

DOCTRINA

Catástrofe, nueva Constitución y *oversight* legislativo: Buscar el equilibrio

Catastrophe, new Constitution and legislative oversight: In search of a balance

Diego Almarza Lizama 

Abogado, Chile

RESUMEN El propósito de este artículo es reflexionar en torno a cuál debe ser el rol del Poder Legislativo en un contexto de excepción sanitaria, de cara a una nueva Constitución. Para estos efectos, revisaremos algunos de los supuestos fácticos y aproximaciones teóricas generales de diseño de normas constitucionales, que se enfrentan en este particular momento, así como los desafíos de lograr un adecuado equilibrio de las fuerzas y facultades entre el Poder Ejecutivo y Legislativo, para lo que servirá de insumo inmediato la regulación del estado de catástrofe planteado en la rechazada propuesta de nueva Constitución del 2022.

PALABRAS CLAVE Estado de catástrofe, diseño constitucional, covid-19.

ABSTRACT The purpose of this presentation is to reflect upon the following question: which should be the role of the Congress in the context of health-based constitutional emergencies, when facing a new constitution? For this purpose, we will review some of the factual assumptions and theoretical approaches which collide in this particular moment of constitutional design, as well as the challenges that come with achieving an equilibrium of the forces and faculties between the executive and the legislative, using the regulation of the state of catastrophe in the rejected proposal for the new Constitution of the year 2022 as an immediate input.

KEYWORDS State of catastrophe, constitutional design, covid-19.

Introducción

El propósito de este artículo es reflexionar en torno a cuál debe ser el rol del Poder Legislativo en contextos de excepción sanitaria, de cara a una nueva Constitución. Los elementos principales de la problemática son tres. En primer lugar, los fundamentos, dinámicas y formas de interacción entre Poder Ejecutivo y Legislativo. En segundo

lugar, la excepción constitucional como fenómeno jurídico (Klamberg, 2020: 101-143).¹ Y, por último, cómo actúa el Poder Legislativo —en sus dimensiones de supervisión y control— en contextos de excepción constitucional, pero, particularmente, en el caso de aquellas catástrofes asociadas a amenazas a la salud pública, como es la pandemia del covid-19.

Esta problemática no es fácil de abordar debido a que la excepcionalidad constitucional en respuesta a una emergencia que amenace la vida y salud de las personas, al menos intuitivamente, requiere de acciones rápidas, enérgicas y decisivas, ámbito que corresponde tradicionalmente al Poder Ejecutivo. La respuesta del constitucionalismo liberal es controlar los potenciales excesos del ejercicio de dicho poder mediante la separación de poderes, sistemas de pesos, contrapesos y mecanismos de prórroga que aseguren un cierto escrutinio sobre las medidas que se adopten. Sin embargo, esta combinación de factores, a saber, la necesidad de efectividad del ejecutivo en la respuesta a la emergencia y los controles legislativos y judiciales, conlleva a una verdadera paradoja constitucional. Controles demasiado estrictos sobre el Ejecutivo pueden mermar su capacidad de enfrentar la emergencia, mientras que una aproximación demasiado deferente puede exacerbar ciertos peligros asociados a la concentración de poder en el Ejecutivo (Petrov, 2020: 75).

En este sentido, es necesario evaluar la regulación constitucional del *oversight* o supervisión legislativa en el contexto de emergencia sanitaria del virus SARS-CoV-2, respecto de sus dimensiones y herramientas de control, para identificar falencias y, eventualmente, proponer mejoras con base en la labor de investigación realizada en esta ponencia.

El *oversight* o supervisión legislativa puede ser definida como el conjunto de actividades realizadas por el Poder Legislativo para controlar la acción de otro cuerpo político en tres etapas fundamentales: reforzando su *accountability* estatutaria o general; adoptando las medidas necesarias para hacer valer dicha responsabilidad, y restaurando intereses públicos infringidos por el accionar del Ejecutivo. A nivel de implementación, involucra la identificación de los objetivos específicos de la supervisión legislativa, recopilación y análisis de evidencia que permita al Legislativo evaluar la habilidad del Gobierno para cumplir su mandato y cerciorarse de los logros del Ejecutivo; expresar uno o más juicios sobre la efectividad de la acción gubernamental; definir iniciativas esperadas con posterior al análisis; y presionar al Gobierno, ya sea de forma directa o indirecta, para que reconozca los ajustes requeridos (Griglio, 2020: 8).

1. Es necesario aclarar que la legislación y doctrina han abordado la excepcionalidad sobre la base de una doble terminología, ya sea como *estado de excepción* o mediante la voz *state of emergency*. Sin perjuicio de que existen numerosos factores que inciden en el empleo de una u otra denominación, para efectos del desarrollo de este trabajo optaremos por la voz *estado de excepción*, en vez de *state of emergency*, por dos motivos: primero, porque *state of emergency* es empleado mayoritariamente en países de tradición anglosajona y, segundo, debido a que la noción de *estado de excepción* engloba al *estado de emergencia*, es más amplio y el último está asociado a las provisiones a nivel legislativo y específicas para lidiar con sucesos extraordinarios. Véase Klamberg (2020: 101-143).

Repensar la institucionalidad de excepción de catástrofe

La pandemia derivada del virus SARS-CoV-2 ha cobrado innumerables vidas, con una cifra cumulativa aproximada de 416.614.051 contagiados y 5.844.097 muertes a nivel global² y es comparable a otras grandes epidemias de la historia humana en cuanto a la cantidad de infectados y fallecidos, pero tiene características únicas en relación con sus efectos económicos (Nicola y otros, 2020: 185-193), socioeconómicos (Narayan y otros, 2020: 26-27), políticos y jurídicos. Adicionalmente, existe evidencia científica de que las pandemias aumentarán en frecuencia y pasará de un 38% acumulativo en la vida de una persona a casi el doble en las próximas décadas (Marani y otros, 2021: 3). Los estudios epidemiológicos que sugieren una mayor frecuencia y necesidad de preparación ante pandemias no se circunscriben netamente al virus SARS-CoV-2, sino que atribuyen esta mayor incidencia a otros grandes fenómenos globales, tales como las migraciones masivas, el consumo de animales y el calentamiento global (Ross, Crowe y Tyndall, 2015: 1).

