

LA EMERGENCIA

LA EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL DURANTE LA PANDEMIA DE COVID-19: UN ANÁLISIS DESDE LA PROPORCIONALIDAD

Pablo Soto Delgado¹

Pablo Aguayo Aubel²

“Las facultades que permite este estado de catástrofe y las medidas específicas que iremos adoptando se harán en función del conocimiento, la ciencia, la opinión de los expertos, y según la evolución que este virus tenga en nuestro país, y todas ellas van a ser debida, oportuna y verazmente informadas a toda nuestra población.”

Sebastián Piñera

Resumen

Con ocasión de la pandemia de COVID-19, Chile se encuentra desde marzo de 2020 bajo una declaración de estado de catástrofe por calamidad pública. A este respecto, el presente artículo lleva a cabo una doble labor: por una parte, explica los fundamentos normativos de ese estado de excepción constitucional y su implementación por parte del Gobierno, y por otra, analiza dicha medida y los instrumentos empleados durante su vigencia a la luz del principio de proporcionalidad, cuestionando la necesidad e idoneidad de dicho régimen extraordinario.

1. Introducción

En marzo de 2020 se declaró en Chile un estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública (“EECCCP”) en el contexto de la pandemia mundial de COVID-19³. Dicha situación, que por definición debe ser ex-

¹ Profesor del Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Doctor en Derecho, Universidad Diego Portales. Correo electrónico: pablo.soto@uach.cl.

² Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Coordinador del Programa de Derecho Público en la misma facultad. Correo electrónico: pablo.aguayo@mail.udp.cl.

³ Subsecretaría del Interior, Decreto N° 104, 18 de marzo de 2020 (en adelante, “Decreto N° 104”). Cabe señalar que todos los decretos y resoluciones a los que se hace referencia en el presente documento se encuentran publicados en el Diario Oficial y, por lo mismo, la fecha que para ellos se indica en todo este trabajo es la de su publicación.

traordinaria y ajena a la normalidad, se renovó sucesivamente⁴, y ha sido prorrogada en dos ocasiones con intervención del Congreso⁵, convirtiéndose así la excepción constitucional en una situación permanente. Durante el EECC-CP se han limitado derechos constitucionales y la población del país quedó jurídicamente sujeta a la autoridad militar.

Para decretar un estado de excepción, prorrogar y establecer medidas durante su transcurso debe existir una necesidad que lo justifique. Al respecto, el argumento que se invocó por parte del Presidente de la República, incorporado en el decreto mismo que resolvió la imposición del EECCCP, fue la necesidad de adoptar providencias que permitieran enfrentar la crisis sanitaria⁶. Posteriormente, con ocasión de la primera prórroga de aquel estado de excepción con autorización del Congreso, al haber transcurrido un año desde su adopción, el Gobierno enfatizó que, de no existir el EECCCP, no se podría proporcionar ayudas económicas para enfrentar la pandemia⁷, ni establecerse toques de queda⁸. Extrañamente, además, el Presidente Piñera declaró que la excepción resultaba necesaria para militarizar la Araucanía⁹.

La legitimidad de las razones para decretar un estado de excepción y de las medidas que se toman en tal contexto es un aspecto de máxima relevancia en una democracia constitucional. Por ello, es necesario someter a escrutinio tales fundamentos. Es lo que intenta hacer este texto, que examina si ha sido apropiada la justificación para establecer dicho régimen. Al efecto, se emplea como parámetro el principio de proporcionalidad, que constituye un estándar específico que debe satisfacerse en la excepción, y se analizan las providencias

4 Subsecretaría del Interior, Decreto N° 269, 16 de junio de 2020; Subsecretaría del Interior, Decreto N° 400, 12 de septiembre de 2020; y Subsecretaría del Interior, Decreto N° 656, 12 de diciembre de 2020.

5 A la fecha de cierre de este texto, el Congreso ha autorizado la prórroga ya en dos ocasiones, lo cual consta en: Subsecretaría del Interior, Decreto N° 72, 13 de marzo de 2021; y Subsecretaría del Interior, Decreto N° 153, 30 de junio de 2021.

6 Decreto N° 104, considerandos 8°-10°.

7 Presidente de la República, Oficio Gabinete Presidencial N° 241, 5 de Marzo de 2021, considerando 10°. En el mismo sentido, se refirió Juan José Ossa, Ministro de la Secretaría General de la Presidencia, al debatirse en el Senado la prórroga del estado de excepción de catástrofe, con fecha 10 de marzo de 2021. Véase, Senado.cl, Estado de excepción hasta el 30 de junio: por mayoría Senado ratifica oficio presidencial, 10 de marzo de 2021.

8 *La Tercera*, Minsal defiende renovar Estado de excepción como base para restricciones de movilidad del Paso a Paso: “Nos parece fundamental”, 6 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/minsal-defiende-renovar-estado-de-excepcion-como-base-para-restricciones-de-movilidad-del-paso-a-paso-nos-parece-fundamental/BWBBOQLJR5EHHHWGS4H72NC2R4/>.

9 *La Tercera*, ¿Prorrogar o no? Las dudas que levanta en el gobierno una nueva renovación del estado de excepción, 13 de mayo de 2021, página 9.

concretas que a juicio del Ejecutivo no pueden adoptarse sin el EECCCP. Si de esta indagación resulta que (i) las medidas podían tomarse igualmente sin la excepción, (ii) no se han ejercido efectivamente los poderes extraordinarios otorgados al Presidente por la Constitución, y (iii) no existe justificación suficiente sobre la idoneidad de los instrumentos utilizados, ello significa que el EECCCP puede resultar desproporcionado.

Además de esta introducción, el trabajo se estructura de la siguiente manera: en primer lugar, se explica el régimen positivo de la excepción constitucional de catástrofe por causa de calamidad pública, para luego presentar la regulación administrativa del control de la pandemia de COVID-19 en Chile desde febrero de 2020, y posteriormente analizarla conforme a los parámetros de la proporcionalidad. El trabajo termina con una síntesis y algunas breves consideraciones para la nueva Constitución respecto al EECCCP.

2. La regulación constitucional y legal del EECCCP

Los estados de excepción son “régimenes especiales establecidos en la Constitución en los que se habilitan potestades extraordinarias, necesarias y proporcionales para la defensa del orden constitucional, en el evento que se dé alguna de las situaciones de anormalidad institucional tipificadas en el texto y que, no pudiendo ser eliminadas o contrarrestadas por las atribuciones ordinarias previstas en la Constitución, exigen la adopción de medidas excepcionales, con sujeción a lo dispuesto en la Carta Fundamental”¹⁰. El objetivo de este conjunto de habilitaciones es el restablecimiento de la normalidad en una sociedad democrática¹¹, y su regulación se encuentra en nuestro ordenamiento jurídico interno a nivel constitucional, legal, y en tratados internacionales vigentes¹².

El entramado normativo del EECCCP se halla en los artículos 39, 41 y 43 de la Constitución, y en los artículos 6°, 7° y 8° de la Ley N° 18.415, Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción (“LOCEE”). Puede ser declarado por el Presidente de la República en caso de que exista una calamidad pública,

10 Contreras Pablo y García, Gonzalo, *Diccionario Constitucional Chileno*, (Tribunal Constitucional), 2014, p. 436.

11 Ferrer, Eduardo y Herrera, Alfonso, “La suspensión de Derechos Humanos y Garantías. Una perspectiva de derecho comparado y desde la Convención Americana Sobre Derechos Humanos”, en Esquivel, Gerardo, Ibarra, Francisco y Salazar, Pedro (coords.), *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Estudios jurídicos*, Tomo II, (Universidad Nacional Autónoma de México), p. 105.

12 Artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH).

concepto que comprende aquellas “situaciones, de causas humanas o naturales, de una magnitud tal que generen un grave daño al normal desarrollo de la vida social y la economía, afectando significativamente a personas o bienes dentro del territorio de la República”¹³. La causal de calamidad pública puede ser interpretada ampliamente¹⁴, y comprendería, entre otros eventos, terremotos, sequías, envenenamiento de aguas y las pandemias¹⁵.

De acuerdo con el citado artículo 8° de la LOCEE, el EECCCP puede regir por un plazo máximo de noventa días, y puede ser prorrogado por el Presidente de la República en caso de que subsistan las circunstancias que motivaron su declaración. Ahora bien, el EECCCP no puede extenderse por un periodo superior a un año, a menos que se cuente con el acuerdo del Congreso Nacional, conforme al artículo 41 inciso 2° de la Carta de 1980.

La declaración de un EECCCP tiene como consecuencias, por un lado, que se otorgan al Presidente de la República diversas atribuciones que le permiten limitar derechos constitucionales¹⁶; y por otro, necesariamente implica una militarización del territorio declarado en estado de excepción, así como la sujeción a los institutos armados de las personas que en él habitan o transitan, puesto que, tal como lo dispone el artículo 41 inciso final de la Constitución, una vez que se decreta dicho régimen extraordinario, las zonas afectas a la medida quedan bajo la dependencia del Jefe de la Defensa Nacional, designado por el Presidente de la República. La autoridad militar puede, entre otras cosas, controlar la entrada y salida de la zona declarada en estado de catástrofe, el tránsito en ella, y establecer condiciones para la celebración de reuniones en lugares de uso público, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 7° de la LOCEE.

De acuerdo con el artículo 43 inciso 3° de la Constitución, durante la vigencia del EECCCP, el Presidente tiene atribuciones que le permiten limitar la libertad ambulatoria, el derecho de reunión y el derecho de propiedad. En tal sentido, puede establecer toques de queda, fijar aforos máximos para la celebración de reuniones y practicar requisiciones de bienes, entre otras

13 Contreras Pablo y García, Gonzalo, *Diccionario Constitucional Chileno* (Tribunal Constitucional), 2014, p. P. 444.

14 Pfeffer, Emilio, “Estados de excepción constitucional y reforma constitucional”, en *Ius et Praxis*, número 8 (1), (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca), 2002, pp. 223-250. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122002000100013>.

15 Cea, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno. Derechos, Deberes y Garantías. Tomo II*, (Ediciones Universidad Católica de Chile), 2012, p. 64.

16 Artículos 39, 41 y 43 de la Constitución Política de la República.

medidas. La misma norma dispone que el Presidente se encuentra facultado para adoptar todas las providencias extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada. Las facultades referidas pueden ser ejercidas por el Presidente de la República, o puede delegarlas en el Jefe de Defensa Nacional total o parcialmente, según lo dispuesto en el artículo 6° de la LOCEE.

En lo que respecta a los controles del EECCCP, el artículo 45 de la Constitución establece una distinción entre, por una parte, los fundamentos y circunstancias de hecho del acto general que lo decretó, lo cual no es judicialmente recurrible, y por otra parte, los actos particulares que afectan derechos constitucionales pueden ser impugnables ante la jurisdicción. Esto deja intactas, por ejemplo, las acciones constitucionales de protección y de amparo¹⁷. En cuanto al control político, conforme al artículo 41 inciso 2° de la Constitución, este proviene de (i) la obligación que pesa sobre el Presidente de informar al Congreso acerca de las medidas adoptadas durante la excepción, (ii) la posibilidad de que el Parlamento deje sin efecto el EECCCP ciento ochenta días después de decretado, en caso de que hubiesen cesado absolutamente las razones para establecerlo, y (iii) la participación del Congreso en la prórroga del estado de excepción por un período mayor a un año, aun cuando solo puede aprobar o rechazar la extensión sin introducir modificaciones, con arreglo a lo prescrito por el artículo 40 inciso 2° de la Constitución.

3. Desde la alerta sanitaria al EECC por COVID-19 en Chile

3.1. La configuración basada en el artículo 36 del Código Sanitario

Con fecha 8 de febrero de 2020, debido a la emergencia internacional declarada por la Organización Mundial de la Salud (“OMS”) a causa de la pandemia de COVID-19¹⁸, se decretó en Chile una alerta sanitaria en todo el territorio nacional¹⁹. Según lo dispone el artículo 36 del Código Sanitario²⁰, aquella cir-

¹⁷ Adicionalmente, en este mismo artículo se regulan las indemnizaciones por las requisiciones, lo cual es reenviado por la Constitución a la LOCEE; también se indican allí las condiciones bajo las cuales proceden las indemnizaciones a causa de las limitaciones a la propiedad.

¹⁸ WHO.int, Declaración sobre la reunión del Comité de Emergencia del Reglamento Sanitario Internacional (2005) acerca del brote de nuevo coronavirus (2019-nCoV), 23 de enero de 2021.

¹⁹ Subsecretaría de Salud Pública, Decreto N° 4, 8 de febrero de 2021 (en adelante, “Decreto N° 4”).

²⁰ Ese artículo reza: “Cuando una parte del territorio se viere amenazada o invadida por una epidemia o por un aumento notable de alguna enfermedad, o cuando se produjeran emergencias que signifiquen

cunstancia permitió al Presidente conferir al Ministro de Salud las facultades para adoptar todas “las medidas extraordinarias que sean necesarias para enfrentar un eventual brote de Nuevo Coronavirus en el país”²¹.

De acuerdo con el citado artículo 36 del Código Sanitario, las facultades que puede otorgar el Presidente a las autoridades sanitarias son innominadas, lo cual significa, como se ha dicho en otro lugar, que “el ordenamiento jurídico otorga a la Administración sanitaria un vasto ámbito de discrecionalidad que, en principio, se justifica en que la contención de la pandemia exige medidas que no necesariamente son determinables de antemano, como por lo demás ha acontecido durante la [pandemia de] COVID-19”²². En ese contexto, con anterioridad a la declaración de la excepción constitucional, a las autoridades sanitarias se les concedieron distintas facultades extraordinarias de carácter administrativo, y otras atribuciones que les permiten intervenir directamente en los derechos de las personas, mediante el Decreto N° 4, y su modificación por el Decreto N° 6²³.

Entre las distintas facultades de carácter administrativo que el citado decreto otorgó a la autoridad sanitaria pueden destacarse las siguientes: (i) coordinar las acciones que ejecuten los organismos del sector de salud, los demás organismos de la administración y las entidades privadas, conforme a los convenios que se celebren, y las demás acciones que las autoridades sanitarias estimen necesarias para enfrentar la emergencia; (ii) adquisición directa de bienes, servicios o equipamientos necesarios para el manejo de la urgencia, sin un proceso de licitación previo; (iii) disponer la realización de trabajos extraordinarios para el personal de su dependencia y asignarlos en comisión de servicio; (iv) contratar personal bajo las normas del Código del Trabajo; contratar a ex funcionarios acogidos a beneficios de incentivo de retiro; contratar a médicos extranjeros con título revalidado y, asimismo, a estudiantes que estén cursando sexto año en adelante de la carrera de medicina; (v) requerir a las municipalidades las medidas sanitarias, de aseo y ornato, necesarias para

grave riesgo para la salud o la vida de los habitantes, podrá el Presidente de la República, previo informe del Servicio Nacional de Salud, otorgar al Director General facultades extraordinarias para evitar la propagación del mal o enfrentar la emergencia”.

21 Decreto N° 4, considerando 17°. En el mismo sentido se refirió el ex Ministro de Salud, Jaime Mañalich. Véase, Minsal.cl, Ministerio de Salud decreta Alerta Sanitaria por Nuevo Coronavirus, 7 de febrero de 2021.

22 Soto, Pablo, Guiloff, Matías y Aguayo, Pablo, “Un estado de excepción constitucional superfluo por Covid-19 y la regulación deficitaria de la pandemia”, Enestrado.cl, 10 de octubre de 2020.

23 Subsecretaría de Salud Pública, Decreto N° 6, de fecha 7 de marzo de 2020 (“Decreto N° 6”).

contener la propagación del virus (vi) coordinar la distribución de productos farmacéuticos y elementos de uso médico que se requieran para satisfacer la demanda de la población; (vii) entregar, a título gratuito u oneroso, medicamentos, dispositivos médicos u otros elementos sanitizadores a grupos objetivos previamente definidos por esta autoridad sanitaria; (viii) reasignar servicios clínicos y unidades de apoyo de la red asistencial de salud; (ix) suspender las cirugías electivas y programadas, que no sean de urgencia; (x) autorizar provisoriamente hospitales de implementación acelerada y el funcionamiento para la entrega de prestaciones de salud a inmuebles que no estén autorizados como establecimientos asistenciales; y (xi) facultades conferidas a CENABAST, vinculadas a la importación de medicamentos y provisión de insumos a establecimientos privados de salud y farmacias.

Adicionalmente, tal como se señaló, a las autoridades sanitarias se les concedieron potestades limitativas de derechos para poder enfrentar la crisis sanitaria, entre ellas: (i) disponer la prohibición de funcionamiento de establecimientos y lugares de trabajo que pongan en peligro a las personas que trabajan o asisten a ellos; (ii) disponer medidas necesarias para evitar aglomeraciones en espacios públicos y cerrados; (iii) denegar la entrada de personas en zonas afectadas por COVID-19 a las personas no afectadas; (iv) disponer la prohibición temporal de desembarco de pasajeros de naves y aeronaves; (v) suspender las clases en establecimientos educacionales y las actividades masivas en espacios cerrados; (vi) disponer el aislamiento de personas contagiadas o con sospecha de estarlo; (vii) aplicar todas aquellas medidas y recomendaciones emanadas de la OMS en el contexto de las obligaciones adquiridas en virtud del Reglamento Sanitario Internacional²⁴; (viii) disponer de la fuerza pública, según lo dispuesto en el artículo 8° del Código Sanitario, para hacer efectivas las medidas establecidas; (ix) ordenar el uso obligatorio de mascarillas y otros dispositivos médicos afines en medios de transporte, salas de clases, lugares de trabajo y en cualquier otro lugar de acceso público o donde exista aglomeración de personas; (x) prohibición de quemas controladas; (xi) denegar la entrada al país de ciudadanos extranjeros no residentes en Chile, sospechosos o afectados por el COVID-19.

En este escenario, y con anterioridad a la declaración del EECCCP, el Ministerio de Salud adoptó medidas como²⁵: (i) la suspensión de clases en todos

24 En conformidad a los artículos 15 y ss. del Reglamento Sanitario Internacional, según lo dispone el artículo 3.18 del Decreto N° 4.

25 Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 180, 16 de marzo de 2020; Subsecretaría de

los jardines infantiles y colegios del país; (ii) restricciones de aforo en eventos públicos; (iii) cuarentenas obligatorias para personas provenientes de determinados países; cuarentenas para personas que hayan tenido contacto estrecho con alguien contagiado por COVID-19; cuarentenas de los centros del SENAME; cuarentenas para las personas contagiadas e, igualmente, cuarentenas para personas que se hayan realizado el examen PCR para diagnosticar COVID-19 y que el resultado de este se encuentre pendiente; (iv) restricciones de visitas y reuniones en los hogares de adultos mayores; y (v) instruir a Gendarmería de Chile a tomar las medidas sanitarias que sean necesarias para evitar el contagio de la población penal.

Por otro lado, con fecha 16 de marzo de 2020, el Ministerio del Interior, en uso de las facultades que le otorga el artículo 3° del DL 1094, ordenó “el cierre para el tránsito de personas, de todos los lugares habilitados para el tránsito de extranjeros hacia el territorio nacional”, autorizando el egreso, y disponiendo que dicha medida no afectaría a las personas con nacionalidad chilena y extranjeros con residencia regular, y la carga desde y hacia el territorio nacional, entre otros²⁶.

