

INFORME EN DERECHO

INCONSTITUCIONALIDADES E ILEGALIDADES EN EL MARCO DE LOS ESTADOS DE EMERGENCIA DECLARADOS POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA Y DE LAS CONDUCTAS DE LOS JEFES DE LA DEFENSA NACIONAL

por

Dra. Amaya Álvez, Dr. Jaime Bassa, Dr. John Charney, Dr. Alberto Coddou, Dr. Jorge Contesse, Dr. Pablo Contreras, Dr. Matías Guiloff, Dra. Paz Irarrázaval, Dra. Rocío Lorca, Dr. Domingo Lovera, Dr. Fernando Muñoz, Dr. Pietro Sferrazza, Dr. Pablo Soto, Dr. José Miguel Valdivia, Dr. Christian Viera*

* El presente informe contó con la colaboración de María Belén Saavedra, Javiera Tohá, Vicente Martínez y Leonardo Ortiz.

Índice

- §1. El régimen de los estados de excepción constitucional se enmarca dentro de las reglas del Estado de Derecho.
- §2. Los estados de excepción se distinguen por la gravedad de la hipótesis fáctica que los sustenta y la intensidad en la restricción o suspensión de derechos fundamentales.
- §3. La relación entre la gravedad de la hipótesis fáctica que sustenta cada estado de excepción es directamente proporcional a la intensidad de las medidas de intervención de derechos que autoriza.
- §4. Los estados de emergencia que ha declarado el Presidente de la República.
- §5. El marco constitucional del estado de emergencia.
- §6. Existe un vacío normativo por la omisión del legislador orgánico constitucional de actualizar la LOCEE a las reglas constitucionales vigentes, tras la reforma constitucional del año 2005.
- §7. Las atribuciones excepcionales del estado de emergencia del Presidente de la República deben ser delegadas al jefe de la Defensa Nacional conforme lo regula la LOCEE.
- §8. En los decretos supremos que declararon estado de emergencia, el Presidente de la República no delegó sus atribuciones a ninguno de los jefes de la Defensa Nacional.
- §9. El Presidente no ha dictado por sí mismo el toque de queda ni ha emitido un decreto exento separado en que delegue sus atribuciones para restringir la libertad de locomoción.
- §10. Los decretos supremos invocan el artículo 5 LOCEE que no puede ser reconducido a una facultad presidencial específica para la restricción de derechos.
- §11. La reforma constitucional del 2005 suprimió la remisión de la Constitución, en su texto original, al legislador orgánico constitucional para que determinase expresamente las facultades autónomas del Jefe de la Defensa Nacional.
- §12. No se puede aplicar el artículo 5º LOCEE porque ello supondría homologar el estado de emergencia al estado de sitio, violando las reglas expresas actualmente vigentes que modificaron dicha equiparación desproporcionada.
- §13. Durante la vigencia del estado de emergencia se han constatado múltiples violaciones a los derechos fundamentales, al margen de las restricciones que admite dicho estado de excepción constitucional.
- §14. Las restricciones a la libertad de locomoción carecen de sustento legal y han conducido a otras violaciones de derechos humanos bajo el estado de emergencia.
- §15. La infracción del *toque de queda* constituye una mera falta penal y no habilita a detener personas.
- §16. Las atribuciones del artículo 5 LOCEE no habilitan la restricción de derechos fundamentales, sólo permiten regulaciones generales de policía.
- §17. Conclusiones de las inconstitucionalidades e ilegalidades en el marco de los estados de emergencia declarados por el Presidente de la República y de las conductas de los jefes de la Defensa Nacional.

1. El régimen constitucional aplicable al estado de emergencia

§1. El régimen de los estados de excepción constitucional se enmarca dentro de las reglas del Estado de Derecho. Las reglas de la Constitución establecen un régimen excepcional que autoriza en situaciones críticas y extremas la restricción y suspensión extraordinaria de derechos constitucionales por decisión del Presidente de la República. Dicho régimen se conoce como estado de excepción y se encuentra en el Capítulo IV de la Constitución, en sus artículos 39 a 45. Dichas reglas fueron sustantivamente modificadas por la Ley No. 20.050, del año 2005, que, entre otras materias, reformó radicalmente los estados de excepción¹.

Al tratarse de un régimen de estricto derecho público en el que no pueden ejercerse ni a pretexto de circunstancias extraordinarias otras facultades que las expresamente delegadas por la constitución y las leyes, el Estado de Derecho sigue rigiendo en plenitud, salvo por las disposiciones expresamente establecidas que excepcionen y alteren las reglas generales del ordenamiento jurídico².

§2. Los estados de excepción se distinguen por la gravedad de la hipótesis fáctica que los sustenta y la intensidad en la restricción o suspensión de derechos fundamentales.

La Constitución establece cuatro tipos de estados de excepción. Los distintos tipos son graduados según la gravedad del tipo de circunstancia fáctica que afecte al país³, a saber: 1. *Estado de Asamblea, por causa de guerra exterior* (Art. 40); 2. *Estado de Sitio, por causas de guerra interna o grave conmoción interior* (Art. 40); 3. *Estado de Catástrofe, por causa de calamidad pública* (Art. 41); y, 4. *Estado de Emergencia, por causa de una grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación* (Art. 42). La declaración de uno u otro tipo de Estado de Excepción se realiza atendiendo a la gravedad de la circunstancia fáctica que lo motiva, y en virtud de estos se pueden limitar, restringir y/o suspender el libre ejercicio de derechos y libertades constitucionales en la medida en que esté explícitamente

¹ García Pino, Gonzalo, "Los Estados de Excepción Constitucional: Un Nuevo Derecho de Excepción", en Zúñiga, Francisco (coord.), *Reforma Constitucional 2005*, Santiago, Lexis Nexis, 2005, pp. 451-476; Bulnes Aldunate, Luz, "Los Estados de Excepción Constitucional frente a la Reforma Constitucional", en Zúñiga, Francisco (coord.), *Reforma Constitucional 2005*, Santiago, Lexis Nexis, 2005, pp. 422-436; Vega, Francisco, "Notas para una Teoría de la Excepción. En Torno a la Reforma Constitucional de 2005 en Chile", pp. 477-487; Nogueira, Humberto, *Derecho Constitucional Chileno*, Santiago, Thomson Reuters, T.II, 2013, pp. 351-405; Cea, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, Santiago, Ediciones UC, T. III, pp. 201-206; García Pino, Gonzalo *et al.*, *Diccionario Constitucional Chileno*, Santiago, Hueders, 2a ed., 2016, pp. 444-445; Evans Espiñeira, Eugenio, *La Constitución Explicada*, Santiago, Lexis Nexis, 3a ed., 2010, p. 87.