En primer lugar, recurriremos al marco conceptual de Zuckerman (2006: 523) para delimitar los elementos que definen la excepcionalidad constitucional, en tanto constituye una amenaza fundamental y no anticipada al orden jurídico; y es temporal y urgente en un doble sentido, dado que requiere acciones rápidas para su combate y, además, es limitada en el tiempo. En consecuencia, la emergencia está compuesta de tres elementos: uno epistémico (dado su carácter no anticipado, repentino); uno temporal (la amenaza requiere de respuestas inmediatas); y un componente existencial (que la amenaza sea de tal envergadura que ponga en peligro la existencia, seguridad o integridad del ordenamiento jurídico).

La importancia de esta problemática radica también en que las características fácticas de la emergencia sanitaria, en sus dimensiones epistémicas, temporales y existenciales, difieren sustantivamente de las emergencias asociadas a amenazas a la seguridad nacional u orden público. La mayoría de la literatura del constitucionalismo concierne a la excepción —ya sea en sus manifestaciones extralegales, constitucionales, legislativas o administrativas— se ha basado en supuestos de guerras externas, desórdenes, revueltas internas o, más recientemente, en función del terrorismo (Zuckerman, 2006: 76).

Un atentado terrorista, un bombardeo enemigo, un tsunami o un terremoto tienen una manifestación destructiva directa, inmediata, radical, asible sensorialmente. Son eventos con un inicio, desarrollo y un fin más o menos comprensible, sin perjuicio de que sus consecuencias se manifiesten semanas o meses después de ocurridos. Estas características fácticas que se asocian a los supuestos de excepcionalidad de emergencia son distintas de lo que representó la pandemia de covid-19, en tanto esta emergencia de salud pública tenía elementos desconocidos (por ejemplo, cuáles son las formas de

2. World Health Organization, «WHO Coronavirus (covid-19) dashboard», disponible en <https://covid19.who.int/>.

contagio, su incidencia, intensidad, etcétera), lo que dificultaba determinar claramente qué medidas eran necesarias para frenar el contagio, qué derechos fundamentales o actividades económicas debían ser restringidos y por cuánto tiempo.³

En cuanto a la dimensión epistémica, los eventos a los cuales más se asocia la excepcionalidad constitucional, y que implican la necesidad de acciones rápidas y decisivas por parte del Ejecutivo, son aquellas que tienen efectos inmediatos y concretos en la vida de los ciudadanos. Tal como mencionamos, un atentado terrorista, un bombardeo enemigo, un tsunami o un terremoto son eventos con un inicio, desarrollo y un fin más o menos comprensible. En el ejemplo de un terremoto, la declaración de un estado de excepción e intervención de las Fuerzas Armadas tiene un propósito claro: evitar saqueos, desórdenes públicos, distribuir insumos esenciales a la población, apoyar en las labores de rescate, contención y reparación de los daños, teniendo como horizonte temporal el restablecimiento de la *normalidad*.

Una pandemia no manifiesta sus efectos perniciosos de la misma forma que una explosión o un cataclismo natural. Su avance es gradual, en la medida en que aumentan los contagios, muertes y secuelas en la población. Por tanto, las emergencias de salubridad pública gestionadas mediante la excepcionalidad constitucional tienen un componente epistémico y temporal distinto a otro tipo de catástrofes. Asimismo, las enfermedades pueden tener características no totalmente conocidas por la ciencia médica o pueden mutar conforme se expanden a distintas locaciones a nivel global, lo que dificulta determinar claramente qué medidas son necesarias para frenar el contagio y qué derechos fundamentales o actividades económicas deben ser restringidos.

A modo de ejemplo, en el caso del virus covid-19 en Chile, se restringió el derecho de reunión, no solo a nivel público, sino que se extendió el ámbito de control de su ejercicio incluso a lugares privados; así también se restringió la libertad de desplazamiento y determinadas actividades económicas, como gimnasios o ciertos rubros considerados *no esenciales*.

A diferencia de una guerra externa, en tanto supuesto fáctico de la excepcionalidad, como ha sido desarrollada desde los tiempos romanos, una enfermedad o virus que amenace la salud de la población a nivel global y con particular intensidad es un *enemigo* diferente.⁴ No toma la forma de un combatiente humano o país, sin perjuicio

3. Ahora bien, no es primera vez que las enfermedades han puesto a prueba los límites y supuestos de las respuestas constitucionales ante emergencias, como indica Villarreal (2020: 217). Sin embargo, casos relativamente recientes como el virus H1N1 o gripe aviar no han tenido la misma intensidad en tanto extensión y efectos perniciosos que ha tenido el covid-19. En consecuencia, si bien dichos casos dan cuenta de la institucionalidad sanitaria internacional y su coordinación con los diversos Estados afectados por estas enfermedades, no son del todo asimilables al covid-19, particularmente, en lo referente a la temporalidad y trascendencia en materia de estados de excepción.

4. En los ejemplos de párrafos anteriores concernientes a guerras o conflictos internos que ameriten la activación de legislación de emergencia, existe una necesidad discursiva de justificar una respuesta jurídica excepcional en contra de *enemigos*. Una emergencia de salubridad pública no descansa sobre lógicas belicistas, sino más bien sobre la protección del derecho fundamental a la vida e integridad física de la

de que sus efectos amenazan la vida misma de las personas y, finalmente, la existencia del Estado en sí.

