expropiados por motivo de la emergencia, a municipalidades y personas jurídicas sin fines de lucro. El requisito para el otorgamiento de estos títulos de dominio gratuitos es que se destinen a servicios de bien público: “escuelas, templos y sus dependencias, policlínicas, cuarteles de bomberos, locales para scouts, clubes deportivos, sindicatos, sociedades mutualistas u otros análogos”.

2.3. DISPOSICIONES RELATIVAS A LA AYUDA EFECTIVA A DAMNIFICADOS EN LA LEY 16.282

Los artículos 11, 12 y 13 de la ley 16.282 facultan a los organismos e instituciones encargados de la construcción y asistencia social a:

- Otorgar préstamos en dinero o especies a los damnificados, con cargo a sus fondos propios o asignados por ley, para reconstrucción o construcción de inmuebles, en plazos y condiciones determinados por decreto supremo.
- También podrán vender a los damnificados inmuebles o terrenos de su dominio, sin sujeción a leyes orgánicas o reglamentos. Las condiciones de dichas ventas se fijarán mediante decreto supremo.
- Los préstamos referidos deberán ser amortizados en los plazos y formas que fije el referido decreto supremo.

El artículo 16 también fija la posibilidad de que instituciones de fomento agrícola, industrial o minero otorguen préstamos o asistencia técnica a los damnificados, sin sujeción a las normas reglamentarias u orgánicas que los rijan. Nuevamente, las condiciones y formas en que se efectuará esta asistencia (plazos, amortizaciones, formas de pago, etc.) se fijarán mediante decreto

supremo. Misma lógica sigue el artículo 17, el cual establece que el Presidente podrá, dentro de los 60 días contados desde la fecha del sismo o catástrofe, dictar normas excepcionales para préstamos personales, de auxilio o hipotecarios, por instituciones de previsión social, sin sujeción a sus respectivas leyes orgánicas. Los montos, intereses, objeto y demás especificaciones de estos préstamos podrán ser fijados por el Presidente mediante decreto supremo, además de la contratación solo para estos efectos de créditos por parte de bancos.

El artículo 31 autoriza a determinados organismos establecidos en la ley a ayudar en labores de demolición, reparación y construcción de viviendas afectadas por la catástrofe, dentro del plazo de dos años desde que se publica el decreto supremo que da inicio a la declaración de catástrofe del artículo 1°.

El artículo 34 de la ley autoriza al Presidente para que otorgue, con cargo a los fondos concedidos a propósito de la catástrofe, un subsidio de un sueldo vital mensual a las familias de fallecidos por la catástrofe, hasta por un año y con posibilidad de prórroga por otro año más. Quienes accedan a este beneficio deberán comprobar que no tienen los medios para acceder a beneficios iguales o superiores mediante alguna Caja de Previsión. Adicionalmente, en virtud del artículo 35, el Presidente podrá otorgar becas a los hijos de aquellos fallecidos producto de la catástrofe y que carezcan de recursos. Los artículos 36 y 37 establecen flexibilización de plazos para efectos de subsidios de cesantía de trabajadores del sector público y privado que vivan en las zonas declaradas como afectadas por la catástrofe.

La Dirección General de Crédito Prendario y de Martillo, podrá devolver herramientas, ropas de vestir y prendas que se hayan pignorado previo a la declaración de zona de catástrofe a quienes vivan en dichas zonas. El Presidente deberá restituir esos fondos a la Dirección de Crédito Prendario y de Martillo, que además deberá duplicar el valor entregado a los damnificados si los enseres que hayan pignorado no se encuentren o hayan sido destruidos (art. 38).

El artículo 40 autoriza a los Servicios de la Administración del Estado, mediante venia previa del Presidente de la República, a entregar bienes muebles que hayan sido dados de baja de sus inventarios a la Dirección de Asistencia Social del Ministerio del Interior, para ayudar a los damnificados.

El artículo 44 establece ciertos criterios para el otorgamiento de préstamos para reparación o reconstrucción de inmuebles afectados por la catástrofe, en caso de que los damnificados no tengan títulos de dominio o posean títulos irregulares, presumiéndose dueño del inmueble afectado si cumplen con los siguientes requisitos, sin admitirse fianza como garantía de créditos:

“a) Haber estado, por sí o por otra persona en su nombre, en posesión material exclusiva y continua del inmueble en los últimos cinco años. Este hecho se comprobará mediante certificado extendido por la Municipalidad respectiva.

b) No tener juicio pendiente en su contra que afecte el dominio o posesión del inmueble, entablado por un tercero que invoque también dominio o posesión. El juicio deberá haberse iniciado con antelación al sismo o catástrofe. El hecho indicado en el inciso anterior se comprobará mediante declaración jurada notarial, y

c) Haber presentado con antelación al sismo o catástrofe ante el Departamento de Títulos de la Dirección de Tierras y Bienes Nacionales la correspondiente solicitud de saneamiento de los títulos de dominio.”

2.4. DISPOSICIONES DE CONTROL ECONÓMICO EN LA LEY 16.282

El artículo 5° de la ley en comento es interesante, pues establece un tipo penal especial que rige en razón de la declaración de zonas de catástrofe. Este tipo penal va dirigido a comerciantes o agentes del Estado que “acapararen, destruyan u oculten” mercancías, fijen precios “superiores a los oficiales” o vendan artículos con engaño respecto a su calidad, origen o que sean alimentos nocivos para la salud de la población.

El artículo 18 faculta al os Intendentes y Gobernadores para clausurar establecimientos comerciales o industriales en relación a las conductas descritas dentro del artículo 5° de la ley, hasta por 30 días. Sin perjuicio de esto, existe el derecho de “apelación” ante esta resolución, dentro de tercero día desde que se dicta, sin que dicha interposición del recurso suspenda su ejecución. A pesar de este mecanismo, los tribunales que conozcan de estas reclamaciones pueden suspender los efectos de la clausura de los establecimientos industriales y comerciales ya referidos, en casos calificados, que serán apreciados en conciencia.

Los artículos 41 y 46 de la ley 16.282 también tienen un contenido de control económico en las zonas afectadas por la catástrofe:

“Artículo 41°.- El Presidente de la República podrá autorizar a la Empresa de Comercio Agrícola para que, en caso de sismo o catástrofe, y en las zonas afectadas a que se refiere el artículo 1° de esta ley, pueda modificar su sistema de comercialización, forma de pago y otros.”

“Artículo 46°.- El Presidente de la República, en el decreto supremo referido en el artículo 1° de esta ley, podrá establecer por un lapso no superior a treinta días, por intermedio de las entidades públicas que señale, el estanco de los materiales de construcción, herramienta, alimentos y vestuarios existentes en la zona afectada.”

2.5. DONACIONES Y BENEFICIOS TRIBUTARIOS EN LA LEY 16.282

La autoridad encargada de recibir todo tipo de donaciones que se efectúen a propósito de una catástrofe y para ayudar las zonas afectadas es el Ministerio del Interior. Según el artículo 6°, este Ministerio está autorizado para:

1. Poner a disposición las donaciones o erogaciones a cualquier institución fiscal, semifiscal, de administración autónoma o empresa donde el Estado tenga

representación, Municipalidades o entidades privadas para su distribución y aprovechamiento.

2. Enajenar las donaciones destinadas para los damnificados y destinar el producto esta enajenación para los fines originales de la donación.
3. Prescindir de cualquier formalidad para efectos de recibir, distribuir, aprovechar y enajenar las donaciones.

De la inversión de los dineros percibidos por el Ministerio del Interior como donaciones, deberá dar cuenta a la Contraloría General de la República, que apreciará en conciencia, de faltar documentos o comprobantes de las inversiones realizadas.

Finalmente, en el artículo 7° se dispone una exención tributaria “de todo pago o gravamen”, en los términos del Decreto Ley N°45 de 1973 y su no consideración para el cálculo de los límites del artículo 10 de la ley 19.885, para aquellas donaciones que se realicen a propósito de la catástrofe o calamidad pública. Estas donaciones serán a personas naturales o jurídicas, de carácter público o privado, Universidades estatales o a países extranjeros, para efectos de reconstrucción y apoyo a las necesidades de los damnificados. Esta exención tributaria se extiende a las importaciones y exportaciones de acuerdo a los fines establecidos en el artículo 7°, quedando libres de todo “impuesto, derecho, tasa u otro gravamen”, debiendo el Ministerio del Interior calificar su carácter de donación y debiendo dicho certificado ser exigido por Aduana.

2.6. ARTÍCULOS RELATIVOS A LA RECONSTRUCCIÓN DE LAS ZONAS AFECTADAS POR LA CATÁSTROFE:

Según el artículo 21 de la ley, el Ministerio del Interior es el organismo encargado de la coordinación y planificación de las actividades descritas en esta ley, aunque dicha disposición debe ser concordada con el Decreto Ley N°369 que crea la ONEMI, en su artículo 2°:

“ARTICULO 2° Las funciones que competen al Ministerio del Interior en virtud de lo dispuesto en el Título I de la ley 16.282 y sus modificaciones, serán ejercidas por éste, a través de la Oficina que se crea en el artículo precedente con excepción de aquellas a que se refieren los artículos 5° y 6° de la citada ley.” Siguiendo con las concordancias, el artículo 20 de la ley 16.282 establece que los Ministerios del Interior y Defensa elaborarán un plan que involucra a Carabineros y Fuerzas Armadas en los siguientes puntos:

- “1.- Preparar un plan orgánico para las emergencias que se produzcan a consecuencia de sismos o catástrofes;
- 2.- Programar la coordinación de los recursos humanos y materiales de los servicios públicos y de las instituciones asistenciales públicas y privadas, para los casos a que se refiere esta ley, y
- 3.- Informar a las autoridades competentes de los problemas críticos que deben ser objeto de medidas preventivas.”

Este plan orgánico se plasma en el DS N°156 del año 2002, que crea el Plan Nacional de Protección Civil. En este DS se plasman los objetivos generales y específicos del Plan:

“Objetivo General:

Establecer las acciones de respuesta en las distintas fases operativas, ante situaciones de emergencia, desastre o catástrofe, con el objetivo de brindar protección a las personas, sus bienes y medio ambiente, en el territorio nacional, a través de la coordinación del Sistema Nacional de Protección Civil.

Objetivos Específicos:

1. Determinar la cobertura, amplitud y alcance del Plan.
2. Establecer el sistema de alertamiento y niveles de activación del plan.
3. Identificar los sistemas de comunicación e información a la comunidad y medios de comunicación.
4. Establecer la coordinación interinstitucional en función de la definición de los mandos, roles, funciones y fases operativas.

5. Identificar los roles, funciones y capacidades de organismos pertenecientes al Sistema Nacional de Protección Civil y de cooperación internacional, que responden en una emergencia, desastre o catástrofe.
6. Indicar el sistema de evaluación de daños y necesidades.”

El artículo 22 de la ley establece la creación de los Comités Comunales de Emergencia, compuestos por el alcalde, representantes de Carabineros, el MINSAL y la Cruz Roja, etc. Aunque dicha disposición se encuentra plasmada nuevamente en el DS N°156 ya mencionado, que plantea la creación de Comités de Emergencia a nivel comunal, provincial y regional.

Mediante el artículo 24 se establece la obligación por parte de los organismos encargados de enfrentar catástrofes deberán presentar, en un plazo de 180 días desde la declaración de zonas afectadas por la catástrofe, planes regionales de reconstrucción, que podrán incluir zonas geográficas y económicas adyacentes a las zonas afectadas. Los artículos 25 y 26 establecen medidas que flexibilizan los planes de construcción de las viviendas afectadas o destruidas por la catástrofe, mediante coordinación entre las Municipalidades y el Ministerio de Vivienda y Urbanismo.

2.7. EL ROL DE LAS MUNICIPALIDADES EN LA LEY 16.282

Las Municipalidades tienen un rol especial dentro de la ley 16.282, que les otorga ciertas facultades excepcionales para efectos de enfrentar la catástrofe. Como vimos anteriormente, las Municipalidades pueden recibir las donaciones que perciba el Ministerio del Interior para su distribución y aprovechamiento (art. 6°). Igualmente, el artículo 7° establece mecanismos de flexibilidad y modificación presupuestaria de las Municipalidades, además de la posibilidad de aportes extraordinarios por parte del Estado, de conformidad al artículo 32 N°20 de la Constitución Política.

En relación a las labores de reconstrucción y planos reguladores de cada Municipalidad, los artículos 25, 27, 27 bis y 29 establecen ciertas facilidades en este ámbito. Por un lado, el artículo 25 plantea que los planos, especificaciones

y demás antecedentes de los proyectos de reconstrucción serán puestos a disposición a las Municipalidades y damnificados de forma gratuita, por parte del Ministerio de Vivienda y Urbanismo. El artículo 27 establece un mecanismo de flexibilización respecto a los planos reguladores Municipales que deban ser modificados a propósito de la catástrofe, mediante decreto supremo del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, que incluso podrá elaborar y proporcionar planos reguladores a Municipalidades que carezcan de los recursos necesarios. El artículo 27 bis faculta a las Municipalidades a realizar permutas de bienes inmuebles que sean necesarios para financiar los planes de reconstrucción de las zonas afectadas.

Finalmente, el artículo 29 establece la posibilidad de vender en pública subasta aquellos bienes nacionales de uso público desafectados por modificaciones a los planes reguladores de ciudades o comunas producto de la catástrofe, cuyo producto será a beneficio de la respectiva Municipalidad que haya financiado la expropiación de bienes. Este producto de subasta en beneficio se utilizará exclusivamente en obras de reconstrucción y nuevas obras de urbanización.

De conformidad al artículo 30, inciso 1°, se podrán otorgar títulos gratuitos de dominio a las Municipalidades afectadas por la catástrofe para el financiamiento de servicios de utilidad pública (escuelas, hospitales, etc). Además, el artículo 43 de la ley establece facilidades para la regularización de tomas populares que se encuentren en comunas dentro de la zona de catástrofe, mediante la aprobación extraordinaria de planes y loteos de los predios en donde se encontraran.

2.8. AYUDA A PAÍSES EXTRANJEROS EN LA LEY 16.282

Dentro de las facultades excepcionales del Presidente de la República establecidas en el artículo 4° de la ley 16.282, están las letras g), h) e i), destinadas a facilitar el auxilio de funcionarios estatales para países extranjeros afectados por emergencias:

“g) Disponer las comisiones de servicio al extranjero de empleados públicos, de instituciones autónomas o semifiscales, de las Fuerzas Armadas o del Cuerpo de Carabineros; a quienes se les proporcionará, a la brevedad, los medios necesarios para llevar a cabo su cometido.

h) Liberar a estas personas y a los cuerpos civiles cuando fuere procedente, de las exigencias establecidas para salir del país.

En todo caso, será obligatorio disponer del certificado de vacuna internacional.

i) Facultar a los servicios públicos, para que puedan, por decreto supremo, hacer donaciones a los países afectados por un sismo o catástrofe.”

Igualmente, el artículo 7°, ya revisado, establece la exención tributaria para donaciones a países extranjeros afectados por catástrofes. El artículo 21, inciso final, establece que el Ministerio del Interior coordinará los esfuerzos de ayuda a países extranjeros afectados por sismos o catástrofes, mediante los Intendentes y los Comités de Emergencias, además de poder comisionar a un funcionario civil de las Fuerzas Armadas para tener a su cargo los recursos humanos y materiales de ayuda, quien podrá delegar por sí solo sus funciones cuando así sea necesario.

3. DECLARACIÓN DE ZONAS AFECTADAS POR CATÁSTROFE EN RESPUESTA A LA PANDEMIA DEL VIRUS COVID-19 EN CHILE

El día 20 de marzo de 2020 se promulga el decreto N° 107 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, declarando como zonas afectadas por catástrofe, de conformidad a la ley 16.282, las 346 comunas de las 16 regiones del país: Tarapacá, Antofagasta, Atacama, Coquimbo, Valparaíso, del Libertador General Bernardo O'Higgins, Maule, Biobío, La Araucanía, Los Lagos, Aysén del General Carlos Ibáñez del Campo, Magallanes y de la Antártica Chilena, Metropolitana de Santiago, Los Ríos, Arica y Parinacota y Ñuble (artículo 1°).

El artículo 2° del decreto N° 107 establece: “El Presidente de la República, para enfrentar la emergencia, podrá disponer la aplicación de las disposiciones contenidas en el decreto supremo N° 104, de 1977, del Ministerio del Interior,

que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Título I de la ley 16.282 y sus modificaciones, mediante la dictación de los correspondientes decretos supremos que fueren necesarios, los que regirán durante el plazo a que se refiere el artículo 19 del citado cuerpo legal, sin perjuicio de su eventual prórroga, en caso de subsistir las situaciones en que se fundamenta la presente catástrofe, declaración que será decretada en la forma que establece dicha disposición.”

En los considerandos del decreto N° 104 se hace una alusión general a los supuestos de hecho para la procedencia de la declaración de zonas afectadas por catástrofe a todo el territorio nacional, a saber: la declaración del 30 de enero del Director General de la OMS respecto del carácter de ESPII del COVID-19, el aumento de casos confirmados en Chile, la elevación el riesgo internacional de propagación del COVID-19 de “alto” a “muy alto”, entre otros.

Los considerandos 8, 9, 10 y 11 son importantes para efectos de este trabajo, por lo que los reproduciremos a continuación:

“8. Que, la experiencia internacional indica que existirá un aumento de los casos confirmados del referido virus en los próximos meses en nuestro país, que requiere la **adopción de medidas excepcionales** por parte de la autoridad para asegurar a todas las personas el **derecho a la vida y a la integridad física y psíquica**; así como al derecho a la **protección de la salud** establecidos en los numerales 1 y 9 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

9. Que, la situación descrita precedentemente ha provocado **daños de consideración en personas y bienes**, situación que se agravará conforme se vaya expandiendo el virus y deban **adoptarse medidas más intensas**, asociadas a la **restricción** de movilización en determinadas zonas, el cierre de lugares de acceso público y la instrucción de **cuarentena** como medida de prevención a la propagación del virus.

10. Que, el **daño** ya referido ha afectado y seguirá afectando a **millones de trabajadores y sus familias**, particularmente por la vía de reducir significativamente su fuente de **ingreso** o la pérdida del empleo producto de la

paralización o drástica reducción de sus **faenas o trabajos**. 11. Que, habiéndose declarado **Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe** y en virtud de las **disposiciones sanitarias adoptadas a propósito de la calamidad pública** que le dio origen, se requiere que los organismos públicos competentes respondan rápida y eficientemente por medio de planes, programas y acciones, para afrontar la situación actual y la posterior recuperación de la zona y las personas afectadas, en el ámbito de sus competencias, lo que implica necesariamente la **adopción de medidas extraordinarias dirigidas a le expedita y oportuna disposición de recursos materiales y humanos.**”

Existen ciertos elementos importantes a considerar en base a los considerandos expuestos:

1. La reafirmación de la excepcionalidad como supuesto de hecho y vía de acción por parte de la autoridad para efectos de enfrentar la emergencia, teniendo como fundamento último la protección del derecho a la vida y al de protección de la salud.
2. El concepto de daño, tanto en personas, sus bienes o fuentes de ingresos, como supuesto de hecho en el caso particular de la ley 16.282.
3. La confusa interrelación invocada por parte de la Ejecutivo, entre el Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe, la Alerta Sanitaria y la ley 16.282. Esta enunciación genérica respecto a dichos estatutos serviría de fundamento para la adopción de un conjunto indeterminado de “medidas extraordinarias”.
4. Finalmente, la necesidad de disponer eficaz y eficientemente de “recursos materiales y humanos”, como fundamento a la declaración de zonas afectadas por catástrofe de la ley 16.282.

3.1. EL DECRETO SUPREMO N°420 DEL 30 DE MARZO DE 2020 QUE ESTABLECE MEDIDAS DE ÍNDOLE TRIBUTARIA, PARA APOYAR A LAS FAMILIAS, LOS TRABAJADORES Y A LAS MICRO, PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS, EN

LAS DIFICULTADES GENERADAS POR LA PROPAGACIÓN DE LA ENFERMEDAD COVID-19 EN CHILE

La aplicación más relevante de la ley 16.282 está en el DS N°420/2020 del Ministerio de Hacienda, que dispone diversas medidas de índole tributaria para favorecer a los damnificados por la catástrofe derivada de la pandemia. Específicamente, se emplea el artículo 3°, letra d, de la ley 16.282, que reproduciremos a continuación:

“Artículo 3°.- El Presidente de la República podrá, por decreto supremo fundado, dictar normas de excepción del Estatuto Administrativo, de las leyes orgánicas de los servicios públicos, de instituciones autónomas o semifiscales, para resolver los problemas de las zonas afectadas o hacer más expedita la ayuda a los países afectados por un sismo o catástrofe.