² García *et al.*, cit., p. 444; Marshall, Pablo & Muñoz, Fernando, *Derecho Constitucional. El Sistema de Gobierno y sus Órganos*, Valdivia, Derecho Austral, 2016, pp. 44-47; Núñez, Manuel, "Las Limitaciones reconocidas a todo Derecho en Circunstancias de Normalidad y de Excepción Constitucional", en García-Huidobro, Joaquín *et al.*, *Lecciones de Derechos Humanos*, Valparaíso, Edeval, 1997, p. 310 (destacando las obligaciones internacionales en este punto); Nogueira, cit., pp. 347-351; Cea, cit., pp. 195-201; Bulnes, cit., p. 418.

³ Sobre las graduaciones, véase García Pino, cit., pp. 458-460.

contemplado por las normas constitucionales⁴. A su turno, la autoridad tendrá temporalmente un conjunto de potestades extraordinarias de gobierno y administración que son necesarias para el restablecimiento del orden nacional.

§3. La relación entre la gravedad de la hipótesis fáctica que sustenta cada estado de excepción es directamente proporcional a la intensidad de las medidas de intervención de derechos que autoriza. Además de la gradación en función de la gravedad de la circunstancia fáctica, se gradúan las facultades extraordinarias que el Presidente puede adoptar en orden a restringir o suspender derechos fundamentales, por lo que a mayor gravedad del supuesto fáctico, la Constitución prevé mayores facultades intrusivas en el ejercicio legítimo de derechos.

Por lo tanto, hay una relación proporcional entre el tipo de Estado de Excepción y la circunstancia que afecta al país, de un modo tal que, mientras menos grave sea la circunstancia fáctica menor también será la afectación de derechos fundamentales; *a contrario sensu*, mientras más graves sean los hechos más intensa podrá ser la intervención estatal al ejercicio de derechos fundamentales y más autoridades y contrapesos institucionales deberán intervenir en la declaración del Estado de Excepción Constitucional. En este contexto, el estado de emergencia es el de menor intensidad.

§4. Los estados de emergencia que ha declarado el Presidente de la República. En el caso objeto del presente informe, el Presidente de la República ha declarado estado de emergencia en distintas zonas del país. En primer lugar, a partir del Decreto Supremo N^o 472, de 18 de octubre de 2019. Desde dicha declaración y hasta la fecha se han dictado sucesivos Decretos Supremos que extienden la aplicación territorial del Estado de Excepción. A continuación se individualizan todos los decretos dictados a la fecha del presente informe:

1. Decreto Supremo Número 472, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del sábado 19 de octubre de 2019, que declara estado de Excepción constitucional de emergencia en las Provincias de Santiago y Chacabuco y comunas de Puente Alto y San Bernardo, Región Metropolitana.
2. Decreto Supremo Número 473, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del sábado 19 de octubre de 2019, que declara estado de Excepción constitucional de emergencia en la Región del Valparaíso, con excepción de Isla de Pascua y Juan Fernández.
3. Decreto Supremo Número 474, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del sábado 19 de octubre de 2019, que declara estado de Excepción constitucional de emergencia en la provincia de Concepción, región del Biobío.

⁴ Cea, cit., p. 206; Bulnes, cit., p. 418.

4. Decreto Supremo Número 475, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del domingo 20 de octubre de 2019, que declara estado de Excepción constitucional de emergencia en las comunas de La Serena y Coquimbo, Región de Coquimbo.
5. Decreto Supremo Número 476, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del domingo 20 de octubre de 2019, que declara estado de Excepción constitucional de emergencia en la comuna de Rancagua, Región Ejercito Libertador Bernardo O'Higgins.
6. Decreto Supremo Número 477, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del domingo 20 de octubre de 2019, que declara estado de Excepción constitucional de emergencia en la comuna de Valdivia, Región de los Ríos.
7. Decreto Supremo Número 478, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del domingo 20 de octubre de 2019, que declara estado de Excepción constitucional de emergencia en la comuna de Antofagasta, Región de Antofagasta.
8. Decreto Supremo Número 479, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del domingo 20 de octubre de 2019, que declara estado de Excepción en la Región Metropolitana.
9. Decreto Supremo Número 482, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del domingo 20 de octubre de 2019, que declara estado de Excepción constitucional de emergencia en la comuna de Talca, Región del Maule.
10. Decreto Supremo Número 483, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del domingo 20 de octubre de 2019, que declara estado de Excepción constitucional de emergencia en las comunas de Temuco y Padre las Casas, Región de la Araucanía.
11. Decreto Supremo Número 484, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del domingo 20 de octubre de 2019, que declara estado de Excepción constitucional de emergencia en las comunas de Chillán y Chillán viejo, Región de Ñuble.
12. Decreto Supremo Número 485, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del domingo 20 de octubre de 2019, que declara estado de Excepción constitucional de emergencia en la comuna de Punta Arenas, Región de Magallanes y Antártica Chilena.
13. Decreto Supremo Número 487, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del lunes 21 de octubre de 2019, que declara estado de Excepción constitucional de emergencia en la provincia de Iquique y Pozo Almonte, Región de Tarapacá.
14. Decreto Supremo Número 488, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del lunes 21 de octubre de 2019, que declara estado de Excepción constitucional de emergencia en las comunas de Copiapó, Caldera y Vallenar, Región de Atacama.
15. Decreto Supremo Número 490, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del lunes 21 de octubre de 2019, que declara estado de Excepción constitucional de emergencia en las comunas de Puerto Montt y Osorno, Región de los Lagos
16. Decreto Supremo Número 495, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del martes 22 de octubre de 2019, que declara estado de Excepción constitucional de emergencia en la Región de Antofagasta.

17. Decreto Supremo Número 496, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del lunes 21 de octubre de 2019, que declara estado de Excepción constitucional de emergencia en la comuna de Arica, Región de Arica y Parinacota.