3.2. La regulación de la pandemia apoyada en la excepción constitucional

Con fecha 18 de marzo de 2020 el Gobierno decretó el EECCCP²⁷, justificando su decisión en la necesidad de adoptar “medidas excepcionales por parte de la autoridad para asegurar a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica”²⁸.

Atendido a que el EECCCP puede ser declarado únicamente por el plazo de noventa días, según lo dispone el artículo 8° de la LOCEE, este fue prorrogado sucesivamente. La primera extensión²⁹ obedeció a las mismas consideraciones que motivaron su establecimiento, destacando su necesidad “para proteger la salud y la vida”³⁰ de los chilenos. Posteriormente, con fecha 12 de

Salud Pública, Resolución Exenta N° 183, 17 de marzo de 2020; y, Subsecretaría de Salud Pública, Resolución exenta N° 188, 217 de marzo de 2020.

26 Subsecretaría del Interior, Decreto N° 102, 17 de marzo de 2020.

27 Decreto N° 104.

28 Decreto N° 104, considerando 8°.

29 Subsecretaría del Interior, Decreto N° 269, 16 de junio de 2020.

30 *El Mostrador*, Presidente Piñera prorroga por 90 días el Estado de Excepción por la pandemia del Covid-19, 15 de junio de 2020, Disponible en: <https://www.elmostrador.cl/dia/2020/06/15/presidente->

septiembre de 2020 se prorrogó por segunda vez el estado de excepción³¹ con tal de poder “contar con las herramientas adecuadas para proteger la salud de las personas y entregar facultades al Gobierno y la autoridad sanitaria para seguir estableciendo medidas de protección, tales como cuarentenas, cordones y aduanas sanitarias y toque de queda”³². La última prórroga de 2020, de fecha 12 de diciembre³³, se fundamentó en las mismas razones.

Habiendo casi transcurrido el plazo de noventa días contados a partir de la última prórroga, el Gobierno se encontraba impedido para extender nuevamente la vigencia del EECCCP por sí solo, ya que para establecer la medida por un término superior al de un año se requiere la autorización del Congreso Nacional. De ahí que, con fecha 05 de marzo de 2021, el Presidente de la República remitió un oficio dirigido al Senado y a la Cámara de Diputados³⁴, solicitando que se autorizara la renovación del estado de excepción hasta el 30 de junio, ya que este permitiría implementar el Plan Paso a Paso (“PPP”)³⁵⁻³⁶ y, porque, sin el EECCCP no se podrían establecer cuarentenas, toques de queda, ni tampoco disponer de las fuerzas armadas al servicio de la autoridad sanitaria³⁷, destacando su utilidad para militarizar la Región de La Araucanía en el contexto de los conflictos existentes³⁸. Asimismo, se esgrimió que había “varios beneficios aprobados por el Congreso cuya vigencia está asociada a la permanencia del estado de excepción”³⁹. El 10 de marzo el Congreso aprobó

pinera-prorroga-por-90-dias-el-estado-de-excepcion-por-la-pandemia-del-covid-19/.

31 Subsecretaría del Interior, Decreto N° 400, 12 de septiembre de 2020.

32 Gob.cl, Presidente Piñera anuncia extensión de Estado de Excepción por 90 días, 11 de septiembre de 2020.

33 Subsecretaría del Interior, Decreto N° 646, 12 de diciembre de 2020.

34 Presidente de la República, Oficio Gabinete Presidencial N° 241, 5 de Marzo de 2021.

35 Cuya última actualización se encuentra en: Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 644, 15 de julio de 2021. Asimismo, véase: Gobierno de Chile, Actualización al Plan Paso a Paso. Nos Cuidamos, 15 de julio de 2021. Disponible en: https://s3.amazonaws.com/gobcl-prod/public_files/Campa%C3%93Bias/Corona-Virus/documentos/paso-a-paso/Documento_actualizacion_Paso_a_Paso.pdf

36 Gob.cl, Congreso aprueba prórroga del Estado de Excepción Constitucional hasta el 30 de junio, 10 de marzo de 2021.

37 División de Relaciones Políticas e Institucionales del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, “Minuta Sesión de Sala. Cámara de Diputados”, 9 de marzo de 2021.

38 *La Tercera*, ¿Prorrogar o no? Las dudas que levanta en el gobierno una nueva renovación del estado de excepción, 13 de mayo de 2021, página 9.

39 *La Tercera*, Gobierno ingresa al Congreso proyecto para poder extender el estado Catástrofe hasta el 30 de junio “en atención al contexto epidemiológico actual”, 5 de marzo de 2021. Disponible en: <https://www.latercera.com/politica/noticia/gobierno-ingresa-al-congreso-proyecto-para-poder-extender-el-estado-catastrofe-hasta-el-31-de-junio-en-atencion-al-contexto-epidemiologico-actual/43EO2ZW77JH>

la renovación⁴⁰. Esta, sin embargo, no fue la última extensión del EECCCP, puesto que el 25 de junio de 2021, nuevamente con autorización del Congreso Nacional, el Gobierno extendió la vigencia de la excepción hasta el 30 de septiembre de 2021⁴¹, otra vez refiriéndose al carácter indispensable del EECCCP para establecer las medidas del PPP y decretar cuarentenas y toques de queda, así como para fijar las condiciones de funcionamiento de lugares que pueden recibir público y los cierres de fronteras⁴².

Durante la vigencia del EECCCP, el Decreto N° 4 del Ministerio de Salud, que declara la alerta sanitaria, ha sido modificado en reiteradas oportunidades, en consideración a la necesidad de nuevas atribuciones para enfrentar la pandemia⁴³, otorgando facultades adicionales que habilitan a las autoridades sanitarias a limitar derechos, tales como: (i) fijar precios sobre todos los bienes y servicios para atender necesidades sanitarias; (ii) limitar el número máximo de los bienes y servicios que podrán ser vendidos y entregados a cada persona; y, (iii) facultades de fiscalización y sanción de acuerdo al Libro X del Código Sanitario. Asimismo, y en consideración a los mismos motivos, se les confirió a las autoridades sanitarias las potestades administrativas para: (a) transferir a las entidades administradoras de establecimientos de atención primaria de salud, los recursos necesarios para que estos efectúen la trazabilidad de las personas contagiadas con COVID-19 y sus contactos; y (b) autorizar prescripciones de medicamentos por períodos más extensos.

En estas circunstancias, se han adoptado, entre otras, las siguientes medidas: (i) cuarentenas, cordones y aduanas sanitarias⁴⁴; (ii) restricciones al derecho de reunión; (iii) obligación de uso de mascarillas en medios de

PVIJA4UMJSHM74M/

40 Gob.cl, Congreso aprueba prórroga del Estado de Excepción Constitucional hasta el 30 de junio, 10 de marzo de 2021.

41 Subsecretaría del Interior, Decreto N° 153, 30 de junio de 2021.

42 Presidente de la República, Oficio Gabinete Presidencial N° 749, 23 de junio de 2021. En el mismo sentido, véase: *La Tercera*, Para entender: Qué medidas puede tomar el gobierno en un Estado de Catástrofe y cuál es la diferencia con una alerta sanitaria, 25 de junio de 2021. Disponible en: <https://www.latercera.com/nacional/noticia/para-entender-que-medidas-puede-tomar-el-gobierno-en-un-estado-de-catastrofe-y-cual-es-la-diferencia-con-una-alerta-sanitaria/EZDZFLWHDNDOLBUBUEQ5OMZQM4/>

43 Al respecto, véase: Subsecretaría de Salud Pública, Decreto N° 10, 25 de marzo de 2020; Subsecretaría de Salud Pública, Decreto N° 19, 6 de junio de 2020; Subsecretaría de Salud Pública, Decreto N° 23, 3 de julio de 2020; Subsecretaría de Salud Pública, Decreto N° 28, 20 de agosto de 2020; y, Subsecretaría de Salud Pública, Decreto N° 12, 09 de abril de 2021.

44 Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 202, 22 de marzo de 2020.

transportes, espacios cerrados y espacios públicos⁴⁵; (iv) cierre de cines, teatros, gimnasios, pubs, discotecas, y también el cierre de atención al público en restaurantes, cafeterías y análogos⁴⁶; y (v) la fijación del precio a pagar por examen PCR; y de la renta en el arriendo de los inmuebles con uso médico⁴⁷; de precios en determinadas prestaciones de salud⁴⁸; y, de la renta arriendo de monitores⁴⁹, cánulas nasales y ventiladores⁵⁰.

4. La excepción constitucional bajo la lupa de la proporcionalidad

La razón de fondo por la cual se han establecido el EECCCP y las medidas durante su vigencia ha sido, concretamente, controlar la pandemia. Como se dijo, esta justificación debe satisfacer los parámetros de la proporcionalidad, lo cual significa que cabe preguntarse, en torno a la excepción y a las providencias específicas, si estas se apegan o no a los estándares de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto. Según se señaló en la introducción de este trabajo, si las medidas señaladas podían haberse tomado sin la excepción, si los poderes extraordinarios que tiene el Presidente no se han ejercido, y/o si no hay antecedentes suficientes para concluir que esas providencias eran útiles para aplacar la pandemia, el EECCCP podría quedar sujeto a cuestionamientos desde la proporcionalidad. Todo esto se analiza en lo que sigue.

4.1. La proporcionalidad como estándar en el estado de excepción

Es usual que a través de sus decisiones las instituciones públicas limiten ciertos derechos fundamentales, como la propiedad y la libertad ambulatoria⁵¹, lo cual se debe a que la intervención de la autoridad sobre los derechos puede

45 Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 644, 15 de julio de 2021.

46 Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 200, 20 de marzo de 2020.

47 Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 209, 25 de marzo de 2020.

48 Como consta en los siguientes actos administrativos: Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 258, 15 de abril de 2020; y Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 418, 4 de junio de 2020.

49 Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 418, 4 de junio de 2020.

50 Subsecretaría de Redes Asistenciales, Resolución Exenta N° 505, 29 de agosto de 2020.

51 Díaz, Iván, "La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales", en *Revista de Derecho*, vol. 36, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2011, p. 170.

ser indispensable para satisfacer otras necesidades o intereses⁵². La decisión del Presidente de la República de establecer un EECCCP en consideración a la pandemia de COVID-19 sería una expresión de lo anterior.

Por supuesto, las decisiones de la autoridad que impliquen limitaciones a algún derecho deben justificarse. Como ha explicado Mureinik, en un país democrático, donde existe un Estado de derecho, debe imperar una cultura de la justificación. En el ámbito constitucional y administrativo esto quiere decir que las autoridades deben colmar la legítima expectativa que tiene la población de que el ejercicio del poder público sea justificado⁵³. Una herramienta analítica utilizada para evaluar la justificación de la intervención pública en los derechos individuales es el examen de proporcionalidad⁵⁴.

En lo que respecta a la materia específica de este trabajo, según lo ha indicado García, tanto la decisión de decretar un estado de excepción constitucional, como la de prorrogarlo y, asimismo, la adopción de medidas en su contexto, deben satisfacer el principio de proporcionalidad⁵⁵; lo mismo se ha sostenido desde el derecho comparado precisamente a propósito de la pandemia de COVID-19⁵⁶. Esto obedece a que únicamente puede acudir al derecho de excepción en “una situación objetiva de suma gravedad ante la cual los medios ordinarios que posee un Estado resultan insuficientes para afrontarla”⁵⁷.

Bajo el análisis del test de proporcionalidad, para que una medida se justifique debe ser necesaria, idónea y proporcional en sentido estricto. La revisión de la necesidad significa calificar el carácter indispensable del establecimiento del estado de excepción y las medidas adoptadas en él. En ese sentido, solo se debe decretar un EECCCP cuando la regulación ordinaria no permite enfrentar ni resolver la situación de hecho que justifica su adopción, y, asimismo, en

52 Posibilidad que corrobora el artículo 32.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos, al disponer que: “Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática”.

53 Mureinik, Etienne, “A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights”, en *South African Journal on Human Rights*, 10 (1), pp. 31-32.

54 Díaz, Iván, “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”, en *Revista de Derecho*, vol. 36, (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 2011, p. 170.

55 García, Gonzalo, “Los Estados de Excepción Constitucional: Un nuevo derecho de excepción”, en Zúñiga, Francisco (coord.), *Reforma Constitucional*, (Lexis Nexis), 2005, pp. 451-487.

56 Álvarez, Vicente, “El Coronavirus (COVID-19): respuestas jurídicas frente a una situación de emergencia sanitaria”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N° 86-87, marzo-abril, 2020, pp. 8-9.

57 García, Gonzalo, “Los Estados de Excepción Constitucional: Un nuevo derecho de excepción”, en Zúñiga, Francisco (coord.), *Reforma Constitucional*, (Lexis Nexis), 2005, p. 464.

su contexto se debe establecer aquellas medidas que sean las menos lesivas para los derechos e intereses individuales. Por su parte, el análisis de idoneidad es un juicio acerca de la aptitud de la decisión para lograr la finalidad que fundó su establecimiento. En fin, valorar la proporcionalidad en sentido estricto implica poner en una balanza la intervención estatal y el objetivo propuesto, debiendo la limitación de derechos ser inferior al beneficio que se pretende obtener⁵⁸.

El principio de proporcionalidad ha sido reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos para los regímenes de excepción⁵⁹, donde los “Principios de Siracusa” (“PS”)⁶⁰ son la fuente más relevante en la materia⁶¹. Dichos principios establecen los criterios oficiales para la interpretación y aplicación de las normas sobre limitación y derogación de las disposiciones contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (“PIDCP”) para los estados de excepción⁶². En ese sentido, los PS disponen, entre otras cuestiones: (i) la prohibición de arbitrariedad en las limitaciones que se

58 Se sigue aquí a Valdivia, José Miguel, *Manual de Derecho Administrativo*, (Tirant lo Blanch), 2018, p. 235.

59 Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), Las medidas de emergencia y el COVID-19: Orientaciones, 27 de abril de 2020. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Events/EmergencyMeasures_COVID19_ES.pdf; Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General N° 29 (2001), sobre el artículo 4° del PIDCP, 31 de agosto de 2001, párrafo 4; Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Declaración sobre la suspensión de obligaciones dimanantes del Pacto en relación con la pandemia de COVID-19, 30 de abril de 2020; y, Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Declaración 1/20, COVID-19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales, 09 de abril de 2020.

60 Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Situación de los Pactos Internacionales de Derechos Humanos. Nota verbal de fecha 24 de agosto de 1984 enviada al Secretario General por el Representante Permanente de los Países Bajos ante la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra, 28 de septiembre de 1984.

61 Contreras Pablo y García, Gonzalo, *Diccionario Constitucional Chileno* (Tribunal Constitucional), 2014, p. p. 440.

62 Cuestión regulada en el Artículo 4 del PIDCP, el cual dispone que:
“1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.
2. La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18.
3. Todo Estado Parte en el presente Pacto que haga uso del derecho de suspensión deberá informar inmediatamente a los demás Estados Partes en el presente Pacto, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, de las disposiciones cuya aplicación haya suspendido y de los motivos que hayan suscitado la suspensión. Se hará una nueva comunicación por el mismo conducto en la fecha en que se haya dado por terminada tal suspensión”.

establecen; (ii) la prohibición de desviación del fin en relación a estas; y, (iii) que las limitaciones sean necesarias, lo cual implica su análisis bajo el test de proporcionalidad, ya que se prohíbe al poder público utilizar “medios más restrictivos de lo que sea necesario para lograr el propósito de la limitación”, recayendo la carga de justificar la necesidad de la limitación en el mismo Estado⁶³.

Ahora bien, incluso obviando los principios del derecho internacional de los derechos humanos respecto a la excepción, la exigencia de justificar la decisión de establecerlo y de emplear las facultades que este concede, no es algo extraño al derecho público doméstico. Por lo mismo, todo acto administrativo, sin importar su naturaleza o autoridad que lo dicte, debe ser motivado. Este requisito se refiere a que el acto debe expresar las razones de hecho y fundamentos de derecho que sostienen el proceder de la administración, atendiendo la finalidad pública perseguida⁶⁴.

El requisito de motivación de los actos administrativos tiene fuente expresa en el artículo 11 de la Ley N° 19.880, sobre Bases de los Procedimientos Administrativos (“LBPA”), según el cual: “Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”, lo que se reitera en el artículo 41 de la misma ley: “Las resoluciones contendrán la decisión, que será fundada”.

Ya se indicó que no cualquier justificación invocada por la administración resulta legítima para habilitar su intervención sino que esta debe ser razonable, lo que implica la existencia de un equilibrio entre el medio utilizado y la finalidad que se persigue. No basta con que un acto administrativo exponga los motivos considerados en su dictación, sino que además estos deben guardar una proporcionalidad con el fin que se propone. En ese sentido, la falta de motivación y/o la ausencia de proporcionalidad producen un acto viciado. Como señala Bermúdez, el error o ausencia de justificación de un acto y, en consecuencia, la arbitrariedad en su dictación, constituyen un vicio por exceso o abuso de poder⁶⁵. Asimismo, existirá el vicio si al analizar la motivación de un acto adminis-

63 Al respecto, la Organización de las Naciones Unidas ha indicado que se debe justificar con precisión el establecimiento del estado de excepción y de las medidas adoptadas bajo su vigencia. En ese sentido, véase: Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, Observación General N° 29 (2001), sobre el artículo 4° del PIDCP, 31 de agosto de 2001, párrafo 5.

64 Bermúdez, Jorge, *Derecho Administrativo General*, (Legal Publishing), 2014, p. 118.

65 Bermúdez, Jorge, *Derecho Administrativo General*, (Legal Publishing), 2014, p. 119.

trativo se verifica una desproporción en cuanto a la finalidad perseguida, ya sea por falta de idoneidad, necesidad y/o proporcionalidad estricta⁶⁶.

La decisión de establecer un estado de excepción y las medidas adoptadas en su contexto no son ajenas a los requisitos antes dichos. Si bien el Presidente de la República ejerce facultades que emanan directamente de la Constitución para establecer el EECCCP, no se puede desatender que estas decisiones se concretan a través de actos administrativos, ni tampoco que facultan al Jefe de Estado para limitar derechos de particulares. En ese sentido, las actuaciones referidas deben motivarse, por aplicación del artículo 11 de la LBPA, y las justificaciones expresadas deben guardar proporcionalidad con la finalidad perseguida, que en la situación actual de Chile supone ser la de enfrentar la crisis sanitaria por COVID-19.

Entonces, la decisión de establecer el estado de excepción, así como cada una de las medidas adoptadas durante su vigencia, deben manifestar los argumentos de hecho y de derecho que les sirven de fundamento y explicar cómo aquellas son útiles para enfrentar la crisis sanitaria, cuestión que, por lo demás, es una exigencia legal, contenida en el artículo 53 de la Ley orgánica constitucional de bases generales de la administración (“LOCBGAE”), según la cual: “El interés general exige el empleo de medios idóneos de diagnóstico, decisión y control, para concretar, dentro del orden jurídico, una gestión eficiente y eficaz”.