Las normas de excepción que se autoriza dictar por la presente ley, sólo podrán ejercitarse en los siguientes casos: (...)

d) Autorizaciones a los organismos correspondientes para que puedan condonar parcial o totalmente los impuestos de cualquiera clase que graven la propiedad, las personas o sus rentas, actos o contratos, como asimismo condonar los intereses penales, multas y sanciones, entendiéndose también para fijar nueva fecha de pago o prórrogas. La autorización estará siempre limitada al hecho de que los impuestos a la propiedad, a las personas o a sus rentas, actos o contratos sean devengados en la zona afectada.”

De este modo, se establecieron prórrogas para el pago del impuesto del artículo 64 de la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios (artículo 1° DS N°420/2020), al pago de la primera cuota del impuesto territorial, instruyéndose al SII para la condonación de impuestos, entre otras medidas.

A nuestro juicio, la aplicación de la ley 16.282 en la pandemia por Coronavirus ha sido más bien marginal, más allá de las prórrogas y exenciones tributarias ya expuestas. Si bien se ha empleado en casos puntuales para facilitar ciertas cuestiones administrativas, el rol de la ley 16.282 en el enfrentamiento al

COVID-19 se desnaturaliza, puesto que el supuesto de hecho al cual se está aplicando dista enormemente de aquel para el cual fue concebida (sismos fundamentalmente, además de sequías, maremotos y otros eventos catastróficos cuyos efectos destructivos son inmediatos). La función original de la ley N°16.282 es ofrecer apoyo económico y logístico real a los damnificados por catástrofes, ayuda que se manifiesta fundamentalmente en labores de reconstrucción material de bienes destruidos por la catástrofe. Sin embargo, dicha función ha sido notoriamente reemplazada por legislación generada ad hoc a la catástrofe provocada por el Coronavirus, por lo que vale la pena preguntarse hasta qué punto es válido mantener en vigencia la ley 16.282, que ya en el año 1991 fue considerada como obsoleta y con severos problemas de constitucionalidad.

4. INCONSTITUCIONALIDAD Y NECESIDAD DE ACTUALIZACIÓN DE LA LEY 16.282

La ley 16.282 ha sido objeto de numerosas modificaciones⁷, aunque la más relevante para efectos del presente trabajo es la ley 19.095, que modifica el artículo 19 de la ley 16.282, permitiendo que el Presidente pudiera, una vez cumplidos los doce meses de vigencia de aplicación de las zonas de catástrofe (artículo 19 de la ley), prorrogarla por doce meses más mediante decreto fundado. El proyecto se origina como respuesta a una sequía que aquejaba el país en dicha época, estimando el ejecutivo que el plazo de un año para la utilización de la ley era insuficiente. Dicha modificación suscitó un debate en

⁷ Leyes 16.289, 16.773, 16.826, 19.095, 19.886, 20.444 y 20.582.

torno a la constitucionalidad de la ley 16.282 en su conjunto, más allá de la modificación puntual en relación a la extensión de su aplicación como facultad autónoma del Presidente.

La Comisión de Constitución analizó el texto y llegó a conclusiones relevantes:

“(…) 1. — La ley N° 16.282 es una ley de rango común, destinada a regular situaciones de catástrofe distintas de aquéllas que configuran la situación de calamidad pública que permite la declaración del estado de catástrofe constitucional, motivo por el cual sus normas son, en términos generales, compatibles con las de la Constitución Política de la República;

2. — Sin perjuicio de lo anterior, algunas de sus disposiciones contravienen, en opinión de la Comisión, diversos preceptos constitucionales, por las razones ya explicadas;

3. — Además, muchos de sus artículos son innecesarios u obsoletos, por los motivos anteriormente expresados;

4. — La enmienda central contenida en el proyecto actualmente en trámite que modifica la ley N° 16.282, que incide en su artículo 19, no merece observaciones de constitucionalidad, y

5. — En virtud de lo expuesto, resultaría necesario que el Ejecutivo procediera a una completa revisión de la ley aludida, con el objeto de adecuarla a la Carta Fundamental y a la legislación vigente.”⁸

En su informe, la Comisión de Constitución agrupa las disposiciones “problemáticas” de la ley 16.282 en cinco categorías:

1. Aquellas normas que implican una delegación de facultades legislativas del Congreso al Presidente o que inciden en materia de garantías constitucionales: artículos 1° a 18° de la ley, en especial el artículo 3°, 5°, inciso final, 17, 35 y 46.

⁸ (Historia de la ley N°19.095, p. 49).

2. Artículos que afectarían derechos fundamentales del artículo 19 de la Constitución Política: artículos 18, 35 y 21.
3. Artículos que afectan disposiciones constitucionales diversas: artículo 17, inciso final.
4. Artículos obsoletos: 32, 33, 36 y 39.
5. Artículos que implican facultades que el Presidente ya goza a la fecha del informe: 10, 28, 29 y 30.

Sin considerar el artículo 19 de la ley que origina la consulta, la Comisión de Constitución estimó que aproximadamente el 60% de los artículos de la ley 16.282 presentaba problemas ya sea de constitucionalidad o de obsolescencia (al año 1991). La comisión de constitución de aquella época lo único que concluyó fue que, a pesar de las múltiples falencias evidenciadas en su análisis, el motivo original de la consulta es la modificación del artículo 19 en términos aislados, por lo que sus conclusiones no podían extenderse más allá de exhortar al Ejecutivo y al Congreso a una revisión completa de la ley 16.282⁹.

Otro punto a considerar en el análisis de la tramitación de la ley 19.095 es el debate en torno a la delegación de funciones legislativas por más de un año por parte del Congreso al Ejecutivo, en atención a las facultades que se contienen en los primeros 18 artículos de la ley 16.282 y al artículo 61 de la

⁹ Uno de los motivos por los cuales no se modificó el resto del articulado fue que aceptar la pugna de constitucionalidad de una ley, considerando además su contexto de creación, implicaría revisar muchas leyes anteriores a la vigencia de la Constitución de 1980. Al respecto, el entonces senador Jorge Lavandero señaló: "(...) Sin embargo, si seguimos el curso indicado por el señor Senador -la iniciativa modifica una ley antigua-, nos veremos obligados a tener que revisar toda la legislación anterior a 1980 para ver si se adapta a la Constitución vigente. En mi concepto, señor Presidente, ese camino nos puede resultar extraordinariamente engorroso y, por último, nos podemos convertir en un Senado formalista, más preocupado -repito- de la forma que del fondo. (...) Pero tener que confrontar toda la legislación pasada, dictada en los tiempos democráticos, con una Constitución hecha bajo un Régimen dictatorial -o autoritario, para decirlo en forma más suave-, creo que es ir demasiado lejos." (segundo trámite constitucional de la ley 19.095, discusión en sala, 24 de abril, 1991).

Constitución de 1980 (actual artículo 64), que regula los decretos con fuerza de ley (BRONFMAN, 2019).

El Ejecutivo abogó mediante oficio por la constitucionalidad de la ley 16.282, pese a los inconvenientes evidenciados tanto en el debate parlamentario como el informe de la Comisión de Constitución, pues la cuestionada delegación de facultades solo se realizaría por un periodo determinado, circunscrito a ciertas circunstancias excepcionales fácticas que condicionan la declaración de estado de catástrofe, que de otra forma no podrían ser remediadas por el Ejecutivo de manera eficaz y eficiente. Por lo demás, se argumentó que la ley 16.282 no pugna con el estado de excepción constitucional de catástrofe propiamente tal, ni con la ley orgánica 18.415, pues en la Constitución de 1925 no existía dicha figura.

La ley 16.282 es concebida como un mecanismo de rango meramente legal que permite auxiliar y reconstruir zonas o territorios mediante la dictación por parte del Ejecutivo de disposiciones normativas excepcionales, mientras que el estado constitucional de catástrofe tiene una jerarquía superior, es excepcionalísimo y restrictivo en su aplicación, pues limita derechos fundamentales y está fundamentalmente orientado a la conservación del orden público inmediato a la ocurrencia de la calamidad mediante el auxilio de las Fuerzas Armadas y Seguridad. En este sentido, resultaba necesario a los ojos del Ejecutivo de 1991 contar con una plataforma normativa flexible que permita enfrentar un conjunto de situaciones que, si bien no ameritan la declaración del estado constitucional de catástrofe, sí pueden ser abordadas mediante ley.

Así las cosas, finalmente la discusión y tramitación de la ley 19.095 terminó de manera favorable para el Ejecutivo, pues se modificó el artículo 19 de la ley 16.282 y se logró establecer la posibilidad de prórroga de aplicación de la citada ley hasta por doce meses más, previa cuenta del Ejecutivo al Congreso de las medidas adoptadas para enfrentar la catástrofe, como mecanismo de fiscalización parlamentaria.

A pesar de que la ley 16.282 logró sobrevivir a un cierto nivel de escrutinio constitucional en del debate parlamentario de la ley 19.095 y que la Contraloría consideró en ciertos dictámenes¹⁰ que no existiría pugna entre el Estado de Excepción de Catástrofe y la ley 16.282, lo cierto es que si bien estos regímenes persiguen fines distintos, no deja de ser la ley un estatuto de facultades excepcionalísimas de rango meramente legal, que pueden generar ablación de derechos fundamentales y al principio de reserva legal, lo que incluso ha llevado a cierta doctrina a afirmar su derogación tácita por inconstitucionalidad (PRADO, 2010). Por otra parte, la ley 16.282 y la institucionalidad vinculada a catástrofes suscitan las siguientes críticas, que ya han sido planteadas con anterioridad en otros trabajos (OSORIO, 2011):

1. La excesiva fragmentación normativa y de competencias que configuran la convivencia de el Estado Constitucional de Catástrofe y la ley 16.282, además del DL N° 369 y el DS N° 156, que establecen la creación de la ONEMI y el Plan Nacional de Protección Civil. Se requiere de una sola legislación orgánica, actualizada y conforme a parámetros democráticos, participativos y modernos para poder hacer frente a catástrofes, para una mayor seguridad jurídica de la población y evitando así la yuxtaposición de estatutos, leyes y autoridades encargadas de enfrentar estas crisis (QUINTANA, 2016). Este problema se manifiesta más claramente aun si tomamos en consideración la aplicación simultánea de las normas precitadas y el estatuto extraordinario de la Alerta Sanitaria (art. 36 DFL N°725).
2. La dictación de numerosas normas ad hoc para enfrentar la pandemia y ayudar a la ciudadanía afectada económicamente por esta catástrofe da cuenta de la

¹⁰ Dictámenes N° 32.786/89 y N° 25.544/99. A pesar de estos dictámenes que son citados cierta doctrina para validar la ley 16.282 (PALLAVICINI, 2012), lo cierto es que no corresponde, en estricto rigor, a la CGR pronunciarse respecto de la constitucionalidad o no de una ley. Dicha facultad corresponde, en forma privativa, al Tribunal Constitucional.

falta de adecuación de los conceptos y funciones teleológicas para las que fue concebida la ley 16.282¹¹. Gran parte de las disposiciones analizadas en la ley 16.282 versan sobre empréstitos o medidas administrativas excepcionales en respuesta a eventos que generen destrucción material, total o parcial, de viviendas y bienes. Sin embargo, en el caso de la pandemia de COVID-19, la destrucción no es propiamente material, sino que se manifiesta en la pérdida progresiva de vidas humanas y un severo impacto económico, en periodos largos de tiempo (en base a una hipótesis incierta como es el descubrimiento de tratamientos o vacunas efectivos, además de la inoculación de un porcentaje importante de la población). En este sentido, creemos que la ley 16.282 no da abasto normativo para enfrentar la pandemia de COVID-19 en Chile, sin perjuicio de que ha tenido una aplicación relativamente marginal en ámbitos tributarios y de flexibilización administrativa.

3. En virtud de la ley 16.282, el Ministerio del Interior es el organismo principal en términos de coordinación y distribución de ayuda en zonas de catástrofe, aunque dicha autoridad está mediada por la ONEMI (DL 369). Sin embargo, en casos de Pandemia, el rol del Ministerio del Interior y ONEMI pasan a un segundo plano, si se considera la aplicación concurrente de la Alerta Sanitaria (art. 36 DFL 725) y la concentración de facultades “extraordinarias” en el Ministro de Salud, que a su vez es Ministro Coordinador (Decreto N°9/2020 MINSAL). En el mencionado decreto se crea un Comité Interministerial conformado por las carteras de Salud, Educación, Trabajo y Previsión Social, pero que no incluye a los Ministerios del Interior y Defensa, que también son competentes según el Estado Constitucional de Catástrofe y su ley orgánica. Esta situación refuerza aun más la necesidad de superar la fragmentación normativa y competencial que se pone de manifiesto al analizar las tres leyes que son objeto de estudio del presente trabajo.

¹¹ Leyes 21.225, 21.227, 21.229, 21.230, 21.242, 21.247 y 21.248.

4. Es necesario señalar que en virtud de la ley 16.282 es posible el despliegue de las Fuerzas Armadas en las zonas declaradas como afectadas por la Catástrofe, en virtud de los artículos 3°, letras a) y g), 20 y 21, inciso 3°, en actividades de “colaboración con otros organismos de la Administración del Estado para resolver los problemas que se susciten en las zonas afectadas”¹², aunque no propiamente en labores de orden público. Creemos que la distinción entre “labores de orden público” y “labores de coordinación y colaboración” con la Administración es un tema insuficientemente desarrollado en doctrina y jurisprudencia, puesto que no existen criterios claros para diferenciar una y otra función, además de garantías claras para evitar que se pase de una función de colaboración a una de resguardo del orden público, lo que queda en evidencia en virtud de la sentencia rol N°4.029-2013 de la CS y el voto disidente del ministro Sergio Muñoz. En ambas partes del fallo precitado, ni el voto de mayoría ni la disidencia están en desacuerdo con la posibilidad de que se despliegue a las FFAA en zonas afectadas por catástrofe, sino que el desacuerdo estriba en sus labores y función. Sin embargo, ninguno de los dos votos desarrolla claramente cuándo nos encontramos ante una función y otra, sino que se discurre en torno a la función teleológica de la ley 16.282. El uso y abuso de las FFAA en la vida institucional cotidiana del Estado es un tema que ya tocamos en relación al estado de excepción de catástrofe, sobre todo si consideramos que el referido DS N°8 de Reglas de Uso de Fuerza, que **no** incluye dentro de los parámetros de proporcionalidad de fuerza por parte de FFAA a la ley 16.282.
5. Finalmente, si bien es perfectamente atendible la necesidad de contar con el apoyo logístico y de apoyo por parte de FFAA ajenas a la defensa nacional, sí es patente la necesidad de que dicha posibilidad se manifieste mediante una reforma a la LOC FFAA (en vez de una norma de rango meramente legal como lo es la ley 16.282), e inclusive, una reforma constitucional al art. 101 de la CPR

¹² Dictamen N°42.822/2008 de la CGR.

para precisar el contenido de lo que se entiende por “seguridad nacional” (Claro, García, y Kangiser, 2012).

CAPÍTULO III: EL CÓDIGO SANITARIO Y LA ALERTA SANITARIA

1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL CÓDIGO SANITARIO

1.1. EL PRIMER CÓDIGO SANITARIO DE 1918

El primer código sanitario (ley N° 3385) fue promulgado el 22 de mayo de 1918 bajo la vigencia de la Constitución Reformada de 1874, durante el gobierno del Presidente Juan Luis Sanfuentes. El objetivo de la norma era dar una respuesta normativa sistematizada a las condiciones de higiene y enfermedades que asolaban a la población chilena, especialmente en las urbes. El proyecto original fue propuesto por el doctor y diputado radical don Ramón Corvalán Melgarejo, en conjunto con el diputado liberal Paulino Alfonso del Barrio, en febrero de 1909.

El Código Sanitario de 19018 definió una serie de materias, fijando una autoridad central sanitaria, a cargo de la Dirección General de Sanidad, el Consejo Superior de Higiene, el Instituto de Higiene, entre otras materias como las relativas al ejercicio de profesionales de la salud e higiene alimentaria. Dentro del Código Sanitario de 1918 existen numerosas menciones a las epidemias (artículos 40 N°6, 52 y 108), el artículo más relevante para efectos del presente trabajo es el artículo 59, que reproduciremos a continuación:

“Art. 59. Cuando una parte del territorio se viere amagada o invadida por alguna epidemia y los servicios sanitarios municipales fueren insuficientes para detenerla o combatirla, podrá el Presidente de la República, con audiencia del Consejo Superior, designar a alguno de los funcionarios de la Dirección Jeneral para que se haga cargo de los servicios jenerales o locales de salubridad en la rejion amagada o invadida.

El funcionario designado adoptará las medidas que juzgue oportunas al cumplimiento de su encargo, dentro de las atribuciones que confiere este Código a las autoridades sanitarias.

Durará en sus funciones por el tiempo que determine el Presidente de la República.

Los gastos que demande la organización y desempeño de este servicio serán de cuenta del Estado”.

Encontramos en el artículo 59 un antecedente normativo concreto de lo que hoy es la declaración de alerta sanitaria, del artículo 36 del actual Código Sanitario. El precitado artículo debe concordarse con las atribuciones determinadas por el código a la Dirección Jeneral de Sanidad en el artículo 7°:

“Art. 7. Corresponde a la Direccion Jeneral:

1.o Dirigir los servicios sanitarios del Estado, de que trata este Código, que no se hayan deferido a otras autoridades; y, como encargada de esta direccion le incumbe especialmente:

- a) Dirigir los servicios de vacunacion;
- b) Dirigir el servicio de desinfeccion pública;
- c) Dirigir el servicio de inspeccion sanitaria;
- d) Ejercer la vijilancia técnica de los lazaretos u otros locales destinados especialmente a la profiláxis y tratamiento de las enfermedades infecciosas epidémicas;
- e) Dirigir las estaciones sanitarias y el servicio médico de puertos;
- f) Informar al Presidente de la República sobre la calificacion de los estados sanitarios de las ciudades o puertos nacionales o extranjeros;
- g) Dirigir el servicio extraordinario de profiláxis de enfermedades infecciosas a que se refiere el artículo 59 de este Código;
- h) Vijilar el ejercicio de la medicina y de las demás ramas del arte de curar;
- i) Dirigir el servicio de inspección de boticas y droguerías;
- j) Velar por la observancia de los reglamentos sobre los laboratorios públicos o particulares dedicados a la preparación de vacunas, sueros u otros ajentes biológicos de análoga naturaleza, o a la fabricación de productos químicos o farmacéuticos;

k) Practicar los estudios que le parezcan útiles para conocer los estados sanitarios de las poblaciones;

l) Vijilar la observancia de las disposiciones relativas a la explotación de las aguas minerales del país;

m) Solicitar de las autoridades, oficinas públicas o individuos particulares, los datos que estime convenientes para el mejor ejercicio de sus atribuciones;

n) Ordenar que se practiquen visitas sanitarias a los establecimientos públicos, y a los locales destinados al uso común o a industrias en que se empleen varias o muchas personas;

o) Indicar al Gobierno las circunstancias que exijan la adopción de medidas concernientes a la salud pública; y

p) Proponer al Ministerio del Interior los gastos del servicio sanitario.

2.o Vijilar los servicios administrativos del Estado, que se relacionen con la higiene, y que no dependan de la Dirección Jeneral, como los de agua potable o alcantarillado; y dirigir acerca de ellos las representaciones que juzgue oportunas el Presidente de la República;

3.o Velar por que las municipalidades atiendan a los servicios sanitarios que les corresponden y dirigir las representaciones que juzgue oportunas al Presidente de la República o a las mismas municipalidades; y

4.o Pasar al Ministerio del Interior, en el mes de enero de cada año, una memoria sobre los trabajos del año precedente, y sobre las necesidades por satisfacer” (sic).

1.2. EL CÓDIGO SANITARIO DE 1931

El 6 de febrero de 1931 fue promulgada la ley N° 4945, que en su artículo 1° dispone:

“Artículo 1.o Se autoriza al Presidente de la República hasta el 21 de Mayo del presente año, para dictar todas las disposiciones legales de carácter administrativo o económico que exija la buena marcha del Estado.”

En virtud de esta delegación general por parte del Congreso al Presidente Carlos Ibáñez del Campo se promulga el 15 de mayo de 1931 el decreto con fuerza de ley N° 226 del Ministerio de Bienestar Social, aprobándose el nuevo Código Sanitario y derogando en su artículo 273 el Código Sanitario de 1918.