18. Decreto Supremo Número 497, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del lunes 21 de octubre de 2019, que declara estado de Excepción constitucional de emergencia en las comunas que indica, Región de Magallanes y Antártica Chilena.

19. Decreto Supremo Número 497, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del lunes 21 de octubre de 2019, que declara estado de Excepción constitucional de emergencia en las regiones que indica.

§5. El marco constitucional del estado de emergencia. La regulación constitucional del estado de emergencia requiere la lectura coordinada de los artículos 39, 42, 43 inc. final, 44 y 45 de la Constitución. El artículo 39, constituye la regla general de los distintos estados de excepción y dispone lo siguiente: “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.”

El artículo 42 establece la hipótesis específica del estado de emergencia y prescribe lo siguiente: *“El estado de emergencia, en caso de grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación, lo declarará el Presidente de la República, determinando las zonas afectadas por dichas circunstancias. El estado de emergencia no podrá extenderse por más de quince días, sin perjuicio de que el Presidente de la República pueda prorrogarlo por igual período. Sin embargo, para sucesivas prórrogas, el Presidente requerirá siempre del acuerdo del Congreso Nacional. El referido acuerdo se tramitará en la forma establecida en el inciso segundo del artículo 40.*

Declarado el estado de emergencia, 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.

El Presidente de la República estará obligado a informar al Congreso Nacional de las medidas adoptadas en virtud del estado de emergencia.”

El artículo 43, inc. final, tipifica las libertades que el Presidente de la República puede restringir bajo el estado de emergencia: *“[...] Por la declaración del estado de emergencia, el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión.”*

El artículo 44 establece una remisión al legislador orgánico constitucional para regular los estados de excepción. Allí se establece lo siguiente:

“Una ley orgánica constitucional regulará los estados de excepción, así como su declaración y la aplicación de las medidas legales y administrativas que procediera adoptar bajo aquéllos. Dicha ley contemplará lo estrictamente necesario para el pronto restablecimiento de la

normalidad constitucional y no podrá afectar las competencias y el funcionamiento de los órganos constitucionales ni los derechos e inmunidades de sus respectivos titulares.

Las medidas que se adopten durante los estados de excepción no podrán, bajo ninguna circunstancia, prolongarse más allá de la vigencia de los mismos.”

Finalmente, el artículo 45 establece la regla constitucional de control y la competencia de los tribunales de justicia:

“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. [...]”.

La regulación constitucional aquí transcrita supone que, en el caso del estado de emergencia, el Presidente de la República puede declarar dicho estado cuando exista una “grave alteración del orden público o de grave daño para la seguridad de la Nación” que afecte “gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado” (arts. 39 y 42 de la Constitución). La Ley N° 18.415, de 1985, Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción Constitucional (en adelante, “LOCEE”) tiene por finalidad regular dichos estados de excepción, así como también establecer las medidas legales y administrativas que se podrán adoptar bajo la vigencia de éstos.

2. La regulación del legislador orgánico constitucional del estado de emergencia

§6. Existe un vacío normativo por la omisión del legislador orgánico constitucional de actualizar la LOCEE a las reglas constitucionales vigentes, tras la reforma constitucional del año 2005. Tal como hemos revisado, el artículo 43 faculta extraordinariamente al Presidente de la República a restringir la libertad de locomoción y de reunión en el estado de emergencia. En el caso de la remisión legal efectuada por el artículo 44, se establece un *estándar* que debe ser cumplido por dicha ley, la cual debe contemplar *lo estrictamente necesario para el pronto restablecimiento de la normalidad constitucional*.

Si se examina el articulado de la referida ley, podrá verse que no existen elementos que apunten a cumplir con dicho estándar e incluso algunos de sus artículos son de difícil aplicación dado que remiten a artículos de la Constitución Política que ya han sido derogados o modificados sustantivamente. Todo lo anterior se produce, entre otros motivos, por la antigüedad de esta ley orgánica constitucional, que data de junio de 1985. En este sentido, existe un vacío normativo por inactividad del legislador, pues tras las reformas constitucionales del año 2005, la LOCEE no fue actualizada, coordinada ni sistematizada,

existiendo en esta materia un retraso de más de 14 años durante los cuales la normativa constitucional y legal se han mantenido en una situación de desfase⁵.

§7. Las atribuciones excepcionales del estado de emergencia del Presidente de la República deben ser delegadas al jefe de la Defensa Nacional conforme lo regula la LOCEE. La regulación orgánica constitucional disciplina el ejercicio de estas facultades extraordinarias en el marco del Estado de Derecho. Las reglas especiales, por tanto, se encuentran, particularmente, en los artículos 4, 9 y 10 de la LOCEE.

El artículo 4º de la LOCEE prescribe: “*Artículo 4º.- Declarado el estado de emergencia, las facultades conferidas al Presidente de la República podrán ser delegadas, total o parcialmente, en los jefes de la Defensa Nacional que él designe*”.

Lo dispuesto en esta regla son las facultades constitucionales exclusivas y excluyentes del Presidente de la República, en plena concordancia con el artículo 43, inc. final de la Constitución⁶. Como ocurre con la generalidad de las potestades del ejecutivo en nuestro régimen constitucional, el Presidente puede delegarlas, si así lo estimare, pero ello siempre requiere cumplir con las formalidades que el ordenamiento jurídico prevé para tal efecto. Por ello, en el supuesto que estas no se cumplan, el jefe de Defensa Nacional carece de competencia para determinar la aplicación de medidas restrictivas de las libertades de locomoción y reunión. Esto pues, en conformidad al artículo 7 de la Constitución, ninguna persona ni magistratura –ni siquiera los Jefes de la Defensa Nacional que se hubieren designado, “ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias”– podrán arrogarse facultades ni competencias que la Constitución o las leyes no le hayan atribuido y, en este caso, que no se le hubieren delegado. Dentro de estas circunstancias extraordinarias, evidentemente se encuentran los estados de excepción, dentro de los cuales “la autoridad atribuida de esos poderes excepcionales no tiene más poderes jurídicos que aquellos que expresamente le han conferido para dicha ocasión la Constitución y las leyes dictadas en su conformidad”⁷.