Si bien estas distinciones pueden parecer evidentes, lo cierto es que el componente existencial de la catástrofe de salud pública dota de mayor fuerza argumentativa a las intervenciones, restricciones y afectaciones de derechos fundamentales por parte del Poder Ejecutivo, en pos de la defensa de los derechos fundamentales de la vida e integridad física y síquica de los ciudadanos. El problema no radica propiamente en *qué* se busca proteger,⁵ sino respecto de la efectividad y eficacia de dicha empresa colectiva. Debido al miedo, como movilizador de los actores institucionales y la ciudadanía, es posible caer en distorsiones o excesos sobre la interpretación de límites normativos en un contexto de excepcionalidad constitucional.

Del hecho de que el estado de catástrofe constitucional por emergencia sanitaria, en particular, en el caso de la experiencia reciente del covid-19, difiera o ponga al límite los supuestos fácticos típicos de la excepcionalidad como institución, no se sigue que se deba renunciar al constitucionalismo para enfrentar dichas situaciones. En efecto, los fundamentos jurídicos y estatutos de emergencia sanitaria pueden variar, como en el caso chileno, pero la Constitución como norma persigue dar una herramienta más al Ejecutivo, como lo es el estado de catástrofe, para gestionar aquellas decisiones de política pública que sean urgentes y necesarias para frenar una pandemia, que implican muchas veces una habilitación al Poder Ejecutivo para la restricción masiva de derechos fundamentales.⁶ Como una forma de limitar estas concesiones, la Constitución típicamente contiene cláusulas que requieren de la concurrencia del Congreso para la declaración del estado de excepción, junto con la determinación de sus plazos y prórrogas, así como las que obligan al Ejecutivo a rendir cuenta de sus medidas.

El modelo de excepcionalidad sanitaria chileno y la gestión de riesgos

Emplearemos la voz *modelos* en relación con los estados de excepción, en los términos de Oren Gross y Fionnuala Ní Aoláin, vale decir, como *modelos de acomodación*. Se les denomina de ese modo debido a que todos los modelos constitucionales contienen una serie de elementos que les permiten acomodarse a las presiones que se ejercen sobre estos en tiempos de emergencia (Gross y Ní Aoláin, 2006: 17).

población. Un ejemplo de cómo la centralidad del discurso bélico funciona como justificativo para la naturalización del uso de la fuerza en su dimensión práctica lo podemos observar en los discursos del expresidente Sebastián Piñera, en relación con la revuelta popular del 2019: «Estamos ante un enemigo poderoso, implacable» (Navarro y Tromben, 2019: 295-324).

5. En efecto, esta no es la cuestión principal ya que ¿quién podría razonablemente estar en contra de cosas tan elementales como proteger la vida y la salud de las personas?

6. Un ejemplo de esto son los toques de queda, en tanto que, con el propósito de evitar las consecuencias perniciosas de una enfermedad desconocida, afectan y restringen necesariamente el derecho de libertad ambulatoria de toda la población.

A nivel normativo, el modelo de excepción sanitaria chileno asociado al covid-19 estuvo determinado inicialmente por tres normas fundamentales de emergencia de distinta data, génesis y jerarquía normativa (Almarza, 2020: 10). Específicamente, confluyeron en el estado de catástrofe propiamente tal la Ley 16.282, el Código Sanitario y, en una dimensión administrativa, la dictación de resoluciones exentas y decretos supremos. A pesar de esta diversidad normativa activada y generada al alero de la excepcionalidad, podemos describir el modelo constitucional de excepción ante catástrofes en Chile (específicamente, en relación con el covid-19) como uno de *acomodación constitucional* (aunque no puro) (Gross y Ní Aoláin, 2006: 35). Es decir, la Constitución, en tanto norma positivizada, contiene dentro de sí provisiones especiales y específicas que regulan la excepcionalidad.

Es necesario aclarar que no existe un único modelo de excepción constitucional, sino que múltiples modelos convergen o se manifiestan preeminentemente en los sistemas jurídicos. El caso chileno es un perfecto ejemplo de esta confluencia de modelos: la excepcionalidad fue enfrentada con una amplia gama de herramientas jurídicas por parte del Estado y, en la medida que se prolongó la catástrofe, se generaron numerosas leyes especiales, resoluciones, decretos y normas de diversa índole asociadas a este evento. Como señalamos, los modelos nunca se manifiestan de manera absoluta, sino que coinciden parcialmente otros modelos. En el caso chileno, el modelo mayoritario de acomodación constitucional convive con un entramado complejo de acomodación legislativa (Gross y Ní Aoláin, 2006: 67), que se manifiesta en legislación y actos administrativos especiales de emergencia, que pueden ser generados en razón o ser preexistentes al evento catastrófico en sí, como es el caso del artículo 36 del Código Sanitario o la Ley 16.282.⁷ Finalmente, dadas las características particulares, extensión e intensidad del covid-19, también se ha manifestado en nuestro sistema jurídico lo que Gross y Ní Aoláin denominan *acomodación interpretativa* (Gross y Ní Aoláin, 2006: 72), es decir, que sin mediar modificaciones o reemplazos explícitos de la normativa asociada a una determinada catástrofe, los operadores jurídicos institucionales dan giros interpretativos para facilitar las respuestas ante la emergencia.⁸

7. Ley 16.282, que fija disposiciones para casos de sismos o catástrofes, establece normas para la reconstrucción de la zona afectada por el sismo de 28 de marzo de 1965 y modifica la Ley 16.250, publicada el 28 de julio de 1965.