En suma, el EECCCP y las medidas que se deciden durante su vigencia deben ser conducentes, proporcionales e indispensables o necesarias, lo cual implica que no se encuentran disponibles medios menos gravosos para lograr la misma finalidad propuesta.

4.2. Las medidas restrictivas de la libertad ambulatoria y de reunión parecen ser una cuestión de legalidad

Uno de los aspectos de la proporcionalidad consiste en que la respectiva decisión estatal no tenga una alternativa menos gravosa. Esto quiere decir que, de existir varias opciones para concretar un determinado efecto querido por el poder público, este debe escoger aquellas medidas que menos afecten los derechos y la normalidad institucional del país. Como es obvio, la excepción constitucional es la determinación más extrema posible, puesto que, de acuerdo con la Constitución, admite la intervención directa del Ejecutivo en las

⁶⁶ Corte Suprema, Rol N° 3598-2017, 19 de junio de 2017, considerando 7°.

libertades de los ciudadanos, con un limitado control por parte de los tribunales, porque da lugar a un régimen administrativo extraordinario, y militariza, desde la supervigilancia y el control, la vida cotidiana.

Cualquier pandemia exige una regulación que impida su propagación y, para este efecto, se emplean restricciones al movimiento de las personas y se limitan las aglomeraciones. A este respecto, la pregunta que cabe efectuar para el análisis de proporcionalidad es si en el ordenamiento jurídico nacional existen atribuciones ordinarias suficientes para decretar dichas medidas o si solo pueden tomarse en un esquema de excepción constitucional por calamidad pública.

La respuesta para lo anterior se halla en lo dispuesto en la combinación entre el artículo 36 del Código Sanitario y el Reglamento Sanitario Internacional, vigente en Chile desde el año 2005⁶⁷. Conforme al primero, la autoridad sanitaria adquiere facultades extraordinarias amplísimas con tal de controlar la pandemia, algo que el Gobierno comprendió con claridad al declarar la emergencia sanitaria mediante el Decreto N° 4 de febrero de 2020, y su modificación a través del Decreto N° 6, antes de dictarse el EECCCP. En efecto, estos actos administrativos establecieron que el Ministro de Salud podría disponer providencias para: evitar aglomeraciones en espacios públicos y cerrados; denegar la entrada de personas no afectadas en zonas afectadas por COVID-19; prohibir el desembarco de pasajeros de naves y aeronaves; suspender las clases en establecimientos educacionales; suspender actividades masivas en espacios cerrados; aislar personas contagiadas o con sospecha de estarlo; y aplicar medidas y recomendaciones emanadas de la OMS dentro del ámbito del Reglamento Sanitario Internacional.

De acuerdo con este último cuerpo normativo, varias son las medidas restrictivas de la libertad y de reunión que es posible adoptar durante una pandemia. Así, el artículo 18 admite que, entre las recomendaciones de la OMS a ser seguidas por parte de los Estados que han promulgado el Reglamento Sanitario Internacional, se encuentran las cuarentenas, los aislamientos, o las prohibiciones de ingreso o salida a áreas afectadas por la enfermedad.

En suma, el Gobierno reconoció al inicio de la pandemia que para establecer restricciones a la libertad de desplazamiento y de reunión no se requiere la excepción constitucional. Esto constitucionalmente es admisible desde que, como debería ser claro ya, las restricciones y limitaciones a los derechos no

67 Promulgado con fecha 17 de septiembre de 2008, por: Ministerio de Relaciones Exteriores, Decreto N° 230.

solo se producen en medio de una excepción constitucional, sino que son parte de la actividad regular de la administración del Estado, en la medida que se haga conforme al ordenamiento y previa habilitación legal. Por cierto, podría cuestionarse la falta de determinación de la regulación si solo se considera la amplitud del artículo 36 del Código Sanitario⁶⁸, sin embargo, esto es distinto de que no haya habilitación legal para actuar, menos cuando se complementa esa norma con lo dispuesto por el Reglamento Sanitario Internacional. Todavía más: esa falta de determinación es funcional a un contexto en el cual puede estar justificada, a saber, una pandemia mundial que puede requerir medidas no tasadas.

Lo anterior tiene consecuencias para el análisis de proporcionalidad planteado en este trabajo. En efecto, si existía habilitación legal para decretar restricciones a la libertad ambulatoria y de reunión específicamente para el contexto de una pandemia, algo que el Gobierno reconoció a través de los Decretos N° 4 y 6, la excepción constitucional no era la única opción disponible, sino que existía un régimen de normalidad apto para adoptar las mismas medidas. Por esta vía, es posible cuestionar la proporcionalidad del EECCCP.

4.3. La justificación insuficiente del toque de queda

El toque de queda es una restricción del derecho de libertad de desplazamiento que implica la prohibición de circular en espacios públicos por un lapso determinado que, en la práctica, suele extenderse durante la noche y la madrugada. Su declaración se efectúa por el Jefe de la Defensa Nacional designado por el Presidente. A diferencia de las cuarentenas, la única vía para decretar un toque de queda es a través del establecimiento de un estado de excepción.

En Chile el toque de queda ha estado vigente desde el 22 de marzo del año 2020⁶⁹, siendo una de las justificaciones que ha invocado el Gobierno para extender la vigencia del EECCCP⁷⁰. Sin embargo, a la fecha no se ha entregado una justificación suficiente que respalde su idoneidad y necesidad, más allá del señalamiento genérico de que esta medida serviría para reducir los contagios. Los criterios para adoptar la decisión de establecerlo son

68 Ferrada, Juan Carlos, "La exclusión del control judicial de las medidas sanitarias a través del Recurso de Protección: ¿una vuelta a la 'doctrina del acto político'?", en Rojas, Christian, Ferrada, Juan Carlos y Méndez, Pablo (coords.), *Derecho público y emergencia. Respuestas ante el COVID-19*, (Thomson Reuters), 2021, pp. 316-317.

69 Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 202, 22 de marzo de 2020.

70 T13.cl, Presidente Piñera anuncia la extensión del Estado de Catástrofe que vence el 13 de marzo, 1 de marzo de 2021.

desconocidos, y hasta el 8 de julio de 2021⁷¹ no se había fijado parámetro alguno para la determinación de su duración horaria.

Al revisarse la idoneidad y la necesidad del toque de queda para enfrentar la pandemia de COVID-19 es posible formular dos cuestionamientos, lo que se explica enseguida.

En primer lugar, la idoneidad de la medida no es concluyente. El Gobierno no ha divulgado antecedentes que permitan concluir cómo el toque de queda disminuye la tasa de contagios; tampoco ha entregado datos sobre la eficacia concreta de la medida durante su vigencia y por más de un año no se explicitaron los criterios para sus constantes modificaciones horarias⁷². No existe información para analizar la efectividad del toque de queda y, dado a que el mayor contacto de personas ocurre durante el día, el impacto puede ser mínimo⁷³. Un razonamiento concordante ha tenido la Corte Suprema: deambular por las vías públicas de noche en infracción al toque de queda, incluso acompañado, no es per se una actividad generadora de riesgo para la salud pública⁷⁴.

En segundo término, tampoco se ha justificado la necesidad de la medida. Como se indicó, el toque de queda implica la militarización de la zona en la que recae, siendo los encargados de fiscalizar su cumplimiento los funcionarios de las fuerzas armadas. Controlar militarmente a la población es una decisión más gravosa que hacerlo civilmente o bajo el régimen ordinario de policía. En este sentido, el Gobierno no ha entregado las razones que harían preferible el toque de queda, en el ejercicio de las facultades otorgadas por el EECCCP, en vez de una cuarentena o confinamiento nocturno, cuya fiscalización se encuentra a cargo de la autoridad sanitaria con auxilio de la fuerza pública, en línea con lo dispuesto en el Decreto N° 4 de 2020 de alerta sanitaria⁷⁵.

71 En ese sentido, véase: T13.cl, Gobierno anuncia cambios en toque de queda: serán dos horarios y variará por región, 8 de julio de 2021; 24horas.cl, Cambios al toque de queda: las 4 regiones que modificarían el horario desde este jueves, 12 de julio de 2021; y, Adnradio.cl, Cambio en el horario de toque de queda: ¿Qué le falta a la RM y a otras regiones del país para optar a esta medida?, 22 de julio de 2021.

72 Esas modificaciones constan en: Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 693, 21 de agosto de 2020; Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 934, 5 de noviembre de 2020; Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 1.106, 23 de diciembre de 2020; Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 167, 25 de febrero de 2021; Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 233, 13 de marzo de 2021; Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 317, 5 de abril de 2021; y, Subsecretaría de Salud Pública, Resolución Exenta N° 481, 19 de mayo de 2021.

73 Adnradio.cl, Académico UC y efecto sanitario del toque de queda: “Yo diría que debe ser mínimo”, 2 de marzo de 2021.

74 Corte Suprema, Rol N° 125.436-2021, 25 de marzo de 2021, considerandos 10°-11°.

75 Decreto N° 4, artículo 3.7.

4.4. Las restricciones a la propiedad en realidad limitan la libertad de empresa

En el discurso público se ha sostenido que sólo la excepción constitucional posibilitaría la fijación de precios de ciertos bienes o servicios necesarios en el control de la pandemia. Lo anterior, apoyado en lo dispuesto por el artículo 43 inciso 3° de la Constitución, según el cual, el EECCCP permite al Presidente de la República “establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad”. Sin embargo, al revisarse las medidas que fijan los precios es posible detectar los defectos de este argumento.

En efecto, el precio es un elemento que, cuando se ejerce una actividad económica, forma parte de la libertad de empresa. Como lo ha explicado Agüero, una de las manifestaciones precisas de ese derecho consiste en “que el empresario tiene la facultad de elegir proveedores y clientes, fijando de consuno el precio de las transacciones”⁷⁶. Desde el punto de vista constitucional, el precio establecido en contratos que operan en un entorno donde el prestador de servicios o proveedor de bienes es un empresario, se halla protegido directamente por la libertad de empresa establecida en el artículo 19 numeral 21° de la Constitución y no, en cambio, por la propiedad. Así, como la prestación de servicios de toma de muestra y laboratorio en un examen PCR para detectar el COVID-19 es en Chile una actividad empresarial, la regulación de su precio es una intervención en el derecho a desarrollar una actividad económica lícita.

La libertad de empresa no es de aquellos derechos expresamente susceptibles de ser limitados de manera directa durante la vigencia del EECCCP y, por lo mismo, el artículo 43 inciso 3° de la Constitución no puede ser la disposición que funda la limitación del precio en ámbitos donde hay particulares que ejercen actividades económicas. Residualmente, pues, la única norma que queda en el sistema para sustentar la intervención es el artículo 36 del Código Sanitario, a menos, claro está, que se defienda un vacío normativo y la total antijuridicidad de la fijación de precios por parte del Ejecutivo.

Por cierto, cuando la Constitución autoriza las limitaciones a las libertades de locomoción, reunión y propiedad, indirectamente se restringen otros derechos que dependen de estos: si se limita el derecho de reunión, indirectamente se vulnera el derecho a ejercer un culto libremente. Sin embargo, esto no opera a la inversa: la Constitución no autoriza restringir un derecho indirectamente involucrado —lo que acontece con la propiedad al intervenir el precio— con tal de limitar un derecho que directa y específicamente protege

⁷⁶ Agüero, Francisco, “Informe en Derecho. Límites constitucionales a la fijación de precios de medicamentos”, 2018, p. 5, citando a De Juan.

una posición jurídica de su titular (el derecho a desarrollar una actividad económica una de cuyas expresiones es el precio de los bienes y servicios que el empresario ofrece).

Lo que se viene diciendo significa que el fundamento para limitar los precios de los bienes y servicios en el contexto de la pandemia no pudo ser el artículo 43 inciso 3° de la Constitución. Por lo mismo, la única cobertura con la que cuenta la autoridad sanitaria para lo anterior es el artículo 36 del Código Sanitario. Si esto es así, tampoco estaría justificada la excepción constitucional, puesto que sin ella se acometen limitaciones a la libertad de empresa. Conforme a este razonamiento, bastando con el régimen de normalidad para regular esa medida, el EECCCP podría considerarse desproporcionado porque se emplea la regulación más gravosa cuando existe un régimen menos invasivo disponible.

4.5. Las razones para las prórrogas en el Congreso puestas en cuestión

Cuando llegó el turno de solicitar al Congreso la aprobación de las prórrogas del EECCCP, el Ejecutivo declaró que sin la vigencia de este no se podría seguir ayudando económicamente a las personas afectadas por la pandemia. Además, el Presidente se refirió públicamente a la necesidad de la excepción para militarizar la Araucanía, contando con la colaboración de las fuerzas armadas por períodos más extensos de los que permite el Estado de sitio, cuya duración es solo de 15 días⁷⁷⁻⁷⁸. Por último, para justificar la segunda solicitud de renovación, agregó que sin ella no se podrían cerrar las fronteras, lo que fue reiterado por el Ministro de Salud⁷⁹. Estas razones se evaluarán a continuación.

En primer lugar, es necesario señalar que no se requiere la vigencia del EECCCP para proveer ayudas económicas a la población durante la pandemia de COVID-19, ya que estas han sido establecidas por ley: los Ingresos Familiares, focalizados y universales, tienen como fuente las leyes N° 21.230, 21.243, 21.251 y 21.352, mientras que los bonos COVID, dirigidos a la reactivación económica, se encuentran regulados, por ejemplo, en las leyes N° 21.323 y

77 En ese sentido, véase: 24horas.cl, Presidente Piñera afirma que “vamos a extender el Estado de Catástrofe que termina el 13 de marzo”, 1 de marzo de 2021; Radio.uchile.cl, Presidente Piñera anuncia que solicitará extender estado de Catástrofe por otros 90 días, 1 de marzo de 2021; y, *La Tercera*, ¿Prorrogar o no? Las dudas que levanta en el gobierno una nueva renovación del estado de excepción, 13 de mayo de 2021, página 9.

78 *La Tercera*, ¿Prorrogar o no? Las dudas que levanta en el gobierno una nueva renovación del estado de excepción, 13 de mayo de 2021, página 9.

79 *El Mostrador*, Ministerio de Salud confirma primer caso de la variante delta del Covid-19 en Chile, 24 de junio de 2021.

21.354. En lo que respecta a su origen, estas normas fueron iniciativas del Presidente de la República en uso de las facultades constitucionales ordinarias⁸⁰. Así, argumentar que estos beneficios requieren la vigencia de un estado de excepción, debido a que su texto condiciona su aplicación al mismo, es un argumento incorrecto que solo tiene como origen un problema de técnica legislativa: se vincularon las ayudas a la subsistencia del EECCCP, algo que no es una imposición del ordenamiento jurídico nacional, por lo cual pudieron existir otras opciones regulatorias. Lo anterior no aplica solo para las leyes que conceden ayudas económicas, sino que para todas aquellas que han sido dictadas con el propósito de enfrentar la crisis sanitaria desde su origen. Así, una modificación general a la condición de aplicación de esas leyes desvanecería la necesidad del EECCCP: bastaría con vincularlas a la existencia y duración de la crisis sanitaria producida por la pandemia de COVID-19.

En segundo lugar, la militarización de la Araucanía no puede servir de fundamento legítimo para mantener la vigencia del EECCCP, de lo contrario, habría una desviación del fin de los actos dictados con ese propósito. Como se dijo, son las afirmaciones del Presidente de la República aquellas que propusieron esta justificación, planteamiento que es problemático porque, tal como consta en el Decreto N° 104 y en sus prórrogas, la excepción se estableció con la finalidad específica de enfrentar la crisis sanitaria y no con el objetivo de resolver los conflictos de la zona sur del país. En ese sentido, si se establecen medidas para militarizar la Araucanía, desprovistas de una finalidad netamente sanitaria, podría existir una desviación de poder, toda vez que se están ejerciendo atribuciones para una finalidad distinta del interés público que motivó el establecimiento del estatuto que faculta su imposición, lo que constituye un vicio de legalidad en el acto administrativo y, por tanto, la nulidad de la decisión⁸¹. Bajo este supuesto, habría un Estado de sitio encubierto, es decir, inconstitucional.

En tercer lugar, contrariamente a lo señalado por el Ministro de Salud, para cerrar las fronteras no se necesita la mantención del EECCCP. Con anterioridad a que este se declarara, ya se había restringido el acceso a extranjeros sin residencia regular al país⁸², lo que se pudo hacer porque en el ordenamiento jurídico nacional existen normas que permiten restringir el desplazamiento

80 Artículos 32 N° 1 y 65 de la Constitución Política de la República.

81 Valdivia, José Miguel, *Manual de Derecho Administrativo*, (Tirant lo Blanch), 2018, pp. 220 y 240.

82 Subsecretaría del Interior, Decreto N° 102, de 17 de marzo de 2020.

interfronterizo sin que se encuentre en vigencia un régimen de excepción. Al respecto, el artículo 3º, inciso 2, del DL 1094 permite que los lugares habilitados para ingresar y salir del territorio nacional puedan ser cerrados de manera temporal o indefinida cuando concurren circunstancias que aconsejen estas determinaciones⁸³. Asimismo, el artículo 57 del Código Sanitario dispone que, “cuando el país está amenazado o invadido por peste, cólera, fiebre amarilla, viruela, tifo exantemático o cualquiera otra enfermedad transmisible, el Servicio Nacional de Salud deberá establecer medidas adecuadas para impedir la transmisión internacional de dichas enfermedades, ya sea que éstas puedan propagarse por medio de pasajeros y tripulación, cargamento, buques, aviones, trenes y vehículos de carreteras, así como por mosquitos, piojos, ratas u otros agentes transmisores de enfermedades”. Entre esas “medidas adecuadas” se halla la prohibición de embarque o desembarque de pasajeros, tripulación y carga⁸⁴.

5. Síntesis y recomendaciones para la nueva Constitución

Sobre la base de todo lo señalado en este artículo es ya posible formular una síntesis. El EECCCP declarado para enfrentar la crisis sanitaria producida por la pandemia de COVID-19 debe satisfacer el principio de proporcionalidad, lo cual implica que no deben existir opciones regulatorias menos gravosas para resolver la situación que motiva su dictación. Asimismo, la excepción ha de ser idónea y producir mayores beneficios que costos. Lo propio debe suceder con las medidas específicas adoptadas durante el régimen de excepción.

Habiéndose analizado el EECCCP y las providencias tomadas en su contexto para aplacar la pandemia se puede concluir que: (i) tanto las restricciones a la libertad ambulatoria —incluyendo el cierre de fronteras—, como las fijaciones de precios y limitaciones a la libertad económica, no requieren de la declaración del EECCCP, ya que se fundan en facultades legales; (ii) las ayudas económicas se han conferido a través de leyes, no siendo indispensable la excepción para su dictación; y (iii) no se ha justificado la idoneidad ni necesidad del toque de queda como medida para enfrentar el COVID-19. Lo anterior implica que el EECCCP puede cuestionarse por su falta de idoneidad y necesidad, esto es, por su desproporción, situación que trae como consecuencia un posible vicio de justificación en su dictación y mantención.

83 Facultad que también se encuentra consagrada por la nueva Ley de Extranjería y Migraciones, N° 21.325, en su artículo 25º, inciso 2º.