El artículo 9º de la LOCEE establece la forma en que se puede efectuar esta delegación : “*Artículo 9º.- El Presidente de la República delegará las facultades que le correspondan y ejercerá sus atribuciones mediante decreto supremo, exento del trámite de toma de razón.*

Las atribuciones del Presidente de la República podrán ejercerse mediante decreto supremo, exento del trámite de toma de razón firmado por el Ministro del Interior bajo la fórmula “Por

⁵ García Pino, cit., pp. 475-476. Véase, *mutatis mutandi*, Nogueira, cit., p. 394 (“La perspectiva que asume la Constitución reformada en 2005, en nuestra opinión, es la de no afectar las competencias y atribuciones de las autoridades de gobierno y administración interior, debiendo el texto de la Ley Orgánica Constitucional que se adecue a la reforma de 2005 conjugar las competencias de las autoridades estatales con las que se otorguen a los jefes de la defensa nacional que sean designados durante los estados de excepción constitucional, de acuerdo a las normas específicas de cada caso particular).

⁶ Cea, cit., p. 217; Bulnes, cit., pp. 432-433; Nogueira, cit., pp. 386-387; Molina, Hernán, *Derecho Constitucional*, Santiago, Lexis Nexis, 2006, p. 298.

⁷ Eduardo Soto Kloss, *Derecho Administrativo. Bases Fundamentales. Tomo II El principio de juridicidad*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1996, p. 30.

Orden del Presidente de la República". Tratándose de las atribuciones correspondientes al estado de asamblea se requerirá además la firma del Ministro de Defensa.

En conformidad a esta regla, para que un Jefe de la Defensa Nacional pueda restringir la libertad de locomoción o reunión requiere delegación expresa de facultades y no podrá, "ni aún a pretexto de circunstancias extraordinarias", atribuirse "otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes" (artículo 7 de la Constitución).

A su turno, las autoridades en que hubieren sido delegadas estas facultades por parte del Presidente de la República, deberán ejercerlas del siguiente modo: "*Artículo 10.- Las facultades que el Presidente de la República delegue en las autoridades que señala esta ley serán ejercidas, dentro de la respectiva jurisdicción, mediante la dictación de resoluciones, órdenes o instrucciones exentas del trámite de toma de razón.*

Tratándose de Comandantes en Jefe o jefes de la Defensa Nacional, éstos podrán dictar, además, los bandos que estimaren convenientes."

De la revisión de todos los decretos individualizados en §4, es posible concluir que en ninguno de ellos el Presidente de la República ha delegado atribuciones de restricción de derechos en los jefes de la Defensa Nacional nombrados.

3. Revisión del contenido de los decretos supremos que declararon estado de emergencia y las facultades de los jefes de la Defensa Nacional

§8. En los decretos supremos que declararon estado de emergencia, el Presidente de la República no delegó sus atribuciones a ninguno de los jefes de la Defensa Nacional.

Si se examina detenidamente el texto de los decretos supremos antes individualizados, podrá observarse que en éstos se remita a una normativa orgánica constitucional que, a su vez, reenvía reglas constitucionales hoy derogadas por la reforma constitucional del año 2005. Por ejemplo, revítese el primer decreto declarando el estado de emergencia en Santiago.

"Decreto Supremo N° 472, de 18 de octubre de 2019:

[...] Artículo tercero: En el ejercicio de sus funciones, el Jefe de la Defensa Nacional tendrá todas las facultades previstas en el artículo 5° de la ley N° 18.415, especialmente la prevista en su número 1, esto es, asumir el mando de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública que se encuentren en la zona declarada, para los efectos de velar por el orden público y de reparar o precaver el daño o peligro para la seguridad en la zona, debiendo observar las facultades administrativas de las autoridades institucionales colocadas bajo su jurisdicción, especialmente, la de la Intendente de la Región de Metropolitana."

Este decreto supremo remite al artículo 5° de la mencionada ley orgánica, que señala:

"Artículo 5°.- Para los efectos de lo previsto en el inciso primero del N° 6° del artículo 41 de la Constitución Política de la República, durante el estado de emergencia, el jefe de la Defensa Nacional que se designe tendrá los siguientes deberes y atribuciones:

- 1) *Asumir el mando de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública que se encuentren en la zona declarada en estado de emergencia, para los efectos de velar por el orden público y de reparar o 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, y*
- 7) *Las demás que le otorguen las leyes en su calidad de tal.”*

§9. El Presidente no ha dictado por sí mismo el toque de queda ni ha emitido un decreto exento separado en que delegue sus atribuciones para restringir la libertad de locomoción. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 9º inciso 1º de la LOCEE, el Presidente debe ejercer sus facultades contenidas en el artículo 43 inciso final de la Constitución (restricción de las libertades de locomoción y de reunión) a través de un decreto exento. Pues bien, no consta para cada una de las declaraciones de los estados de excepción la existencia de ese acto administrativo separado mediante el cual haya sido el propio Presidente quien dictase el toque de queda cada vez que se ha aplicado por el JDN. Junto a lo anterior, y de acuerdo con lo que se ha señalado en este informe, conforme al mismo inciso 1º del artículo 9º de la LOCEE, la única forma en que el ordenamiento orgánico constitucional admite la delegación de las facultades del Presidente, contenidas en el artículo 43 inciso final de la Constitución, es mediante un decreto exento del trámite de toma de razón. Tampoco ha existido, como se ha dicho, ese acto administrativo para cada uno de los JDN que han decretado los toques de queda.

La conclusión de lo señalado es que, por expresa disposición constitucional, la única autoridad competente para declarar el toque de queda desde el inicio del estado de emergencia ha sido el Presidente de la República, que no lo ha hecho directamente; no ha delegado la atribución en el JDN respectivo mediante el decreto supremo afecto en el que declaró el estado de excepción constitucional; y no delegó su facultad de restricción del derecho de locomoción a través de un decreto exento puntual por cada JDN. Como consecuencia, no ha existido una autoridad habilitada constitucional ni legalmente para haber declarado los toques de queda, porque esa facultad solo la tiene hasta la fecha el Presidente de la República.

§10. Los decretos supremos invocan el artículo 5 LOCEE que no puede ser reconducido a una facultad presidencial específica para la restricción de derechos. La aplicación de dicho artículo 5º de la LOCEE en el Decreto Supremo se realiza, tal como en éste señala, para efectos de lo previsto en el inciso primero del N° 6 del artículo 41 de la Constitución Política de la República.