8. Un ejemplo claro de cómo los actores constitucionales se adaptan interpretativamente y determinan la dinámica de otros órganos es la Resolución 3.610-2020, de la Contraloría General de la República, que conceptualiza la pandemia de covid-19 en los siguientes términos: «A la luz de lo prescrito por el artículo 45 del Código Civil, norma de derecho común y de carácter supletorio, el caso fortuito constituye una situación de excepción que, en diversos textos normativos, permite adoptar medidas especiales, liberar de responsabilidad, eximir del cumplimiento de ciertas obligaciones y plazos, o establecer modalidades especiales de desempeño, entre otras consecuencias que en situaciones normales no serían permitidas por el ordenamiento jurídico. En la especie, el brote del covid-19 representa una situación de caso fortuito que, atendidas las graves consecuencias que su propagación en la población puede generar, habilita la adopción de medidas extraordinarias de gestión interna de los órganos y servicios públicos que conforman la Admi-

Excepción, catástrofe y riesgos

A partir de un análisis empírico, basado en datos de sesenta democracias entre 1974 y 2016, Lührmann y Rooney (2020: 20-21) han demostrado un fuerte vínculo entre la declaración y uso de los estados de excepción constitucional y el declive democrático. Específicamente, observaron que existe aproximadamente un 75% de probabilidades de decaimiento en los atributos democráticos de los países analizados en los años en que se declaran estados de excepción, de modo que aumentan los riesgos de colapso institucional, particularmente con posterioridad a los períodos de crisis que inspiran las declaraciones, y es una oportunidad para líderes que persigan dismantelar o evitar los mecanismos institucionales de control democrático. Este estudio es en especial relevante para efectos de esta investigación, puesto que demuestra que los riesgos políticos asociados al uso de mecanismos de emergencia no son imaginarios, sino que están basados en episodios reales y la experiencia internacional reciente.

En términos temporales y geográficos, la excepción constitucional como respuesta a la catástrofe sanitaria derivada del virus SARS-CoV-2 representa para Latinoamérica una serie de desafíos y riesgos, a saber: la restricción excesiva y prolongada de derechos fundamentales, la concentración de poderes en el Ejecutivo o figuras comisarias, la militarización del espacio público y sus consecuencias, así como el control social por vías convencionales o tecnológicas (Gargarella y Roa, 2020). En el contexto latinoamericano y chileno, el tratamiento de la excepción constitucional siempre ha sido un tema relevante, dada la experiencia histórica del siglo XX en relación con el uso y abuso de facultades del Ejecutivo en desmedro de la democracia.

La concesión de facultades extraordinarias puede desequilibrar la ecuación democrática entre los poderes del Estado, sobre todo si tomamos en cuenta que las emergencias sanitarias muchas veces son enfrentadas mediante mecanismos que no implican una declaración formal de excepción constitucional, sino que a través del uso de decretos ejecutivos con cierta fragilidad legal, es decir, la configuración de mecanismos de excepción *ad hoc* que escapan a aquellos consagrados por las constituciones (Gargarella y Roa, 2020: 7). En consecuencia, el rol del Poder Legislativo, en cuanto órgano de representación democrática, generador de legislación y agente de control respecto de la emergencia constitucional asociada a la crisis sanitaria del virus SARS-CoV-2 es fundamental, como indican Barragán, García y Alcántara (2021). Latinoamérica está marcada por un entorno institucional definido por el presidencialismo, que exacerba los riesgos asociados al desequilibrio de poderes en un contexto excepcional, lo que a su vez limita fuertemente la capacidad de acción, control y supervisión del Poder Legislativo en contraposición al Ejecutivo.

nistración del Estado, incluidas las municipalidades, con el objeto de resguardar a las personas que en ellos se desempeñan y a la población, evitando así la extensión del virus al tiempo de asegurar la continuidad mínima necesaria de los servicios públicos críticos; esto es, aquellos cuyas funciones no pueden paralizarse sin grave daño a la comunidad».

Ante los riesgos que implica otorgar mayores facultades al Ejecutivo en contextos de emergencia constitucional o legal prolongada, es necesario estudiar el rol de supervisión del Legislativo en un contexto político, económico y social que vendría erosionado a nivel latinoamericano desde antes de la pandemia del 2020 (García, Barragán y Alcántara, 2021: 23). En el caso chileno, las protestas sociales del 2019, así como la incapacidad del Ejecutivo de sobrellevar la minoría de su sector en las Cámaras y generar consensos políticos, derivó en una insatisfacción con las medidas de emergencia para paliar los efectos socioeconómicos de la crisis sanitaria, así como una intensificación de la producción legislativa del Congreso para suplir las falencias del Ejecutivo (Santos, 2021). Sin perjuicio de este fenómeno de intensificación de la producción legislativa del Congreso chileno, sostenemos que es necesario contrastar la regulación del Congreso en cuanto agente de supervisión legislativa con base en la experiencia de crisis sanitaria prolongada, cuya respuesta más significativa en cuanto objeto de análisis fue la declaración, prórroga y uso del estado de excepción de catástrofe en Chile.

Vermeule (2012: 181) conceptualiza las constituciones como dispositivos normativos que gestionan, con mayor o menor éxito, riesgos políticos o de segundo orden, es decir, aquellos derivados de la alocución de poderes entre las instituciones del Estado. En este sentido, el diseño normativo de las prerrogativas y relaciones entre el Ejecutivo y el Congreso en el contexto de estados de excepción está íntimamente vinculado con escenarios de riesgo que se persiguen evitar, a saber, el uso de poderes de emergencia para el propio provecho de los agentes estatales, la tiranía por parte del Ejecutivo, la opresión de minorías, entre otras formas de adjudicación desviadas o indeseables. Sin perjuicio de que esta definición conceptual es útil como punto de partida para comprender la necesaria optimización del poder entre Ejecutivo y Legislativo en momentos de *constitutional rule making* (elaboración de normas constitucionales), especialmente bajo los supuestos fácticos que distinguen la excepcionalidad sanitaria, es necesario hacer ciertos matices a dicha idea, puesto que no es extrapolable al caso chileno.