84 Artículo 57, inciso final, del Código Sanitario.

La excepción tampoco cumple con el requisito de transitoriedad, y ha habido a su respecto un discurso gubernamental que bien podría calificarse como un intento de desviación del fin del EECCCP para transformarlo en un estado de sitio encubierto en la Región de la Araucanía.

Junto a lo anterior, la desproporción del EECCCP es preocupante porque, desde el punto de vista de la adhesión ciudadana a la regulación empleada para controlar la pandemia, no tiene sentido haber usado las herramientas más incisivas del sistema —militarización inclusive— desde el inicio, puesto que, como es natural, se produce un desgaste de aquellas y cuando esto ha ocurrido, ya no es posible escalar en la severidad de las medidas porque no hay más. En tal sentido, la estrategia de usar como *prima ratio* la excepción constitucional sabotea el objetivo mismo de controlar la pandemia y constituye, pues, una política inadecuada.

Para terminar, es conveniente que exista una nueva regulación de los estados de excepción en la futura Constitución. En lo que toca a este texto, se hace necesario separar la militarización de las zonas afectadas del estado de catástrofe por calamidad pública, estatuyendo un modelo de administración civil de este régimen extraordinario⁸⁵, acudiendo solo optativamente a los institutos armados. Concordantemente, según lo han dicho Contreras y Salazar, la preeminencia en estas materias ha de estar radicada en las autoridades democráticamente elegidas⁸⁶. Acaso sea recomendable, también, una regulación más clara de la calamidad pública que permita, sin ambigüedades, a la administración del Estado hacerse cargo de los problemas que se producen en una situación tal, para lo cual debe disponer de medidas extraordinarias que directamente tengan por objeto asegurar el bienestar de la población, incluyendo transferencias de recursos. Por cierto, esto exige como contrapartida mayores controles sobre las decisiones del Ejecutivo en la materia. A este respecto, podría resultar apropiado tener un mecanismo de control desde el Congreso que no implique, como sucede en la actualidad, solo aprobar o rechazar la extensión de la excepción luego de que ha transcurrido el tiempo máximo para su vigencia.

85 Soto, Pablo, “Estado de catástrofe: Un modelo, de excepción constitucional agotado”, en *Latercera.com*, 20 de marzo de 2020.

86 Contreras, Pablo y Salazar, Sebastián, “Desconstitucionalizar para democratizar: Las Fuerzas Armadas y las Policías en la Nueva Constitución”, en *Política*, Vol. 58, N° 1, (Universidad de Chile), 2020, p. 24.

CUANDO EL ESTADO ABDICA DE ACTUAR COMO TAL. LA REQUISICIÓN ADMINISTRATIVA Y EL CASO “ESPACIO RIESCO”¹

*Flavio Quezada Rodríguez*²

Resumen

En el presente trabajo se realiza un análisis crítico de las decisiones administrativas del caso “Espacio Riesco”, en el cual un centro de eventos fue transformado en un establecimiento hospitalario de emergencia en el contexto de la epidemia de COVID-19. Así, se expone con cierto detalle su cronología jurídica; luego se explica que la vía optada por la autoridad -contratación administrativa mediante trato directo- habría sido menos beneficiosa para los intereses generales que la vía de excepción consistente en una requisición. Por último, se avanzan algunas reflexiones finales a raíz del caso analizado.

1. Introducción

La epidemia del COVID-19 ha significado importantes desafíos para los Estados, los cuales han debido recurrir a mecanismos inusuales en contextos de normalidad. Las medidas adoptadas han abierto un vivo debate en los países, en especial entre los juristas, pues han significado intensas restricciones a las libertades y derechos de las personas, así como la implementación de una legalidad sin precedentes. En Chile no ha sido distinto. Seminarios, jornadas y diversas publicaciones dan cuenta de ello. El presente trabajo pretende detenerse en un caso que resulta interesante para el derecho público chileno, tanto por lo que ahí se hizo como, especialmente, lo que se dejó de hacer: el llamado caso “Espacio Riesco”.

¹ Algunas de las ideas de este trabajo fueron adelantadas en una columna de opinión publicada en coautoría con Matías Guiloff: Ciperchile.cl, Cuando el Estado opta por no actuar como tal: el arriendo del Espacio Riesco, 26 de marzo de 2020.

² Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Valparaíso.

La genealogía de este caso se remonta, a lo menos, dos días antes de la primera declaración de estado de excepción constitucional. En efecto, el 18 de marzo de 2020, a través del decreto supremo n° 104, del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, el Presidente de la República declaró el estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública, en todo el territorio nacional y por un término de 90 días. La calamidad sería la pandemia del coronavirus. Dos días antes, el Ministro de Salud de la época anunciaba lo siguiente: “Hemos cerrado hoy día un arriendo muy barato con un lugar de eventos de Santiago muy importante para alojar a más de 3 mil personas, de manera que estamos en la capacidad adecuada para soportar escenarios más complejos”³. Así, se anunciaba la transformación del centro de eventos denominado “Espacio Riesco” en un recinto médico de emergencia. Meses después se hizo público que el acuerdo anunciado por la autoridad se formalizó mediante la suscripción de dos contratos, uno de arriendo y otro de prestación de servicios, el primero con fecha 25 de marzo de 2020 y el segundo el 1° de abril del mismo año.

Luego del anuncio público se abrió un vivo debate, puesto que no se justificó claramente ante la ciudadanía la necesidad de ocupar dicho espacio ni de proceder de la forma en la cual se hizo. Posteriormente la Contraloría formuló diversos reparos de legalidad. Uno de los puntos del debate estuvo en las razones para actuar mediante la legalidad normal y no utilizar los instrumentos jurídicos que habilita la declaración de estado de excepción constitucional de catástrofe. En otros términos, ¿por qué el gobierno decidió proceder a un arrendamiento y abdicó de ejercer el poder público de excepción en resguardo de los intereses generales? En lo que sigue, se procederá a una reflexión en tres tiempos: primero, realizando una breve cronología jurídica del caso; luego explicando las ventajas que habría tenido proceder mediante una medida de excepción -la requisición-; para finalizar con algunas ideas que es posible avanzar de lo previamente desarrollado.

2. Breve cronología jurídica del caso “Espacio Riesco”.

Como se señaló previamente, el 18 de marzo de 2020 el Presidente de la República declaró el estado de excepción constitucional por calamidad pública. Por otro lado, previamente, el 8 de febrero del mismo año, el Ministro de Salud ya había dictado el decreto supremo n° 4, por el cual se declaró alerta sanitaria y otorgó facultades extraordinarias de las establecidas en el artículo

3 Elmostrador.cl, Gobierno arrendó un centro de eventos para atender a 3 mil afectados por coronavirus, 17 de marzo de 2020.

36 del Código Sanitario. Entre aquellas, en el numeral 2 del artículo 2 bis, se le otorgó a la Subsecretaría de Redes Asistenciales la de disponer lo siguiente:

“Efectuar la adquisición directa de bienes, servicios o equipamiento que sean necesarios para el manejo de esta urgencia, la cual, de acuerdo a lo establecido en el artículo 8° letra c) de la ley N° 19.886, de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministros y Prestación de Servicios, quedará liberada de los procedimientos de licitación, sin perjuicio de su publicación posterior en el portal www.mercadopublico.cl.”

Es decir, se le permitió contratar vía trato directo la adquisición de bienes y servicios. En el derecho chileno, la formación de los contratos administrativos requiere un conjunto de condiciones formales más o menos exigentes, lo cual se sintetiza en el artículo 9° de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Ahí se impone como regla general la necesidad de una “propuesta pública” o licitación pública, salvo que proceda algún supuesto expreso que permita la licitación privada o el trato directo. Si bien las dos primeras hipótesis son más robustas en garantías destinadas a asegurar la concreción del interés general, tienen por contrapartida que resultan más lentas, lo cual obsta a la celeridad pública que exige una situación de emergencia. En efecto, la licitación pública “...es un procedimiento concursal abierto, en que se convoca a participar con sus ofertas a quienes se interesen por proporcionar a la Administración los bienes o servicios que requiere”⁴; mientras que en la licitación privada “...la Administración selecciona a las personas que le parecen más idóneas para realizar la prestación que le interesa y a ellos dirige su proposición, señalando las bases administrativas que especifican el servicio u obra de que se trate y que contienen la normativa que habrá de regir la ejecución del contrato”⁵. Como puede verse, ambas modalidades requieren desplegar un procedimiento (la licitación o concurso) que dilataría la acción pública de forma importante.

El numeral 31 del artículo 2 del reglamento de la ley 19.886 establece una definición de trato directo, entendiendo por tal el “[p]rocedimiento de contratación que por la naturaleza de la negociación debe efectuarse sin la concurrencia de los requisitos señalados para la Licitación o Propuesta Pública y

4 Cordero, Luis, *Lecciones de Derecho Administrativo*, 2° edición corregida, (Legal Publishing Chile), 2015, p. 429.

5 Nota N° 4.

para la Privada”; en otros términos, “...consiste en un acuerdo de voluntades que la Administración celebra con un co-contratante libremente elegido para obtener de él los bienes o servicios que necesita [...]”⁶. Se trata de un sistema excepcional que solo procede si no ha sido posible licitar⁷. Esta flexibilidad y celeridad del trato directo justifica que se utilice para situaciones excepcionales, pero, como contrapartida, eleva el riesgo de actuación contraria al ordenamiento jurídico y, en especial, de contravenciones al principio de probidad. De conformidad a la habilitación de la alerta sanitaria, el gobierno suscribió dos contratos por esta vía: (i) la resolución exenta n° 265, de 2020, de la Subsecretaría de Redes Asistenciales, que autorizó la modalidad de trato directo y aprobó el contrato de arrendamiento del denominado “Espacio Riesco”; y (ii) la resolución n° 13, de 2020, del Servicio de Salud Metropolitano Norte, autorizando un contrato de prestación del servicio “integral de provisión de espacios, instalaciones y servicios de apoyo” para el funcionamiento del “Centro Hospitalario Huechuraba”. Este último es el establecimiento hospitalario en el que se convirtió el centro de eventos.

Una vez anunciada públicamente esta contratación, pero antes de la suscripción de los respectivos convenios, el 5 de mayo de 2020, a raíz de una solicitud presentada por la H. Diputada Claudia Mix *et al*, la Contraloría emitió un dictamen en el cual no identificó ilegalidades concretas. Sin embargo, en dicho acto ordenó que le fuesen remitidos “a la brevedad” los contratos respectivos, como también el “acto administrativo que lo apruebe y los antecedentes que le sirvan de fundamento”⁸.

Varias ilegalidades -bastante graves- fueron establecidas con posterioridad, respecto del segundo contrato por parte de la Contraloría General de la República: (i) el precio pactado no estaría debidamente justificado pues incluiría prestaciones ya comprendidas entre las obligaciones propias del primer contrato (el arriendo); (ii) tampoco se aportaron antecedentes que sustenten los valores que se asignaban a las distintas prestaciones, que diesen cuenta que se enmarcaban dentro de los precios que regularmente se pagan en el mercado, a fin de acreditar la aplicación de los principios de “eficiencia, eficacia y economía que rigen a los órganos de la Administración del Estado, conforme a

6 Nota N° 4.

7 Nota N° 4, p. 430.

8 Dictamen N° 4798, de 2020.

9 Resolución N° E17.562, de 2020, dictada por la Contraloría Regional Metropolitana de Santiago.

los artículos 3° y 5° de la ley N° 18.575”; (iii) se fijaba una cláusula de prórroga automática, contraviniendo la prohibición expresa que se dispone en el artículo 12 del decreto n° 250, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que aprueba el reglamento de la ley n° 19.886; (iv) no se disponían plazos para otorgar ciertas prestaciones, lo que impediría identificar eventuales incumplimientos de la empresa contratante, infringiendo el numeral 5° del artículo 22 y el artículo 52 del mismo reglamento señalado en el número anterior; (v) solo se detallaban algunas conductas para sancionar incumplimientos contractuales, sin prever una cláusula general al efecto; y, finalmente, (vi) se objetó que, a pesar que el contrato se suscribió el 1° de abril de 2020 el respectivo acto aprobatorio recién fue emitido el 17 de junio de ese año.

Ante estos serios reproches de legalidad, el Servicio de Salud Metropolitano Norte dictó una nueva resolución, la número 2 de 2021, en la cual autorizó, aprobó y regularizó el contrato objetado. Aquella fue tomada de razón por la Contraloría, aunque se efectuó con un alcance que, en rigor, trata de una objeción de legalidad bastante grave y no resuelta. En efecto, el ente contralor reparó¹⁰ que, aunque en esta oportunidad el servicio de salud adjuntó dos cotizaciones adicionales para intentar demostrar que el precio acordado resultaba conveniente pues se ajustaría a los precios de mercado, aquellas fueron elaboradas seis meses después de suscrito el contrato. Así, tal como señala la Contraloría, “...se colige que la autoridad de salud no adoptó oportunamente las medidas tendientes a cautelar el cabal cumplimiento de los principios de eficiencia, eficacia y economicidad que rigen su actuar”.

Tanto los reparos efectuados desde la opinión pública, como aquellos de índole jurídica explicados previamente, gatillaron también otros mecanismos de control. Uno de tipo político por parte de la Cámara de Diputados, que aprobó una comisión investigadora, y dos de índole jurídica por parte de la Contraloría, que incoó auditorías y cuyos resultados aún no son públicos. Por su parte, la comisión de la Cámara elaboró un informe emitido el 15 de diciembre de 2020, el cual luego fue aprobado por la sala el 21 de enero de 2021. En dicho mecanismo de control se contienen diversos testimonios de funcionarios y autoridades, ahondándose en los reproches de legalidad que previamente identificó la Contraloría y concluyendo la necesidad de instruir sumarios e investigaciones sumarias en el Ministerio de Salud, la Subsecretaría de Redes Asistenciales y el Servicio de Salud Metropolitano Norte.

¹⁰ Resolución N° E84472, de 2021, dictada por la Contraloría Regional Metropolitana de Santiago.

Finalmente, no deja de ser curioso que el trato directo se considere como “extraordinario” -para usar la nomenclatura del Código Sanitario-; puesto que, en realidad, se ejerció una atribución que ya se encuadraba en la legalidad “habitual” o “normal”, de conformidad a su habilitación en casos de “emergencias” y “urgencias” que dispone el literal c) del artículo 8° de la ley n° 19.886, lo cual se replica en el numeral 3 del artículo 10 del reglamento de dicha ley, tal como el propio decreto de alerta sanitaria señala. Con todo, tal como se sigue de lo anteriormente expuesto, la autoridad administrativa determinó proceder mediante la aplicación de normas que solo invocaban la legalidad normal, es decir, sin encontrar su fundamento en la declaración de excepción constitucional. Aunque se trata de contratación administrativa y, por lo mismo, derogatoria del derecho privado, la autoridad se encontraba habilitada para intervenir mediante prerrogativas exclusivas y caracterizadoras de la estatalidad moderna. Otra vía era posible, el Estado podía haberse comportado de la forma en que solo él puede hacerlo, pero no lo hizo. El Estado abdicó de actuar como tal.

3. Otra vía era posible: requisiciones de excepción constitucional

El problema del tránsito entre la legalidad de “excepción” y la legalidad “normal” ha cruzado el pensamiento teórico político occidental desde la antigüedad. Se trata de un tópico complejo, pues precisamente pareciera plantear una paradoja al intentar limitar el poder político en momentos en que muestra precisamente desnudo o bruto. Se trata, en definitiva, del problema de los límites del fenómeno jurídico en sí, de su frontera con el “no-derecho”. Chile cuenta con normas constitucionales sobre estados de excepción que, aunque fueron reformadas en democracia, aún requieren adecuarse a los estándares internacionales en materia de derechos humanos. Un problema no menor está en que la ley orgánica respectiva no ha sido adecuada a la reforma del texto constitucional, lo cual ha generado discusiones políticas relevantes sobre la titularidad de ciertas atribuciones de excepción.

A raíz de la epidemia, el gobierno optó por decretar el estado de catástrofe, el cual es un estado de excepción constitucional que se establece para el caso de una calamidad pública, entendiéndose por aquella las situaciones, de causas humanas o naturales, de una magnitud tal que generen un grave daño al normal desarrollo del quehacer democrático, afectando significativamente a los habitantes del territorio nacional o una parte de él. Así, los hechos que motiven esta declaración pueden ser variados y de amplio alcance, como sismos, inundaciones, sequías, epidemias, contaminaciones por elementos químicos,

biológicos o bacteriológicos, el envenenamiento del agua que sirve a la población, entre otras situaciones¹¹.

Es declarado por el Presidente de la República determinando la zona afectada por la anormalidad, teniendo una duración máxima de 90 días, la cual es prorrogable si subsisten las circunstancias que lo motivan. Como contrapeso, el Presidente está obligado a informar al Congreso Nacional de las medidas que adopte en virtud de este estado de excepción constitucional; pudiendo ponerle término a la declaración, transcurridos 180 días desde su inicio, si las razones que la motivaron dejasen de justificarlo. Por otra parte, el Presidente de la República necesitará el acuerdo del Congreso Nacional para declararlo por un período superior a un año.

Una vez declarado, las zonas respectivas quedan bajo la dependencia inmediata del Jefe de la Defensa Nacional designado por el Presidente. Esta declaración habilita al último a restringir las libertades de locomoción y de reunión. Puede, asimismo, disponer requisiciones de bienes, establecer limitaciones al ejercicio del derecho de propiedad y adoptar todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad en la zona afectada.

Los tribunales de justicia no pueden calificar los fundamentos de la declaración de excepción ni las circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para decretarlos, es decir, dado que el control procede respecto de todos los restantes aspectos, podrán controlar la existencia de los hechos constitutivos de la causal, como las medidas particulares que afecten derechos constitucionales. En efecto, respecto a esto último se establece expresamente que las personas afectadas podrán siempre recurrir ante las autoridades judiciales, a través de las acciones que correspondan, con el objeto de obtener tutela de sus derechos y hacer efectivas las responsabilidades que correspondan, sean civiles, penales, administrativas de las autoridades. Es importante precisar que en esto último el control judicial rige de conformidad a las reglas de la normalidad constitucional, puesto que no se establece ninguna restricción a este respecto.

Pues bien, como se señaló, la declaración de este estado de excepción habilita, entonces, al Presidente de la República para restringir, entre otros derechos, la propiedad privada, ya sea limitando su ejercicio, disponiendo

11 En lo sucesivo se sigue la síntesis de esta materia en: García, Gonzalo y Contreras, Pablo, *Diccionario Constitucional Chileno*, (Cuadernos del Tribunal Constitucional), 2014, pp. 437-439. Un desarrollo sobre los estados de excepción constitucional en: Quezada, Flavio, "Los estados de excepción constitucional", en Por todos, Lorca, Rocío, *La hoja en blanco. Claves para conversar sobre una Nueva Constitución*, (La Pollera), 2020, pp. 297-315.

requisiciones de bienes y adoptando todas las medidas extraordinarias de carácter administrativo que sean necesarias para el pronto restablecimiento de la normalidad, según se sigue del inciso 3° del artículo 43 de la Constitución y la legislación orgánica en la materia. Aquellas acciones pueden conllevar una compensación, pero, en todo caso, resulta siempre posterior a la ocupación del inmueble y, salvo acuerdo entre las partes, previa declaración judicial.