Sin embargo, dicha norma hoy ya no existe en los términos considerados en la referida LOCEE, puesto que fue reemplazada por un nuevo artículo 41 aprobado por la ley N° 20.050 del año 2005, el que señala:

“Artículo 41.- El estado de catástrofe, en caso de calamidad pública, lo declarará el Presidente de la República, determinando la zona afectada por la misma.

El Presidente de la República estará obligado a informar al Congreso Nacional de las medidas adoptadas en virtud del estado de catástrofe. 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. Con todo, el Presidente de la República sólo podrá declarar el estado de catástrofe por un período superior a un año con acuerdo del Congreso Nacional. El referido acuerdo se tramitará en la forma establecida en el inciso segundo del artículo 40.

Declarado el estado de catástrofe, 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.”

Como puede observarse, el reemplazo de dicho artículo provoca una falta de coordinación entre la Constitución y la ley orgánica, de tal modo que hoy el nuevo artículo 41 desarrolla el caso del estado de catástrofe, caso muy distinto del actual Estado de Emergencia que ha sido declarado.

§11. La reforma constitucional del 2005 suprimió la remisión de la Constitución, en su texto original, al legislador orgánico constitucional para que determinase expresamente las facultades autónomas del Jefe de la Defensa Nacional. El antiguo artículo 41 de la Constitución original, establecía lo siguiente:

“Artículo 41.- [...]”

6º.- Declarado el estado de emergencia o de catástrofe, las zonas respectivas quedarán bajo la dependencia inmediata del jefe de la Defensa Nacional que el Gobierno designe, quien asumirá el mando con las atribuciones y deberes que la ley señale.

El Presidente de la República estará obligado a informar al Congreso de las medidas adoptadas en virtud de los estados de emergencia y de catástrofe. [...]”

Bajo dicho marco, el legislador orgánico constitucional sí podía establecer facultades autónomas para el jefe de la Defensa Nacional. Ello era coherente con un marco de autonomía

de las Fuerzas Armadas cuando el texto original de la Constitución los erigía como “garantes de la institucionalidad”⁸.

Sin embargo, tal competencia es suprimida en el marco de la reforma constitucional del año 2005, en donde se buscó deliberadamente consolidar el poder de mando de las autoridades democráticas y la subordinación de las Fuerzas Armadas al Presidente de la República. Por lo tanto, no existe autorización en la Constitución para que el legislador orgánico constitucional dote directamente al Jefe de la Defensa Nacional con atribuciones autónomas y al marco de la delegación de atribuciones que haga el Presidente de la República.

§12. No se puede aplicar el artículo 5º LOCEE porque ello supondría homologar el estado de emergencia al estado de sitio, violando las reglas expresas actualmente vigentes que modificaron dicha equiparación desproporcionada. Sin perjuicio de lo anterior, y aún cuando se acepte que este vicio es un mero error en la formación de la voluntad administrativa y que no afecta al fondo de ésta, **no debe perderse de vista que el Presidente de la República no ha delegado sus facultades constitucionales exclusivas**, pues sólo ha nombrado al jefe de la Defensa Nacional, haciendo presente que este cuenta con *todas las atribuciones y deberes que la ley señala*.

Lo anterior es de suma importancia, pues la actual Constitución establece expresamente en su artículo 43 inciso final que, bajo el estado de emergencia, sólo podrán restringirse las libertades de locomoción y reunión.

Sin embargo, el Decreto Supremo N° 472 (así como los decretos sucesivos, enumerados en §4), al haber observado el artículo 41 N° 6 de la Constitución Política de 1980 a través del artículo 5º LOCEE, ya derogado, da comienzo a una cadena de vulneraciones flagrantes a la Constitución, pues ese artículo sólo puede ser interpretado si previamente se ha aplicado el numeral 4º del mismo texto, que también se encuentra derogado:

“Artículo 41. [...] 4º.- Por la declaración de estado de emergencia se podrán adoptar todas las medidas propias del estado de sitio, con excepción del arresto de las personas, de su traslado de un punto a otro del territorio, de la expulsión del país y de la restricción del ejercicio de los derechos de asociación y de sindicación. En cuanto a la libertad de información y de opinión, sólo podrán restringirse.”

Es decir, se ha observado un artículo derogado que establece un estándar de limitación de derechos fundamentales excesivamente riguroso y exorbitante para el estado de emergencia, pues la antigua norma asimilaba este último al estado de sitio.

Tal como se revisó en §§2-3, los estados de excepción están graduados por la gravedad de la hipótesis fáctica y por la intensidad de las medidas que afectan derechos fundamentales. Por lo tanto, el estado de sitio –junto al de asamblea– son los estados de excepción que contemplan las limitaciones más intensas y gravosas para los derechos fundamentales. Esta

⁸ García, cit., p. 456; Contreras, Pablo, “Las Fuerzas Armadas en la Constitución”, en Bassa, Jaime et al. (eds.), *La Constitución Chilena. Una Revisión Crítica a su Práctica Política*, Santiago, LOM, 2015.

equiparación entre los estados de sitio y de emergencia no guarda relación proporcional con la gravedad de la hipótesis de hecho ni las medidas de intervención y sólo puede explicarse bajo el texto original de la Constitución en donde el régimen de estados de excepción era absolutamente incompatible con un Estado Democrático de Derecho respetuoso de los estándares internacionales de derechos humanos, como se observó reiteradamente por diversos legisladores durante la tramitación de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050. Dicha asimilación fue precisamente negada por la reforma constitucional del año 2005. Hoy, el estado de emergencia es mucho menos gravoso que el antiguo artículo de la Constitución original, tal como se revisó en §5.

§13. Durante la vigencia del estado de emergencia se han constatado múltiples violaciones a los derechos fundamentales, al margen de las restricciones que admite dicho estado de excepción constitucional. Conforme al reporte hasta el momento el Instituto de Derechos Humanos (en adelante “INDH”) ha informado que, durante los días de conflicto social verificados, se han registrado 19 personas fallecidas, 585 heridos no mortales, de los cuales 302 han sido heridos por armas de fuego y 15 por balines, y de cerca de 2.840 personas detenidas⁹. Además, se cuenta con registros audiovisuales de violación de morada, allanamientos ilegales, suspensión a la libertad de prensa, vulneraciones a la libertad de expresión, detenciones en lugares no habilitados al efecto y distintos casos de torturas y apremios ilegítimos, todo lo anterior incompatible absolutamente con la vigencia del estado de emergencia declarado¹⁰.