En efecto, si bien la Constitución de 1980 se puede comprender bajo una lógica de gestión de riesgos políticos, tales como las disposiciones relativas a las prórrogas del estado de excepción con autorización del Congreso o las facultades de fiscalización *ex ante* o *ex post* de dicho órgano, también contiene disposiciones que dicen relación con la gestión de la emergencia misma, o riesgos de primer orden, en relación con el tipo de emergencia que se trata, como ocurre con las autorizaciones para restringir o suspender el ejercicio de derechos fundamentales de locomoción o reunión, así como las medidas particulares que se pueden adoptar para restaurar la normalidad. En consecuencia, ambas dimensiones de riesgo (primer y segundo orden) están vinculadas y positivizadas en nuestro ordenamiento, lo que implica una necesaria conexión entre la asignación de poderes, facultades y competencias con la materialización de las medidas que se adopten para enfrentar una emergencia, así como con el nivel de afectación potencial a las libertades y derechos fundamentales de la generalidad de la ciudadanía o grupos específicos afectados a estas regulaciones.

No existe una aproximación teórica o práctica que *a priori* entregue una solución a la problemática del balance entre derechos, libertades y medidas excepcionales habilitadas por la Constitución. Sin perjuicio de ello, un enfoque de diseño constitucional que exacerbe escenarios de riesgo político relacionados con un determinado actor institucional (por ejemplo, el Poder Ejecutivo) puede traer más consecuencias negativas que beneficiosas ante catástrofes y escenarios de incertidumbre, los cuales son gestionados por la Constitución como norma. En este sentido, las disposiciones particulares que regulan el uso de poderes excepcionales están determinadas por un principio precautorio en sentido amplio (Sunstein, 2005: 4), vale decir, la idea de que es mejor regular y prevenir ciertas situaciones negativas o dañosas, incluso si la causalidad que las configura o las probabilidades de su ocurrencia son desconocidas, como lo es una emergencia de salud pública, cuyo origen es una enfermedad relativamente desconocida.

El principio precautorio en escenarios de miedo generalizado es resignificado por Sunstein (2005: 109) como un *principio anticatástrofe*, es decir, aquella máxima que orienta a los reguladores a identificar los peores escenarios posibles y elegir aquella vía que los elimine, lo que generalmente implica una compensación con respecto a lo que se pierde con esa aproximación. En relación con este principio, tal como ya hemos enunciado, Vermeule (2012: 181) identifica las constituciones como dispositivos normativos que persiguen administrar riesgos de segundo orden o políticos, es decir, aquellos que emergen desde el diseño institucional y la distribución del poder en los distintos actores que regulan riesgos de primer orden, aquellos directamente relativos a la catástrofe en sí. Una posición madura a nivel constitucional optimiza y gestiona estos riesgos, considera la mayor cantidad de factores posibles y evita así supuestos apriorísticos u obsesiones con cierto tipo de riesgos en la pretensión de obtener respuestas que sean distintas a la de un constitucionalismo precautorio, enfocado en gestionar, idealmente *ex ante*, riesgos políticos altamente desfavorables (por ejemplo, una mayoría opresora), pero sin considerar la probabilidad real de su ocurrencia (Vermeule, 2014: 30).

La adopción irrestricta de mecanismos constitucionales que reflejen estos *principios precautorios* puede implicar una restricción excesiva del accionar del Ejecutivo en contextos de emergencia. Paradójicamente, el afán por contener riesgos políticos sin considerar la totalidad de factores involucrados puede ser una *self-defeating proposal*, es decir, una propuesta prescriptiva que genera incentivos perversos para que los destinatarios de esas normas (en particular, el Ejecutivo) eviten someterse a estos estatutos, ya sea buscando estrategias jurídicas alternativas o derechamente ignorándolos (Vermeule, 2006: 643).

Las observaciones y críticas que se puedan realizar al *constitucionalismo precautorio* pueden llevarnos a cuestionar la verdadera necesidad o utilidad de que las constituciones contengan disposiciones para enfrentar escenarios de emergencia. Sin perjuicio de ello, a nivel de tendencias globales, nueve de cada diez países tienen regulaciones constitucionales de excepción y, aproximadamente, dos tercios de las naciones soberanas han declarado estados de excepción entre 1985 y 2014, al menos una vez (Bjørnskov y Voigt, 2018: 101). Específicamente, entre 1950 y 2011, la tendencia respecto a la incor-

poración de cláusulas de excepción constitucional relativas a desastres naturales se ha incrementado de un 6,9% a un 26,2% (Bjørnskov y Voigt, 2018: 108). Estas tendencias globales sugieren que las constituciones han cobrado un rol cada vez más preponderante en tanto instrumentos de gobernanza pública en contextos de excepcionalidad, en vez de retroceder en favor de las regulaciones legales o administrativas.

El rol del Legislativo en el estado de catástrofe en la propuesta de nueva Constitución (2022)

A pesar del rechazo a la propuesta constitucional a nivel electoral el 4 de septiembre de 2022, lo cierto es que Chile está viviendo un momento constitucional particular, uno en el cual pareciera haber relativo consenso en que la Constitución de 1980 debe ser, a lo menos, reformada totalmente en su contenido, opción que es consistente con la alternativa de la mayoría importante de la población. En este sentido, la experiencia de la Convención Constitucional puede ser valiosa, pues nos permite emplear como insumo aquellos artículos relativos a la regulación de la excepcionalidad vinculada a catástrofes sanitarias. El texto rechazado de nueva Constitución abordó esta problemática y consagraba una serie de mecanismos que vigorizaban el control del Congreso sobre la declaración del estado constitucional de catástrofe, así como hacía más estrictos sus requisitos de procedencia y plazos asociados.