El Código Sanitario de 1931 tenía una regulación más robusta que la de su antecesor y tenía especial énfasis en el combate a epidemias, en su título III “De las enfermedades transmisibles”. También se puede encontrar un antecedente normativo concreto de la actual regulación de la alerta sanitaria en los artículos 65 y 66 del Código Sanitario de 1931, cuya redacción se asemeja más a la formulación actual:

“Art. 65. Cuando una parte del territorio se viere amenazado o invadido por epidemia, podrá el Presidente de la República, previo informe de la Dirección General de Sanidad, declarar que la zona en cuestión se halla amenazada o invadida por epidemia y otorgar específicamente al Director General facultades extraordinarias para extinguirla o evitar su propagación.

Art. 66. Cuando se demuestre a satisfacción del Presidente de la República que el peligro de la epidemia ha pasado, se suspenderán los efectos de la declaración a que se refiere el artículo 65 y de hecho se entenderán caducadas las reglas o medidas de carácter extraordinario que se hubieren adoptado, a menos que expresamente se mantengan algunas por un limitado término.”

2. EL ACTUAL CÓDIGO SANITARIO (DFL 725 DE 1967)

El seis de diciembre de 1966 se promulga la ley 16.585, que en su artículo 14 establece:

“Artículo 14°.- Facúltase al Presidente de la República para que dentro del de un plazo año, modifique el DFL. N° 226, de 1931. Al ejercer esta facultad deberá considerar la actual organización administrativa de los Organismos de Salud del Estado, las Convenciones y Recomendaciones Internacionales sobre la materia y los progresos habidos en Salud Pública.”

De esta forma se promulga el 11 de diciembre de 1967 el DFL 725 que deroga el DFL 226 y aprueba el nuevo Código Sanitario, publicado el 31 de enero de 1968, bajo el gobierno de Eduardo Frei Montalva. La tramitación de la ley 16.585 no estuvo exenta de discusión, específicamente en relación a la delegación de facultades legislativas por parte del Congreso al Presidente. Recordemos que el actual Código Sanitario nació al amparo de la carta fundamental de 1925, que en su artículo 42 establecía el denominado “dominio mínimo legal”, abriendo la puerta a que el Presidente legislara mediante decretos.

2.1. CONCEPTOS Y DEFINICIONES RELEVANTES

La definición del concepto de “epidemia”, además de otros conceptos afines, se encuentran en el mismo Código Sanitario, en el artículo 55 del Libro II, “DE LA PROFILAXIS SANITARIA INTERNACIONAL”:

“Artículo 55°.- Para la aplicación del presente Libro y sus Reglamentos, se entenderá por:

"Aislamiento": la medida consistente en separar una persona o grupo de personas de las demás, con excepción del personal sanitario en servicio, a fin de evitar la propagación de una infección;

"Area local Infectada":

- a) un área local en la cual exista un foco de peste, cólera, fiebre amarilla o viruela;
- b) un área local en la cual exista una epidemia de tifus o de fiebre recurrente;
- c) un área local en la cual exista peste entre los roedores ya sea en tierra o a bordo de embarcaciones portuarias, y
- d) un área local o grupo de áreas locales en donde existan las mismas condiciones que en las zonas endémicas de fiebre amarilla.

"Certificado válido": tratándose de vacunación, el certificado expedido en conformidad a los reglamentos.

"Enfermedades sujetas a cuarentena": la peste, el cólera, la fiebre amarilla, la viruela, el tifo exantemático y la fiebre recurrente.

"Epidemia": la extensión de un foco infeccioso o su multiplicación.

"Foco infeccioso": núcleo activo o latente o agentes patógenos en un medio apto para su supervivencia, multiplicación y transmisión, que puede propagar enfermedades infecto-contagiosas.

"Persona infectada": una persona que padece de una enfermedad sujeta a cuarentena o que se presume que está infectada con dicha enfermedad.

"Sospechoso": toda persona que la autoridad sanitaria considere haber estado expuesta al riesgo de ser infectada por una enfermedad sujeta a cuarentena y que puede propagar dicha enfermedad.

"Visita médica": la visita e inspección de una nave, aeronave, tren o vehículo de carretera y el examen preliminar de las personas a bordo, pero no la inspección periódica de una nave hecha con el fin de determinar si hay necesidad de desratización.

"Inspección General Sanitaria": la visita de una autoridad sanitaria de puerto, a las naves mercantes nacionales cada seis meses con el objeto de verificar población marina, fumigación, estado general sanitario del buque, enfermería y equipo médico a bordo."

El concepto de "pandemia" no tiene una definición o categorización oficial y rígida, al menos según los criterios más recientes de la OMS, que prefiere emplear el término de "Emergencia de Salud Pública de Importancia Internacional" (ESPII), además de no utilizar para el caso del Coronavirus la categorización según "fases" que se aplicaron para la influenza (NEBEHAY, 2020). Sin embargo, puede ser definida como la ocurrencia en una comunidad o región de casos de una enfermedad infecciosa, un comportamiento de salud específico u otros eventos relativos a la salud que claramente exceden la

expectativa normal, durante un periodo determinado, cuyas causas presumiblemente están relacionadas (PORTA, 2014).

En relación con las medidas de aislamiento forzado de personas que padezcan enfermedades infectocontagiosas, el art. 22 del Código establece que es responsabilidad de la autoridad sanitaria su internación en recintos hospitalarios u otros locales ad hoc a ese fin, especial y preferentemente bajo los supuestos de epidemia. A su vez, el art. 26 plantea la posibilidad de que cualquier persona que haya estado en contacto con un paciente de enfermedad transmisible sea sometida a observación, aislamiento y cualquier otra medida necesaria para evitar la propagación de la enfermedad. También dicho artículo permite a la autoridad sanitaria a someter a la “habitación o local contaminado” por el paciente a cualquier procedimiento que permita proteger la salud de la población. El periodo mínimo de aislamiento forzado y “restricciones” a pacientes o portadores de agentes patógenos o que estén en periodo de incubación, serán determinados por el Servicio Nacional de Salud.

En el Título V del Código Sanitario, “DE LA DIVULGACION Y EDUCACION SANITARIA” contiene una prohibición expresa de “cualquiera forma de publicación o propaganda referente a higiene, medicina preventiva o curativa y ramas semejantes que, a juicio del Servicio Nacional de Salud, tienda a engañar al público o a perjudicar la salud colectiva o individual” (art. 53 y 54).

Respecto de la Alerta Sanitaria, está contenida en el artículo 36 del actual Código Sanitario:

“Artículo 36°.- Cuando una parte del territorio se viere amenazada o invadida por una epidemia o por un aumento notable de alguna enfermedad, o cuando se produjeran emergencias que signifiquen grave riesgo para la salud o la vida de los habitantes, podrá el **Presidente de la República**, previo informe del Servicio Nacional de Salud, **otorgar al Director General facultades extraordinarias** para evitar la propagación del mal o enfrentar la emergencia.”

Estas “facultades extraordinarias” no se encuentran definidas en la ley, ni en el DFL 725, lo que es complejo desde el punto de vista del principio constitucional de reserva legal en relación con la afectación o intervención por parte de la autoridad administrativa, incluso en casos de emergencia o excepcionales. La formulación normativa pobre de la Alerta Sanitaria se torna más grave si tomamos en consideración el artículo 8° y 155° del Código Sanitario, que no vienen a definir las facultades extraordinarias del art. 36, sino que le dan una excepcional autotutela administrativa para “hacer valer” las disposiciones sanitarias emanadas de la autoridad¹³ (ENTEICHE, 2014):

“Artículo 8°.- Para el cumplimiento de las órdenes que expida en conformidad a las facultades que le concede el presente Código y sus reglamentos, el Director General de Salud podrá requerir el auxilio de la fuerza pública directamente de la Unidad del Cuerpo de Carabineros de Chile más cercana y éstas estarán obligadas a proporcionarla.”

“Art. 155 (146). Para la debida aplicación del presente Código y de sus reglamentos, decretos y resoluciones del Director General de Salud, la autoridad sanitaria podrá practicar la inspección y registro de cualquier sitio, edificio, casa, local y lugares de trabajo, sean públicos o privados.

Cuando se trate de edificio o lugares cerrados, deberá procederse a la entrada y registro previo decreto de allanamiento del Director General de Salud, con el auxilio de la fuerza pública si fuere necesario.”

Otros artículos del Código Sanitario se expresan respecto a las epidemias: artículos 22 (en relación a la obligación de la autoridad sanitaria de proveer residencias sanitarias a personas infectadas para su aislamiento), 23 (obligación de proveer de instrumentos de diagnóstico de enfermedades que puedan

¹³ En los DS 106 y que declararon estado de catástrofe constitucional se explicita el deber de colaboración de las FFAA con las instrucciones y directrices que dicta el MINSAL.

provocar epidemias), 31 (eliminación de especies propagadoras de la enfermedad, saneamiento de aguas, pantanos y riego) y 65 (obligación de notificación en intervalos regulares a la OMS de información relativa a la epidemia).

2.2. EL REGLAMENTO SANITARIO INTERNACIONAL Y LA DECLARACIÓN DE EMERGENCIA DE SALUD PÚBLICA DE IMPORTANCIA INTERNACIONAL (ESPII)

Mediante el decreto N°230 del Ministerio de Relaciones Exteriores, se aprueba el Reglamento Sanitario Internacional, el 17 de septiembre de 2008. Esta norma es relevante, puesto que establece el supuesto normativo y fáctico para la declaración de alerta sanitaria en el caso de la pandemia de COVID-19 en Chile, en base a la determinación de su carácter de “emergencia de salud pública de importancia internacional” (en adelante, “ESPII”).

Específicamente, el procedimiento para declaración de una ESPII está regulado en el artículo 12 del Reglamento Sanitario Internacional:

“Artículo 12 Determinación de una emergencia de salud pública de importancia internacional

1. El Director General determinará, sobre la base de la información que reciba, y en particular la que reciba del Estado Parte en cuyo territorio se esté produciendo un evento, si el evento constituye una emergencia de salud pública de importancia internacional de conformidad con los criterios y el procedimiento previstos en el presente Reglamento.

2. Si el Director General considera, sobre la base de la evaluación que se lleve a cabo en virtud del presente Reglamento, que se está produciendo una emergencia de salud pública de importancia internacional, mantendrá consultas con el Estado Parte en cuyo territorio se haya manifestado el evento acerca de su determinación preliminar. Si el Director General y el Estado Parte están de

acuerdo sobre esta determinación, el Director General, de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 49, solicitará la opinión del comité que se establezca en aplicación del artículo 48 (en adelante el «Comité de Emergencias») sobre las recomendaciones temporales apropiadas.

3. Si después de las consultas mantenidas según lo previsto en el párrafo 2 del presente artículo el Director General y el Estado Parte en cuyo territorio se haya manifestado el evento no llegan a un consenso en un plazo de 48 horas sobre si dicho evento constituye una emergencia de salud pública de importancia internacional, se tomará una determinación de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 49.

4. Para determinar si un evento constituye una emergencia de salud pública de importancia internacional, el Director General considerará:

- a) la información proporcionada por el Estado Parte;
- b) el instrumento de decisión a que hace referencia el anexo 2;
- c) la opinión del Comité de Emergencias;
- d) los principios científicos, así como las pruebas científicas disponibles y otras informaciones pertinentes; y
- e) una evaluación del riesgo para la salud humana, del riesgo de propagación internacional de la enfermedad y del riesgo de trabas para el tráfico internacional.

5. Si el Director General, después de mantener consultas con el Estado Parte en cuyo territorio ha ocurrido el evento de salud pública de importancia internacional, considera que una emergencia de salud pública de importancia internacional ha concluido, adoptará una decisión de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 49.”

El referido artículo 12 debe ser concordado con el artículo 48 y 49 del Reglamento Sanitario Internacional, que establece la conformación del comité de expertos.

El reglamento sanitario internacional cobra especial relevancia para efectos de entender de mejor forma cuándo y cómo se debe declarar alerta

sanitaria cuando estamos ante una epidemia o pandemia. En todo caso, si bien la OMS puede emitir sugerencias a las autoridades de cada estado para la implementación de medidas para paliar pandemias, en último término queda a discreción de cada estado cómo implementar específicamente estas estrategias.

3. DECLARACIÓN DE ESTADO DE ALERTA SANITARIA EN RESPUESTA A LA PANDEMIA DEL VIRUS COVID-19 EN CHILE

El 8 de febrero de 2020, incluso antes de confirmarse el primer caso de COVID-19 en el país, se dicta el DS N°4 del Ministerio de Salud, que decreta el estado de alerta sanitaria en todo el territorio nacional por el periodo de un año (sin perjuicio de su término anticipado por determinarlo así la autoridad sanitaria) y otorga facultades extraordinarias a los organismos sanitarios determinados en este.

El DS N°4 fue modificado posteriormente por los decretos N°6, 10, 18, 21, 23 y 24 (18 de julio de 2020) del Ministerio de Salud. Los decretos de alerta sanitaria van dirigidos a otorgar fundamentalmente facilidades administrativas y, en algunos casos, facultades de limitación de DDFF a los siguientes organismos: la Subsecretaría de Salud Pública, Subsecretaría de Redes Asistenciales, Secretarías Regionales Ministeriales de Salud (SEREMI), Servicios de Salud Instituto de Salud Pública (ISP), Fondo Nacional de Salud (FONASA), Central Nacional de Abastecimiento de los Servicios de Salud (CENABAST) y a la Superintendencia de Salud. Sin perjuicio de que las facultades referidas se repiten entre los organismos, las facultades “extraordinarias” que se establecieron para estos órganos pueden dividirse, en dos categorías:

1. Facultades que facilitan procesos administrativos y prestacionales de salud.

2. Facultad de emitir mandatos o prohibiciones a la población, junto a restricciones a DDFF en función de la pandemia.

En términos generales, dentro de la primera categoría de facultades encontramos:

1. La posibilidad de efectuar la contratación del personal de acuerdo a lo establecido en el artículo 10 del Código Sanitario (es decir, remitiéndose a las reglas de contratación del Código del Trabajo para aumentar temporalmente al personal).
2. Efectuar la adquisición directa de bienes, servicios o equipamiento que sean necesarios para el manejo de esta urgencia, la cual, de acuerdo a lo establecido en el artículo 8º letra c) de la ley N° 19.886, sin mediar licitación.
3. La realización de trabajos extraordinarios para el personal de su dependencia, de acuerdo a lo establecido en los artículos 66 y 70 de la ley N° 18.834, cuyo texto actualizado, refundido y coordinado fue fijado por el DFL N° 29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el Estatuto Administrativo.
4. Contratación de ex funcionarios que se hayan acogido a los beneficios de incentivo al retiro establecidos en las leyes N° 20.612, N° 20.707, N° 20.921 y N° 20.986, no siéndoles aplicables respecto de la contratación que por este acto se autoriza ni por el tiempo que se extienda la contingencia que la motiva, las prohibiciones que las leyes referidas contienen.
5. Disponer la contratación de estudiantes que estén cursando sexto año en adelante de la carrera de Medicina impartida por las Universidades reconocidas oficialmente en Chile, y de estudiantes que estén cursando el séptimo semestre en adelante de las carreras de Enfermería, Obstetricia y Puericultura, Tecnología Médica, Kinesiología y Psicología, impartidas por las Universidades reconocidas oficialmente en Chile.
6. Coordinar la distribución de los productos farmacéuticos y elementos de uso médico que se requieran para satisfacer la demanda de la población.
7. Difundir las medidas sanitarias en medios de comunicación masivos.

8. Entregar, a título gratuito u oneroso, medicamentos, dispositivos médicos u otros elementos sanitizadores a grupos objetivos previamente definidos por esta autoridad sanitaria.
9. Realizar importación directa de medicamentos, insumos y dispositivos médicos que sean necesarios para el cumplimiento de las facultades que se entregan al sector salud mediante este decreto. En dicho contexto, podrá en el caso de productos importados, y en virtud de prácticas internacionales de comercio, eximirse de una o más obligaciones contenidas en la ley 19.886.
10. Realizar la transferencia de dominio, a título gratuito, de bienes muebles adquiridos para hacer frente la epidemia de Covid-19, a aquellos servicios públicos que ejecuten acciones de salud relacionadas directamente con la utilización de dichos bienes. La transferencia se realizará mediante resolución exenta de la Subsecretaría, sin más trámite. Dicha resolución deberá individualizar en forma detallada el o los bienes a enajenar y el Servicio adquirente del dominio.
11. Autorizar provisoriamente hospitales de implementación acelerada, tales como hospitales de campaña o modulares, con anterioridad a la obtención de permisos, autorizaciones y certificados que correspondan, de acuerdo a la normativa aplicable. Estos hospitales deberán estar bajo dependencia de algún otro centro asistencial autorizado previamente por la autoridad sanitaria. En ningún caso dicha autorización podrá extenderse más allá de la vigencia de este decreto.
12. Autorizar, provisionalmente, para la entrega de prestaciones de salud, a inmuebles que no estén autorizados como establecimientos asistenciales, en las mismas condiciones señaladas en el numeral anterior. Dichas prestaciones deberán garantizar la seguridad del paciente, siendo proporcionales al equipamiento, personal y adecuaciones con las que cuente el inmueble que por este numeral se autoriza.

13. Autorizar que, en la red pública y privada, aquellos tratamientos de uso periódico para enfermedades crónicas, que son prescritos con dosis para periodos quincenales o mensuales, puedan prescribirse con la dosis necesaria para hasta tres meses, siempre que las condiciones de dispensación, conservación o suministro del medicamento lo permitan.
14. Realizar importación directa de medicamentos, insumos y dispositivos médicos que sean necesarios para el cumplimiento de las facultades que se entregan al sector salud mediante este decreto. En dicho contexto, podrá en el caso de productos importados, y en virtud de prácticas internacionales de comercio, eximirse de una o más obligaciones contenidas en la ley 19.886.
15. Realizar la transferencia de dominio, a título gratuito, de bienes muebles adquiridos para hacer frente la epidemia de Covid-19, a aquellos servicios públicos que ejecuten acciones de salud relacionadas directamente con la utilización de dichos bienes. La transferencia se realizará mediante resolución exenta de la Subsecretaría, sin más trámite. Dicha resolución deberá individualizar en forma detallada el o los bienes a enajenar y el Servicio adquirente del dominio.

Especial interés para nuestros propósitos son los correspondientes a la segunda categoría (concentradas fundamentalmente en las SEREMIS de Salud), pues se establecen de manera general facultades de restricción de DDFF:

1. Ordenar el uso obligatorio de mascarillas y otros dispositivos médicos afines en medios de transporte, salas de clases, lugares de trabajos y, en general, en cualquier otro lugar de acceso público o donde exista aglomeración de personas.
2. Disponer el precio máximo a pagar por parte de la población general de determinados productos farmacéuticos, dispositivos médicos, elementos e insumos sanitarios, así como de prestaciones de salud y servicios sanitarios, como asimismo, todos los bienes y servicios necesarios para atender las necesidades sanitarias.

3. Limitar el número máximo de los bienes y servicios señalados que podrán ser vendidos y entregados a cada persona por los establecimientos de venta o prestación de servicios.
4. Disponer de la prohibición de funcionamiento de los establecimientos y lugares de trabajo que pongan en peligro a las personas que trabajan o asisten a ellos.
5. Disponer de las medidas necesarias para evitar aglomeraciones de gente en espacios cerrados o abiertos que puedan fomentar la propagación del virus.
6. Disponer el aislamiento de las personas que estén infectadas con el nuevo coronavirus 2019, o bien, bajo sospecha de estar infectadas, de tal forma que se procure la contención de la propagación de dicho virus.
7. Denegar la entrada al país de ciudadanos extranjeros no residentes en Chile, sospechosos o afectados por el nuevo coronavirus 2019.
8. Denegar la entrada en las zonas afectadas por el nuevo coronavirus 2019 a las personas no afectadas.
9. Suspender las clases en establecimientos educacionales y las actividades masivas en espacios cerrados.
10. Disponer la prohibición temporal de desembarco de pasajeros de naves y aeronaves.
11. Prohibir el funcionamiento de fuentes fijas comunitarias e industriales que emitan material particulado, así como el funcionamiento de las fuentes fijas particulares que utilicen leña o dendroenergéticos sólidos u otro material sólido combustible, durante los estados de Preemergencia o Emergencia Ambiental.
12. Requerir el auxilio de la fuerza pública de la Unidad de Carabineros de Chile más cercana, en conformidad al artículo 8º del Código Sanitario, para asistir, si fuere necesario, a la Secretaría Regional Ministerial de Salud en sus labores fiscalizadoras así como en aquellas acciones que fueran necesarias para hacer frente a la emergencia descrita en los considerandos.