§14. Las restricciones a la libertad de locomoción carecen de sustento legal y han conducido a otras violaciones de derechos humanos bajo el estado de emergencia. Por otra parte, la suspensión de la libertad de locomoción mediante la determinación del *toque de queda* –medida que ha sido tomada por las autoridades marciales sin delegación presidencial previa, tal como constatamos en §§7-8– ha llevado a que los jefes de la Defensa Nacional, desplegados a lo largo del territorio, ordenen o faculten a sus tropas para efectuar detenciones ilegales y arbitrarias a quienes son sorprendidos en espacios públicos, durante el horario prohibido.

De acuerdo a la información recogida por el INDH, se ha verificado más de 2.840 casos de personas privadas de libertad, en donde se han detectado detenciones en lugares no habilitados para tal efecto, como recintos privados y estaciones del transporte público.

Estas detenciones se han visto agravadas por la falta de comunicación oficial sobre el registro de detenidos y las negativas de los funcionarios de las comisarías para dar la información a

⁹ Instituto Nacional de Derechos Humanos, Reporte 24-10-19, 22:00 hrs, disponible [en línea]: <https://twitter.com/inddhh/status/1187544227045097473> (última visita efectuada 25.10.19).

¹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, CIDH condena excesivo uso de la fuerza y rechaza toda forma de violencia en el marco de las protestas sociales en Chile, disponible [en línea]: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2019/270.asp> (última visita efectuada 25.10.19).

los abogados defensores. Ambas conductas vulneran gravemente tres derechos. En primer lugar, el registro de detenidos es público por expresa disposición de la Constitución en el artículo 19 No. 7, letra d). En segundo lugar, obstaculizar su acceso vulnera gravemente el derecho de defensa de los detenidos, establecido en el artículo 19 No. 3 de la Constitución. Finalmente, vulnera el acceso a la información pública, lo que ha provocado que el mismo Consejo para la Transparencia ha expresado lo siguiente: *“es importante alertar sobre la publicidad del Registro de Detenidos, considerando que la propia Constitución señala expresamente que nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en los lugares públicos destinados a este objeto y que los encargados de prisiones **‘deberán dejar constancia de la respectiva orden que instruye el arresto, detención o la condición de procesado o preso de una persona determinada’**”*¹¹.

Cabe señalar además, que las detenciones han sido declaradas ilegales en *“una cifra que está completamente fuera del marco normal de lo que se discute”* de conformidad a la propia Defensoría Penal Pública¹².

Estas conductas han vulnerado flagrantemente la Constitución, que establece la prohibición absoluta de estas conductas:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas: [...]

7º.- El derecho a la libertad personal y a la seguridad individual.

En consecuencia: [...]

d) Nadie puede ser arrestado o detenido, sujeto a prisión preventiva o preso, sino en su casa o en lugares públicos destinados a este objeto.”

Ahora bien, aun cuando los lugares elegidos por los agentes estatales para privar de libertad a las personas sean los adecuados, debe recordarse que la declaración de Estado de Emergencia no permite la privación de libertad de las personas, tal como fue expuesto *supra* §5.

§15. La infracción del *toque de queda* constituye una mera falta penal y no habilita a detener personas. La conducta de los jefes de la Defensa Nacional a partir de la cual han declarado *toque de queda*, sin respaldo constitucional o legal, constituye una privación antijurídica de la libertad ambulatoria y de locomoción reconocida en el artículo 19 N° 7, letra a) de la Constitución.

Sin perjuicio de lo anterior, si las autoridades políticas o militares consideran que las circunstancias actuales hacen necesario y urgente limitar y/o suspender la libertad de

¹¹ Consejo para la Transparencia, “Recomendaciones en materia de transparencia proactiva, con ocasión de la declaración de Estado de Excepción Constitucional de Emergencia”, disponible [en línea]: <https://www.consejotransparencia.cl/cplt-advierte-sobre-disposicion-inmediata-de-informacion-de-detenidos-y-valida-captacion-de-imagenes-ciudadanas-en-el-marco-de-las-manifestaciones/> (última visita efectuada 25.10.19), énfasis en el original.

¹² Defensoría Penal Pública, “Defensor Nacional: ‘Se han atendido en todo el país más de 7 mil audiencias con detenidos’”, disponible [en línea]: http://www.dpp.cl/sala_prensa/noticias_detalle/9824/defensor-nacional-se-han-atendido-en-todo-el-pais-mas-de-7-mil-audiencias-con-detenidos (última visita efectuada 25.10.19).

locomoción, la detención de personas requiere cumplir íntegramente con los presupuestos del Estado de Derecho y la regulación establecida en la Constitución y las leyes.

En relación con lo anterior, corresponde analizar si acaso la infracción que supone el quebrantamiento de un *toque de queda* habilita a detener a una persona. Para ello, es necesario revisar el marco jurídico de una infracción de esta naturaleza. En primer lugar, debe observarse que la ley específica que podría contemplar una regulación de dicha infracción, esto es la LOCEE, no contempla ningún régimen infraccional o sancionatorio para el quebrantamiento de un *toque de queda*. A falta de disposición legal especial expresa, corresponde analizar el tratamiento que el marco jurídico general le otorga a una conducta como la mencionada.

A este respecto, el Código Penal establece en su libro tercero, título primero “De las faltas”, lo siguiente:

“Artículo 495. Serán castigados con multa de una unidad tributaria mensual:

1.º El que contraviniera a las reglas que la autoridad dictare para conservar el orden público o evitar que se altere, salvo que el hecho constituya crimen o simple delito.”

De acuerdo con lo establecido en el Código Procesal Penal la detención es una medida cautelar personal que por regla general no procede respecto de multas. En efecto, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 124 de dicho código normativo, respecto de las faltas solo procede la medida cautelar de citación, salvo ciertas excepciones establecidas en el artículo 134 del mismo código:

“Artículo 124. Exclusión de otras medidas. Cuando la imputación se refiriere a faltas, o delitos que la ley no sancionare con penas privativas ni restrictivas de libertad, no se podrán ordenar medidas cautelares que recaigan sobre la libertad del imputado, con excepción de la citación.