A continuación, revisaremos qué aspectos de esta aproximación constitucional a la emergencia son útiles para enfrentar la redacción de una nueva Constitución, con énfasis en las potenciales ventajas, desventajas y modulaciones de este enfoque.

A nivel de las restricciones potenciales a los derechos fundamentales y actividades de la población, la propuesta constitucional de 2022 no se aparta demasiado de cómo se consagran esas facultades en el texto de 1980, en tanto se limita a que se pueda restringir derecho de reunión y de desplazamiento, así también incorpora la posibilidad de establecer limitaciones al derecho de propiedad y «adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter legal y administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada».

Los artículos 300 a 306 del proyecto de Constitución rechazado en 2022 regulan los estados de excepción y reflejan, en cierta forma, parte del *constitucionalismo precautorio*, es decir, aquel enfoque constitucional que adopta una postura eminentemente sospechosa respecto del ejercicio del poder del Ejecutivo en contextos de excepción. A modo de ejemplo, el artículo 302,⁹ que regula el estado de catástrofe, reduce con-

9. Artículo 302: «1. El estado de catástrofe, en caso de calamidad pública, será declarado por la Presidenta o el Presidente de la República. La declaración deberá establecer el ámbito de aplicación y el plazo de duración, el que no podrá ser mayor a treinta días. Solo con acuerdo del Congreso de Diputadas y Diputados podrá extenderse más allá de este plazo. El referido acuerdo se tramitará en la forma establecida en el inciso 2 del artículo anterior.

»2. La Presidenta o el Presidente de la República estará obligado a informar al Congreso de Diputadas y Diputados de las medidas adoptadas.

siderablemente su duración respecto de la Constitución de 1980; así también existe una remisión normativa al artículo 301 número 2^o en los casos en los cuales se desee declarar por más de treinta días. En consecuencia, necesariamente el Ejecutivo tendrá que recurrir de manera más frecuente al Congreso para prolongar la duración de la excepcionalidad, lo que implica, además, una intensificación de los diversos mecanismos de interacción y supervisión que tiene el Legislativo.

En términos competenciales, un cambio importante era que trasladaba la supervigilancia y conducción de las zonas declaradas como zonas de catástrofe desde las Fuerzas Armadas a la autoridad civil especialmente designada por el presidente de la República, a diferencia del texto de 1980, que establece que las zonas respectivas «quedarán bajo la dependencia inmediata del jefe de la Defensa Nacional que designe el presidente de la República. Este asumirá la dirección y supervigilancia de su jurisdicción con las atribuciones y deberes que la ley señale».

Sin embargo, la innovación más clara en términos de supervisión legislativa estaba en el artículo 305,¹¹ que determinaba que la declaración del estado de catástrofe y su

»3. Declarado el estado de catástrofe, las zonas respectivas quedarán bajo la dependencia inmediata de la jefa o del jefe de estado de excepción, quien deberá ser una autoridad civil designada por quien ejerza la Presidencia de la República. Esta autoridad asumirá la dirección y supervigilancia de aquellas zonas con las atribuciones y deberes que la ley señale.

»4. La Presidenta o el Presidente de la República podrá solicitar la prórroga del estado de catástrofe, para lo cual requerirá la aprobación, en sesión conjunta, de la mayoría de integrantes en ejercicio del Congreso de Diputadas y Diputados y de la Cámara de las Regiones.

»5. Por la declaración del estado de catástrofe, la Presidenta o el Presidente de la República podrá restringir la libertad de circulación y el derecho de reunión.

»Podrá, asimismo, disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter legal y administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada».

10. Este numeral señala: «El Congreso de Diputadas y Diputados y la Cámara de las Regiones, en sesión conjunta, dentro del plazo de veinticuatro horas contadas desde el momento en que la Presidenta o el Presidente de la República someta la declaración de estado de asamblea o de sitio a su consideración, deberá pronunciarse por la mayoría de sus miembros aceptando o rechazando la proposición. En su solicitud y posterior declaración se deberán especificar los fundamentos que justifiquen la extrema necesidad de la declaración, pudiendo el Congreso y la Cámara solamente introducir modificaciones respecto de su extensión territorial. Si el Congreso y la Cámara no se pronuncian dentro de dicho plazo, serán citados por el solo ministerio de la Constitución a sesiones especiales diarias, hasta que se pronuncien sobre la declaración».

11. Artículo 305: «1. Una vez declarado el estado de excepción, se constituirá una Comisión de Fiscalización dependiente del Congreso de Diputadas y Diputados, de composición paritaria y plurinacional, integrada por diputadas y diputados, por representantes regionales y por representantes de la Defensoría del Pueblo, en la forma que establezca la ley. Dicho órgano deberá fiscalizar las medidas adoptadas bajo el estado de excepción, para lo cual emitirá informes periódicos que contengan un análisis de ellas, su proporcionalidad y la observancia de los derechos humanos y tendrá las demás atribuciones que le encomiende la ley.