De este modo, el gobierno podría haber requisado el “Espacio Riesco”, es decir, privar a su dueño temporalmente del uso y goce del inmueble y los bienes que guarnecen¹², por cuanto fuese necesario de conformidad a la duración de la catástrofe que justificó la declaración de excepción. En el derecho administrativo chileno hace falta un desarrollo doctrinal acabado de la requisición, como institución jurídica, tanto por razones prácticas, como disciplinares. Tal como lo señaló en su oportunidad Eduardo Aldunate, “[l]a sistemática de limitación y expropiación no queda completa sin una mirada a otras figuras privativas de propiedad, como la requisición y la confiscación”¹³. Con todo, en nuestro caso, al igual que en el derecho administrativo español¹⁴ o mexicano¹⁵, se le ha estudiado junto a la expropiación¹⁶; a diferencia del caso francés en el cual, aunque también se le conoce como una forma de ocupación temporal de bienes, goza de una especial actualidad como deber coactivo de una persona, física o jurídica, de prestar determinados servicios para la satisfacción de necesidades excepcionales y temporales, en especial, en su versión de concreción del principio del principio de continuidad de los servicios públicos en ciertas hipótesis¹⁷. Esta institución tendría antecedentes relativamente antiguos en el

12 Jiménez, Fernando, “Régimen jurídico del Estado de Catástrofe”, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, N° XVIII, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 1997, p. 311

13 Aldunate, Eduardo, “Limitación y expropiación: Scyllia y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad” en Revista Chilena de Derecho, vol. 33, N°2, (Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile), 2006, p. 300.

14 Escribano, Pedro, “Ocupación temporal”, en Revista de Administración Pública, N° 106, (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales), 1985, pp. 57-96. Sánchez, Miguel, *Derecho Administrativo. Parte General*, 16° edición, (Tecnos), 2020, p. 779.

15 Nava, Alfonso, “La requisición administrativa”, en Revista de Estudios de Derecho. Justicia Administrativa en México e Iberoamérica, N° 1, 2001, p. 429-445.

16 Cristina Durán, La requisición de la industria durante la Unidad Popular en relación a un concepto republicano de propiedad, Memoria de Grado para Optar al Grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago, Universidad de Chile, 2014.

17 Guglielmi, Guilles, Koubi, Geneviève y Long, Martine, *Droit du service public*, 4° Edición, (LGDJ), 2016, p. 312 a 315. Blich, Gregory, “De la grève comme d’un conflit civil: l’évolution du pouvoir de réquisition des grévistes en droit administratif”, en RFDA, Sept-Oct, 2017, p. 958-971. La obra clásica en esta materia es Ducos-Ader, Robert, *Le droit de réquisition*, thèse Bordeaux, (LGDJ), 1955.

derecho moderno, para casos de conflictos bélicos, extendiéndose en el derecho positivo para hipótesis de catástrofes o calamidades, tales como epidemias.

Considerando el derecho chileno vigente, la requisición presenta similitudes y diferencias importantes con la expropiación, y se justifica su estudio conjunto y comparativo¹⁸, puesto que ambas proceden respecto de bienes apropiables privadamente, no conociéndose entre nosotros la hipótesis francesa de requisición personal de servicios. Así, en primer lugar, se asemejan en que ambas instituciones se materializan mediante el ejercicio de potestades ablativas de la propiedad privada en tanto derecho constitucional, es decir, en ambos casos existe privación de alguno de sus atributos y aquello es, precisamente, la finalidad de la acción pública. Así, ambas tienen una finalidad ablativa.

En segundo lugar, tanto la requisición como la expropiación son instituciones propias del derecho público, evidenciándose en ellas el carácter exorbitante del derecho administrativo respecto del derecho común. En ambos casos se trata de transferencias coactivas, que se imponen sin importar la voluntad del dueño y que únicamente pueden ser realizadas por un órgano público mediando la respectiva habilitación legislativa.

Aunque tienen semejanzas relevantes, sus diferencias no son menores. Mientras la expropiación es definitiva¹⁹, la requisición es temporal. Si bien en otros ordenamientos dicha temporalidad puede deberse a diversas hipótesis, en el caso que se analiza en este trabajo la requisición lo es al estar asociada a la situación anormal que habilitó el ejercicio del poder propio del estado excepción constitucional.

En nuestro ordenamiento jurídico, el detalle del régimen jurídico de la requisición se encuentra en los artículos 17 a 21 de la Ley Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción. En dichas normas se establece que, de disponerse requisiciones de bienes, habrá lugar a la indemnización de perjuicios contra del Fisco, sin que la interposición suspenda, en caso alguno, la adopción de la medida (artículo 17). Se trata de un acto administrativo presidencial, por lo cual ha de adoptar la forma de un decreto supremo, a menos que la facultad hubiese sido delegada.

Los funcionarios que materialicen la respectiva requisición deben levantar un inventario detallado de los bienes concernidos, dejando constancia del

18 Un análisis más detallado del régimen constitucional de la expropiación en: Flavio Quezada, "Bases constitucionales de la expropiación" en: Henríquez, Miriam y Rajevic, Enrique, *Derecho de Propiedad: enfoques de derecho público*, (Ediciones DER), 2018, pp. 87-122.

19 Salvo cierta discusión marginal respecto a la denominada reversión.

estado en el cual se encuentran. El inventario debe entregarse dentro de las cuarenta y ocho horas de dicha materialización, a quien tuviese el o los bienes en su poder en ese momento (artículo 18). Es decir, no se exige que sea necesariamente el dueño, sino que basta la entrega a la persona que estuviese físicamente en el lugar de realización de la requisición, pues lo central sería facilitar la acción pública.

Respecto a esta indemnización, es importante precisar que solo resulta exigible si se causa cierto tipo de daño bastante específico, pues no se indemnizan todos. Así, en este caso, cuando las circunstancias lo exigen, el Estado puede ocupar bienes y compensará solo aquellos daños que sean de índole patrimonial, efectivos y directos, así se sigue de las disposiciones legales y constitucionales aplicables. Efectivamente, cuando a un dueño se le priva del uso y goce de un bien, es decir, usando la nomenclatura del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución, cuando se le priva de sus “facultades esenciales” se debe indemnizar el “daño patrimonial efectivamente causado”. Este estándar se justifica pues no sería razonable que bajo la excepción constitucional se le otorgue al propietario afectado un tratamiento más favorable que el previsto para la normalidad constitucional.

Luego, la ley orgánica respectiva adiciona a la exigencia anterior que los daños sean directos para ser indemnizables, es decir, que exista un vínculo de causalidad no meramente naturalístico, sino de índole propiamente jurídico. Así, los daños indemnizables deben ser razonablemente imputados a la acción pública, considerando el contexto de anormalidad que, como acontece en una pandemia, impone a todos los individuos diversas mermas, sacrificios y cargas que pueden tener repercusión en expectativas económicas. En suma, se excluyen los daños probables o eventuales, es decir, lo que probablemente habría dejado de ganar el dueño; como también aquellos denominados “morales”, vinculados a la apreciación subjetiva o sentimental del dueño. Que el dueño deba asumir algunos de estos daños se justifica en el carácter social de la institución de la propiedad privada, del que se sigue que esta también debe servir al bienestar de la comunidad, pues es aquella la que, en definitiva, la configura²⁰. Esta aproximación ha sido acogida por la práctica constitucional chilena y resulta razonable²¹.

20 Crétois, Pierre, *La part commune. Critique de la propriété privée*, (Éditions Amsterdam), 2020.

21 Ferrada, Juan Carlos, “El derecho de propiedad privada en la Constitución Política de 1980” en: Bassa, Jaime, Ferrada, Juan Carlos y Viera, Christian, *La Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, (Editorial LOM), 2015, pp. 161-184.

Por otro lado, y con el propósito de establecer un adecuado reparto de cargas y beneficios entre el Estado y el privado afectado por la medida, la ley dispone que los gastos asociados a la conservación y aprovechamiento del bien le corresponden al Fisco (artículo 21), para este caso, aquellos destinados a evitar el deterioro del establecimiento como los que habrían permitido destinarlo a prestaciones médicas. Esto es de suma relevancia ya que pone de cargo del Estado todos los desembolsos que sean necesarios para que el bien pueda volver a ser utilizado para aquello que lo venía siendo hasta antes de la requisición.

Además de lo previamente expuesto, existen consideraciones adicionales que permiten afirmar que la ocupación del “Espacio Riesco”, ejerciendo las atribuciones que otorga el régimen de excepción constitucional, habría sido más beneficiosa para la sociedad que un arriendo mediante trato directo y en normalidad constitucional:

En primer lugar, mientras el arriendo a través de trato directo requiere que la autoridad acuerde todas y cada una de las condiciones como si fuera un particular más frente al dueño, las potestades previstas para la excepción constitucional permiten que el poder público imponga las condiciones que exija la necesidad social. Esto asegura que prime siempre el interés colectivo en el que la creación del respectivo régimen de propiedad privada se fundamenta.

Segundo, mientras el arriendo impone comenzar a pagar según lo dispuesto en el contrato, la requisición permite que aquello acontezca después de la decisión de un juez, es decir, mientras que el alquiler exige gasto público a la brevedad, la ocupación directa posterga el pago -a menos que haya acuerdo-. Esto no es menor, pues el costo de oportunidad social de los recursos es muchísimo mayor en un contexto de catástrofe (epidemia) que en uno de normalidad. El dinero que se debería destinar al pago del arriendo puede ser usado para otras exigencias del interés colectivo (como comprar más camas o invertir en procesos que permitan un mejor seguimiento de la expansión del virus), pudiendo postergarse el pago por la ocupación para cuando la excepción constitucional hubiese pasado. Esta consideración resulta más relevante si se tiene presente que la declaración de excepción constitucional fue prorrogada varias veces.

Tercero, mientras que un contrato de arrendamiento -que no infrinja el principio de probidad- muy probablemente establecerá una renta cercana al “precio de mercado”, la requisición permite que se compense mucho menos que aquello. En efecto, piénsese ¿qué daño patrimonialmente efectivo, de carácter directo, sufre un dueño de un centro de eventos, por no poder usarlo

en el contexto de una epidemia que impide las aglomeraciones? Difícilmente podría haberlo destinado para albergar eventos y, seguramente, habría estado cerrado durante la pandemia. Y no solo eso, el dueño además deja de gastar en la conservación de su propiedad, que ahora la financiará el fisco. Así, no es descabellado pensar que el monto de la indemnización puede ser bastante pequeño, incluso cercano a cero.

En suma, un arriendo pareciera ser mucho más gravoso para el erario público, sea porque se paga mucho más, sea porque se tiene que comenzar a pagar pronto. No existe duda alguna que el Estado puede ocupar este centro de eventos en ejercicio de sus potestades, lo que beneficia en mayor medida el interés general que la alternativa de recurrir a un contrato. Sin embargo, y no obstante ello, el Estado opta por utilizar esta última vía, decisión que, en estas circunstancias, resulta altamente beneficioso para su contraparte. Lo anterior lleva legítimamente a preguntarse, ¿por qué ayudar al titular de esta propiedad y no a otro?

4. Reflexiones finales

La “excepción”, lo “extraordinario”, la “anormalidad” y la “emergencia” son especialmente interesantes y claves para pensar un régimen democrático y el resguardo de los derechos de las personas, puesto que en la historia reciente de Latinoamérica -y en Chile no es distinto- muchas veces quienes dirigen el orden establecido han ocupado estos mecanismos para mantenerse en su posición o, incluso, para asentarla ante procesos democratizadores impulsados por la movilización social. Es decir, el riesgo de su instrumentalización para impedir avances democráticos estará siempre presente; por ello, lo relevante será pensar en mecanismos de contrapeso a los poderes excepcionales y, en especial, su control, tanto político, ciudadano como jurídico.

Sin embargo, en este caso se evidencia algo distinto, una abdicación de esos poderes, lo cual pareciera mostrar que en el momento mismo de determinación de la existencia de lo “excepcional” no se procede de igual manera ante actividades económicas relevantes que ante los individuos como ciudadanos. Por cierto, la severidad de las restricciones que ha obligado a adoptar la pandemia ha llegado a todos. No está ahí lo problemático, sino en el grado de aquella; es decir, para algunos la severidad de la legalidad de excepción es mayor que para otros. ¿Por qué es así? ¿Por qué ante este centro de eventos se adopta un camino que pareciera ser mucho más beneficioso para el particular, sin justificarse del todo en la utilidad colectiva obtenida?

Por cierto, es un tema polémico, pero ineludible, determinar qué restricciones o afectaciones al derecho propiedad privada resultan aceptables o no en contextos de excepción. Este caso podría servir para asentar una directriz: debería asegurarse que siempre prime el interés general, sea permitiéndose adoptar medidas eficaces de restricción o privación, sea consagrando intervenciones potentes para disciplinar los poderes privados y encausarlos hacia los objetivos sociales que impone la emergencia o catástrofe. Sin embargo, no puede soslayarse que las distintas propiedades privadas cumplen fines o utilidades sociales diferentes, por ello algunas deberían gozar de una especial protección, como es el caso de las que concretan el ejercicio de derechos humanos (el derecho a la vivienda adecuada o la propiedad indígena). De este modo, mientras debería permitirse que el Estado pueda tomar fácilmente el control de establecimientos sanitarios privados para destinarlos a proteger la salud de la población en un escenario de calamidad pública por una epidemia, sin que necesariamente aquello involucre una compensación significativa o sea entrabado por sus dueños; también debería protegerse muy especialmente los hogares de las familias más desfavorecidas de la sociedad como los territorios culturalmente significativos para los pueblos originarios.

EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE INAPLICABILIDAD DEL ARTÍCULO 318 DEL CÓDIGO PENAL: UN FALLO SIN MAYORÍA Y UNA DECISIÓN SIN COMPETENCIA.

*Rocío Lorca*¹

*Luis Felipe Manques*²

Resumen

El artículo 318 del Código Penal chileno ha sido objeto de cuestionamiento por el uso masivo por parte de los órganos persecutores como herramienta del control de la pandemia del Covid-19. En la causa Rol N°8950-2020 de 5 de enero de 2021 el Tribunal Constitucional, acogió parcialmente un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 318 del Código Penal (CP) declarando inaplicable para el caso concreto la expresión “presidio menor en su grado mínimo o” contenida en el primer inciso de dicho precepto legal por considerar desproporcionada la pena privativa de libertad para el delito en cuestión. El fallo descartó en cambio que la norma infringiera la regla de legalidad penal contenida en el artículo 19 N°3 de la Constitución. En este comentario identificamos tres tipos de problemas en este fallo. En primer lugar, sostendremos que las complicadas formas que tiene este Tribunal para construir sus mayorías, expresar sus opiniones y comprender sus funciones, lo terminan transformando en un Tribunal que (a lo menos en este caso) aparece extremadamente ambicioso en el reclamo de sus poderes, pero sorprendentemente impotente en su capacidad de resolver los conflictos o problemas jurídicos que son sometidos a su conocimiento. En segundo lugar, como ya es costumbre en sus resoluciones en materia penal, en el análisis de proporcionalidad que hace el Tribunal, éste reclama una función que ha de

1 Profesora del Departamento de Ciencias Penales, Universidad de Chile, rlorca@derecho.uchile.cl. Este trabajo ha sido realizado en el contexto del Proyecto de investigación Fondecyt Iniciación N°11180839: Castigo, Legalidad y Pobreza, del cual la autora es la investigadora responsable.

2 Ayudante del Departamento de Ciencias del Derecho, Universidad de Chile, y Asistente de Investigación del Fondecyt arriba individualizado, luis.manques@derecho.uchile.cl.

corresponder al legislador: la definición de la gravedad que representa una determinada conducta en el ordenamiento jurídico penal chileno. Finalmente, el Tribunal descarta un problema de legalidad que a nuestro juicio debería haberse acogido, por muchas de las razones que señalan los propios ministros Letelier, Pica y Pozo.

1. Introducción

En la causa Rol N°8950-2020 de 5 de enero de 2021 el Tribunal Constitucional Chileno (Tribunal), acogió parcialmente un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 318 del Código Penal (CP) declarando inaplicable para el caso concreto la expresión “presidio menor en su grado mínimo o” contenida en el primer inciso del artículo recién citado. En palabras del propio Tribunal la aplicación de dicha expresión “resulta inconforme con las garantías del artículo 19, N°s 2 y 3, constitucionales, en razón de su falta de proporcionalidad al contemplar como sanción una pena privativa de libertad.”

El requerimiento fue presentado en el contexto de un proceso penal seguido contra una persona que transitaba por la calle sin contar con un permiso temporal infringiendo la cuarentena obligatoria impuesta por la autoridad administrativa en el contexto del estado de excepción constitucional de catástrofe que se ha mantenido vigente desde el 18 de marzo de 2020, a efectos de contener la pandemia por SARS-CoV-2.³ Frente a este comportamiento el Ministerio Público presentó un requerimiento en un procedimiento monitorio por la infracción del artículo 318 del CP, solicitando la sanción de multa de 6 UTM. Dicha norma establece lo siguiente:

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

Será circunstancia agravante de este delito cometerlo mediante la convocatoria a espectáculos, celebraciones o festividades

³ Mediante la Resolución Exenta N°373, de fecha 20 de mayo de 2020 del Ministerio de Salud, la autoridad sanitaria había impuesto una cuarentena obligatoria que solo habilitaba a las personas a transitar por espacios públicos en la medida que portaran con un permiso individual temporal o un permiso colectivo. El estado de excepción comenzó a regir tras la publicación del Decreto 104 del Ministerio del Interior de 2020.

prohibidas por la autoridad sanitaria en tiempo de catástrofe, pandemia o contagio.

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

De acuerdo con la parte requirente, esta norma infringiría el principio de proporcionalidad, la igualdad ante la ley y el principio de legalidad penal. En relación con el principio de proporcionalidad e igualdad, el legislador no entregaría suficientes criterios objetivos para seleccionar la sanción concreta y en cambio le dejaría un amplio margen de discrecionalidad al órgano persecutor, pudiendo éste solicitar a su pleno arbitrio una pena privativa de libertad (presidio menor en su grado mínimo a medio) o una multa (de seis a doscientas unidades tributarias mensuales). En el caso concreto, el órgano persecutor no habría tampoco invocado criterio alguno para explicar la sanción propuesta. En cuanto al principio de legalidad, la parte requirente sostuvo que se vería infringido porque la conducta prohibida no se encontraría suficientemente descrita por el legislador, sino que dependería de las definiciones que haga la autoridad administrativa. Esto infringiría la regla constitucional de legalidad, establecida en los incisos octavo y noveno del artículo 19 N°3 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional decidió que para este caso la norma no tendría un defecto de constitucionalidad por infracción del principio de legalidad, pero sí infringiría el principio de proporcionalidad pues el delito contemplado en el inciso primero del artículo 318 del CP no tendría la gravedad suficiente como para fundar una pena privativa de libertad. En virtud de ello declaró inaplicable para el caso concreto la parte de la norma que permitiría sancionar la conducta con la pena de presidio menor en su grado mínimo a medio, sin perjuicio de que en el caso concreto no se había solicitado una pena privativa de libertad sino el mínimo de la pena de multa contemplada por el legislador (6 UTM).