Lo dispuesto en el inciso anterior no tendrá lugar en los casos a que se refiere el inciso cuarto del artículo 134 o cuando procediere el arresto por falta de comparecencia, la detención o la prisión preventiva de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 33.”

De acuerdo a lo señalado por el artículo 134 quienes son sorprendidos cometiendo una falta *in fraganti* deben ser, a diferencia de lo que ocurre respecto de la generalidad de los crímenes y simples delitos, citados a la presencia del fiscal “previa comprobación de su domicilio”. Es decir que la medida cautelar que procede en los casos de faltas es la citación y no la detención. Salvo las excepciones contempladas en el artículo 134 del mismo Código Procesal Penal:

Artículo 134.- Citación, registro y detención en casos de flagrancia. Quien fuere sorprendido por la policía in fraganti cometiendo un hecho de los señalados en el artículo 124, será citado a la presencia del fiscal, previa comprobación de su domicilio.

La policía podrá registrar las vestimentas, el equipaje o el vehículo de la persona que será citada.

Asimismo, podrá conducir al imputado al recinto policial, para efectuar allí la citación.

No obstante lo anterior, el imputado podrá ser detenido si hubiere cometido alguna de las faltas contempladas en el Código Penal, en los artículos 494, N°s. 4 y 5, y 19, exceptuando en este último caso los hechos descritos en los artículos 189 y 233; 494 bis, 495 N° 21, y 496, Nos. 3, 5 y 26.

En todos los casos señalados en el inciso anterior, el agente policial deberá informar al fiscal, de inmediato, de la detención, para los efectos de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 131. El fiscal comunicará su decisión al defensor en el momento que la adopte.

El procedimiento indicado en el inciso primero podrá ser utilizado asimismo cuando, tratándose de un simple delito y no siendo posible conducir al imputado inmediatamente ante el juez, el funcionario a cargo del recinto policial considerare que existen suficientes garantías de su oportuna comparecencia.

Dado que la falta que podría realizar quien quebranta un toque de queda no se encuentra entre las excepciones establecidas por el artículo 134 del Código Procesal Penal, no procede la detención en estos casos. De esto se colige que la privación de libertad en los casos de transgresión del toque de queda (que exceda la que pueda implicar la medida de citación de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 134 del Código Procesal Penal) es absolutamente improcedente, pues no sólo vulnera texto expreso de la Constitución, sino además la regulación penal y procesal penal analizada.

§16. Las atribuciones del artículo 5 LOCEE no habilitan la restricción de derechos fundamentales, sólo permiten regulaciones generales de policía. Si el Presidente de la República no ha delegado en el jefe de la Defensa Nacional (JDN) las facultades del art. 43 inc. final del texto constitucional para restringir derechos fundamentales, resta por determinar el alcance de las facultades contempladas en el artículo 5 de la LOCEE. La respuesta a esta pregunta es crucial, pues las autoridades recurridas han echado mano precisamente en dichas facultades, para intentar justificar sus atribuciones para decretar prohibiciones generales que restringen la libertad personal, esto es, para imponer restricciones.

En efecto, la restricción de derechos “implica reducir el ámbito de su ejercicio, en principio, por consideraciones externas, ya sea para conciliarlo[s] con otros derechos, con bienes jurídicos protegidos constitucionalmente o con intereses estatales apremiantes”.¹³ Este es el caso del denominado ‘toque de queda’, el que una vez dictado impide la circulación de las personas dentro de un determinado lapso de tiempo y en toda la zona afecta a la declaratoria de estado de emergencia. Así, a modo de ejemplo, el Bando N° 8 de la Armada de Chile, Comandancia en Jefe de la IIA. Zona Naval de Chile, de fecha 24 de octubre de 2019, cita expresamente dicho precepto para decretar:

¹³ Salgado, Constanza, “Límites y restricciones a los derechos fundamentales”, en Contreras, Pablo y Salgado, Constanza (eds.), *Manual sobre Derechos Fundamentales. Teoría General*, Santiago, LOM, 2017, p. 215.

“Toque de queda en la provincia de Concepción, el que regirá, entre las 23:00 horas del día 24 de octubre y las 04:00 horas, del día 25 de octubre de 2019”.

Que se trata de una restricción, puede apreciarse en el punto 2 del bando, conforme al que se ordena a toda persona el deber de *“permanecer en sus domicilios, quedando estrictamente prohibida la circulación peatonal y vehicular entre los horarios señalados...”*.

Dichas órdenes, como la orden contra la que ahora se recurre, son inconstitucionales, pues las facultades establecidas en el art. 5 de la LOCEE permiten al JDN regular el ejercicio de derechos fundamentales en términos generales según el ejercicio corriente de las facultades de policía, mas no a restringir derechos fundamentales.

En primer lugar, no cabe duda que las atribuciones del art. 5 LOCEE son atribuciones de las que goza el JDN sin necesidad de delegación. Esto, a partir de la lectura misma del art. 42 inc. 2º del texto constitucional:

“Declarado el estado de emergencia, 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”.

De ello se sigue que, por el solo hecho que el Presidente haya determinado el estado de emergencia, el JDN cuenta con esas atribuciones.

Con todo, el mismo tenor literal de la Constitución ofrece una primera razón que permite descartar que dichas facultades importan la posibilidad de restringir derechos. En efecto, el art. 43 inc. final de la Constitución dispone que *“[p]or la declaración del estado de emergencia, el Presidente de la República podrá restringir las libertades de locomoción y de reunión.”* Tratándose de estados de excepción a la regularidad constitucional, estas disposiciones deben interpretarse en sentido estricto, como lo ha señalado el profesor Lautaro Ríos:

*“Las medidas suspensivas o restrictivas del ejercicio de determinados derechos o garantías son de derecho estricto, por su propia naturaleza y en virtud del claro sentido del art. 39 en la Carta Fundamental. En consecuencia, ellas no pueden exceder los estrictos límites y condiciones impuestos por la Constitución y la ley a la acción del Ejecutivo”.*¹⁴

De la lectura y sentido del texto constitucional, entonces, surge una idea clara: solo el Presidente puede restringir derechos. Por lo tanto, una conclusión forzada de lo dicho es que las facultades del art. 5 LOCEE no son de aquellas que permitan la restricción de derechos, a menos que la disposición del inc. final del art. 43 fuera superflua — y nótese que esto supondría aceptar el sinsentido de afirmar que una disposición constitucional sería superflua cara a cara la de una disposición legal —.