»2. Los órganos del Estado deben colaborar y aportar todos los antecedentes requeridos por la Comisión para el desempeño de sus funciones. En caso de que tome conocimiento de vulneraciones a lo dispuesto en

desarrollo sería observada por una «Comisión de Fiscalización dependiente del Congreso de Diputadas y Diputados, de composición paritaria y plurinacional, integrada por diputadas y diputados, por representantes regionales y por representantes de la Defensoría del Pueblo». Su función sería emitir «informes periódicos que contengan un análisis de ellas, su proporcionalidad y la observancia de los derechos humanos y tendrá las demás atribuciones que le encomiende la ley».¹²

Tanto la reducción de los plazos, como la mayor intervención en la declaración, prórroga y fiscalización del estado de catástrofe por parte del parlamento de la propuesta de Constitución de 2022 obedecen a un espíritu de constitucionalismo precautorio respecto al poder del Ejecutivo, que convive con un necesario reconocimiento al hecho de que Chile es un país determinado históricamente por diversas catástrofes, que han puesto en jaque no solo la vida de sus ciudadanos, sino que la capacidad misma del Estado de responder a dichos acontecimientos. Como contrapunto a una postura en exceso suspicaz respecto de otorgar mayores facultades al Ejecutivo en contextos de excepción, se debe tener presente que la hipernormativización en el diseño constitucional de dichas prerrogativas puede implicar incentivos perversos para que los destinatarios de dichas normas persigan no someterse a ellas.

Conclusiones: Buscar el equilibrio en la catástrofe

El objetivo de este artículo no es meramente descriptivo, sino que persigue problematizar en el ámbito de lo prescriptivo, es decir, identificar elementos que podrían mejorar en el modelo constitucional chileno de excepción por catástrofes, a partir de la experiencia derivada del covid-19.

En primer lugar, analizamos los elementos fácticos de las emergencias de salud pública, en tanto supuestos de excepcionalidad, que las distinguen de otro tipo de acontecimientos catastróficos. Luego, revisamos ciertas prevenciones teóricas respecto de cómo podríamos lograr un adecuado equilibrio entre las facultades del Congreso en relación con el Ejecutivo. Finalmente, realizamos una serie de conclusiones preliminares que pueden resultar valiosas para pensar y diseñar una nueva Constitución.

El diseñador constitucional debe tener en mente no solo la idea clásica de un constitucionalismo, en tanto ideología que se ocupa de limitar el poder (Waldron, 2016: 35), sino que debe pensar en conducirlo, es decir, determinar una estructura competencial

esta Constitución o la ley, debe efectuar las denuncias pertinentes, las cuales serán remitidas y conocidas por los órganos competentes. La ley regulará su integración y funcionamiento».

12. Sin perjuicio de que las actas de la Convención Constitucional resumen los antecedentes y motivos por los cuales ciertas iniciativas son propuestas o aprobadas, podemos encontrar un antecedente de esta disposición en la iniciativa convencional constituyente número 885-1, del segundo informe de la comisión sobre sistema político, gobierno, poder legislativo y sistema electoral recaído en las iniciativas convencionales, populares e indígenas constituyentes, que establecen las normas para regular el buen gobierno, probidad y transparencia pública, la seguridad pública y las Fuerzas Armadas, las relaciones exteriores y los estados de excepción constitucional.

que permita el diálogo interinstitucional y la adecuada incidencia de las distintas voces en contextos de excepcionalidad prolongada. Si bien la idea matriz de limitar el poder es indudablemente valiosa para efectos de evitar desequilibrios en la dinámica institucional de un Estado sometido a condiciones extremas, puede hacernos perder de vista otras formas de interrelación de los poderes estatales que pueden dotar de mayor legitimidad, transparencia y eficiencia a las medidas que se adopten en la catástrofe. En este sentido, creemos que es necesario superar la noción estrecha de *oversight* o supervisión legislativa que se manifiesta fundamentalmente mediante mecanismos represivos que operan *ex post*. El enfoque precautorio no es por sí mismo nocivo, pero sí se materializa en diseños constitucionales basados en una relación agónica entre Ejecutivo y Legislativo, de carácter más bien reactivo o, incluso, obstructivo (Ferraro, 2018: 71-97).

Este planteamiento no debe ser confundido con una postura deferente a un Ejecutivo desatado e idealizado, sino más bien quiere llamar la atención sobre los desafíos que enfrentaremos de forma colectiva en futuros procesos de diseño constitucional. Parte de estos problemas implica superar una visión exclusivamente normativizada de los roles que cumplen el Ejecutivo y el Congreso en tanto actores, (Subirats y Dente, 2014: 73-139) que logre dar cuenta de la creciente complejidad de sus interacciones. El Ejecutivo, en tanto actor institucional, cuenta con recursos económicos y logísticos superiores al Legislativo en contextos de emergencia, pero su accionar está igualmente mediado por una adecuada gestión de sus recursos políticos, su capacidad de generar consenso con otros actores, además de enriquecer sus recursos epistémicos a través de espacios de deliberación mediados institucionalmente, máxime si se enfrenta a un evento catastrófico, del cual podemos saber poco y mucho menos sobre cuánto va a durar. Para estos fines, hemos de repensar el Poder Legislativo como un denunciante y limitador e incorporar mecanismos normativos que le permitan incidir en términos realistas en la conducción de escenarios de excepcionalidad prolongada, en tanto depositario de la representación democrática de las distintas voces que viven y padecen la catástrofe.

Referencias

- ALMARZA, Diego (2010). *Pandemia y estados de excepción. Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*. Santiago: Universidad de Chile.
- BJØRNSKOV, Christian y Stefan Voigt (2018). «The architecture of emergency constitutions». *International Journal of Constitutional Law*, 16 (1): 101-127. Disponible en <https://encr.pw/HuEkP>.
- FERRARO, Agustín (2018). «Presidencialismo administrativo y modelos de Estado en América Latina: Hacia una revisión general de la supervisión legislativa». En Rodrigo Velázquez (coordinador), *Supervisión legislativa en América Latina* (pp. 71-97). México: Fondo de Cultura Económica.
- GARCÍA, Mercedes, Melany Barragán y Manuel Alcántara (2021). «Introducción: Democracias fatigadas y parlamentos en tiempos de pandemia». En Mercedes García Montero, Mélyny Barragán Manjón y Manuel Alcántara Sáez (directores), *Los par-*