Hasta aquí llega todo lo que es claro en este caso y en la decisión del Tribunal. Tan pronto uno comienza a revisar los fundamentos del fallo, aparecen importantes anomalías que dan cuenta de un tribunal en crisis, tanto por una evidente confusión sobre el sentido y límites de su función, como por

una aparente incapacidad de arribar a acuerdos y decisiones *del órgano*, que permitan resolver los casos sometidos a su conocimiento. Para analizar este fallo, nos referiremos primero a la forma que adquiere la decisión del Tribunal y sostendremos que ella hace difícil identificar una resolución que sea genuinamente mayoritaria y además utiliza un método de análisis que por una parte la lleva a reclamar competencias que no posee y por la otra, le impide resolver el asunto sometido a su conocimiento. Una vez despejado este punto analizaremos algunos aspectos sobre la valoración que hace el Tribunal en torno a la constitucionalidad del artículo 318 del CP frente a los principios de proporcionalidad y legalidad.

2. 2. La esquivia jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno.

Como ya señalamos, este fallo adolece de diversas anomalías de forma que deben ser despejadas antes de poder revisar los fundamentos del fallo. En primer lugar, no es claro que exista de hecho un voto de mayoría que sostenga la resolución del Tribunal. En segundo lugar, la resolución del Tribunal hace uso de la cuestionada práctica de revisar una parcialidad o fragmento del precepto cuya constitucionalidad está en discusión. Esto último, genera una decisión que además de tener dudosa legitimidad, no atiende la inquietud de las partes que han recurrido al Tribunal para resolver este caso.

2.1. ¿Una resolución sin voto de mayoría?

¿Cuál es la decisión del Tribunal Constitucional sobre el artículo 318 del CP en este fallo? En un tribunal colegiado, la respuesta a esta pregunta generalmente se encontrará en su voto de mayoría: lo que opine la mayoría, es la opinión del tribunal.⁴ Y un tribunal debe trabajar para alcanzar esa mayoría, pues solo así puede resolver (como tribunal) las solicitudes que se le presentan. Estas resoluciones que han de reflejar el acuerdo de la mayoría permiten a los ciudadanos comprender la postura de un tribunal y prever la forma en la que se interpretará y aplicará el derecho en una determinada jurisdicción. Con el tiempo estas decisiones van ganando estabilidad y configuran “la jurisprudencia” de un tribunal o las doctrinas legales que lo representan. En el caso que estamos revisando, sin embargo, no es claro que haya una verdadera concurrencia de opiniones para configurar un genuino voto de mayoría. En la sentencia

⁴ En ciertos casos, los tribunales colegiados deben alcanzar quórum calificados, en dichos casos obviamente no será la mayoría sino el quórum en cuestión, lo que el tribunal deberá alcanzar para resolver un caso.

y su comunicado, el Tribunal sugiere que sí lo hay y que dicho voto (acoger parcialmente el recurso declarando inaplicable para el caso concreto la frase “presidio menor en sus grados mínimo a medio o” por infringir el principio de proporcionalidad) estaría compuesto por las opiniones concurrentes de los jueces Iván Aróstica, José Ignacio Vásquez, Cristián Letelier, Nelson Pozo, y Rodrigo Pica. Cinco jueces de los nueve que se encontraban conociendo de la causa, ciertamente representarían una mayoría si fuera cierto que todos estos jueces en efecto concurrieron en esa opinión. Sin embargo, como veremos a continuación, la sentencia no da cuenta de dicha concurrencia.

Los ministros Aróstica y Vásquez obviamente sí concurren al presunto voto de mayoría pues éste consiste en su propia opinión. Los ministros Letelier, Pica y Pozo, en cambio, están por acoger totalmente el recurso, es decir, están por declarar inconstitucional la aplicación del artículo 318 del CP en el caso concreto. En ningún momento señalan que están por acogerlo de manera parcial y mucho menos en un sentido tal que no habría de tener mayor efecto sobre la gestión pendiente. Sin embargo, en una opinión enfocada principalmente en sostener que la norma recurrida sería una ley penal en blanco contraria al mandato constitucional de legalidad, los ministros Letelier y Pica sí manifiestan un tímido acuerdo con la opinión de los ministros Aróstica y Vásquez, en el sentido de que “además” el artículo 318 del CP infringiría el principio de proporcionalidad en los términos planteados por éstos últimos.⁵ Es decir, entre estos cuatro jueces (Aróstica, Vásquez, Letelier y Pica) hay una coincidencia en relación con *uno* de los problemas de constitucionalidad de que adolecería la norma, pero una disidencia en torno a cómo resolver el recurso. Con algo de esfuerzo podríamos entonces decir que estos cuatro jueces apoyan de un modo u otro lo que se ha presentado como la decisión del Tribunal en este caso.

El asunto se complica en el caso del Ministro Pozo, porque éste, que es el quinto juez que necesitamos para conformar la mayoría, no parece adherir en ningún momento a la opinión de los ministros Aróstica y Vásquez, ni siquiera en la forma de un tímido “además.” Pozo está por acoger completamente el recurso por considerar que se infringe el principio de proporcionalidad en atención a que el tipo de comportamiento prohibido (delito de peligro abstracto) no satisface la exigencia de lesividad. Pero no parece adherir a la opinión

5 Véase el considerando 13° de la opinión de Pica y Letelier, en donde afirman que: “Es por todo lo expuesto que estos previnientes consideran que el requerimiento debe ser acogido, *además*, por ser el precepto cuestionado una ley penal en blanco (...)” (el énfasis es nuestro).

de que el problema de proporcionalidad estaría también dado por la intensidad de la pena contemplada por el legislador. Además, Pozo sostiene, como lo hizo también la Defensoría Penal Pública, que se trataría de “un delito sin conducta” lo que infringe los principios de culpabilidad y legalidad, ambos con sustento normativo en la Constitución (considerando 31° de su voto).

Lo que entonces aparece como un “voto de mayoría” en realidad no es más que un consenso sobre el juicio de que la norma adolece de algunos problemas de constitucionalidad.⁶ Pero no hay un consenso de mayoría en torno a (i) cuáles serían estos problemas, y (ii) cuál ha de ser la resolución del Tribunal. En relación con (i), en el mejor de los casos, solo cuatro jueces comparten (parcialmente) un diagnóstico: la regla que permite imponer penas privativas de libertad en el inciso primero del artículo 318 del Código Penal, es inconstitucional porque infringe el principio de proporcionalidad. En lo que dice relación con (ii), tres de los jueces de la mayoría están por acoger el recurso en su totalidad y declarar la norma inaplicable para el caso concreto, mientras que solo dos están por acogerlo parcialmente declarando inaplicable solo una parte de esta.

En virtud de lo anterior, lo que se ha presentado como el fallo del Tribunal, esto es, la decisión de acoger parcialmente el recurso y declarar inaplicable para el caso concreto la expresión “presidio menor en sus grados mínimo a medio o” no descansa en un genuino “voto de mayoría” porque no es expresiva de la opinión de al menos cinco jueces del Tribunal. Pretender construir una mayoría bajo la lógica de que la decisión de acoger totalmente incorpora necesariamente la decisión de acoger parcialmente (por cualquier parcialidad y por cualquier motivo), solo puede ser un intento por salvar la incapacidad de un tribunal de cumplir con su deber de deliberar hasta llegar a un acuerdo de mayoría para resolver los asuntos que se someten a su conocimiento.

2.2. Respuestas no solicitadas y solicitudes no respondidas.

Todavía más preocupante quizás, es una segunda anomalía de este fallo que, si bien no representa una anomalía para *este* Tribunal, sí expresa una importante desviación del tipo de comportamiento que se espera de un tribunal en un Estado democrático de derecho. De acuerdo con el artículo 93 N°6 de la

6 De acuerdo con Mañalich, la decisión de mayoría aquí se arribaría mediante un ‘consenso superpuesto’ lo que mediante la sumatoria de 3 votos implícitos a los de Aróstica y Vásquez, dilucidando que su “*modus operandi no es el propio de un tribunal*” (Véase Mañalich, Juan Pablo, “Los delitos contra la salud pública en situación de pandemia como delitos de peligro abstracto contra la salud individual. Una propuesta de interpretación de los arts. 318, 318 bis y 318 ter del Código Penal”, en Prensa, 2021, pp. 42-43).

Constitución, el Tribunal tiene facultades para resolver sobre la “inaplicabilidad de un *precepto legal* cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución.”⁷ ¿Es la frase “presidio menor en sus grados mínimo a medio o” un precepto legal cuya aplicación se sigue en una gestión ante un tribunal ordinario o especial? Todo parece indicar que no. Esta frase difícilmente podría considerarse un precepto legal pues es más bien un fragmento de un precepto legal.⁸ Y si este fuera un precepto legal, sería discutible que estuviera siendo aplicado en la gestión pendiente desde la cual se ha solicitado la intervención del Tribunal. Recordemos que, en el caso concreto, el Ministerio Público había solicitado el mínimo de la pena de multa contemplada por el legislador (6 UTM) y no la pena de presidio.⁹

La interpretación extensiva de la idea de precepto legal que aparece implícita en el “voto de mayoría” (no así en las opiniones individuales de quienes estaban por acoger el recurso) presenta dos problemas. En primer lugar, en lo que ya es una tradición para este Tribunal, cumple la problemática función de extender su competencia más allá del ámbito que le han conferido la Constitución y las leyes. En efecto, cuando el Tribunal analiza los preceptos legales de manera “fragmentada” o “parcial” y se pronuncia sobre dichas parcialidades, en los hechos no se pronuncia sobre la constitucionalidad del precepto sino que muchas veces modifica su sentido y alcance, y en esa medida se atribuye una función de legislador positivo que no le ha sido conferida ni por la Constitución ni por la ley.¹⁰ Esto, obviamente, es problemático en un Estado democrático de Derecho, pues cuando un órgano extiende sus atribuciones más allá del ámbito conferido explícitamente por la Constitución y las leyes, no solo actúa de manera ilegal sino que además desafía la estructura de división de poderes mediante la cual se debe organizar el poder político en una república democrática.

7 El énfasis es nuestro.

8 Críticamente sobre esta forma de entender la idea de precepto o disposición, véase Atria, Fernando, “Sobre el Tribunal Constitucional en la doctrina tradicional (I): Conceptualismo constitucional”, en *Derecho y Crítica Social*, N°6 (1), 2020, pp. 147 y ss. Y véase también Atria, Fernando y Salgado, Constanza, “El Tribunal Constitucional desatado”, en *Jurisprudencia Crítica. Comentarios de Fallos 2015-2017*, ed. por Hugo Cárdenas, (Rubicon), 2018, pp. 301 y ss.

9 Si bien la Jueza del caso podría estimar insuficiente el requerimiento o la solicitud de multa del Ministerio Público conforme al artículo 392 inciso final del Código Procesal Penal (CPP), la determinación de la pena que pudiera llevarse a cabo en un procedimiento simplificado no podría exceder a la solicitada en el requerimiento (artículo 395 inciso final del CPP).

10 Véase Atria, Fernando y Salgado, Constanza, “El Tribunal Constitucional desatado.”

El segundo problema que plantea la interpretación extensiva de la idea de precepto legal es que le permite al Tribunal esquivar su deber de resolver suficientemente el problema que se le ha planteado. El Tribunal, al fragmentar la regla cuya revisión se solicita, termina resolviendo algo que no responde a la inquietud de ninguna de las partes. Lo que las partes quieren saber es si acaso el inciso primero del artículo 318 del Código Penal es contrario a la Constitución en el caso concreto. Esto es, en el proceso penal seguido contra una persona que infringió las reglas sanitarias que prohíben circular cuando se ha decretado una cuarentena, y frente a la cual el Ministerio Público ha solicitado una pena de multa de 6 UTM. Aun si concediéramos el punto de que la expresión “presidio menor en su grado mínimo a medio o” es un precepto legal que el Tribunal tiene competencia para declarar inaplicable en este recurso, es claro que *ese* no es el precepto que inquieta a la parte recurrente. Lo que lleva a la parte recurrente a solicitar la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la disposición legal en comento, es, resumidamente, la falta de criterios legales objetivos que permitan determinar cuándo corresponde aplicar una pena privativa de libertad y cuándo una pena de multa (y la cuantía de la misma), así como la falta de determinación legal del comportamiento prohibido.¹¹ Si el Tribunal no incurriera en la práctica de fragmentar las disposiciones que se someten a su conocimiento, habría estado obligado a resolver en toda su magnitud y con una genuina mayoría, el problema de constitucionalidad que de hecho se le ha formulado y que no se resuelve mediante la exclusión de la aplicación de una frase aislada del artículo 318 del CP.

En suma, las complicadas formas que tiene este Tribunal para construir sus mayorías, expresar sus opiniones y comprender sus funciones, lo terminan transformando en un Tribunal que (a lo menos en este caso) aparece extremadamente ambicioso en el reclamo de sus poderes, pero sorprendentemente impotente en su capacidad de resolver los conflictos o problemas jurídicos que sí son sometidos a su conocimiento. En una tendencia contraria, debemos exigir a este Tribunal que revise la forma en la que construye su voto de mayoría y la práctica de fragmentar las disposiciones que evalúa, para que éste logre desarrollar un proceso de deliberación que le permita llegar a

11 Véase el punto VIII. del requerimiento, referido a las supuestas infracciones constitucionales acaecidas en la causa (p. 10 y ss.): “(...) la misma norma no fija ningún parámetro de razonabilidad exigible al ente fiscal, lo que atenta contra el criterio mínimo de proporcionalidad. No se establecen criterios para determinar cómo y por qué se deberá aplicar la multa y por qué se debe aplicar la multa de 6 UTM que determinó la Fiscalía que implicó que haya presentado requerimiento en procedimiento monitorio en contra del imputado en esta causa.” (p. 11 del requerimiento).

verdaderos acuerdos sobre la base de los cuales se pueda construir una jurisprudencia constitucional. Mientras tanto, en todo caso, no nos queda más que analizar los fundamentos de este accidentado voto de mayoría.

3. El principio de Proporcionalidad y el artículo 318 del Código Penal

El test de proporcionalidad tiene como objetivo controlar la arbitrariedad en el ejercicio de poder penal y favorecer la racionalidad del mismo, exigiendo que éste sea adecuado, necesario y proporcionado para promover un fin legítimo.¹² De acuerdo con el propio Tribunal, esto se traduce en tres exigencias, una exigencia de idoneidad (adecuación medio a fin, que a su vez exige que el fin perseguido sea legítimo), una de necesidad (utilización de la medida menos gravosa para la consecución del fin), una de proporcionalidad en sentido estricto (ponderación de ventajas y desventajas de perseguir el fin en cuestión).¹³ De acuerdo con la opinión de los ministros Aróstica y Vásquez, que debemos por ahora considerar como representativa de la opinión del Tribunal, el artículo 318 del CP no satisface el estándar de proporcionalidad constitucional al sancionar la conducta tipificada con “presidio menor en su grado mínimo a medio”.

De acuerdo con la opinión del Tribunal, el problema de proporcionalidad en este caso parece darse en prácticamente todas sus dimensiones. Así, habría un problema de proporcionalidad en sentido estricto, por ejemplo, cuando el Tribunal sostiene que la inobservancia de medidas sanitarias, por más que “deba tener lugar en ‘tiempo de catástrofe, epidemia o contagio’, no añade una gravedad que justifique la pena de presidio, (...) a lo más, puede derivar en la imposición de una multa acorde con el artículo 495 del Código Penal” (considerando 3° de su voto). En relación con las exigencias de idoneidad y necesidad, los ministros señalan que no habría “fundamentos, ni ahora se han aportado antecedentes, que ameriten considerar la pena de presidio como un medio para salvaguardar la salud pública” (considerando 6°) y que, por ello, todo parecería indicar que “a lo más” podría derivar en las penas de multa del artículo 495 del CP (considerando 3° de su voto). La falta de idoneidad se confirmaría además por el hecho de que el mismo legislador otorgó un indulto general conmutativo a personas privadas de libertad para evitar una alta tasa

¹² Boutaud, Emilio y Fernández, José, “Los apremios personales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un análisis crítico desde la dogmática de los principios y límites penales”, en *Política Criminal*, Vol. 13 N°25, 2018, p. 351.

¹³ Véase, por ejemplo: Tribunal Constitucional, Rol 2983-16, 13-12-2016, C°29.

de contagios entre la población penal.¹⁴ En virtud de ello, la pena privativa de libertad parecería inidónea, pues no solo no es útil para salvaguardar la salud pública, sino que además podría incluso amenazarla. En suma, para el Tribunal la pena de presidio sería inconstitucional en este caso “al no guardar racionalidad ni proporción con la conducta realizada” (considerando 5° de su voto).

Diversas partes de lo que debemos entender como la opinión de mayoría del Tribunal tienen fundamentos atendibles desde un punto de vista político criminal y que han sido defendidos por diversos teóricos del derecho penal. Sin embargo, hay algunos aspectos problemáticos que quisiéramos comentar en lo que queda de esta sección.¹⁵

En primer lugar, el Tribunal tiene una forma de comprender la pregunta por la proporcionalidad de las penas que implica una preocupante invasión del espacio que le corresponde al legislador para definir la política criminal de un país. No es para nada una novedad que este Tribunal desafíe la vigencia de normas penales en virtud de su falta de proporcionalidad. En diversos fallos, dictados principalmente en recursos de inaplicabilidad de reglas de determinación de la pena contenidas en la denominada “Ley Emilia” y en la Ley de Control de Armas,¹⁶ el Tribunal ha sostenido que “una política penal basada en efectos intimidatorios carece de base empírica, resulta ineficiente y choca frontalmente con valores básicos de un Estado de Derecho.”¹⁷ En cambio el Tribunal propone que solo serían compatibles con nuestro texto constitucional penas “razonables, idóneas y proporcionales” para el fin de obtener la reinserción social de los condenados, contribuyendo de ese modo a la

14 Véase la Ley N°21.228.

15 Criticando el recurso al derecho penal en la “lucha contra la pandemia” véase, por ejemplo: Londoño, Fernando, “¿Responsabilidad penal para los infractores de cuarentena? Revisión crítica de la Ley N°21.240: más micro que macro”, en *Revista de Ciencias Penales*, Vol. XLVII, (Instituto de Ciencias Penales), 2020, p. 405; Skolnik, Terry, “Criminal Law During (and After) COVID-19”, en *Manitoba Law Journal*, Volume 43 Issue 4, 2020, pp. 175 y ss. En un contexto jurídico diverso, Lelliott et. al., cuestionan la necesidad y justificación del castigo penal por comportamientos vinculados a la pandemia de la Covid-19 en Australia, concluyendo que no sería necesario acudir al castigo penal en todas las circunstancias (o en meras infracciones a normativa sanitaria no-penal), sino que reservarlo exclusivamente cuando se presente una transmisión intencionada o maliciosa del virus. Lelliott, Joseph et. al., “Pandemics, Punishment, and Public Health: COVID-19 and Criminal Law in Australia”, en *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 44 N°1, 2021, pp. 179 y ss.; pp. 194 y ss. Por último, para el caso alemán, véase Dünkel, Frieder, “The Impact of Covid-19 on Prisons and Penal Policy in Germany”, en *Victims & Offenders*, Vol. 15 N°7-8, 2020, pp. 1113-1123.