En términos de su impacto en el ejercicio de derechos fundamentales, entonces, ¿qué tipo de alcance tienen las atribuciones del art. 5 LOCEE? Como hemos dicho, la de permitir establecer regulaciones a los derechos, sin que éstas puedan alcanzar la fuerza de

¹⁴ Ríos, Lautaro, “Los Estados de Excepción Constitucional en Chile”, *Revista Ius et Praxis*, Vol. 8, Nº 1, 2002, p. 266.

restricciones. En efecto, la idea de regulación debe ser distinguida de la idea de restricción, pues la primera apunta meramente al establecimiento de “modalidades” de ejercicio del derecho,¹⁵ no a la afectación sustantiva de su ejercicio, como ocurre en el caso de las restricciones constitucionalmente permitidas a los derechos. Por lo tanto, las atribuciones del art. 5 LOCEE solo disponen cuáles son las medidas de regulación de derechos que, en el contexto de un estado de excepción constitucional (en este caso de emergencia), ofrecen algunas particularidades, pasarán a estar en manos del JDN, lo que de suyo importa una manifestación de la excepcionalidad constitucional.

Quizá el caso más evidente es la del art. 5 N° 3 LOCEE, en virtud de la que *“Para los efectos de lo previsto en el inciso primero del N° 6° del artículo 41 de la Constitución Política de la República, durante el estado de emergencia, el jefe de la Defensa Nacional que se designe tendrá los siguientes deberes y atribuciones: [...]”*

3) Autorizar la celebración de reuniones en lugares de uso público, cuando corresponda, y velar porque tales reuniones no alteren el orden interno”.

En tiempos de normalidad constitucional, esta es una facultad que está puesta en manos de las intendencias o gobernaciones, según sea el caso (art. 2 a) D.S. 1.086/1983). La disposición recién transcrita, solo permite advertir que, tratándose de un estado de excepción, ésta pasa a manos de la JDN que el Presidente designe, generalmente una autoridad castrense. Pero ello no altera la fisonomía propia de la facultad, la que no importa, en términos constitucionales, una autorización al ejercicio del derecho, en la medida que la Constitución asegura a todas las personas el derecho a reuniones en lugares de uso público “pacíficamente sin permiso previo y sin armas”. Se trata, en cambio, de un régimen de notificaciones que permiten a la autoridad adoptar las medidas adecuadas para permitir conciliar el ejercicio del derecho de reunión con otros derechos, como la libertad de desplazamiento. Por eso es que, una vez notificada, la autoridad no puede restringir el derecho de reunión, pero sí puede coordinar un lugar diferente o un momento día adecuado para lograr conciliar los derechos en juego.¹⁶

Si se advierte bien, todas y cada una de las facultades contempladas en el art. 5 LOCEE o bien no importan la restricción de derechos o, en su defecto, permiten ser leídas, justamente, a la luz de la idea de regulación, representando no más que una manifestación de las facultades regulares de policía de las autoridades que, dada la situación de excepcionalidad constitucional, ofrecen alguna particularidad (como cuando el régimen de regulaciones de las reuniones en lugares de uso público se coloca en manos del JDN y no de intendencias o gobernaciones, como ocurre en tiempos de regularidad).

¹⁵ Salgado, cit., p. 216.

¹⁶ Excma. Corte Suprema, Rol N° 23.540, 4 de noviembre de 2014, considerando 7°.

§17. Conclusiones de las inconstitucionalidades e ilegalidades en el marco de los estados de emergencia declarados por el Presidente de la República y de las conductas de los jefes de la Defensa Nacional. A partir de lo anteriormente expuesto, es posible concluir lo siguiente:

- 1) Las declaraciones de estado de excepción constitucional de emergencia, mediante los decretos individualizados en *supra* §4, se han realizado con base a un texto constitucional que hoy está derogado.
- 2) La delegación de facultades del Presidente de la República a los jefes de la Defensa Nacional, no se ha verificado en la forma en que ordena el artículo 9º LOCEE. Por lo tanto, cualquier ejercicio de facultades de restricción de libertades de locomoción y de reunión, así como de conservación del orden público por parte de agentes militares o policiales, se encuentra aquejada de un vicio de incompetencia y vulnera lo establecido en el artículo 7 de la Constitución Política.
- 3) Las atribuciones del artículo 5 LOCEE, por sí solas, sin la delegación presidencial, no habilitan al JDN para restringir derechos fundamentales.
- 4) Lo anterior ha producido una ruptura en la cadena de mando del poder civil y militar, toda vez que la omisión de la delegación de sus facultades constitucionales exclusivas del Presidente de la República, importa una dificultad para hacer efectivas las responsabilidades políticas, constitucionales y penales de los agentes involucrados, dejando al poder militar sin posibilidad de control, lo que atenta gravemente en contra de los principios más básicos de un Estado Constitucional de Derecho.
- 5) La falta de delegación de facultades, por parte del Presidente de la República, provoca una *excepción dentro de la excepción constitucional*, toda vez que los actos de violencia estatal verificados carecen absolutamente de respaldo legal, lo que impide que el Estado pueda reclamar para sí el ejercicio legítimo de la coerción en este momento de excepción constitucional.
- 6) La privación de libertad de personas producto de transgresiones al toque de queda es ilegal, puesto que vulnera el tipo penal previsto por el legislador para el caso, que sólo sanciona como una falta, mientras que los funcionarios le dan el tratamiento de crimen o delito. Al tratarse de una mera falta sancionada con multa, no procede la detención ni la privación de libertad.
- 7) La detención de personas en lugares habilitados y no habilitados al efecto; los testimonios de torturas y apremios ilegítimos, la negativa por parte de las fuerzas de orden de conocer el estado y nombres de las personas en detención incluso para con sus abogados vulnerando el derecho a la defensa, la suspensión a la libertad de prensa de fotógrafos y periodistas independientes; así como la afectación de la libertad de expresión en el contexto de la protesta pacífica; el allanamiento morada, entrada y registro ilegal de personas y efectos; la afectación a la integridad física y psíquica de centenas de personas, entre otros lamentables sucesos conocidos, son conductas

estatales que vulneran abiertamente la Constitución y las leyes, pues no estas están dentro la esfera de atribuciones que la autoridad tiene bajo la vigencia de un estado de emergencia.