- lamentos en América Latina en tiempos de pandemia* (pp. 21- 50). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ministerio de la Presidencia.
- GARGARELLA, Roberto y Jorge Roa (2020). «Diálogo democrático y emergencia en América Latina». *Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Research Paper*, 2020-21. Disponible en <https://encr.pw/lh4om>.
- GRIGLIO, Elena (2020). «Parliamentary oversight under the covid-19 emergency: Striving against executive dominance». *Theory and Practice of Legislation*, 8 (1-2): 1-22. Disponible en <https://linq.com/mkNqp>.
- GROSS, Oren y Fionnuala Ní Aoláin (2006). *Law in times of crisis*. Cambridge: University Press.
- KLAMBERG, Mark (2020). «Reconstructing the notion of state of emergency». *The George Washington International Law Review*, 52 (1): 101-143. Disponible en <https://n9.cl/cfkxi>.
- LÜHRMANN, Anna y Bryan Rooney (2020). «Autocratization by decree: States of emergency and democratic decline». *V-Dem Working Paper*, 85, 2.ª ed. Disponible en <https://linq.com/n8VYj>.
- MARANI, Marco, Gabriel G. Katulb, William K. Panb y Anthony J. Parolari (2021). «Intensity and frequency of extreme novel epidemics». *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 118 (35): 1-4. Disponible en <https://linq.com/jrX9o>.
- NARAYAN, Ambar, Alexandru Cojocaru, Sarthak Agrawal, Tom Bundervoet, Maria Davalos, Natalia Garcia, Christoph Lakner, Daniel Gerszon Mahler, Veronica Montalva Talledo, Andrey Ten y Nishant Yonzan (2022). *Covid-19 and economic inequality: Short-term impacts with long-term consequences*. Washington: World Bank Group. Disponible en: <http://bit.ly/3XYDkTr>.
- NAVARRO, Federico y Carlos Tromben (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. Disponible en <https://n9.cl/zvl47>.
- NICOLA, Maria, Zaid Alsafi, Catrin Sohrabi, Ahmed Kerwan, Ahmed Al-Jabir, Christos Iosifidis, Maliha Agha y Riaz Agha (2020). «The socio-economic implications of the coronavirus pandemic (covid-19): A review». *International Journal of Surgery*, 78: 185-193. Disponible en <https://n9.cl/7upqm>.
- PETROV, Jan (2020). «The covid-19 emergency in the age of executive aggrandizement: What role for legislative and judicial checks?». *Theory and Practice of Legislation*, 8 (1-2): 71-92. DOI: [10.1080/20508840.2020.1788232](https://doi.org/10.1080/20508840.2020.1788232).
- ROSS, Allen, Suzanne M. Crowe y Mark W. Tyndall (2015). «Planning for the next global pandemic». *International Journal of Infectious Diseases*, 38: 1-6. Disponible en <https://n9.cl/dbi1i>.
- SANTOS, Antonia. (2021). «Chile: Poder Legislativo, crisis política y covid-19». En Mercedes García Montero, Mélyny Barragán Manjón y Manuel Alcántara Sáez (directores), *Los parlamentos en América Latina en tiempos de pandemia* (pp. 1-114). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Ministerio de la Presidencia.

- SUBIRATS, Joan y Bruno Dente (2014). *Decisiones públicas: Análisis y estudio de los procesos de decisión en políticas públicas*. Barcelona: Ariel.
- SUNSTEIN, Cass (2005). *Laws of fear: Beyond the precautionary principle*. Cambridge: University Press.
- VERMEULE, Adrian (2006). «Self-defeating proposals: Ackerman on emergency powers». *Fordham Law Review*, 75 (2): 631-649. Disponible en <https://n9.cl/rogxvw>.
- . (2012). «Precautionary principles in constitutional law». *Journal of Legal Analysis*, 4 (1): 181-222. Disponible: <https://n9.cl/jd64z>.
- . (2014). *The Constitution of risk*. Nueva York: University Press.
- VILLARREAL, Pedro (2020). «Public health emergencies and constitutionalism before covid-19: Between the national and the international». En Richard Albert, Yaniv Roznai (editores), *Constitutionalism under extreme conditions* (pp. 217-238). Cham: Springer. DOI: [10.1007/978-3-030-49000-3_14](https://doi.org/10.1007/978-3-030-49000-3_14).
- WALDRON, Jeremy (2016). *Political theory: Essays on institutions*. Massachusetts: Harvard University Press.
- ZUCKERMAN, Ian (2006). «One law for war and peace? Judicial review and emergency powers between the norm and the exception». *Constellations*, 13 (4): 522-545. DOI: [10.1111/j.1467-8675.2006.00416.x](https://doi.org/10.1111/j.1467-8675.2006.00416.x).

Reconocimiento

Esta contribución forma parte de una investigación mayor, asociada a la tesis para optar al grado de magíster en Derecho, mención Derecho Público, de la Universidad de Chile, titulada: «El rol del Congreso durante el estado de excepción decretado por la pandemia de covid-19 en Chile», dirigida por el profesor Leonardo Cofré Pérez.

Sobre el autor

DIEGO ALMARZA LIZAMA es abogado de la Universidad de Chile y candidato a magíster en Derecho, mención Derecho Público por la misma universidad. Su correo electrónico es diego.almarza@derecho.uchile.cl.  <https://orcid.org/0009-0001-8175-1097>.

REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

La *Revista de Derecho Público* es publicada desde 1963 por el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Aparece dos veces al año. Su propósito es la difusión de los avances del derecho público nacional e internacional y la socialización de artículos de investigación inéditos de la comunidad académica nacional e internacional.

DIRECTORA

Ana María García Barzelatto

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Felipe Peroti Díaz

fperoti@derecho.uchile.cl

SITIO WEB

revistaderechopublico.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

publico@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía

www.tipografica.io