16 Para una revisión del test de proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional en materia de aplicación de la Ley de Control de Armas, véase: Villegas, Myrna, “La Ley N°17.798, sobre control de armas. Problemas de aplicación tras la reforma de la Ley N°20.813”, en *Política Criminal*, Vol. 14 N°28, 2019, pp. 1-53.

17 Véase, por ejemplo: Tribunal Constitucional, Rol 2983-16, 13-12-2016, C°16.

prevención general y particular del delito.¹⁸ La proporcionalidad de una pena exigiría además, que ésta se corresponda “con la gravedad del delito completo que se somete a su juicio, siendo por tanto, desproporcionada si es que no se corresponde con la gravedad del delito concretamente imputado”.¹⁹

Más allá de lo problemático que pueda ser que el Tribunal pretenda zanjar el problema de la teoría de la pena como si éste fuera un *sencillo* asunto de efectividad, en lo que nos interesa aquí el problema es la pretensión del Tribunal de arrogarse la facultad de valorar autónomamente la gravedad de los delitos.²⁰ En el caso que estamos discutiendo, el Tribunal considera que el delito contemplado en el artículo 318 del CP no tiene la gravedad que ameritaría la pena de presidio menor en sus grados mínimo a medio. Pero ¿de dónde ha sacado esto el Tribunal? ¿no es acaso la intensidad de la pena lo que, a lo menos en parte, indicaría la gravedad que el delito representa para una determinada comunidad en un determinado momento histórico? Y si hay alguien que tiene que hacer esa definición no puede sino ser el legislador, pues es éste y no el Tribunal quien representa la voluntad popular. A menos que el Tribunal piense que hay una medida de gravedad que es previa o externa al debate político, y que por alguna razón él se encontraría en una posición epistemológica privilegiada para acceder a ella. Pero esto último es obviamente improcedente en el contexto de un Estado democrático de Derecho.²¹

Un segundo problema que tiene la revisión del asunto de proporcionalidad por parte del Tribunal, es que éste muestra una cierta fijación con la privación de libertad ignorando el impacto que las penas de multa pueden tener para las personas condenadas, la mayoría de las cuáles son personas de muy bajos recursos.²² Las mismas razones que el Tribunal invoca para cuestionar la pena privativa de libertad, podrían invocarse para cuestionar la pena de multa que en el artículo 318 tiene un amplio margen, pues va desde 6 UTM (\$312.000

18 Véase, por ejemplo: Tribunal Constitucional, Rol 3041-16, 27-03-2017, C°31.

19 Nuevamente, véase: Tribunal Constitucional, Rol 3041-16, 27-03-2017, C°38.

20 Lo que aparece inconsistente con el arduo debate que sigue vigente sobre este punto en las disciplinas filosóficas y empíricas que estudian el problema penal.

21 Waldron, Jeremy, *Law and disagreement*, (OUP Oxford), 1999, pp. 164-187. y Waldron, Jeremy, “The core of the case against judicial review”, en *Yale Law Journal*, Vol. 115 N°6, 2006, pp. 1346-1406.

22 Fundación Paz Ciudadana, “Estudio sobre los niveles de exclusión social en personas privadas de libertad”, 2016 (disponible en: <https://pazciudadana.cl/biblioteca/documentos/estudio-sobre-los-niveles-de-exclusion-en-personas-privadas-de-libertad/>). Véase también, por ejemplo: Lorca, Rocío, “Pobreza y responsabilidad penal”, en *El castigo penal en sociedades desiguales*, coordinado por Roberto Gargarella, (Miño y Dávila Editores), 2012, pp. 173-204.

pesos aproximadamente), una cifra nada despreciable considerando que representa más del 75% del ingreso mensual mediano en nuestro país.²³ Dado que el impacto de la pena de multa es radicalmente diferente en las personas según cual sea su situación social y económica, no haber considerado problemática la pena de multa supone una cierta indiferencia frente al impacto que puede tener esta pena en las personas de bajos recursos. Esto se agrava además por el hecho de que (i) el derecho penal se aplica de manera selectiva en contra de este grupo, (ii) el impacto de la pandemia de SARS-CoV-2, ha recaído con mucho mayor fuerza en los grupos sociales más desaventajados, y (iii) el cumplimiento de las reglas sanitarias es mucho más oneroso para la población de bajos recursos.²⁴ No haber revisado la proporcionalidad de la pena de multa reproduce y profundiza la amplia desigualdad que caracteriza al diseño y ejercicio del poder penal chileno. Un sesgo que a estas alturas no puede seguirse cobijando bajo un pretendido compromiso con la imparcialidad, la generalidad y la neutralidad liberal.

4. ¿El artículo 318 del Código Penal como ley penal en blanco?

Si bien el Tribunal no acogió el argumento de la parte requirente en el sentido de que la norma revisada infringiría el principio de legalidad, dado que este fue un argumento relevante en las opiniones de tres de los ministros que concurrieron al voto de mayoría, revisaremos críticamente las razones por las cuales el punto fue descartado por los ministros Aróstica y Vásquez.

El principio de legalidad penal, establecido en el artículo 19 N°3 incisos octavo y noveno de la Constitución, establece que solo el legislador puede crear delitos y penas y que, tanto los delitos como las penas, deben encontrarse publicados con anterioridad a la comisión del delito y descritos con precisión por el mismo legislador.²⁵ Excepcionalmente, la conducta prohibida puede complementarse mediante una regla de menor jerarquía, en la medida que sea el legislador quien define los límites del comportamiento punible

23 De acuerdo con la “Síntesis de Resultados, Encuesta Suplementaria de Ingresos 2019” del Instituto Nacional de Estadísticas, publicado en octubre de 2020, el ingreso mediano mensual en Chile es de \$401.000.

24 Véase Lelliot et. al., pp. 187 y ss., Bilal, U., Alfaro, T., & Vives, A. (2021). COVID-19 and the worsening of health inequities in Santiago, Chile. *International Journal of Epidemiology*; Lorca, Rocío, “Punishing the Poor and the Limits of Legality”, en *Law, Culture and the Humanities*, N°o, 2018, pp. 1-20; Lorca, Rocío et. al., “Extrema indiferencia: La población extranjera en las cárceles chilenas”, en *Prensa*.

25 Véase en general sobre este principio y las normas referidas, Grez, Pablo “Garantías Penales (límites sustantivos al *ius puniendi*)”, en *Curso de Derechos Fundamentales*, editado por Pablo Contreras y Constanza Salgado, (Tirant lo Blanch), pp. 381-437.

(ley penal en blanco impropia). En cambio, cuando la ley penal no describe con precisión el comportamiento prohibido y entrega esta facultad al aparato administrativo, estamos frente a lo que la doctrina denomina una ley penal en blanco propia, que es generalmente considerada como contraria al principio de legalidad penal.²⁶

En lo que aparece como el voto de mayoría, los ministros Aróstica y Vásquez consideran que el artículo 318 “no puede ser catalogado como una “ley en blanco”, básicamente porque la disposición legal sí contendría la descripción de la conducta delictiva toda vez que tiene descrito el verbo rector de la misma, esto es, ‘poner en peligro’ la salud pública (considerando 1° de su voto). Pero el sentido del principio de legalidad no se satisface con la mera mención de un verbo rector, si éste no es capaz de invocar una descripción clara del tipo de conducta humana de la que debemos abstenernos o que debemos realizar.²⁷ Pues el sentido principal del principio de legalidad es controlar la arbitrariedad del ejercicio del poder penal otorgando certeza a los ciudadanos sobre las posibles consecuencias de sus cursos de acción. Esto permite a su vez, fundar el juicio de culpabilidad, pues lo que se reprocha en la condena penal es no haber cumplido con la norma de comportamiento establecida por el legislador, algo que difícilmente puede hacerse si la norma no describe suficientemente el comportamiento requerido o prohibido.²⁸

Para que la remisión de una ley penal a la potestad normativa de la administración del Estado no infrinja el mandato de determinación que forma parte de la regla constitucional de legalidad, los ministros Letelier y Pica sostienen, correctamente a nuestro juicio, que ésta debe (i) establecer el núcleo esencial de la conducta sancionada, dejando a la norma infra legal de

26 Etcheberry, Alfredo, *Derecho Penal Parte General, Tomo I*, (Editorial Jurídica de Chile), 1999, pp. 83 y ss.; Winter, Jaime, “El “principio” de legalidad como regla incompleta”, en *El Derecho Penal como teoría y como práctica. Libro en Homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy*, editado por Claudia Cárdenas y Jorge Ferdman, (Thomson Reuters), 2016, p. 138.

27 Véase, por ejemplo: Novoa, Eduardo, *Curso de Derecho Penal chileno. Parte General, Tomo I*, (Editorial Jurídica de Chile), 2005, p. 117: “La ley ha abandonado, en este caso [ley penal en blanco, tomando como ejemplo el artículo 322 del Código Penal], su exclusiva atribución de señalar determinadamente cuál es el hecho punible y la ha cedido a un reglamento que será el que vendrá a llenar su vacío y a completar el precepto”. En este sentido los Ministros Letelier y Pica, entienden la exigencia de tipicidad – en tanto manifestación del principio de legalidad- como la “precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta” (considerando 3° de su voto).

28 Sobre la idea de la definición previa de lo punible como límite de la potestad punitiva del Estado, véase: Van Weezel, Alex, “Tiempos difíciles para el principio de legalidad en Derecho Penal”, en *La justicia como legalidad, estudios en homenaje a Luis Ortíz Quiroga*, coordinado por Nicolás Acevedo, Rafael Collapero y Juan Pablo Mañalich, 2020, pp. 51-74.

complemento solamente elementos accidentales del tipo, (ii) la norma de complemento debe ser un reglamento general y abstracto dictado mediante Decreto Supremo, y (iii) debe encontrarse publicado en el Diario Oficial (considerando 9°). Recordemos que la conducta típica descrita en el inciso primero del artículo 318 del CP establece como comportamiento prohibido poner en peligro la salud pública “por infracción de las reglas higiénicas o de salubridad, debidamente publicadas por la autoridad, en tiempo de catástrofe, epidemia o contagio.” Así, de acuerdo con los criterios de Letelier y Pica, esta norma penal no cumpliría con las exigencias del mandato de determinación legal toda vez que el núcleo del comportamiento prohibido sería la “mera desobediencia” a órdenes de la autoridad administrativa y la ley no señalaría un reglamento específico donde se encontrarían estas órdenes.

A nuestro juicio, y estando de acuerdo con la postura de Letelier, Pica y también de Pozo,²⁹ el artículo 318 del CP es un caso bastante claro de una ley penal en blanco prohibida por el principio de legalidad, pues el legislador le otorga una facultad al órgano administrativo para determinar los comportamientos que realizarían el tipo penal y esta delegación le está prohibida en virtud de lo dispuesto por el artículo 19 N°3, incisos octavo y noveno de la Constitución.³⁰

Llama la atención que Aróstica y Vásquez al revisar la proporcionalidad de la pena impuesta por el legislador no identifican un problema de legalidad aun cuando señalan que el legislador cometió “una diferencia injustificada, y por ello arbitraria, *al facultar a distintos órganos administrativos, sin parámetros objetivos* mediante, a optar porque se sancione la misma conducta ya sea con una multa penal o administrativa o bien con una pena privativa de libertad, lo que a todas luces resulta inaplicable por inconstitucional” (considerando 7°).³¹ Si hubieran profundizado un poco más en esta observación quizás Aróstica y

29 Si bien Pozo se ocupa tangencialmente de este asunto, sí concurre en esta opinión al sostener que el artículo 318 del CP, se trataría de “un delito que carece de conducta”, vulnerándose el principio de taxatividad consagrado en el artículo 19 N°3, inciso noveno de la CPR (considerando 31° de su voto).

30 En este sentido véase Londoño, p. 415. Mañalich igualmente sostiene que habría una ley penal en blanco tanto en el artículo 318 como en el 318 bis, “porque el supuesto de hecho de una y otra norma de sanción queda construido a través de una remisión – dinámica – a alguna norma o directiva de complemento” (énfasis en el original), (p. 41) que además no cumple con la exigencia de taxatividad mínima, ya que “no logra perfilar los contornos de una forma de comportamiento identificable con prescindencia de alguna norma sanitaria que pudiera llenar la correspondiente cláusula en blanco” (p. 44). Mañalich además concuerda con Londoño en un problema que surge a propósito de esta indeterminación, consistente en un listado ilimitado de conductas que pudieran ser punibles, lo que dependería casi exclusivamente de la cantidad de mandatos o prohibiciones correlativos en el marco de las reglas de salubridad (p. 44).

31 El énfasis es nuestro.

Vásquez se habrían dado cuenta de que el principio de legalidad y su particular exigencia de taxatividad sí se infringen en esta regla. De haber sido así, tendríamos un genuino fallo con un voto de mayoría sustancialmente correcto.

5. Conclusiones

Esta decisión del Tribunal Constitucional se suma a una serie de pronunciamientos judiciales que han cuestionado el recurso al poder penal como una táctica para controlar la propagación del virus SARS-CoV-2. Quizás los pronunciamientos más significativos en limitar dicho recurso han venido de la Corte Suprema, pero sin duda la opinión del Tribunal Constitucional, aunque limitada en su alcance y anómala en su forma, ha tenido también un impacto en los cambios que ha sufrido la política del órgano persecutor chileno.³² A lo que sin duda se han sumado problemas de carácter práctico.³³

Como hemos señalado a lo largo de este comentario, este fallo tiene una serie de peculiaridades que han de llamar nuestra atención. En primer lugar, se trata de un fallo en el que es difícil identificar la opinión de un tribunal como una agencia distinta a sus miembros y que pueda entonces configurar una opinión de mayoría que respalde lo resolutivo del fallo. Esta anomalía se suma a una ya criticada técnica de fragmentar los preceptos legales, que en este caso lleva al Tribunal a resolver un problema que no se ha planteado en el caso y dejar sin resolver la inquietud para la cual se ha solicitado su intervención. En segundo lugar, en términos de su esquivo fundamento de mayoría, el Tribunal vuelve a insistir en una postura sobre los fines del derecho penal y la forma en que se determina la gravedad de los delitos, que desafía la división de poderes que es propia de una sociedad democrática. Finalmente, el

32 El 5 de mayo de 2021, el Fiscal Nacional instruyó a los Fiscales Regionales un cambio de criterio en la persecución del delito del artículo 318 del CP en virtud del cual la pura infracción del toque de queda no da pie para iniciar una persecución por infracción de dicha norma, lo que da cuenta de un criterio más restrictivo para su aplicación. (véase la noticia publicada en *Latercera.com*, Efectos del fallo de la Suprema: Carabineros cambia criterios para detenciones durante toque de queda, 11 de mayo de 2021). Si bien dicha comunicación no se encuentra públicamente accesible, se da cuenta de la misma en oficios de Fiscales Regionales tales como: Oficio FRM N°2378/2021 de 7 de mayo de 2021, del Fiscal Regional de la Región del Maule dirigido al Prefecto Inspector, Jefe de la VII Región Policial Maule; Oficio FR N°196/2021 de 6 de mayo de 2021, de la Fiscal Regional de Valparaíso dirigida al Jefe de la V Zona Policial de Carabineros.

33 En abril del presente año, el Ministerio Público informó que en 13 meses de la pandemia 529.357 personas han ingresado al sistema de justicia penal por cometer delitos contra la salud pública (véase: *Cooperativa.cl*, Chile acumula más de medio millón de imputados por delitos contra la salud pública, 16 de abril de 2021). Por su parte, según datos de la Defensoría Penal Pública, de los 359.000 casos ingresados en 2020, 135 mil fueron por delitos contra la salud pública, a diferencia del 2019, en que solo ingresaron 201 casos por estos delitos (Véase: *Latercera.com*, Cuenta pública de la Defensoría: uno de cada tres delitos imputados en 2020 fue contra la salud pública, 21 de abril de 2021).

Tribunal yerra a nuestro parecer, al no declarar inaplicable el artículo 318 del CP por tratarse de una ley penal en blanco que infringe el principio de legalidad establecido en el artículo 19 N°3 de la Constitución.

Por razones de espacio no hemos considerado una serie de reflexiones formuladas por los distintos integrantes del Tribunal, que sin duda ameritan consideración. Por ejemplo, el ministro Pozo ha abordado uno de los temas más controvertidos en la dogmática penal respecto al artículo 318 del CP, esto es, la cuestión de si se trata de un delito de peligro abstracto o concreto y cómo entonces determinar su sentido y alcance. En este ámbito la Corte Suprema parece haberse inclinado por la postura doctrinaria según la cual se trataría de un delito de peligro “abstracto-concreto” (o hipotético), exigiendo un nivel mínimo de lesividad en el comportamiento que excluye la posibilidad de dar por realizado el tipo por el mero incumplimiento de alguna medida sanitaria.³⁴ Pero dado que este punto no forma parte de la ya latamente comentada “decisión de mayoría,” ha de quedar como una discusión para otro día.

34 Al respecto véanse: Corte Suprema, Rol 125436-2020, 25-03-2021; Corte Suprema Rol 149239-2020, 20-04-2021; y, Corte Suprema Rol 131966-2020, 23-04-2021.

VIOLACIONES A LA LIBERTAD DE CULTOS DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19

RELIGIOUS FREEDOM VIOLATIONS DURING THE COVID-19 PANDEMIC

*Macarena Bustamante Sinn*¹

*Vicente Hargous Fuentes*²

Resumen

Este trabajo es el resultado de un estudio sistemático del estado de la libertad religiosa en Chile a consecuencia de las medidas de la autoridad sanitaria dictadas con ocasión de la pandemia del Covid-19. Para ello, describimos la protección de este derecho a nivel normativo –tanto en la Constitución como en tratados internacionales–, para luego explicar el modo en que se ha desarrollado este debate en la jurisprudencia comparada. Finalmente, revisamos el notorio cambio en la jurisprudencia chilena, a propósito de dos fallos históricos que, a juicio nuestro, van en la dirección correcta. Nuestra tesis es que las limitaciones a la libertad de cultos que suspenden uniforme y generalmente la participación presencial en actos de culto, como ha ocurrido en el caso chileno, no sólo constituyen un acto de discriminación arbitraria, sino también una afectación a este derecho en su esencia. Esta afectación procede de un grave error en la forma de comprender la libertad religiosa y su contenido según su reconocimiento en el ordenamiento jurídico.

1. Introducción: el derecho a la libertad religiosa y su protección en el ordenamiento jurídico chileno

De todas las garantías constitucionales resguardadas por la acción de protección en el artículo 20 de la Carta Fundamental, la libertad religiosa, reconocida

1 Abogada del área Judicial de la Corporación Comunidad y Justicia. Licenciada en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: macarena.bustamante@comunidadjusticia.cl.