Finalmente, los artículos 9 y 10 del Decreto N°4 que establece Alerta Sanitaria refuerzan el deber de colaboración de todos los organismos

administrativos del Estado en la fiscalización de estas medidas (como vimos en el caso del DS 106 de Estado de Catástrofe, este deber se extiende a las FFAA), además de la posibilidad de prórroga o término del estado de alerta sanitaria a discreción del MINSAL, bajo el supuesto genérico de “si las condiciones sanitarias así lo permiten”. El artículo 11° da un cierre en un tono un tanto draconiano, reiterando que no solamente la autoridad cuenta con las facultades fiscalizadoras propias del Libro X del Código Sanitario, sino que también con “lo dispuesto en el Código Penal” (art. 318 y 318 bis CP).

Los problemas que suscita la Alerta Sanitaria no se limitan a los DS que la decretan, sino que se manifiestan en el conjunto de resoluciones exentas que emitió el MINSAL, estableciendo importantes restricciones en el funcionamiento de una diversidad de empresas de servicios (v.gr. gimnasios, restaurantes, cines, espacios de atención al público, etc)¹⁴, cordones sanitarios, toques de queda y cuarentenas¹⁵ (en estricto rigor, dichas medidas solo se entienden procedentes en virtud de un Estado Constitucional de Catástrofe, pero en virtud de la confusión normativa que existe entre los tres estatutos de excepción que analizamos en este trabajo, son decretadas por el MINSAL en virtud de la Alerta Sanitaria)¹⁶.

¹⁴ V.gr. Resolución 349 Exenta del MINSAL (15 de mayo de 2020).

¹⁵ Ver el Anexo II para un compilado de las resoluciones referidas, que por motivos de orden y claridad no fueron incluidas en su totalidad en el cuerpo de este trabajo.

¹⁶ ARTÍCULO 39. 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.

CAPÍTULO IV: PROBLEMAS EN TORNO A LOS PRINCIPIOS DE JURIDICIDAD, RESERVA LEGAL Y AFECTACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES POR PARTE DE LA AUTORIDAD SANITARIA

1. VULNERACIÓN AL PRINCIPIO DE RESERVA LEGAL

La formulación normativa de la Alerta Sanitaria presenta claros problemas de constitucionalidad, en virtud del principio de reserva legal consagrado en nuestra Constitución. A modo de contexto, el Código Sanitario fue creado al amparo de la Constitución de 1925, es decir, bajo el principio de “dominio mínimo legal”, que se contrapone al “dominio máximo legal” (art. 63 CPR) que actualmente rige en nuestro ordenamiento constitucional¹⁷. Es dable señalar que la formulación legal de la Alerta Sanitaria no ha recibido modificación alguna desde el año 1967 y si analizamos los Códigos Sanitarios de 1918 (art. 59) y 1931 (art. 65), su estructura y redacción no han variado sustancialmente en más de 100 años, lo que pone de manifiesto la necesidad de actualizar esta norma según el principio constitucional de reserva legal que rige actualmente.

Dicho principio, en relación con los DDFF, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es definido como:

“Es principio general y básico del derecho constitucional chileno la ‘reserva legal’ en la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales; esto es, toca al legislador, y sólo a él, disponer normas al respecto, sin más excepción que la referente al derecho de reunión en lugares de uso público, regido su ejercicio por disposiciones generales de policía, pero tanto aquellas regulaciones como ésta no pueden jamás afectar el contenido esencial de tales derechos.”¹⁸

¹⁷ El dominio máximo legal parece ser el consenso en términos generales, a pesar de las discrepancias que podemos evidenciar en doctrina derivadas de la falta de claridad en esta materia por parte del constituyente de 1980 (CAZOR, 2013).

¹⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 239 c. 9. En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional 389 c. 22, Sentencia del Tribunal Constitucional 521 c. 21,

También es necesario hacer la distinción entre lo que la jurisprudencia y doctrina constitucionales han denominado reserva legal “relativa” o “absoluta”: “El principio de reserva legal es una de las características sustanciales de la Constitución. La fuerza de la reserva legal puede ser absoluta o relativa. Cuando se trata de ésta, hay mayor campo de acción a la potestad reglamentaria subordinada, siendo propio de la ley señalar sólo bases, criterios o parámetros generales que encuadran su ejercicio. Ello ocurre cuando la Carta emplea expresiones como ‘con arreglo a la ley’, ‘con sujeción a la ley’, ‘en conformidad a la ley’. Cuando se trata de reserva legal absoluta la regulación del asunto por el legislador debe ser hecha con la mayor amplitud, profundidad y precisión compatibles con las características de la ley como categoría diferenciada e inconfundible de norma jurídica.”¹⁹

La reserva legal no se basa únicamente en el catálogo taxativo de materias de ley del artículo 63 de la Constitución (potencialmente abierto por el numeral 20), sino que existe un deber de reserva general en cuanto la esencia de los derechos fundamentales si nos remitimos al artículo 19 N°26 de la Constitución (sin perjuicio de deberes de reserva especiales establecidos expresamente en la Constitución, especialmente, en el catálogo de DFFF del art. 19:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: (...)

26°. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, **no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.**”

Sentencia del Tribunal Constitucional 2921 c. 17, Sentencia del Tribunal Constitucional 3028 c. 17.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°370.

Según los criterios desarrollados por el Tribunal Constitucional chileno, las afectaciones a Derechos Fundamentales por parte de la autoridad administrativa y mediante habilitación legal deben cumplir con una serie de requisitos, en virtud del principio de reserva legal:

“Las disposiciones legales que restrinjan determinados derechos deben reunir los requisitos de **‘determinación’** y de **‘especificidad’**. El primero exige que los **derechos que puedan ser afectados se señalen en forma concreta en la norma legal**. El segundo requiere que la misma **indique, de manera precisa, las medidas especiales que se puedan adoptar con tal finalidad**, y que cumplidos que sean dichos requisitos, será posible y lícito que se haga uso de la potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando y particularizando en los aspectos instrumentales la norma para ser así posible el mandato legal.”²⁰

A pesar de los requisitos enunciados, la formulación normativa de la Alerta Sanitaria del artículo 36 del Código Sanitario es excesivamente vaga (ARÓSTICA, 2016). Si bien la exigencia de reserva legal puede ser modulada en función de situaciones excepcionales (v.gr. el artículo 32 N°20 de la CPR²¹), la flexibilización de los estándares legales exigibles a la administración es entendible desde la perspectiva de la actividad prestacional del Estado en cuanto agente reparador y auxiliador en casos de catástrofes, mas no es renunciable en aquella dimensión que le faculta a limitar, restringir o suspender DDFF. Por mucho que estemos ante circunstancias excepcionales (art. 7°, inciso 2° CPR), no es admisible otorgar “competencias genéricas a una autoridad”, como bien señala Cordero (2015), quien enumera los criterios para que las intervenciones administrativas que tengan efectos ablatorios sobre DDFF sean legítimas:

²⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 388 c. 17. En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional 325, 370, 373, 388, 465 c. 25, 2684 c. 16, 2694 c. 14, 2841 c. 23, 2846 c. 12

²¹ El Decreto N°333 del Ministerio de Hacienda del 27 de marzo de 2020 autorizó el uso del 2% constitucional para enfrentar la crisis del COVID-19.

(a) no es cobertura suficiente que la garantía pueda regularse por ley por expresa remisión constitucional, pues la medida no puede afectar el derecho en su esencia (Reserva material); (b) para la intervención es necesario que la **ley** disponga de pautas objetivas (criterios precisos) que habiliten la intervención, siendo **insuficiente criterios institucionales e incluso remisiones reglamentarias que definan el momento y oportunidad**; (c) la intervención siempre debe estar sujeta a **control**; (d) ese control debe ser **heterónomo**, es decir, corresponde al Juez, no siendo suficiente el autocontrol administrativo; y (e) debe ser **posible y real el derecho a reaccionar oportunamente (derecho a la defensa) para evitar la afectación de la garantía**.

El que no estén determinadas con claridad las facultades que puede incoar la autoridad sanitaria para contener y eliminar una epidemia cobra mayor relevancia si tomamos en consideración que muchas de las medidas más radicales para controlar un brote epidemiológico implican, como ya vimos, severas restricciones a los derechos fundamentales de la población (CORVALÁN, 2019). Adicionalmente, las resoluciones y medidas adoptadas por la autoridad sanitaria durante dicho periodo excepcional cuentan con el auxilio de las fuerzas de orden y, además, tipos penales de dudosa constitucionalidad (art. 8° del DFL 725, art. 318 y 318 bis del Código Penal²²).

Es menester precisar que la postura que defendemos en este trabajo de modo alguno equivale a un apego irrestricto a la reserva legal absoluta en materia de DDFF. La regulación mediante normas infralegales es una realidad

²² El 14 de junio de 2020 se inicia, a solicitud de la jueza del 4° Juzgado de Garantía de Santiago, requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 318 del Código Penal. El requerimiento fue acogido parcialmente respecto de la posibilidad de imponer penas privativas de libertad a quienes violen dicho artículo (Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°8950-20 INA, además de los requerimientos posteriores de inaplicabilidad respecto del mismo delito, roles N° 9212-20, 9294-20 y 9373-20). Con fecha 26 de junio de 2020 han sido imputados por dicho artículo 42.997 personas, en un periodo de tres meses.

necesaria y cada vez más relevante en la vida jurídica. Sin embargo, creemos que es necesario llamar la atención respecto a la falta de regulación legal clara en relación a los ámbitos competenciales y facultades de la autoridad sanitaria en el contexto de excepción de la pandemia de COVID-19. Los derechos fundamentales de la población pueden ser afectados a nivel general y sin límites claros por parte del Ejecutivo. En este sentido no defendemos una aproximación al problema de los DDFF y su afectación en contexto de pandemia mediante la reserva legal absoluta, sino que creemos que es necesaria una actualización general de los estatutos que regulan actualmente esta materia.

En la medida que el ámbito de decisión de la administración sea más trascendente e intenso en cuanto sus implicancias para la población en general y para el ciudadano particular, más se debe privilegiar la reserva legal y el ámbito de decisión del legislador. Otro factor que incide según la teoría de la esencialidad en la necesidad mayor regulación legal es el área donde se ejercería la discrecionalidad administrativa, es decir, que tipo de derechos fundamentales se ven potencialmente afectados por la mayor o menor discrecionalidad. Existen determinadas áreas cuya trascendencia para la sociedad y el individuo son mayores, en las cuales un mayor espacio a falta de regulación legal implica una mayor intensidad en los efectos de las medidas de la administración (en términos clásicos, los derechos de libertad y propiedad, pero una perspectiva moderna incluye el derecho a la vida, salud, etc.). Estos son los criterios que aporta la teoría de la esencialidad (“*Wesentlichkeitstheorie*”) (BERMÚDEZ, 2011), emanada del Tribunal Constitucional Federal Alemán, para efectos de determinar cuan densa debe ser la regulación legal cuando estamos ante la posibilidad de restricciones de derechos fundamentales.

En definitiva, estamos ante una disposición:

1. Contenida en un Decreto con Fuerza de Ley, generado al amparo de una Constitución de 1925, que no se condice con los requisitos constitucionales propios de la reserva legal en materia de DDFF y su intervención por la autoridad

administrativa. Podemos definir al DFL como: “Acto normativo dictado por el Presidente de la República, previa delegación del Congreso Nacional sobre materias expresamente autorizadas en la Constitución, en cuyo texto se contienen normas con fuerza y rango de ley. La autorización debe ser aprobada por la mayoría relativa de ambas Cámaras y su vigencia no puede ser superior a un año” (García, Contreras y Martínez, 2016). El inciso segundo del artículo 64 de la CPR establece: “Esta autorización **no podrá extenderse** a la nacionalidad, la ciudadanía, las elecciones ni al plebiscito, como **tampoco a materias comprendidas en las garantías constitucionales** o que deban ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado”. El Código Sanitario es un cuerpo normativo que regula sobre la base teleológica de un bien jurídico correspondiente al derecho fundamental a la vida, integridad física y psíquica, además de otros DDFF involucrados. No es sostenible, en base a la regulación actual del artículo 63 y 64 de la CPR, además del dominio mínimo legal, que el Código Sanitario sea regulado mediante un DFL.

2. A mayor abundamiento, La delegación de facultades legislativas en el contexto de DFL implica una sustracción al principio democrático y deliberativo propio de las leyes y su discusión parlamentaria. La reserva legal cumple una función no solo limitativa en cuanto acción del legislador, sino que además dota de mayor legitimidad a su intervención basada en la discusión abierta, pública y democrática de las eventuales limitación de DDFF (PICA, 2013). Estos presupuestos atribuibles a la ley como categoría normativa no son extensibles a un DFL, que por esencia supone la delegación de dicho ejercicio legislativo al Presidente.
3. Que, en base a su aplicación, se delegan facultades “extraordinarias” desde el Presidente de la República a al Ministro de Salud. Dichas facultades “extraordinarias” no se encuentran, a priori, determinadas o limitadas, ni temporal, ni territorialmente.

4. Dichas facultades excepcionales implican restricciones y limitaciones moderadas o severas a los derechos fundamentales de la generalidad de la población.
5. Dichas facultades excepcionales, indeterminadas, cuentan con el auxilio de la fuerza pública para hacerse valer (art. 8° del DFL 725). Esto no solo se limita a Carabineros y la Policía de Investigaciones, sino que también implica coordinación con las Fuerzas Armadas si se emplea la alerta sanitaria en conjunto con el Estado de Excepción de Catástrofe.
6. La reforma al artículo 318 del Código Penal²³ (ley N° 21.240) aumenta las penas por infracción a “reglas higiénicas o de salubridad” emanadas de la autoridad sanitaria en tiempos de catástrofe, epidemia o contagio (asumimos que la conducta típica describe el Estado Constitucional de Catástrofe, la Alerta Sanitaria o inclusive la ley 16.282). Se incluye como agravante “la convocatoria a espectáculos, celebraciones o festividades prohibidas por la autoridad sanitaria en tiempo de catástrofe, pandemia o contagio”. Es decir, no solamente la autoridad sanitaria (MINSAL) tiene una extraordinaria capacidad de autotutela administrativa para hacer valer sus resoluciones y decretos en contexto de alerta sanitaria (mediante el auxilio de la fuerza pública y coordinación con FFAA), sino que además sus instrucciones y medidas son sancionadas penalmente.

²³ “Artículo 318: El que pusiere en peligro la salud pública por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio, será penado con presidio menor en su grado mínimo a medio o multa de seis a doscientas unidades tributarias mensuales.

Será circunstancia agravante de este delito cometerlo mediante la convocatoria a espectáculos, celebraciones o festividades prohibidas por la autoridad sanitaria en tiempo de catástrofe, pandemia o contagio.

En los casos en que el Ministerio Público solicite únicamente la pena de multa de seis unidades tributarias mensuales, se procederá en cualquier momento conforme a las reglas generales del procedimiento monitorio, siendo aplicable lo previsto en el artículo 398 del Código Procesal Penal. Tratándose de multas superiores se procederá de acuerdo con las normas que regulan el procedimiento simplificado.”

Finalmente, existe un problema adicional en la formulación de mecanismos constitucionales de excepción y legales de emergencia en base a nociones confusas (PERELMAN, 2016), puesto que no solamente las leyes en análisis carecen de una regulación lo suficientemente detallada y conforme a estándares mínimos de seguridad jurídica, sino que los supuestos de hecho que sirven para justificar su procedencia pueden ser fácilmente manipulados por la autoridad. Es de público y notorio conocimiento el deficiente y opaco manejo de datos epidemiológicos por parte del MINSAL a lo largo de la pandemia²⁴, por lo que es legítimo cuestionarse si las facultades y medidas excepcionales “delegadas” desde el Presidente al Ministerio de Salud operan en base a supuestos de hecho con un estándar mínimo de transparencia y posibilidad de control jurídico heterónomo.

Si ni siquiera hay claridad en torno a las cifras de contagiados, muertos y trazabilidad mínimos, difícilmente se puede ejercer un control jurídico sobre las medidas adoptadas en la emergencia sanitaria. El control intersubjetivo a la autoridad por parte de la sociedad civil se ve frustrado, erosionando así la legitimidad de la autoridad en la conducción de la pandemia y arriesgando la vida de miles de personas. A modo de ejemplo, se ha advertido que puede haber incentivos perversos en el contexto la implementación heterónoma a nivel comunal de políticas de testeo masivo del virus (“Búsqueda Activa de Casos” o “BAC”), que pueden implicar una baja artificial a la tasa positividad por comuna, para poder acceder a fases de desconfinamiento mayores (Engel, E., Gómez, C., Gómez, C., Pardow, D., y Simonetti, P., 2020).

²⁴ Al respecto, mediante el oficio final N° 283-A de 2020 a la Subsecretaría de Salud Pública, Contraloría detectó diferencias de 34.542 infectados más que los reportados oficialmente por el MINSAL, cifra que fue corregida al 16 de junio de 2020 por la cartera, pero que aun así “no fue posible constatar que ellos correspondieran a los casos observados” por la CGR en su informe.

Todos los puntos previamente expuestos son gravísimos desde una perspectiva jurídica y social. Esto nos lleva a concluir que debe existir un esfuerzo futuro por actualizar la institución de la alerta sanitaria para adecuarla a las exigencias propias del constitucionalismo democrático moderno, sobre todo si consideramos que es probable que las pandemias sean de una frecuencia cada vez mayor, por el fenómeno del calentamiento global, el consumo de animales, la mayor movilidad y flujo intercontinental de grupos de personas.

2. DELEGACIÓN DE FACULTADES PRESIDENCIALES “EXTRAORDINARIAS”

Los artículos 6° y 7° de la Constitución configuran los principios de competencia y jurisdicción que vinculan a los órganos del Estado en todo su actuar. Especial énfasis hay que hacer en el inciso segundo del artículo 7°:

“Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes.”

En virtud de esta disposición constitucional, es que es ineludible someter a la Constitución el actuar de la administración, inclusive en aquellas materias en que se estime que se persiguen bienes jurídicos o fines superiores, tales como el derecho a la vida y salud de los ciudadanos, la preservación del orden público y el “normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado” (art. 39 CPR).

El artículo 36 del DFL 725 establece:

“Artículo 36°.- Cuando una parte del territorio se viere amenazada o invadida por una epidemia o por un aumento notable de alguna enfermedad, o cuando se produjeran emergencias que signifiquen grave riesgo para la salud o la vida de los habitantes, **podrá el Presidente de la República**, previo informe del Servicio Nacional de Salud, **otorgar al Director General facultades extraordinarias** para evitar la propagación del mal o enfrentar la emergencia.”

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el adjetivo “*extraordinario*” significa “*fuera del orden o regla natural o común*” (Real Academia Española, 2014). Uno de los problemas con el mecanismo que establece la Alerta Sanitaria del artículo precitado es que establece una verdadera “delegación de facultades extraordinarias” por parte del Presidente de la República al Ministro de Salud. Para profundizar en este punto, debemos realizar las siguientes preguntas:

1. Si de la redacción del artículo se emplea la voz, “otorgar” facultades extraordinarias, entonces es legítimo preguntar: ¿Estamos ante una delegación de facultades desde el Presidente al Ministro de Salud?
2. Si estamos ante una delegación de facultades, entonces, ¿El Presidente tiene **expresamente** las referidas “facultades extraordinarias” para “evitar la propagación del mal” o “enfrentar la emergencia”?
3. ¿Cuáles son esas facultades? ¿Implican restricciones o limitaciones a los DDFF?
4. Finalmente, ¿El MINSAL ha aprovechado el difuso ámbito competencial que le otorga la Alerta Sanitaria y ejercido atribuciones propias de los Jefes de Defensa Nacional?

A continuación, revisaremos los artículos más relevantes para aproximarnos a estas preguntas.

Dentro de las atribuciones del Presidente de la República, están las generales (art. 24 CPR, inc. 1° y 2°) y las especiales (art. 32 CPR). Una primera aproximación a estos problemas es tratar de encasillar las “facultades extraordinarias” del artículo 36 del DFL 725 dentro de las atribuciones generales que tiene el Presidente:

“ARTÍCULO 24. El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado.

Su autoridad se extiende a todo cuanto tiene por objeto la **conservación del orden público** en el interior y la seguridad externa de la República, **de acuerdo con la Constitución y las leyes.**”

Si bien plausible comprender las facultades extraordinarias derivadas de la Alerta Sanitaria y que otorga o delega el Presidente dentro del ámbito amplio que es la conservación del orden público en el interior del estado (art. 24), esta remisión general no parece satisfactoria. En este sentido, conviene tomar en cuenta que la declaración de Alerta Sanitaria se ejerce mediante Decreto Supremo, es decir, correspondería a una facultad especial del Presidente, la potestad reglamentaria de ejecución, del artículo 32 N°6 de la Constitución:

“6°. Ejercer la potestad reglamentaria en todas aquellas materias que **no sean propias del dominio legal**, sin perjuicio de la facultad de dictar los demás reglamentos, decretos e instrucciones que crea convenientes para la ejecución de las leyes;”.

Adicionalmente, hay que considerar el carácter de los Ministros de Estado en la Constitución (art. 33) y en la Ley Orgánica de Bases Generales de la Administración del Estado (art. 20), respectivamente:

“ARTÍCULO 33. Los Ministros de Estado son los colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República en el gobierno y administración del Estado.

La ley determinará el número y organización de los Ministerios, como también el orden de precedencia de los Ministros titulares.

El Presidente de la República podrá encomendar a uno o más Ministros la coordinación de la labor que corresponde a los Secretarios de Estado y las relaciones del Gobierno con el Congreso Nacional.”

“Artículo 20.- Los Ministros de Estado, en su calidad de colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República, tendrán la responsabilidad de la conducción de sus respectivos Ministerios, en conformidad con las políticas e instrucciones que aquél imparta.

El Presidente de la República podrá encomendar a uno o más Ministros la coordinación de la labor que corresponde a los Secretarios de Estado y las relaciones del Gobierno con el Congreso Nacional.”

Las mencionadas disposiciones deben ser concordadas, a su vez, con las funciones que le corresponden al MINSAL en casos de emergencia, determinadas por el artículo 9° del reglamento orgánico de esta cartera (Decreto N°136/04):

“Artículo 9°.- El Ministerio de Salud deberá efectuar la vigilancia en salud pública y evaluar la situación de salud de la población. En el ejercicio de esta función deberá estudiar, analizar y mantener actualizada la información sobre la materia, sus determinantes y tendencias; mantener un adecuado sistema de vigilancia epidemiológica y control de enfermedades transmisibles y no transmisibles, investigar los brotes de enfermedades y coordinar la aplicación de medidas de control.

Además, en casos de amenaza de alguna epidemia o de aumento notable de alguna enfermedad o de emergencias que impliquen grave riesgo para la salud o la vida de los habitantes, podrá adoptar medidas, disponer alertas y declarar emergencias sanitarias para su enfrentamiento, pudiendo, de acuerdo con las normas del Código Sanitario, dictarse un decreto supremo bajo la fórmula “Por orden del Presidente de la República”, destinado a dar facultades extraordinarias a las autoridades sanitarias señaladas en el artículo 5° de ese código o a los jefes superiores de los Servicios de Salud para evitar la propagación del mal y enfrentar la emergencia.

Asimismo, le corresponderá efectuar los estudios y tomar las previsiones para el enfrentamiento de condiciones emergentes que afecten la salud del conjunto de la población o de ciertos grupos de personas, llevar a cabo si correspondiere las campañas sanitarias que se requieran para controlar riesgos y elaborar todos los planes y programas que aparezcan necesarios de estos datos.”²⁵

²⁵ Otras menciones al control de epidemias en el DFL N°1/2004 del MINSAL son los artículos 19 y 42:

De la lectura de las normas precitadas, no existe una habilitación y facultad expresa en la Constitución para determinar las facultades extraordinarias a las que hace referencia el art. 36 del Código Sanitario, sin perjuicio de que podemos entender que no estamos ante una delegación en los términos propios del art. 41 de la LOCBGAE, sino más bien en un ámbito propio de los actos de gobierno y la preservación general del orden público por parte del Ejecutivo y sus colaboradores, los ministros.

La figura que más se asemeja a la delegación de facultades en contextos de excepción es aquella contenida en el dictamen N°23.978 de la Contraloría General de la República, a propósito de la delegación de la ministra Paula Narváez Ojeda en el contexto de la erupción del volcán Chaitén como “delegada

“Artículo 19.- Corresponde al Ministerio de Salud establecer, mediante resolución, protocolos de atención, consistentes en instrucciones sobre manejo operativo de problemas de salud determinados, los que tendrán carácter referencial. Solamente podrá dársele carácter obligatorio para el sector público y privado a un protocolo, en caso de que exista una causa sanitaria de grave riesgo para la salud o la vida de los habitantes que lo amerite, tales como emergencias sanitarias, amenaza u ocurrencia de una epidemia o aumento notable de una enfermedad, lo que deberá constar en la resolución que lo ordene.

“Artículo 42.- A la dependencia encargada de la función de salud pública y planificación sanitaria le corresponderá, entre otras, asesorar al Secretario Regional en las materias relacionadas con el análisis de la situación de salud de la región, que incluye la fijación de prioridades regionales y la identificación de grupos de riesgo; el diseño del plan regional de desarrollo en salud; el diseño y ejecución de intervenciones poblacionales de tipo promocional y preventivo, conforme a las instrucciones emanadas desde el Ministerio; el control de brotes, epidemias y otras emergencias sanitarias y la evaluación del impacto de los planes y programas en la salud de la población. Para ello desarrollará, entre otras, las actividades de vigilancia en salud pública; estudio, análisis y manejo de antecedentes técnicos de la situación de salud de la región, sus determinantes y tendencias; ejecución de acciones de salud pública e implementación, mantención y administración de los sistemas de información establecidos por el Ministerio. Las dependencias encargadas de las actividades señaladas en el inciso anterior estarán a cargo de la aplicación de los programas pertinentes enmarcados en las políticas y normas ministeriales, con los énfasis y prioridades que la realidad local haga necesarios, estableciendo la coordinación intra y extra sectorial que sea precisa para la eficacia de la función.”

presidencial”, hallando conforme a derecho dicha delegación contenida en el Decreto N°608/2008. Aunque este dictamen no aplica directamente al caso de la Alerta Sanitaria, en virtud del artículo 3° letra a) de la ley 16.282, el Presidente puede designar autoridades y determinar sus facultades mediante decreto supremo, mecanismo que es posible de extrapolar al contexto de COVID-19 en Chile, dado que se han aplicado concurrentemente los estatutos del Estado Constitucional de Catástrofe, la ley 16.282 y la Alerta Sanitaria propiamente tal. A pesar de este caso excepcional, consideramos que no es admisible recurrir a figuras infraconstitucionales, como es la ley 16.282, para subvertir las competencias que establece expresamente la Constitución y sus respectivas leyes orgánicas.

3. PRINCIPALES DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS POR PARTE DE LA AUTORIDAD SANITARIA A PROPÓSITO LA PANDEMIA DE COVID-19 EN CHILE Y ALCANCES EN TORNO A SU PROCEDENCIA

En el caso de la alerta sanitaria y el grueso de las medidas adoptadas para enfrentar el COVID-19 en Chile, las medidas adoptadas por vía reglamentaria²⁶, al amparo de la legislación de excepción y emergencia sanitaria, conllevan efectos intensos en el derecho fundamental a la vida y protección de la integridad física y psíquica (art. 19 N°1 CPR), además del derecho de protección a la salud (art. 19 N°9 CPR)²⁷.

A continuación revisaremos los principales derechos fundamentales afectados por las medidas decretadas por la autoridad sanitaria y si dichas medidas tienen un sustento legal en el Código Sanitario:

3.1. INVIOLABILIDAD DEL HOGAR (19 N°5)

²⁶ Respecto de la inconstitucionalidad de establecer vía reglamento restricciones a los DDFF, ver Sentencia del Tribunal Constitucional 185 C° 12.

²⁷ “El derecho a la protección de la salud no es una materia que pueda ser regulada indistintamente por la ley y por normas administrativas. (...) siguiendo el estándar que fijó la sentencia Rol N° 1710, si bien no estamos frente a un caso de reserva absoluta, pues sólo las materias básicas relativas al régimen previsional y de seguridad social (artículo 63 N° 4°) pertenecen al dominio legal del derecho a la protección de la salud, **el Estado no puede renunciar a que se fijen en la normativa legal la forma y condiciones en que la ley determine el deber preferente del Estado para garantizar la ejecución de las acciones de salud**” (Sentencia del Tribunal Constitucional 1710 c. 149) (En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional 1572 cc. 43, 44 y 46, Sentencia del Tribunal Constitucional 1589 cc. 40, 41 y 43, Sentencia del Tribunal Constitucional 1629 cc. 40, 41 y 43, Sentencia del Tribunal Constitucional 1636 cc. 40, 41 y 43, Sentencia del Tribunal Constitucional 1745 cc. 42,43 y 45, Sentencia del Tribunal Constitucional 1765 cc. 40, 41 y 43, Sentencia del Tribunal Constitucional 1766 cc. 40, 41 y 43, Sentencia del Tribunal Constitucional 1769 cc. 40, 41 y 43, Sentencia del Tribunal Constitucional 1784 cc. 42, 43 y 45, Sentencia del Tribunal Constitucional 1785 cc. 40, 41 y 43, Sentencia del Tribunal Constitucional 1806 cc. 42, 43 y 45, Sentencia del Tribunal Constitucional 1807 cc. 40, 41 y 43, Sentencia del Tribunal Constitucional 3227 cc. 27 a 29).

Mediante la Resolución Exenta N°777 del MINSAL, promulgada el 16 de septiembre de 2020, se implementaron una serie de medidas para enfrentar sanitariamente las Fiestas Patrias y permitir, en cierta medida, que las personas celebren a nivel familiar. La Resolución Exenta establece cordones sanitarios en torno a las comunas de la Región Metropolitana, Concepción, Valparaíso y las zonas de Temuco y Padre Las Casas en La Araucanía. Sin embargo, en los puntos N°5 y 6 del Decreto en cuestión, el MINSAL dispuso lo siguiente:

“5. Prohíbese la realización o participación en fondas, fiestas y, en general, cualquier evento o actividades sociales y recreativas en todo el país, independiente del Paso en que se encuentre la comuna, en conformidad con el Capítulo II de la resolución exenta N° 591, de 2020, del Ministerio de Salud.

Por evento se entenderá toda convocatoria no habitual, ya sea pública o privada, en lugar y horario determinado, que produce concentración de personas.

(...)

6. Sin perjuicio de lo dispuesto en el numeral precedente, se permitirán eventos o actividades sociales y recreativas en residencias particulares que se encuentren localizadas en comunas en Paso 2, 3 y 4, cuyo aforo máximo será de 5 personas adicionales a los residentes habituales. Asimismo, se permitirán eventos o actividades sociales y recreativas en lugares abiertos de libre acceso al público que se encuentren ubicados en comunas en Paso 2, 3 y 4, cuyo aforo máximo será de 10 personas.”

La difusión de estas restricciones fue acompañada de declaraciones por parte de la SEREMI de Salud Metropolitana, la ingeniera comercial Paula Labra: **“considerando que estamos en Estado de Catástrofe, tenemos toda la potestad para ingresar (a los domicilios), en estos casos junto con policías sin ningún documento necesario. No es necesario una orden judicial”** (La Tercera, 2020), o las del Ministro del Interior, Víctor Pérez: “En los temas de pandemia la autoridad de salud no tiene restricciones” (La Tercera, 2020). Estas declaraciones por parte de la Autoridad Sanitaria dieron origen a una legítima

confusión respecto a la procedencia y fiscalización de estas medidas en la población (e incluso en algunos académicos²⁸).

En la Resolución Exenta N°777 del MINSAL se invoca como fundamento a estas disposiciones invasivas la declaración de Estado de Catástrofe, además de la declaración de la Alerta Sanitaria y sus “facultades extraordinarias”. Sin embargo, como ya ha señalado Contraloría en diversos dictámenes²⁹, solo el Presidente de la República, mediante los Jefes de la Defensa Nacional, están autorizados constitucionalmente a establecer medidas restrictivas exclusivamente respecto de los derechos fundamentales de reunión y locomoción en virtud del Estado Constitucional de Catástrofe.

La facultad de modular o restringir los derechos de reunión y locomoción no está radicada en el Ministerio de Salud, sino más bien en los Jefes de Defensa Nacional, de conformidad al artículo 41, inciso 3° de la Constitución y el artículo 6° de la LOCEEX. Estas restricciones tampoco se extienden al derecho fundamental de inviolabilidad del hogar del 19 N°5.

Las hipótesis de allanamiento forzoso a lugares cerrados que invocó la Autoridad Sanitaria para hacer efectiva la Resolución Exenta N°777 sí están contempladas en nuestro ordenamiento jurídico, aunque fueron, a nuestro juicio, deliberadamente confundidas para infundir miedo en la población respecto a un eventual ingreso forzoso a sus domicilios para fiscalizar. En resumen, son dos los casos donde procede el ingreso a lugares cerrados:

1. En el artículo 155 y siguientes del Código Sanitario, se permite el allanamiento de un lugar cerrado por parte de funcionarios del MINSAL

²⁸ “(Matías) Guiloff señala que ‘el hogar sólo puede allanarse en los casos y formas determinadas por la ley y aquí es precisamente la ley, específicamente el Código Sanitario el que sirve de base para autorizar la fiscalización’, por lo tanto afirma que es legal”. Fuente: <https://www.fastcheck.cl/2020/09/16/fiestas-patrias-fiscalizadores-pueden-ingresar-a-los-hogares-para-comprobar-el-cumplimiento-de-medidas-sanitarias-real/>

²⁹ Dictámenes N°6.785/20, 8.935/20, N°8.998/20 y N°9.080/20.

para efectos de fiscalizar el cumplimiento de medidas sanitarias, aunque dicha facultad tiene una serie de requisitos de procedencia. Se debe notificar al dueño del inmueble (art. 157 del Código Sanitario), además de ser necesario un decreto previo de allanamiento, debidamente fundamentado, por parte del Director General de Salud (homologable hoy al SEREMI respectivo), para finalmente poder ingresar “con el auxilio de la fuerza pública de ser necesario”.

2. El otro caso de ingreso forzoso a un domicilio en circunstancias que eventualmente coinciden con la intención de la autoridad sanitaria (es decir, sin mediar autorización judicial) es el de ingreso por parte de Carabineros en casos de flagrancia, o en casos de haber “signos evidentes” o llamadas de auxilio desde dentro de un domicilio (art. 206 CPP). En estos casos el tipo penal sería el del artículo 318 del Código Penal.

Con todo, este episodio puso de manifiesto la fácil manipulación mediática por parte de la autoridad de la yuxtaposición y poca claridad jurídica de las normas que gobiernan su actuar en episodios de pandemia. La textura abierta del lenguaje con el que se formulan los derechos fundamentales permitiría incluso plantear que, en virtud de la restricción del Derecho de Reunión, se puede dar una interpretación extensiva de dicha facultad que invada otros DDFF, como en este caso resultó ser el de inviolabilidad del hogar. Sin embargo, es una máxima del Derecho Público que las facultades ablatorias de derechos fundamentales han de estar expresamente contempladas en la ley, además de ser interpretadas de forma restrictiva y no extensiva, de conformidad a los artículos 6° y 7° de la Constitución.

3.2. LIBERTAD DE CONCIENCIA Y CULTO (19 N°6)

“Art. 19: La Constitución asegura a todas las personas:

6°. La libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que **no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.**

Las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias **bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas.**

Las iglesias, las confesiones e instituciones religiosas de cualquier culto tendrán los derechos que otorgan y reconocen, con respecto a los bienes, **las leyes actualmente en vigor.** Los templos y sus dependencias, destinados exclusivamente al servicio de un culto, estarán exentos de toda clase de contribuciones”.

Es importante recordar que la formulación del derecho citado tiene un reconocimiento explícito a que encuentra su límite en las leyes y ordenanzas vigentes, las condiciones de seguridad e higiene, el orden público, etc. Estamos, entonces, en un caso de reserva legal relativa respecto al ejercicio del derecho, que admite una sustanciación mediante regulaciones administrativas o infralegales.

Durante la pandemia de COVID-19 en Chile se han dictado diversas resoluciones exentas por parte del MISAL, que inicialmente identificaban específicamente a las iglesias y cultos religiosos como objeto de regulación a propósito del aforo máximo de personas permitido en dichas instancias. Sin

embargo, desde la resolución exenta N°591³⁰ del MINSAL es que se emplea la terminología “oficios, ritos, seminarios y ceremonias”, actividades que están absolutamente prohibidas en caso de estar una comuna en el paso 1 (cuarentena). A continuación, reproduciremos el artículo 44 bis de la Resolución Exenta N°591:

“44 bis. Se autoriza la realización de oficios, ritos, seminarios y ceremonias en las localidades que se encuentren en Paso 2, 3, 4 o 5, sujeto a las siguientes reglas:

a. Los oficios, ritos, seminarios o ceremonias no podrán exceder las dos horas de duración.

b. El aforo máximo de los espacios donde se efectúe el oficio, rito, seminarios o ceremonia, ya sean cerrados o abiertos, no podrá exceder de una persona por cada 4 metros cuadrados útiles.

c. Deberá darse estricto cumplimiento a las demás medidas sanitarias, según el paso en que se encuentre la localidad donde se emplaza el espacio en que se celebra el oficio, rito, seminario o ceremonia. En ningún caso podrá celebrarse un oficio, rito, seminario o ceremonia en localidades que se encuentren en cuarentena, o en Paso 2 durante los fines de semana y feriados. Sin perjuicio de lo anterior, los funerales se regirán por sus normas especiales.

³⁰ Modificada por las resoluciones exentas N°881 y 869 del MINSAL.

d. Los asistentes deberán permanecer en una ubicación fija la mayoría del tiempo de duración de la actividad.

e. No se permite el consumo de alimentos ni bebidas.

f. Sin perjuicio de lo dispuesto en el literal b, los aforos máximos de los lugares donde se realicen los oficios, ritos, seminarios y ceremonias, según el Paso que se trate, en conformidad al Capítulo II de la presente resolución, serán los siguientes:

i. Paso 2 - Transición: 10 personas en un lugar cerrado y 20 personas en un lugar abierto, exceptuándose los fines de semana y festivos, en los que no está permitido la realización de oficios, ritos, seminarios o ceremonias.

ii. Paso 3 - Preparación: 50 personas en un lugar cerrado y 100 personas en un lugar abierto.

iii. Paso 4 - Apertura Inicial: 100 personas en un lugar cerrado y 200 personas en un lugar abierto.

iv. Paso 5 - Apertura Avanzada: 200 personas en un lugar cerrado y 400 personas en un lugar abierto.”

En definitiva, toda comuna que esté en fase 1 (Cuarentena) o los fines de semana en casos de fase 2 (transición) no se pueden realizar ritos o ceremonias religiosas de manera absoluta.

Consideramos que la regulación es de difícil fiscalización, toda vez que comprobar efectivamente el aforo por metro cuadrado, según el artículo 44 bis letra b.

Previo a la resolución exenta N°591 del MINSAL, que en muchos aspectos vino a regular de manera más ordenada las restricciones y afectaciones a DDF a propósito de la pandemia de COVID-19, existió controversia en torno a la clausura y prohibición de funcionamiento de centros religiosos. Esto se tradujo en recursos de protección en contra de resoluciones que prohibían el ejercicio del derecho de libertad religiosa y de culto, especialmente en el sur del país, donde los cultos evangélicos son predominantes.

Un caso interesante es el recurso de protección rol N°9692-2020 de la Corte de Apelaciones de Concepción. Recurre un concejal de la comuna de Chiguayante, en contra del SEREMI del Bío-Bío. Dicha autoridad, mediante la Resolución Exenta N°1094 del 23 de marzo de 2020, “prohíbe celebrar actividades deportivas, culturales y religiosas” (es decir, se prohibió el ejercicio del derecho absolutamente)³¹.

El 5 de mayo de 2020 se dicta la resolución exenta N°1509 del mismo SEREMI que alzó la prohibición absoluta de una serie de actividades que implican el aforo de personas, específicamente, las religiosas. A juicio del recurrente, la revocación por parte del SEREMI del acto administrativo que es la resolución exenta N°1094 sin que medie una fundamentación adecuada de hecho y de derecho, exigencia propia de todo acto administrativo, configuró un

³¹ Se decretaron prohibiciones similares en otras regiones, por ejemplo, en el caso de la RE 726 de la SEREMI del Maule, del 24 de marzo de 2020.

actuar arbitrario. El recurrente argumenta que, considerando los antecedentes epidemiológicos de la región del Bío-Bío, además de los focos de contagio detectados en los numerosos cultos religiosos a esa fecha, el levantamiento de la prohibición de funcionamiento de estos centros era una amenaza real al derecho a la vida e integridad física y psíquica de la población:

“La conducta de la recurrida amenaza directamente a la vida y la integridad de la población al encontrarse demostrado que la celebración de actividades religiosas es un foco de contagio latente y de gran magnitud. Pudiendo surgir un brote como sucedió en la iglesia de Boca Sur, en el que no solo se vieron afectadas las personas que participaron en la celebración del culto, sino que personas que no asistieron, pero con las cuales se relacionaron ya sea por compartir la misma casa o el mismo espacio laboral.

61. Lo anterior cobra especial importancia al tratarse de Chiguayante la comuna en la cual vivo y de la cual soy edil. En Chiguayante existen alrededor de 42 iglesias solo evangélicas, en cuanto a la fe católica esta cuenta con 1 parroquia y 10 comunidades. A eso sumado el hecho que nuestra población tiene un gran número de adultos mayores, asistentes más frecuentes a aquellas celebraciones muchas veces en busca de compañía y guía espiritual.”

Finalmente, el recurso fue rechazado por considerar la Corte que la acción carecía de objeto, pues se revocó el acto impugnado (la RE N°1509), mediante la RE N°1529, que en línea con la RE N°215 del MINSAL, estableció la prohibición de eventos que impliquen aforo en espacios cerrados de más de 50

personas, mas sin establecer que se prohibían o se restringían eventos religiosos en específico.

A lo largo de las argumentaciones de las partes involucradas en el recurso se puso de manifiesto la problemática de si los SEREMI tienen las facultades para restringir los derechos de desplazamiento y reunión en virtud del Estado Constitucional de Catástrofe, tesis que sostuvo la parte recurrida. Otro punto a considerar es que en este recurso en particular se pretende mantener una restricción a DDFF (libertad de culto) en favor de otros (derecho a la vida e integridad física y psíquica), entendiendo que la liberalización de las restricciones implicaría una amenaza susceptible de ser atacada mediante una acción de protección.

La forma de entender la acción de protección por la parte recurrente no deja de ser interesante dentro del contexto de pandemia: se impugnaría la omisión por parte de la autoridad de mantener restricciones a un derecho fundamental. Tal omisión configura una amenaza inconstitucional, pero que a ojos de las Cortes y la autoridad sanitaria constituyen una pretensión de influir en políticas públicas mediante el recurso de protección.

El punto anterior, adicionalmente, nos lleva a cuestionar la interpretación restrictiva que dan los tribunales al artículo 45 de la CPR, al declarar a priori inadmisibles una serie de recursos de protección que apuntan a la idea de “omisión inconstitucional” al no decretarse medidas de protección a la salud de

la población en las etapas iniciales de la pandemia³². En efecto, el artículo 45 de la CPR establece una prohibición de los tribunales para efectuar la revisión de los fundamentos de hecho y derecho que dan origen a la declaración del estado de catástrofe constitucional, pero ello no obsta a la revisión de las medidas particulares que afecten derechos fundamentales en el contexto de excepción constitucional.

La RE N°1094 ya mencionada también fue objeto de un recurso de protección (Rol N°7800-2020 de la Corte de Apelaciones de Concepción) en sentido contrario al caso analizado, es decir, se pretendió la ilegalidad y arbitrariedad de la RE por clausurar los templos e impedir el legítimo ejercicio del derecho de libertad de culto y conciencia. Sin embargo, también en dicho caso el recurso se estimó inadmisibile, aunque la argumentación tanto de la Corte de Apelaciones como de la Corte Suprema fue, a nuestro juicio, pobre, limitándose

³² Así por lo demás se ha fallado consistentemente por distintas Cortes de Apelaciones del país, como la de Santiago (roles 26.891-2020; 26.913-2020; 26.820-2020; 26.859-2020; 29.011-2020; 26.915-2020; 28345-2020; 32.720-2020; 36.714-2020; 23.315-2020; 24.468-2020; 32.933-2020; 32.936-2020; 33.080-2020; 33.112-2020; 33.118-2020; 33.180-2020; 33.258-2020; 34042-2020; 34793-2020; y 39580-2020); Arica (rol 338-2020, 379-2020); Antofagasta (rol 1353-2020; 1645-2020); Copiapó (rol 139-2020; 97-2020); Corte de Apelaciones de Valparaíso (rol 8989-2020; 8843-2020; 9683-2020; 11590-2020; 12039-2020; 12160-2020 y 12605-2020); Corte de Apelaciones de Rancagua (rol 3345-2020); Corte de Apelaciones de Talca (rol 910-2020; 926-2020 y 995-2020); Corte de Apelaciones de Chillán (rol 480-2020 y 517-2020); Corte de Apelaciones de Concepción (rol 6556-2020; 6524-2020; 6694-2020; 6673-2020); Corte de Apelaciones de Temuco (rol 2230-2020; 2281-2020; 2387-2020; 2362-2020; 2550-2020; 3001-2020); Corte de Apelaciones de Valdivia (rol 797-2020; 858-2020; 977-2020); Corte de Apelaciones de Puerto Montt (rol 473-2020; 493-2020; 498-2020; 550-2020; (Corte de Apelaciones de Coyhaique (rol 130-2020 y 140-2020).

a establecer que se exceden los propósitos de la acción deducida y que se pretende influir en políticas públicas en un contexto de excepción constitucional.

3.3. LIBERTAD AMBULATORIA³³ Y DERECHO DE REUNIÓN (ART. 19 N°7 Y 13 CPR)

Las políticas públicas adoptadas por la autoridad sanitaria que implican ablaciones a la libertad ambulatoria y derecho de reunión son, en términos generales, las siguientes³⁴:

1. **Cordones Sanitarios**: prohibiciones de desplazamiento entre zonas determinadas, controlándose los permisos correspondientes, ya sea a nivel comunal o interregional.
2. **Aduanas Sanitarias**: controles territoriales en base a los cuales la exigencia para su paso es la presentación de un “pasaporte sanitario”, el cual es una declaración jurada emitida de manera digital que funciona en base a un nivel de

³³ Respecto del derecho fundamental a la libertad ambulatoria, señala el TC: “Tratándose de una libertad constitucional, resulta normal que deba ser desarrollada y concretados sus contenidos mediante regulación legal, la cual puede establecer condiciones o requisitos para su ejercicio, debiendo respetar en todo caso el contenido esencial de esta libertad.” (Sentencia del Tribunal Constitucional 2402 c. 9).

³⁴ El Anexo II de este trabajo contiene un compendio temático de resoluciones exentas limitativas de la libertad ambulatoria y derecho de reunión. Para efectos de esta sección, nos remitiremos fundamentalmente a la Resolución Exenta N°591 del 23 de julio de 2020 del MINSAL. Dicha Resolución Exenta (“Plan Paso a Paso”), con sus respectivas modificaciones, vendría a constituir la norma infralegal más “completa” en cuanto medidas sanitarias se refiere.

riesgo asociado a las actividades declaradas por quien lo solicita (bajo, medio, alto).

3. **Cuarentenas por comuna en base a “fases”**: cada fase está descrita en el Capítulo II de la Resolución Exenta N°591, siendo cinco:

Paso 1: Cuarentena.

Paso 2: Transición.

Paso 3: Preparación.

Paso 4: Apertura Inicial.

Paso 5: Apertura avanzada.

4. **Toques de queda en determinados horarios y prohibición de reuniones sociales y recreativas**: Según los numerales 4 y 36 de la Resolución Exenta N°591 del MINSAL.

“4. Prohíbese a los habitantes de la República salir a la vía pública, como medida de aislamiento, entre las 23:00 y 05:00 horas, salvo aquellas personas que cuenten con salvoconductos individuales o permisos que lo autoricen en virtud del Instructivo para permisos de desplazamiento del que trata el Oficio Ordinario N°23.853, del 31 de agosto de 2020, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, o aquel que lo reemplace. Esta medida será ejecutada de acuerdo a las instrucciones que impartan al efecto los Jefes de la Defensa Nacional de las distintas regiones.

Déjase constancia que la medida de este numeral comenzó a regir desde las 22:00 horas del día 22 de marzo de 2020 y será aplicada por un plazo **indefinido**, hasta que las condiciones epidemiológicas permitan su suspensión.

Asimismo, se prohíbe la realización o participación en eventos y actividades sociales y recreativas en el horario señalado en el párrafo primero de este numeral, en los mismos términos que establece el numeral 36.”

“36. Prohíbese la realización o participación en eventos y actividades sociales y recreativas. Por evento se entenderá toda convocatoria no habitual,

ya sea pública o privada, en lugar y horario determinado, que produce concentración de personas.

Sin perjuicio de lo dispuesto precedentemente, para las actividades deportivas se estará a lo dispuesto en el numeral 40 de esta resolución y a lo establecido en el Capítulo II de la misma, en conformidad al paso en que se encuentre la localidad que corresponda.”

5. **Aislamientos³⁵ o cuarentenas a poblaciones determinadas**: numerales 6 a 17 de la RE N°591.
6. **Prohibición de residir en viviendas distintas al domicilio habitual**: numeral 44 de la RE N°591.

A continuación, reproduciremos algunos de los artículos del Código Sanitario que podrían resultar aplicables u homologables como fundamento legal a dicha política sanitaria:

“Artículo 22°.- Será responsabilidad de la autoridad sanitaria al **aislamiento** de toda persona que padezca una enfermedad de declaración obligatoria, la cual de preferencia y especialmente en caso de **amenaza de epidemia o insuficiencia del aislamiento en domicilio, deberá ser internada en un establecimiento hospitalario u otro local especial para este fin.**”

“Art. 26. Toda persona que hubiere estado en contacto con paciente de enfermedad transmisible, podrá ser sometida por la autoridad sanitaria a

³⁵ (Código Sanitario) “Artículo 27°.- El Servicio Nacional de Salud determinará el período mínimo de aislamiento a que deben someterse los enfermos contagiosos, así como las restricciones a que se sujetarán las personas que sean portadoras de agentes patógenos o las que pudieren encontrarse en el período de incubación de enfermedades transmisibles.” La definición legal de “aislamiento” está en el artículo 55 del Código Sanitario: “medida consistente en separar una persona o grupo de personas de las demás, con excepción del personal sanitario en servicio, a fin de evitar la propagación de una infección”.

observación, **aislamiento y demás medidas preventivas que fueren necesarias para evitar la propagación de la enfermedad.**

La habitación o local contaminado será, en caso necesario, sometido por la autoridad sanitaria a cualquier procedimiento que permita proteger la salud de sus ocupantes.”

Al igual que en los demás casos de DDFF afectados o derechamente suprimidos por la autoridad sanitaria, nos encontramos con que las restricciones a las facultades de reunión y locomoción, formuladas en términos generales y con un carácter “preventivo”, no tienen un sustento legal claro. Tal y como vimos en la sección de afectación a la inviolabilidad del hogar, la única autoridad facultada constitucional y legalmente para restringir los derechos en comento son los Jefes de Defensa Nacional, en virtud del Estado Constitucional de Catástrofe y no el MINSAL en razón de la Alerta Sanitaria y sus “facultades extraordinarias”.

Si bien existe una remisión débil al punto referido en el párrafo anterior en el numeral 4 de la RE N°591, en cuanto a que la medida de toque de queda “será ejecutada de acuerdo a las instrucciones que impartan al efecto los Jefes de la Defensa Nacional de las distintas regiones.”, creemos que esta alusión no es suficiente. En primer lugar, porque subvierte la estructura competencial fijada por la Constitución y la LOCEEX para la restricción de DDFF en caso de Estado de Catástrofe, dando a entender que los Jefes de Defensa Nacional serían meros “ejecutores”, encargados de la implementación de los toques de queda instaurados por el MINSAL. Dicha confusión se evidencia además porque el antecedente normativo inmediato de la medida de toque de queda a nivel nacional está contenida en una Resolución Exenta emitida por el MINSAL, organismo que no está habilitado expresamente para restringir los DDFF de reunión y desplazamiento en los términos referidos, incluso si se revisa exhaustivamente el Código Sanitario.

El Código Sanitario sí contempla artículos que permiten decretar aislamientos a una persona o grupo de personas³⁶, aunque dichas facultades están limitadas a casos en los cuales exista un contagio efectivo, periodo de incubación o contacto estrecho con los anteriores. Sin embargo, reiteramos que dichas disposiciones no permiten decretar aislamientos generalizados a priori a grupos importantes de la población o derechamente a todo el territorio nacional. Nuevamente, nos encontramos con una aplicación liberal por parte de la autoridad sanitaria del término “facultades extraordinarias”, que ofrece el art. 36 referente a la Alerta Sanitaria, con efectos ablatorios en los DDFP y con un débil sustento jurídico.

3.4. EDUCACIÓN Y LIBERTAD DE ENSEÑANZA (ART. 19 N°10 y 11)

RE N°591: “42. Dispóngase la suspensión presencial de las clases en todos los jardines infantiles y establecimientos educacionales del país, pudiendo continuar la prestación del servicio educacional de manera remota, conforme a los criterios que establezca el Ministerio de Educación, hasta que las condiciones sanitarias permitan el levantamiento de esta medida.

Sin perjuicio de lo dispuesto precedentemente, la Secretaría Regional Ministerial de Educación respectiva podrá levantar individualmente esta medida por establecimientos, niveles o cursos. Para ello, el Ministerio de Salud informará previamente la factibilidad sanitaria de esta medida y entregará al Ministerio de Educación la normativa, instrucciones y protocolos emitidos por el Ministerio de Salud con el objeto de asegurar las condiciones sanitarias de los establecimientos. Asimismo, la Secretaría Regional Ministerial de Salud correspondiente supervisará el cumplimiento de dicha normativa.”

En este sentido, no existe una prohibición propiamente tal al derecho a la educación y libertad de enseñanza, dado que la disposición previamente

³⁶ Arts. 22, 26, 27 y 55 del Código Sanitario.

reproducida se modula en razón de las autorizaciones individuales que puede expedir el Ministerio de Educación mediante sus SEREMI respectivas, en virtud de los numerales 69 bis y 70 k) del RE N°591. Sin embargo, la única disposición asimilable a esta facultad del MINSAL es la del artículo 25 del Código Sanitario, que más bien implica un mandato de prohibición de asistencia a clases a alumnos que, a juicio de la autoridad sanitaria, presenten peligro de contagio de una enfermedad transmisible.

Si bien no estamos ante un caso de una vulneración propiamente tal al principio de reserva legal y ejercicio de facultades indeterminadas por parte del MINSAL en el ejercicio de estos DDF, nuevamente nos encontramos con que el Código Sanitario no contempla escenarios propios de enfermedades infecto-contagiosas a gran escala como lo es el COVID-19 y sus implicancias a nivel educacional.

3.5. DESARROLLAR CUALQUIER ACTIVIDAD ECONÓMICA (19 N°21):

“ARTÍCULO 19. La Constitución asegura a todas las personas:

21°. El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, **respetando las normas legales que la regulen.**

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

Los numerales 37, 38 y 39 de la Resolución Exenta N°591 del 2020 del MINSAL establecen:

“37. Dispóngase el **cierre de cines, teatros, y lugares análogos.** Déjase constancia que esta medida se encuentra vigente desde el día 15 de mayo de

2020 y tendrá el carácter de **indefinida**, hasta que las condiciones epidemiológicas permitan su suspensión.

38. **Dispóngase el cierre de gimnasios abiertos al público.** Déjase constancia que esta medida se encuentra vigente desde el día 15 de mayo de 2020 y tendrá el carácter de **indefinida**, hasta que las condiciones epidemiológicas permitan su suspensión.

39. **Dispóngase el cierre de pubs, discotecas, cabarés, clubes nocturnos y lugares análogos.** Déjase constancia que esta medida se encuentra vigente desde el día 15 de mayo de 2020 y tendrá el carácter de **indefinida**, hasta que las condiciones epidemiológicas permitan su suspensión”.

Es importante recordar en este caso que el derecho fundamental consagrado en el art. 19 N°21 de la Constitución tiene un mandato de reserva legal: “El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a **la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.**”³⁷ Por tanto, revisaremos si existe una habilitación legal³⁸ que faculte al MINSAL a prohibir indefinidamente todas las

³⁷ “La expresión ‘regular’ no puede jamás interpretarse en el sentido de que se impida el libre ejercicio del derecho. Si bien al regular se pueden establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de un derecho, éstas claramente, de acuerdo al texto de la Constitución, deben ordenarse por ley y no mediante normas de carácter administrativo. No podríamos entender en otro sentido la expresión ‘las normas legales que la regulen’, pues ello significaría violentar no sólo las claras normas del art. 19, N° 21, sino que, también, sería aceptar que el administrador puede regular el ejercicio de los derechos constitucionales sin estar autorizado por la Constitución. Regular una actividad es someterla al imperio de una reglamentación que indique cómo puede realizarse; pero en caso alguno, bajo pretexto de ‘regular’ un accionar privado se puede llegar hasta obstaculizar o impedir la ejecución de actos lícitos amparados por el derecho consagrado en el art. 19, N° 21”. (Sentencia del Tribunal Constitucional 146 c. 9) (En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional 167 cc. 12 y 14, Sentencia del Tribunal Constitucional 226 c. 43).

³⁸ Existe una reserva legal específica al ejercicio de este derecho. Al respecto, ver Sentencia del Tribunal Constitucional 146 cc. 11 y 13, Sentencia del Tribunal Constitucional 480 cc. 9 a 12, Sentencia del Tribunal Constitucional 2643 c. 13, Sentencia del Tribunal Constitucional 2644 c. 13.

actividades económicas señaladas con anterioridad, dentro de las normas del Código Sanitario:

“Art. 15. Las Municipalidades de la República no podrán otorgar patentes ni permisos definitivos para el funcionamiento de locales o para el ejercicio de determinadas actividades que requieran de autorización del Servicio Nacional de Salud, sin que previamente se les acredite haberse dado cumplimiento a tal requisito.

Las patentes o permisos concedidos por las Municipalidades con omisión del requisito establecido en el inciso precedente serán nulas y las Municipalidades que las hayan otorgado deberán proceder a cancelarlas. Sin perjuicio de lo anterior, el Servicio Nacional de Salud procederá sin más trámite a ordenar la paralización de la obra, clausura del establecimiento o la prohibición del ejercicio de la actividad o comercio, según corresponda.”

“Artículo 24°.- El Servicio Nacional de Salud podrá **inspeccionar y visitar todos los establecimientos e instituciones públicas o particulares que alberguen a grupos de personas**, pudiendo adoptar las medidas necesarias para protegerlas de las enfermedades transmisibles, y ordenar, incluso, la **clausura** del establecimiento, si fuere necesaria.”

“Artículo 174°.- (inciso 3°) Las infracciones antes señaladas podrán ser sancionadas, además, con la clausura de establecimientos, recintos, edificios, casas, locales o lugares de trabajo donde se cometiere la infracción; con la cancelación de la autorización de funcionamiento o de los permisos concedidos; con la paralización de obras o faenas; con la suspensión de la distribución y uso de los productos de que se trate, y con el retiro, decomiso, destrucción o desnaturalización de los mismos, cuando proceda.”

“Art. 178. (169). La autoridad podrá también, como medida sanitaria, **ordenar en casos justificados la clausura, prohibición de funcionamiento de casas, locales o establecimientos, paralización de faenas, decomiso, destrucción y desnaturalización de productos.**

Estas medidas podrán ser impuestas por el ministro de fe, con el solo mérito del acta levantada, cuando exista un riesgo inminente para la salud, de lo que deberá dar cuenta inmediata a su jefe directo. Copia del acta deberá ser entregada al interesado.”

En ninguno de los artículos precitados se establece una facultad general para prohibir el ejercicio de determinadas actividades económicas. El artículo 15 se refiere a aquellos casos en los cuales exista un conflicto entre los requisitos autorizaciones que se puedan emitir a nivel municipal versus la autorización final sanitaria del MINSAL, que podrá clausurar por sí mismo un establecimiento que no cumpla con dichas normas. En el caso del art. 24, estamos ante una facultad que implica la visita e inspección particular del recinto público o privado, “que alberguen a grupos de personas”. Más allá de los alcances jurídicos y significado del vocablo “albergar”, lo más relevante es la estructura del artículo, que indica que previo a efectuar (“si fuere necesaria”) la clausura de un establecimiento, se debe visitar e inspeccionar el mismo.

En los casos de los artículos 174 y 178 del Código Sanitario es necesario comprender que se ubican en el Título III, “De las sanciones y medidas sanitarias” de dicho cuerpo normativo. Las facultades de clausura y prohibición de funcionamiento contenidas en dichos artículos siguen una lógica sancionatoria, vale decir, implican un acto administrativo fundado y particular que verifique la infracción al Código mismo, sus reglamentos o resoluciones de la autoridad de salud. Nuevamente, no estamos ante una habilitación general dirigida a la autoridad administrativa para que prohíba a priori determinadas actividades económicas en todo el territorio nacional y de manera potencialmente “indefinida”.

En virtud de lo expuesto, es necesario concluir que no existen artículos o normas expresas a nivel legal que justifiquen la atribución que actualmente ejerce el MINSAL en cuanto prohibir o restringir severamente el ejercicio de determinadas actividades económicas. En los Decretos de Alerta Sanitaria y

Resoluciones Exentas de dicho órgano se hace una alusión genérica a los estatutos de excepción objeto de análisis de este trabajo: la Alerta Sanitaria, el Estado de Excepción Constitucional y, en menor medida, la ley 16.282. Sin embargo, este cúmulo de estatutos no contienen una habilitación legal expresa que justifique las atribuciones prohibitivas a nivel nacional que ejerce el MINSAL. El Código Sanitario, como ya vimos, contiene algunas facultades que derivan en la clausura o prohibición de ciertos establecimientos privados, pero la redacción y lógica de dichas disposiciones indica que estas herramientas de control se ejercen más bien a nivel particular, previa inspección o determinación de una infracción, mas no a nivel general y preventivo, como se ha realizado hasta ahora.

4. HACIA UNA TIPOLOGÍA DE LOS PODERES DE EMERGENCIA PARA ENFRENTAR PANDEMIAS EN CHILE

Pasquino y Ferejohn (2004) plantean un marco de análisis en base a preguntas básicas pero esenciales respecto de los “emergency powers”, a nivel constitucional o legal, que creemos relevante para poder pensar respecto de los mecanismos de control y estructura de las leyes de excepción y emergencia objeto de este trabajo, considerando además su aplicación simultánea en respuesta a la pandemia de COVID-19:

- 1) ¿Quién declara la emergencia?
- 2) ¿Cómo y quién ejerce los poderes de emergencia?
- 3) ¿Cuál es el criterio conservador, es decir, cuándo y cómo se entiende reestablecida la normalidad?
- 4) ¿Cuáles son los controles a los que se someten las medidas de emergencia?

Respecto del punto (1), resulta claro que, en nuestro sistema, la excepcionalidad y el resorte a los mecanismos de excepción y emergencia analizados radican absolutamente en el criterio y decisión del Presidente de la República, mediante DS emitidos por sus Ministros.

El punto (2) suscita diversas respuestas, contradictorias inclusive, puesto que las autoridades encargadas de gestionar y ejercer los poderes excepcionales o facultades extraordinarias se encuentran fragmentados entre el propio Presidente, el Ministerio de Salud, el Ministerio del Interior y Defensa, los Jefes de Defensa Nacional, la ONEMI³⁹, etc.

³⁹ Mediante oficio N°1286 el Director Nacional de la ONEMI, Ricardo Toro, responde a nuestra Solicitud de Acceso a Información Pública Folio N° AB004T-0000553: “¿Cuál ha sido el rol de la ONEMI en la Pandemia de COVID-19? ¿Cuántos y cuáles actos administrativos específicos ha generado la ONEMI en relación al COVID-19? ¿Cuántos COE se han creado desde marzo de 2020 hasta hoy? ¿Cuántos COE están activos hoy a nivel nacional?”. En términos generales, la ONEMI se ha enfocado fundamentalmente en la adquisición de insumos sanitarios y su distribución. Se han convocado 1.160 COE

El criterio conservador del punto (3) también es complejo de analizar, puesto que las hipótesis de término de los regímenes de emergencia analizados se configuran en base a conceptos jurídicos amplios (“el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado”) o excesivamente técnicos y de difícil determinación en cuanto finalización de las causas de la catástrofe (v.gr. el art. 41 de la CPR⁴⁰ o la evaluación global de las condiciones epidemiológicas). Adicionalmente, el control político del Congreso respecto de la duración del Estado de Excepción de Catástrofe es, a nuestro juicio, débil y es absolutamente nulo en el caso de la Alerta Sanitaria, que bien puede ser prorrogable infinitamente.

El control de los “emergency powers” (4) es deficiente en nuestra legislación, toda vez que en nuestra doctrina y jurisprudencia existe una deferencia importante hacia el Ejecutivo en estas materias, ya sea basados en el artículo 45 de la Constitución o en la doctrina de los Actos de Gobierno (ZÚÑIGA, 2008). Si bien Contraloría ejerce un grado de control sobre los actos de la administración durante la catástrofe derivada del COVID-19, es lícito preguntarnos hasta qué punto ese control es suficiente⁴¹ y además de necesariamente invadir el espacio del control de mérito⁴², sobre todo

o Mesas Técnicas Regionales a la fecha de respuesta de la solicitud. Cabe preguntarse cuál es el nivel de incidencia real de dichas adquisiciones y e instancias de coordinación.

⁴⁰ “El Congreso Nacional podrá dejar sin efecto la declaración transcurridos ciento ochenta días desde ésta si las razones que la motivaron hubieran cesado en forma **absoluta.**”

⁴¹ La CGR ha emitido numerosos dictámenes recordando a las autoridades el necesario respeto al 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 (dictámenes N°6.785/20, 8.935/20, N°8.998/20 y N°9.080/20).

⁴² A pesar de la creciente relevancia mediática y de confianza ciudadana en la Contraloría como institución, es importante recordar que su función es el control de legalidad y juridicidad de los actos de la Administración, por lo que encuentra su límite en el control de mérito, cuestión que no es del todo clara en el contexto de pandemia en Chile. A modo de ejemplo, en el marco del plan “Fondéate en tu Casa” elaborado por el MINSAL para fiestas patrias, la SEREMI de Salud Metropolitana Paula Labra, entre otras

considerando que la mayoría de los actos administrativos que hemos analizado que presentan aspectos problemáticos ya sea a nivel de juridicidad o DDFF son resoluciones exentas. Pasquino y Ferejohn señalan en su trabajo ejemplos de legislación comparada (Gran Bretaña, Francia), en donde existen chequeos periódicos al ejercicio de los “emergency powers”, ya sea mediante el Congreso, comisiones ad hoc o derechamente a través de los Tribunales de Justicia.

En el caso de la revisión judicial vía recurso de protección en tiempos de COVID-19, hemos evidenciado en algunos fallos un problema de interpretación de las normas constitucionales que creemos importante plantear, que dice relación con el ya mencionado art. 45 de la CPR:

“ARTÍCULO 45. 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.**”

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

autoridades, insistieron en una suerte de facultad preventiva y genérica, en virtud del Estado de Catástrofe, para ingresar a los domicilios de los ciudadanos para fiscalizar el cumplimiento de las medidas sanitarias y aforo máximo de reuniones. La respuesta del ente contralor fue que, al tratarse de meras declaraciones y al no haberse materializado aún las violaciones flagrantes a las facultades establecidas, la denuncia cae dentro del ámbito del control de mérito. A nuestro juicio, es un criterio distinto al que ha manifestado la CGR en otros dictámenes citados, en los cuales sí se ha pronunciado, como cuando los Alcaldes insistían en atribuciones que no tenían y eran inconstitucionales, tales como “cuarentenas comunales” o el cierre de centros comerciales (Oficio N°E36627/2020).

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 el contexto de la pandemia provocada por el virus COVID-19, los tribunales superiores de justicia se han inhibido sustancialmente del deber de cautelar las garantías fundamentales de los ciudadanos mediante la acción de protección, al confundir las dos hipótesis de control ya enunciadas y no distinguir entre las medidas adoptadas en virtud del Estado Constitucional de Catástrofe y las facultades extraordinarias que puede adoptar el Ministerio de Salud por la declaración de Alerta Sanitaria del art. 36 del DFL 725⁴³. Esta ausencia de control judicial de la potestad discrecional del MINSAL⁴⁴ derivado de la aplicación concurrente y confusión entre los efectos de la Alerta Sanitaria y el Estado de Excepción de Catástrofe afecta la legitimidad de la intervención extraordinaria 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

⁴³ Ver SCS Rol 42350-20, 42770-20 y 39506-20, 33265-2020, 33422-2020, 33420-2020 y 42.350-2020.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol 198.

contexto de pandemia al considerar que se encuadraría en un control de mérito u oportunidad propio de la declaración de estado de catástrofe constitucional.

CONCLUSIONES

El propósito del presente trabajo es exponer de manera general las tres de las principales disposiciones territoriales de excepción que rigen a propósito del virus COVID-19 en Chile. Más allá de la legislación ad hoc que surge en respuesta inmediata a la catástrofe en sí, consideramos que las disposiciones de emergencia y de excepción, ya sea a nivel constitucional o legal, carecen del nivel completitud normativa suficientes como para hacer frente a epidemias o pandemias del día de mañana.

En Capítulo I de este trabajo, expusimos en términos generales los antecedentes históricos y formulación normativa del Estado Constitucional de Catástrofe en Chile, a lo largo de sus distintas constituciones. Queda en evidencia que nuestro país ha conocido el uso y abuso de la excepción constitucional para la restricción de Derechos Fundamentales de la población, durante periodos de inestabilidad institucional y social. Estos excesos por parte del Poder Ejecutivo han sido facilitados por múltiples factores, pero estimamos que uno de los más importantes es la deficiente concepción normativa de cuándo, cómo y bajo qué supuestos y límites procede el empleo de la excepción constitucional en las diversas cartas fundamentales.

En el Capítulo II de esta tesis, exploramos la ley 16.282, repasando los motivos de su dictación bajo el amparo de la Constitución de 1925 y los artículos que configuran esta norma. Se trata de una legislación infra constitucional de emergencia, orientada a dar solución a los efectos negativos materiales y humanos derivados de una catástrofe, orientada fundamentalmente a facilitar la actuación de los organismos administrativos del Estado y del Ejecutivo para enfrentar la destrucción. En este sentido, creemos que es patente la necesidad de actualizar esta norma, adecuarla a los parámetros de constitucionalidad propios de nuestra Constitución vigente, sobre todo considerando que se avecina un debate y probable Proceso Constituyente en los próximos años, que hará necesario revisar completamente esta ley.

En los Capítulos III y IV, nos hemos fijado en los defectos que manifiesta el art. 36 del Código Sanitario, que establece el mecanismo de Alerta Sanitaria, en virtud de su vaguedad, vulneración al principio de reserva legal y carencia de controles efectivos en cuanto al ejercicio de las “facultades extraordinarias” que esta norma fija en casos de epidemias. La génesis histórica general que vimos en este caso, indica que la Alerta Sanitaria funciona con una lógica obsoleta, que radica competencias potencialmente omnímodas en aras de la salud pública, en base a un modelo de distribución de competencias excesivamente presidencialista y carente de mecanismos de control y accountability, más allá de las clásicas (responsabilidad civil, penal, administrativa y potencialmente política, mediante la excepcionalísima acusación constitucional). Estimamos que la Alerta Sanitaria, e incluso del Código Sanitario en su totalidad, deben ser actualizados completamente, para adecuarla a criterios mínimos de seguridad jurídica, proporcionalidad, reserva legal y mecanismos de control periódicos y efectivos, tal y como han hecho otras legislaciones en respuesta al COVID-19 (Francia, Gran Bretaña y Alemania).

No es el propósito de este trabajo demonizar las necesarias restricciones y modulaciones a los DDFF en casos extremos como es una pandemia. Sin embargo, creemos que las normas fundamentales que regulan el ejercicio del poder y conducción del mismo durante la pandemia de COVID-19 son caducas, desorganizadas, carecen de comunicabilidad entre las mismas normas e instituciones intervinientes y funcionan en base a paradigmas fácticos inadecuados a la realidad y magnitud de la crisis. Estamos enfrentando una pandemia de características inéditas en nuestra historia democrática, con instrumentos jurídicos poco eficientes, con una estructura de competencias poco clara y con ámbitos de poder otorgados a la autoridad potencialmente ilimitados. La mayoría de las democracias occidentales desarrolladas cuentan con estatutos legales específicos para enfrentar enfermedades infectocontagiosas de escala global, pero Chile está enfrentando esta pandemia con un Código

Sanitario que no ha cambiado en casi cuatro décadas, mediante estatutos de excepción constitucional basados en la militarización de la vida pública y control social, cuya efectividad es dudosa si se trata de combatir un virus.

En este sentido, nuestra propuesta es concreta: es necesario y urgente crear una ley y/o mecanismo constitucional específico para enfrentar estas crisis a futuro. Estos instrumentos deberán superar las claras deficiencias de las normas expuestas en este trabajo, es decir, el caos y yuxtaposición competencial y normativo, la opacidad de los límites del poder en la excepción, con especial énfasis en la protección de DDFF, y la inclusión de sistemas de control intersubjetivo e interinstitucional que potencien el accountability de las autoridades sanitarias y el Ejecutivo. Sin este cambio, el pueblo chileno seguirá sufriendo las consecuencias de la conducción errática, ineficiente y oscura de las autoridades de turno.

A modo de conclusión, creemos que la necesidad de revisar y aumentar el escrutinio a las autoridades en el ejercicio y potencial abuso de la excepcionalidad jurídica es un deber que trasciende las consideraciones netamente jurídico-constitucionales, sino que reviste una importancia trascendental para la sociedad chilena. Las violaciones a los Derechos Humanos bajo el Estado de Emergencia de 2019 son un antecedente reciente y aún no resuelto, que nos deben hacer mirar con especial celo toda cuota de poder que se otorgue a la autoridad, incluso en aras de intereses superiores y loables, como lo son la salud y orden públicos. La inmediatez y urgencia que gobiernan la dinámica político institucional en un contexto de catástrofe no deben hacernos perder de vista que es el pueblo el que debe controlar al gobierno y poderosos, y no al revés.

BIBLIOGRAFÍA

1. Agamben, G. (2004). Estado de excepción, Homo Sacer, II, I. Buenos Aires, Adriana Hidalgo. Atehortúa Cruz, Adolfo León, 12-24.
2. Alan Greene. (2020) State of emergency: how different countries are invoking extra powers to stop the coronavirus. Recuperado el 3 de julio de 2020, desde <https://theconversation.com/state-of-emergency-how-different-countries-are-invoking-extra-powers-to-stop-the-coronavirus-134495>
3. Amnistía Internacional. (2020). Ojos Sobre Chile. <https://www.amnesty.org/es/documents/amr22/3133/2020/es/>
4. Andrews, J. P. (2020). Seremi por fiscalizaciones para el 18: Considerando el estado de catástrofe, tenemos la potestad de ingresar a los domicilios con policías y sin orden judicial. La Tercera. <https://www.latercera.com/nacional/noticia/seremi-por-fiscalizaciones-para-el-18-considerando-el-estado-de-catastrofe-tenemos-la-potestad-de-ingresar-a-los-domicilios-con-policias-y-sin-orden-judicial/FC4QKYOQRNCPTMI72MSAQIHVRE/>
5. Basoalto, H. (2020, septiembre 16). Ministro Pérez por fiscalizaciones en domicilios durante Fiestas Patrias: “En los temas de pandemia la autoridad de salud no tiene restricciones”. La Tercera. <https://www.latercera.com/politica/noticia/ministro-perez-por-fiscalizaciones-en-domicilios-durante-fiestas-patrias-en-los-temas-de-pandemia-la-autoridad-de-salud-no-tiene-restricciones/PKYYG3P3I5DODKZ4GLFBUEYHN4/>
6. Bauzá, R. P. (2000). El principio de juridicidad. Revista de Derecho Público, (62), págs-156.
7. Bermúdez Soto, J. (2011). Derecho administrativo general. Disponible en <http://bibliografias.uchile.cl/2491>
8. Bronfman Vargas, Alan. (2019). EL EJERCICIO DE LA POTESTAD LEGISLATIVA DELEGADA AL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA ENTRE LOS

- AÑOS 1833 Y 2014. Revista chilena de derecho, 46(1), 55-78.
<https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372019000100055>
9. Cazor, K. (2013). PROBLEMAS TEÓRICOS EN TORNO A LAS POTESTADES NORMATIVAS Y LA NECESARIA REDEFINICIÓN DE LA RESERVA LEGAL EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL CHILENO. *Ius et Praxis*, 19(1), 35–76.
<https://doi.org/10.4067/S0718-00122013000100003>
 10. Claro, E., García, J. F., y Kansinger, P. (2012). Coordinación entre Fuerzas Policiales y FF.AA. para Ejecutar Misiones de No Guerra: Alcances, Marco Legal y Desafíos para el Sector Defensa. *Serie informe sociedad y política - Libertad y Desarrollo*, 128, 1–48.
 11. CNN Chile. (2020) Ministro Mañalich habla de comenzar “nueva normalidad” en zonas sin COVID-19: “Es el momento”. Recuperado el 4 de julio de 2020, desde https://www.cnnchile.com/pais/manalich-nueva-normalidad-zonas-sin-covid-19_20200525/
 12. CNN Chile. (2020). Paula Labra dice que fiscalizadores tienen facultades para ingresar a los hogares durante el 18. Recuperado el 29 de septiembre de 2020, desde https://www.cnnchile.com/coronavirus/facultades-fiscalizadores-ingreso-casa-18_20200914/
 13. Cofre, Leonardo: Chile and COVID-19: A Constitutional Authoritarian Temptation, *VerfBlog*, 2020/5/19, <https://verfassungsblog.de/chile-and-covid-19-a-constitutional-authoritarian-temptation/>, DOI: <https://doi.org/10.17176/20200519-133659-0>.
 14. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2019). CIDH condena el uso excesivo de la fuerza en el contexto de las protestas sociales en Chile, expresa su grave preocupación por el elevado número de denuncias y rechaza toda forma de violencia. <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/317.asp>
 15. Cordero Quinzacara, E. (2009). El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria. *Revista de derecho (Valparaíso)*, 32, 409–440.
<https://doi.org/10.4067/S0718-68512009000100012>

16. Cordero Vega, L. (2015). Videovigilancia e intervenció administrativa: las cuestiones de legitimidad. *Revista de Derecho Pú blico*, (70), Págs. 359-376. doi:10.5354/0719-5249.2015.37768
17. CORONAVIRUS - www.contraloria.cl. (s. f.). Recuperado 11 de julio de 2020, de <https://www.contraloria.cl/web/cgr/covid19>
18. Corvalán, J. G. (2019). Derechos fundamentales, principios jurídicos y discrecionalidad del poder pú blico. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, (22), 5-26.
19. Defensoría Jurídica de la Universidad de Chile. (2020). INFORME DE LA DEFENSORÍA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN CHILE EN EL CONTEXTO DE LAS MOVILIZACIONES SOCIALES DE 2019. 18 DE OCTUBRE AL 30 DE NOVIEMBRE DE 2019. http://derecho.uchile.cl/dam/jcr:0fd27056-952a-4e25-a37d-d2a6ecc2c13f/Informe_Defensoria_Juridica_UChile.pdf
20. Dicker, R. C., Coronado, F., Koo, D., y Parrish, R. G. (2006). Principles of epidemiology in public health practice; an introduction to applied epidemiology and biostatistics.
21. Engel, E., Gómez, C., Gómez, C., Pardow, D., y Simonetti, P. (2020). Informe sobre la evolución de la epidemia de covid-19 en Chile. En Evolución del contagio y fallecidos por COVID-19: Chile y el resto del mundo - 22 de septiembre de 2020. <https://www.espaciopublico.cl/download/21490/>
22. ENTEICHE ROSALES, N. (2014). LA EXCEPCIONAL AUTOTUTELA EJECUTIVA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS EN CHILE. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 21(2), 137–182. <https://doi.org/10.4067/S0718-97532014000200005>
23. Ferejohn, J., y Pasquino, P. (2004). The law of the exception: A typology of emergency powers. *International Journal of Constitutional Law*, 2(2), 210-239.

24. Freitas, J., y Vichinkeski Teixeira, A. (2013). Omisión inconstitucional: una ampliación conceptual en el ámbito de las políticas públicas. *Estudios constitucionales*, 11(1), 143-166.
25. García Camino, B., & Rascado Pérez, J. (2014). La excepción en el Derecho. FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época, 16(1), 83–109. https://doi.org/10.5209/rev_FORO.2013.v16.n1.42549
26. García, G., y Contreras, P. (2014). Diccionario Constitucional Chileno. En Cuadernos del Tribunal Constitucional.
27. González, C. (2020). Fiestas Patrias: Fiscalizadores pueden ingresar a los hogares para comprobar el cumplimiento de medidas sanitarias: #Real — Fast Check CL. FastCheck.cl. <https://www.fastcheck.cl/2020/09/16/fiestas-patrias-fiscalizadores-pueden-ingresar-a-los-hogares-para-comprobar-el-cumplimiento-de-medidas-sanitarias-real/>
28. Grogan, J. (2020). States of Emergency. Recuperado el 3 de julio 2020, desde <https://verfassungsblog.de/states-of-emergency/>
29. Gross, O. (1999). The Normless and Exceptionless Exception: Carl Schmitt's Theory of Emergency Powers and the Norm-Exception Dichotomy. *Cardozo L. Rev.*, 21, 1825.
30. Hogarth, R., Haddon, C., Nice, A., & Marshall, J. (2020). Coronavirus Act 2020. Recuperado el 8 de julio de 2020, desde <https://www.instituteforgovernment.org.uk/explainers/coronavirus-act>
31. Human Rights Watch. (2019). Chile: Llamado urgente a una reforma policial tras las protestas Uso excesivo de la fuerza contra manifestantes y transeúntes; graves abusos en detención. In Nueva York. Human Rights Watch. <https://www.hrw.org/es/news/2019/11/26/chile-llamado-urgente-una-reforma-policial-tras-las-protestas>
32. INDH. (2020). Consejo del INDH cuestiona que las nuevas Reglas del Uso de la Fuerza no tengan rango de ley y en varios aspectos se vulnere el principio de legalidad - INDH. <https://www.indh.cl/consejo-del-indh-cuestiona-que-las->

nuevas-reglas-del-uso-de-la-fuerza-no-tengan-rango-de-ley-y-en-varios-
aspectos-se-vulnere-el-principio-de-legalidad/

Instituto Nacional de Derechos Humanos (2019). Informe Anual Sobre la Situación de los Derechos Humanos en Chile en el Contexto de Crisis Social 17 octubre - 30 noviembre 2019.

33. Instituto Nacional de Derechos Humanos. (2020). Informe Sobre las Nuevas Reglas de Uso de la Fuerza para las Fuerzas Armadas en Estados de Excepción Constitucional. <http://bibliotecadigital.indh.cl/xmlui/handle/123456789/1712>
34. Irizarry, W. V. (2013). Exception and Necessity: The Possibility of a General Theory of Emergency. En línea. URL: http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/VazquezIrizarry_Eng_CV.pdf
35. Jacqueline Howard y Zamira Rahim, CNN. (2020) Endemic virus: Coronavirus may 'never go away,' says WHO official - CNN. Recuperado el 8 de julio de 2020, desde <https://edition.cnn.com/2020/05/14/health/coronavirus-endemic-who-mike-ryan-intl/index.html>
36. Jiménez Larrain, F. (2010). El régimen jurídico del estado de catástrofe. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (18).
37. Jiménez Larraín, F. (2015). La noción de orden público en la Constitución política. *Revista de Derecho Público*, (63), Págs. 103-114. doi:10.5354/0719-5249.2015.35997
38. Juica Hidalgo, V. y Madrid Ruiz, C. (2010). Catástrofes naturales, estado de excepción constitucional y otras medidas de excepción. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/107069>
39. Kamps. (2020) Cronología – Covid Reference. Recuperado el 3 de julio de 2020 desde https://covidreference.com/timeline_es
40. López Campillay, M. (2018). Código Sanitario 1918-2018: Centenario de un hito – Historia + Salud. Recuperado el 30 de junio de 2020, desde <http://historiasalud.cl/codigo-sanitario-1918-2018-centenario-de-un-hito/>

41. López, M. R. M. (2005). Transformación de la función administrativa: evolución de la administración pública (Vol. 37). Pontificia Universidad Javeriana.
42. López, Marcelo y Beltrán, Miriam. (2013). Chile entre pandemias: la influenza de 1918, globalización y la nueva medicina. *Revista chilena de infectología*, 30(2), 206-215. <https://dx.doi.org/10.4067/S0716-10182013000200012>
43. Maldonado, I. A. (2016). Sanciones y restricciones administrativas en un entorno de leyes compendiosas. *Revista Derecho Público Iberoamericano*, (9), 13-37.
44. Naciones Unidas. (2019). Informe de la Oficina de Derechos Humanos de la ONU sobre la crisis en Chile describe múltiples violaciones de derechos humanos de Carabineros y hace un llamado a reformas. <https://www.ohchr.org/SP/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=25423&LangID=S>
45. Navarro, F., y Tromben, C. (2019). "Estamos en guerra contra un enemigo poderoso, implacable": los discursos de Sebastián Piñera y la revuelta popular en Chile. *Literatura y lingüística*, (40), 295-324.
46. Nebehay, S. (2020). WHO says it no longer uses "pandemi" category, but virus still emergency. Reuters. <https://www.reuters.com/article/uk-china-health-who-idUKKCN20I0PD>
47. Osorio Vargas, C. (2011). Intervención del Estado en catástrofes: análisis de la Ley No. 16.282 para casos de sismos o catástrofes y otras materias vinculadas a los desastres. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/113262>
48. Pallavicini Magnère, J. (2012). El principio de juridicidad en tiempos de catástrofe. *Revista de Derecho Público*, (77), 185–199. <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2012.30923>
49. Paúl, Á. (2019). DERECHOS HUMANOS Y OBLIGACIÓN DE USAR LA FUERZA. A PROPÓSITO DE LA CRISIS DE ORDEN PÚBLICO DE 2019. *Revista chilena de derecho*, 46(3), 633–641. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372019000300633>

50. Peralta Aguilera, M. (2018). Hipótesis infraccional del artículo 5° inciso 2° de la ley N° 16.282 y la alteración del precio en el código penal chileno. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/168109>
51. Perelman, C. (2016). El uso y abuso de las nociones confusas. *Revista de Derecho Público*, (31/32), 11–23. <https://doi.org/10.5354/0719-5249.1982.43806>
52. Pfeffer Urquiaga, E. (2002). Estados de excepción constitucional y reforma constitucional. *Ius et Praxis*, 8(1), 223–250. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122002000100013>
53. PICA FLORES, R. (2013). ASPECTOS TEÓRICOS Y JURISPRUDENCIALES EN TORNO A LA RESERVA LEGAL DE REGULACIÓN Y LIMITACIÓN EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES. *Revista de derecho (Coquimbo)*, 20(1), 193–228. <https://doi.org/10.4067/S0718-97532013000100008>
54. Porta, M., Greenland, S., Hernán, M., Silva, I. y Last, J. (2014). *A dictionary of epidemiology*. Oxford: Oxford University Press.
55. Quintana Benavides, A. (2016). REGULACIÓN EN CASO DE CATÁSTROFES NATURALES: SOLIDARIDAD Y SUBSIDIARIEDAD EN ACCIÓN. PROPUESTAS DE CAMBIOS NORMATIVOS. *Gaceta Jurídica*, 438, 9–28.
56. Quintana, A. (2020). Reflexiones constitucionales para un nuevo Sistema de Salud, más allá del estallido social y el COVID-19 | *EstadoDiario*. Recuperado el 8 de julio de 2020, desde <https://estadodiario.com/al-aire/reflexiones-constitucionales-para-un-nuevo-sistema-de-salud-mas-alla-del-estallido-social-y-el-covid-19/>
57. Pino, G. G., Vásquez, P. C., & Placencia, V. M. (2016). *Diccionario constitucional chileno*. Hueders. Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la lengua española | Edición del Tricentenario | RAE - ASALE*. Real Academia Española. <https://dle.rae.es/>
58. Ribera Neumann, T. (2015). Reserva legal, potestad reglamentaria y Constitución de 1980: antecedentes inéditos de la Junta de Gobierno. *Revista de*

- Derecho Público, 1(63), 471–488. <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2001.36306>
59. Ríos Álvarez, L. (2015). Los derechos humanos y los estados de excepción. *Revista de Derecho Público*, (75), Págs. 287-304. doi:10.5354/0719-5249.2015.36644
60. Ríos Álvarez, Lautaro. (2002). Los estados de excepción constitucional en Chile. *Ius et Praxis*, 8(1), 251-282. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000100014>
61. Ross, A. G., Crowe, S. M., y Tyndall, M. W. (2015). Planning for the Next Global Pandemic. *International journal of infectious diseases: IJID: official publication of the International Society for Infectious Diseases*, 38, 89–94. <https://doi.org/10.1016/j.ijid.2015.07.016>
62. Stephanie Nebehay. (2020) WHO says it no longer uses 'pandemic' category, but virus still emergency - Reuters. Retrieved July 06, 2020, from <https://www.reuters.com/article/uk-china-health-who-idUKKCN20I0PD>
63. Tejos Canales, A. (2016). Estados de Excepción Constitucional. *Revista de Derecho Público*, (68), Págs. 130-148. doi:10.5354/0719-5249.2016.40299
64. Tórtora Aravena, H. (2010). LAS LIMITACIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. *Estudios Constitucionales*, 8(2), 167–200. <https://doi.org/10.4067/s0718-52002010000200007>
65. Tribunal Constitucional. (2020). Tribunal Constitucional de Chile Libros. Dirección de Estudios del Tribunal Constitucional. <http://e.tribunalconstitucional.cl/repertorio/>
66. Veloso, L. (2020). Paris por advertencia de OMS sobre dificultad para hallar cura: llama a la “alerta permanente” | Nacional | BioBioChile. Recuperado de <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2020/08/03/paris-advertencia-oms-dificultad-hallar-cura-llama-la-alerta-permanente.shtml>
67. World Economic Forum. (2019). Outbreak Readiness and Business Impact Protecting Lives and Livelihoods across the Global Economy. Enero, 1–22.

http://www3.weforum.org/docs/WEFHGHI_Outbreak_Readiness_Business_Impact.pdf
<https://www.weforum.org/whitepapers/outbreak-readiness-and-business-impact-protecting-lives-and-livelihoods-across-the-global-economy>

68. World Health Organization. (2008). Reglamento sanitario internacional (2005). Ginebra: Organización Mundial de la Salud.
69. Zhu, N., Zhang, D., Wang, W., Li, X., Yang, B., Song, J., ... y Niu, P. (2020). A novel coronavirus from patients with pneumonia in China, 2019. *New England Journal of Medicine*.
70. Zúñiga Urbina, F. (2008). Control judicial de los actos políticos. Recurso de protección ante las “cuestiones políticas”. *Ius et Praxis*, 14(2), 271–307. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122008000200008>
71. Zúñiga Urbina, F. (2014). El derecho de excepción y la responsabilidad del estado: falta de servicio y actos de gobierno. Comentario de la sentencia de casación rol No. 4029-2013 de la corte suprema, de 24 de diciembre de 2013. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/127044>
72. Zúñiga Urbina, F. (2016). Libertad y Autoridad en el Derecho Constitucional: El Derecho de Excepción. *Revista de Derecho Público*, (67), Págs. 170-190. doi:10.5354/0719-5249.2016.41336

ANEXO I: CUADRO COMPARATIVO ENTRE LAS NORMAS ANALIZADAS

Diferencias	Ley 16.282	Estado Constitucional de Catástrofe	Alerta Sanitaria
Fundamento	1. Producción de sismos o catástrofes que provoquen daños de consideración en las personas o en los bienes (artículo 1°).	1. Calamidad pública. 2. Afectación grave al normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado.	1. Cuando una parte del territorio se viere amenazada o invadida por una epidemia o por un aumento notable de alguna enfermedad, 2. Cuando se produjeran emergencias que signifiquen grave riesgo para la salud o la vida de los habitantes.
Finalidad	Persigue garantizar el goce y ejercicio de los derechos.	Busca la protección y el amparo del normal funcionamiento de las	Evitar la propagación del mal o enfrentar la emergencia.

	<p>En virtud de la declaración de zona de catástrofe se faculta a la autoridad para adoptar medidas de ayuda, colaboración o beneficios dirigidas a los damnificados.</p>	<p>instituciones del Estado. En su virtud se pueden decretar medidas restrictivas y suspensivas de derechos.</p>	
<p>Autoridad</p>	<p>El Ministerio del Interior es la autoridad encargada de la coordinación y planificación de las medidas de ayuda, colaboración o beneficios. Sin perjuicio de disponer</p>	<p>Las facultades conferidas al Presidente de la República podrán ser delegadas, total o parcialmente, en los Jefes de la Defensa Nacional que Su Excelencia designe; quienes asumirán, en su caso, la dirección y</p>	<p>Ministerio de Salud.</p>

	de la intervención de las Fuerzas Armadas.	supervigilancia de su jurisdicción con las atribuciones y deberes que la ley señale.	
Nivel de sujeción al Derecho	No se establece qué categoría de derechos pueden ser afectados. Existe mayor facultad en la autoridad, al momento de decretarse qué tipo de medida aplicar.	En virtud del artículo 43 inciso 3° de la Constitución Política de la República, el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión. Podrá, asimismo, disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias	No se identifica en el artículo 36 del Código Sanitario qué tipo de “facultades extraordinarias” puede ejercer el Ministerio de Salud y los organismos dependientes del mismo mediante la declaración de alerta sanitaria, así como tampoco qué derechos fundamentales pueden ser restringidos o suspendidos. Las facultades extraordinarias

		<p>para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada. A su vez, en la ley N° 18.415, Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción, se señalan las atribuciones que podrá ejercer la autoridad y las características de su intervención.</p>	<p>s se determinarán por el mismo Ministerio, mediante un Decreto Supremo, en el cual igualmente se pueden otorgar facultades extraordinarias a organismos dependientes del Ministerio de Salud. Incluso determinadas las facultades extraordinarias mediante decreto supremo, nada obsta a que el mismo Ministerio las modifique libremente, determine la duración o prórroga de la alerta sanitaria,</p>
--	--	---	--

			además de servir esta de fundamento para medidas excepcionales empleadas por otras autoridades sujetas a otros estatutos de excepción (v.gr. jefes de zona en el Estado Constitucionales de Catástrofe).
--	--	--	--

**ANEXO II: RECOPIACIÓN TEMÁTICA DE RESOLUCIONES
EXENTAS DE AISLAMIENTO/CUARENTENA DECRETADAS POR EL
MINSAL, ENTRE LOS MESES DE ABRIL Y JULIO DEL AÑO 2020
(ACTUALIZADO HASTA EL 12 DE JULIO DE 2020)**

Norma	Publicación	Url
Resolución 194 EXENTA	20-MAR- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1143624&idParte=0
Resolución 202 EXENTA	22-MAR- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1143651&idParte=0
Resolución 203 EXENTA	25-MAR- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1143703&idParte=0
Resolución 208 EXENTA	26-MAR- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1143754&idParte=0
Resolución 210 EXENTA	26-MAR- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1143802&idParte=0
Resolución 212 EXENTA	28-MAR- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1143850&idParte=0
Resolución 215 EXENTA	30-MAR- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1143865&idParte=0
Resolución 217 EXENTA	31-MAR- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1143910&idParte=0
Resolución 227 EXENTA	01-ABR- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1143996&idParte=0

Resolución 236 EXENTA	03-ABR- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1144055&idParte=0
Resolución 242 EXENTA	06-ABR- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1144093&idParte=0
Resolución 247 EXENTA	09-ABR- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1144194&idParte=0
Resolución 261 EXENTA	15-ABR- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1144268&idParte=0
Resolución 289 EXENTA	22-ABR- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1144530&idParte=0
Resolución 322 EXENTA	29-ABR- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1144710&idParte=0
Resolución 326 EXENTA	05-MAY- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1144869&idParte=0
Resolución 327 EXENTA	07-MAY- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1144961&idParte=0
Resolución 334 EXENTA	12-MAY- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1145104&idParte=0
Resolución 341 EXENTA	13-MAY- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1145132&idParte=0
Resolución 347 EXENTA	14-MAY- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1145190&idParte=0

Resolución 361 EXENTA	04-JUN- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1146209&idParte=0
Resolución 373 EXENTA	22-MAY- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1145590&idParte=0
Resolución 396 EXENTA	29-MAY- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1145850&idParte=0
Resolución 403 EXENTA	30-MAY- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1146018&idParte=0
Resolución 417 EXENTA	04-JUN- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1146207&idParte=0
Resolución 424 EXENTA	09-JUN- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1146345&idParte=0
Resolución 448 EXENTA	11-JUN- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1146465&idParte=0
Resolución 467 EXENTA	18-JUN- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1146804&idParte=0
Resolución 478 EXENTA	23-JUN- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1146905&idParte=0
Resolución 479 EXENTA	26-JUN- 2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1147006&idParte=0
Resolución 504 EXENTA	03-JUL-2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1147208&idParte=0

Resolución 520 EXENTA	10-JUL-2020	https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1147366&idParte=0
-----------------------------	-------------	---

ANEXO III: JURISPRUDENCIA CITADA

1. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°146-92.
2. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°167-93.
3. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°185-94.
4. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°198-94.
5. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°226-95.
6. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°239-96.
7. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°325-01.
8. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°370-03.
9. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°373-03.
10. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°388-03.
11. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°389-03.
12. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°465-06.

13. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°480-06.
14. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°521-06.
15. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°1572-09.
16. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°1589-10.
17. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°1629-10.
18. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°1636-10.
19. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°1710-10.
20. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°1745-10.
21. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N°1765-10.
22. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°1766-10.
23. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°1769-10.
24. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°1785-10.
25. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°1784-10.
26. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°1807-10.
27. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°1806-10.
28. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°2402-13.

29. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°2643-14.
30. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°2644-14.
31. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°2684-14.
32. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°2694-14.
33. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°2841-15.
34. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°2846-15.
35. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°2921-15.
36. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°3028-16.
37. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°3227-16.
38. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°8950-20.
39. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°9212-20.
40. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°9294-20.
41. Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N°9373-20.
42. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 26.891-20.
43. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 26.913-20.
44. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 26.820-20.
45. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 26.859-20.
46. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 29.011-20.
47. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 26.915-20.
48. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 28345-20.
49. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 32.720-20.
50. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 36.714-20.
51. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 23.315- 20.
52. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 24.468-20.
53. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 32.933-20.
54. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 32.936-20.
55. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 33.080-20.
56. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 33.112-20.
57. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 33.118-20.

58. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 33.180-20.
59. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 33.258-20.
60. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 34042-20.
61. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 34793-20.
62. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 39580-20.
63. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, Rol N° 338-20.
64. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Arica, Rol N° 379-20.
65. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 1353-20.
66. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol N° 1645-20.
67. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N° 139-20.
68. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol N° 97-20.
69. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N° 8989-20.
70. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N° 8843- 20.
71. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N° 9683-20.
72. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N° 11590-20.
73. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N° 12039-20.
74. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N° 12160-20.
75. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso Rol N° 12605-20.
76. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua Rol N° 3345-20.
77. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca Rol N° 910-20.
78. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca Rol N° 926-20.
79. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca Rol N° 995-20.
80. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán Rol N° 480-20.
81. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán Rol N° 517-20.
82. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción N° 6556-20.
83. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción N° 6524-20.
84. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción N° 6694-20.
85. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción N° 6673-20.
86. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco N° 2230-20.

87. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco N° 2281-20.
88. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco N° 2387-20.
89. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco N° 2362-20.
90. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco N° 2550-20.
91. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Temuco N° 3001-20.
92. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia N° 797- 20.
93. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia N° 858-20.
94. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia N° 977-20.
95. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt N° 473-20.
96. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt N° 493-20.
97. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt N° 498-20.
98. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt N° 550-20.
99. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique N° 130-20.
100. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Coyhaique N° 140-20.
101. Sentencia de la Corte Suprema, Rol N°4.029-13.
102. Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 33.265-20.
103. Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 33.420-20.
104. Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 33.422-20.
105. Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 39.506-20.
106. Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 42.350-20.
107. Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 42.350-20.
108. Sentencia de la Corte Suprema, Rol N° 42.770-20.
109. Dictamen de la Contraloría General de la República, N°8.286/86.
110. Dictamen de la Contraloría General de la República, N°25.544/99.
111. Dictamen de la Contraloría General de la República N°32.786/89.
112. Dictamen de la Contraloría General de la República N°42.822/08.
113. Dictamen de la Contraloría General de la República N° 23.978/08.
114. Dictamen de la Contraloría General de la República N°6.785/20.
115. Dictamen de la Contraloría General de la República N°8.935/20.

116. Dictamen de la Contraloría General de la República N°8.998/20.
117. Dictamen de la Contraloría General de la República N°9.080/20.
118. Oficio N°283-A/20 de la Contraloría General de la República.