2 Abogado del área de Investigación de la Corporación Comunidad y Justicia. Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: vicente.hargous@comunidadjusticia.cl.

en el artículo 19 N°6, apenas ha sido protagonista de unos pocos recursos, razón por la cual la jurisprudencia nacional con la que contamos a la fecha es más bien escasa en lo relativo a ese tema³. Con todo, algunas de las restricciones impuestas por la autoridad sanitaria para enfrentar la pandemia del Covid-19 han terminado por vulnerar el ejercicio de este derecho, trayendo como consecuencia la interposición de acciones judiciales ante los tribunales de justicia para poner fin a algunas medidas específicas que restringen su legítimo ejercicio, afectándolo en su esencia. La ausencia de jurisprudencia en la materia hace que cobren especial relevancia las recientes sentencias de la Corte Suprema acerca del derecho de los fieles católicos de asistir a misa presencial. A partir de ellas se puede profundizar mucho en las relaciones actuales entre las distintas iglesias –particularmente, la Iglesia Católica– y el Estado, así como también en el contenido específico de la libertad de conciencia y religión, sobre todo en su dimensión exterior: expresiones colectivas, difusión pública, participación en actos de culto, etc.

El carácter central de este derecho es bastante claro en el sistema internacional de los derechos humanos, es más, “la lucha por el reconocimiento de los derechos del hombre tiene su origen en el reconocimiento a la libertad religiosa y de conciencia”⁴. Ya la Declaración Universal⁵, por ejemplo, contiene, además del reconocimiento de la libertad religiosa como un derecho en su artículo 18, dos referencias a ella en su preámbulo, y también se incorpora expresamente la religión como una categoría protegida en el caso del principio de igualdad⁶.

En cuanto al contenido de este derecho, los tratados internacionales incluyen diversas garantías relacionadas con la religión, que manifiestan que ella no puede entenderse como algo reducido a la esfera privada de la conciencia.

3 Otro tanto podría decirse sobre la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este sentido: Badilla, Elvira, “El concepto de libertad religiosa en algunos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que vinculan jurídicamente al Estado de Chile”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N°2, (Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile), 2008, p. 360.

4 Badilla, Elvira: “El concepto de libertad religiosa en algunos instrumentos internacionales sobre derechos humanos que vinculan jurídicamente al Estado de Chile”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, N°2, (Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile), 2008, pp. 341-364, p. 360.

5 Aunque no es un tratado vinculante en sí mismo, sí ha sido reconocida como un antecedente capital y, quizás, el texto más influyente dentro del sistema de los derechos humanos. La relevancia de esta declaración se menciona en los preámbulos de muchos tratados (incluyendo la Convención Americana) como un antecedente clave en la historia del reconocimiento de la dignidad humana y, por ende, de los derechos humanos. Al respecto, vid. Carrillo, Juan Antonio, *Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos cincuenta años después*, (Trotta), Madrid, 1999, pp. 85-96.

6 En el mismo sentido, Badilla, op.cit., p. 345. Muchos instrumentos internacionales vigentes vinculan el derecho a la libertad religiosa al principio de no discriminación, cfr. *ibid.*, p. 360.

La relevancia de las religiones en la vida social es clara. Lentamente ella se ha incorporado no sólo como una libertad individual, sino además como un “principio organizativo del Estado”⁷. En consecuencia, su protección debe también tener un correlato en la esfera pública: las religiones no son un mal a tolerar por la comunidad política, sino una manifestación social de la dimensión espiritual y la apertura a lo trascendente propias de la persona humana, por lo que la sociedad debe fomentar las diversas expresiones religiosas, siempre en un marco de respeto mutuo, dentro de la vida pública.

Por lo demás, esta tesis, sostenida por una parte de la doctrina, es plenamente coherente con la Convención Americana de Derechos Humanos, que no reduce la libertad de conciencia y religión al plano de la ausencia de coacción individual para mantener o dejar una determinada creencia: el artículo 12 de la Convención comprende entre sus garantías la facultad de divulgar la propia religión, también colectivamente, y de manifestarla en público, con limitaciones muy restringidas; además, respecto de los padres, incluye la facultad de que sus hijos reciban educación conforme a sus convicciones morales y religiosas. En efecto, el artículo 12 de la Convención dispone:

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

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

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

4. Los padres, y en su caso los tutores, tienen *derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*”⁸.

El compromiso con los derechos humanos que existe en nuestra época debe traducirse, por ende, en una *promoción* activa del ejercicio del derecho a

7 Sardaña, Javier; Orrego, Cristóbal, *Poder estatal y libertad religiosa*, (Universidad Autónoma de México), México D.F., 2001, p. 37.

8 Convención Americana de Derechos Humanos, art. 12. Las cursivas son nuestras.

la libertad religiosa, es decir, de la religión, y de las posturas éticas que sean consecuencia de cada creencia. Otra cosa significaría ver la religión como un mal que debería ser *tolerado*, como si se asumiera que la religión no es un aporte a la vida social, sino algo que la perjudica.

El rol de la religión en el contexto latinoamericano se ha entendido de manera muy especial, habida consideración de su importancia en nuestra cultura y dentro del orden social, lo que ha dejado ciertas manifestaciones en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre. En el caso chileno en particular, la religión siempre ha ocupado un lugar relevante en la sociedad, cuestión que se puede ver en el proceso de separación entre la Iglesia y el Estado, cuya culminación tuvo lugar en la Constitución de 1925, el que no sin razón se ha llamado “laicidad realista”: “un Estado que asume una laicidad moderada por el realismo –laicidad realista– que lo lleva a reconocer lo religioso como un factor social presente en la sociedad chilena, a partir del cual asume una franca actitud de colaboración con lo espiritual. Las palabras proféticas pronunciadas por Pío XI con ocasión de la separación constitucional entre la Iglesia y el Estado, referidas específicamente a las relaciones con la Iglesia católica, bien pueden extenderse a todas las entidades religiosas, pues entre el Estado y ellas, al menos en estos primeros años, sin perjuicio de las ideas de los gobernantes de turno, hubo una «amigable convivencia»⁹. En todo caso, la convivencia de diversas culturas y la riqueza del mestizaje son hechos de nuestra historia de enorme relevancia, en las que la religión sin duda constituye un componente importante. En consonancia con lo anterior, las normas que afectan la esfera religiosa, incluso después de la separación Iglesia- Estado, han sido tendientes a considerar siempre una cierta dimensión exterior de la religión como parte integrante del derecho a profesar un determinado credo (podemos decir así, que se trata de un Estado laico, pero no laicista: respetuoso de las distintas opciones religiosas, sin ser beligerante contra las expresiones o el culto público de ninguna de ellas). En síntesis, esta libertad es un derecho de colectividades y un principio social que debe promoverse y guiar la acción positiva del Estado.

Ciertamente, esta comprensión positiva de la libertad religiosa no importa el privilegio de una religión específica: lo que el Estado está llamado a

9 Salinas, Carlos, “Derecho y religión en la primera legislación chilena posterior a la libertad de cultos (1925-1939): del Estado confesional a la laicidad realista”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXXVIII, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2016, p. 354.

reconocer es la libertad de todas las personas y de las comunidades religiosas, promoviendo sus manifestaciones y expresiones libres en la vida social. La promoción a que nos referimos es del hecho religioso en general —es decir, la búsqueda de la verdad que cada uno hace libremente, acerca de la dimensión trascendente de la vida (también cuando esa búsqueda no lleve a una religión), así como también las acciones que sean conformes con las convicciones que se adquieran en dicha búsqueda—, lo que es insustituible, en realidad, para una auténtica libertad de las conciencias en el plano individual, pues constituye una base indispensable para la paz social: “aquí es donde mejor podemos reconocer la sujeción y fundamento que el principio de libertad religiosa mantiene respecto al derecho fundamental de libertad religiosa, ya que la promoción del hecho religioso por parte del Estado refleja la nueva perspectiva que en materia de derechos humanos viene dándose en los países cuya protección es mayor en materia de tales derechos. Desde aquí se impone al derecho estatal una función promotora, pero no intervencionista: promotora de las libertades civiles, no de la actuación estatal”¹⁰.

Si miramos detenidamente cada uno de los párrafos del artículo 12 de la Convención, podremos constatar que este concepto particular de libertad religiosa se desprende inequívocamente de dicho artículo. De hecho, el segundo párrafo es el único que se refiere sólo a la inmunidad de coacción, es decir, la faz individual de este derecho (“nadie puede ser obligado a”), y todos los demás incorporan, de una u otra forma, aspectos de manifestación exterior, de colectividad o referidos a la esfera pública. El primer párrafo incluye la libertad de profesar y *divulgar* las propias convicciones o la propia religión, individual o *colectivamente*, tanto *en público* como en privado. Por su parte, el tercero trata manifestaciones externas de las creencias y religiones, con ciertas limitaciones, dirigidas a sectas violentas o creencias que imposibiliten la convivencia pacífica (las limitaciones establecidas en “la ley y que sean *necesarias* para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás”). El cuarto párrafo, por último, se refiere al derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación religiosa y moral conforme con sus convicciones; podemos decir que este derecho protege a toda la familia como pequeña comunidad religiosa, que sería la primera manifestación social de esta libertad.

De la misma manera, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce en su artículo 18 no sólo la libertad de adoptar o mantener una

¹⁰ Sardaña, Javier, Orrego, Cristóbal; op.cit., p. 40.

determinada religión o creencias, sino también la “libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza” y no menos importante, el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación religiosa y moral conforme con sus propias convicciones.

Es manifiesto, por ende, que la literalidad de los tratados no reduce el concepto de libertad religiosa a una mera afirmación personal o subjetiva, sino que incluye también la manifestación de esas creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado y, además, la facultad de *participar* en actos de culto. Todo esto, como ya hemos mencionado, con limitaciones muy restringidas. El contenido detallado de este derecho en los tratados internacionales no es menor, pues, como es sabido, al tenor del artículo 5° de nuestra Constitución, es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana que sean garantizados por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

Respecto de nuestra Carta Magna, la libertad religiosa se encuentra reconocida en el numeral 6° del artículo 19 de la misma, el cual señala en su inciso primero que la Constitución asegura a todas las personas “la libertad de conciencia, la manifestación de todas las creencias y el ejercicio libre de todos los cultos que no se opongan a la moral, a las buenas costumbres o al orden público”. Si bien no detalla todo el contenido ya mencionado, que sí es explícito en los tratados internacionales, podemos afirmar sin problemas que dicho contenido se encuentra virtualmente dentro de la redacción citada del texto constitucional. En efecto, la norma no protege una mera concepción subjetiva, sino también la manifestación de las creencias y el ejercicio del culto.

A partir del artículo 19 N°6, parte de la doctrina ha distinguido entre libertad de conciencia y libertad de creencias. Por ejemplo, Humberto Nogueira define la libertad de conciencia como “la facultad de toda persona para formarse su propio juicio, sin ningún tipo de interferencias; el derecho de pensar con plena libertad”¹¹. La libertad de creencias, por otro lado, dentro de la cual se comprende la libertad religiosa, tendría a juicio de Nogueira dos dimensiones, una objetiva y otra subjetiva. La dimensión subjetiva de la libertad de creencias “implica la facultad de desarrollar o no una fe en un ser

11 Nogueira, Humberto, “La libertad de conciencia, la manifestación de creencias y la libertad de culto en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Ius et Praxis*, 12 (2), (Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca), 2006, p. 13-41. Disponible digitalmente en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122006000200002&lng=es&nrm=iso (Fecha de consulta: 16/6/2021, 19:38 hrs.).

superior, asumiéndola individual y colectivamente, practicándola en público o en privado, mediante el culto, las prácticas, las enseñanzas, el cumplimiento de los ritos y ordenando su vida según sus exigencias, como asimismo el Derecho a no declarar la religión que se profesa, evitando así ser objeto de discriminación o perjuicios por asumir y ejercer un determinado credo o realizar actos religiosos, [mientras que,] en su dimensión objetiva, implica la pertenencia o no a una comunidad de creyentes”¹². Con todo, este artículo protegería también la libertad religiosa, en sus dimensiones objetiva y subjetiva. La libertad de culto, a juicio de Nogueira, constituye la dimensión subjetiva externa de la libertad religiosa, por la cual “la fe trasciende el plano del fuero interno de la persona y se manifiesta socialmente”¹³.

Por su parte, Silva Bascuñán, habla de tres bienes protegidos por el contenido de este derecho: la libertad de conciencia (interior), la manifestación (exterior) de las creencias y el ejercicio libre (y público) de cultos. En consonancia con eso, el autor habla de “libertades religiosas”¹⁴. De la misma manera, aunque no use esas palabras, Cea Egaña considera que la norma contenida en el artículo 19 N°6 inciso primero incluye tres elementos, que son los ya mencionados¹⁵. En tanto, Ángela Vivanco los distingue como “tres garantías vinculadas, pero distintas”¹⁶. Estos tres autores están contestes en que la tercera de estas garantías se refiere a lo que se ha llamado libertad de cultos. El acto de culto no es lo mismo que la manifestación oral o escrita de una creencia o de una fe religiosa, sino que se refiere a la intervención o participación en ritos y ceremonias, como asistente o como celebrante¹⁷. El culto, los ritos, expresan exteriormente, “tanto en forma individual como colectiva, el homenaje que se debe a la divinidad, agradeciendo e implorando sus favores y ofreciéndole el sacrificio, que simboliza la inferioridad del hombre, el arrepentimiento ante su conocida imperfección, la satisfacción del justo enojo de Dios”¹⁸.

12 Vid. nota al pie n°10.

13 Nogueira, Humberto, op.cit., p. 24.

14 Cfr. Silva Bascuñán, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo XI, (Editorial Jurídica de Chile), Santiago, 2006, pp. 234-247.

15 Cfr. Cea, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, tomo II, (Ediciones Universidad Católica), Santiago, 2004, pp. 207-208.

16 Vivanco, Ángela, *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*, tomo II, (Ediciones Universidad Católica), Santiago, 2004, p. 366.

17 Cfr. Vivanco, Ángela, op. cit., p. 367.

18 Silva Bascuñán, op.cit, p. 242.

A partir de una primera mirada a nuestra sociedad actual, se podría concluir que es bastante esperable que en Chile la libertad religiosa no sea objeto de vulneraciones y, por ende, que sea necesario su resguardo mediante la interposición de un recurso de protección. Sin embargo, en los últimos meses hemos sido testigos de diversas perturbaciones en el legítimo ejercicio de este derecho fundamental. El primero de ellos –quizás el más patente– se ha visto reflejado en decenas de ataques a templos religiosos de distintos credos, particularmente iglesias cristianas, los cuales han tenido lugar desde octubre de 2019¹⁹. Dichos actos de vandalismo van desde vidrios quebrados y saqueos hasta incendios provocados por parte de ciertos particulares. La mayoría de estos casos ha provocado una simple condena política de cara a la prensa, pero prácticamente nulas consecuencias legales para los agresores o para las autoridades responsables²⁰.

Teniendo en cuenta lo ya expuesto, dividiremos este trabajo en cuatro partes. La primera, consistente a las medidas sanitarias adoptadas a nivel nacional y regional entre febrero y julio de 2020 –antes de la implementación del Plan: “Paso a Paso: Nos Cuidamos”–, sus repercusiones en el ejercicio de este derecho fundamental y la reacción de los Tribunales Superiores de Justicia. En segundo lugar, analizaremos en paralelo jurisprudencia emanada de distintos tribunales extranjeros a propósito de las restricciones al culto en sus países, haciendo breve referencia a las diferencias existentes con la situación

19 Así se hizo presente en: Comunidad y justicia (2020): “Informe sobre violaciones a la libertad religiosa en Chile con ocasión de la visita *in loco* de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, 2020. Disponible digitalmente en <http://www.comunidadjusticia.cl/wp-content/uploads/2020/05/informe-libertad-religiosa-cyj-febrero-2020-1.pdf> (Fecha de consulta: 29/6/2021, 9:59 hrs.).

20 Hay quienes podrían objetar que en tal caso no se trataría de una violación a un derecho humano, por tratarse de un delito cometido por particulares. Esta objeción es falsa, por dos motivos (aunque no es el tema principal de este artículo, no podemos pasar de largo sin esbozar siquiera brevemente una refutación de esa tesis, habida consideración de su relevancia). En primer lugar, porque en el Derecho interno de Chile la protección de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución comprende los casos de vulneración por parte de particulares, contra quienes se puede ejercer acción de protección. Como se reconoce en el artículo 5° de nuestra Carta Magna, existen unos derechos inherentes o esenciales de la persona humana, que son reconocidos o garantizados por la Constitución y por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes. En segundo lugar, porque también ante el derecho internacional de los derechos humanos el Estado de Chile es responsable no solamente por sus acciones, sino también por sus omisiones en la protección de los derechos humanos, y puede vulnerarlos directa o indirectamente. A juicio nuestro, en este caso, la falta de protección policial incluso frente a avisos previos y la ausencia absoluta de persecución por parte de la autoridad –es decir, los nulos esfuerzos para investigar, prevenir y sancionar estas vulneraciones a ciertos credos y por detener la sensación de inseguridad frente a ellas que tuvieron los creyentes por tanto tiempo– hacen que el Estado de Chile sea responsable internacionalmente. Uno de los autores de este trabajo ha hecho presente este argumento en la Cámara de Diputados, en la comisión especial investigadora de las violaciones a los Derechos Humanos durante el Estado de Emergencia de 2019; la minuta de su intervención esta disponible en <http://www.comunidadjusticia.cl/wp-content/uploads/2020/05/exposicion-comision-estado-de-emergencia-marzo-2020-1.pdf> (fecha de consulta: 30/06/2021, 5:59 hrs.).

nacional. Tercero, revelaremos el giro jurisprudencial que se produjo a principios del año 2021, como consecuencia de la interposición de dieciséis recursos de protección a lo largo del país, exigiendo el respeto al derecho de los fieles católicos a asistir a la Santa Misa. Por último, nos referiremos a los desafíos actuales que enfrentan los católicos y creyentes, esbozando ciertos principios que, a la luz de estos autores, debieran regir el actuar de la Administración en estas materias.

2. Las restricciones a la libertad de cultos durante los primeros meses de la pandemia en Chile

Con ocasión de las primeras medidas sanitarias adoptadas para combatir el contagio y propagación del Covid-19 (entre los meses de febrero y julio de 2020), los creyentes fueron víctimas de un ataque al ejercicio de este derecho fundamental que, aunque más silencioso que los ataques a los templos de fines del año 2019, resulta más profundo y directo en contra del culto. Esta nueva vulneración no es sino consecuencia de las excesivas restricciones al libre ejercicio del culto impuestas por la autoridad sanitaria. Tomaremos como ejemplo el caso de la diócesis de Santa María de Los Ángeles.

Como primera medida para enfrentar la pandemia que se estaba esparciendo por el mundo, el 8 de febrero de 2020 se publicó en el Diario Oficial el Decreto N°4 del Ministerio de Salud, el cual decretó el Estado de Alerta Sanitaria en nuestro país. En su artículo tercero, dicha autoridad otorgó ciertas facultades extraordinarias a las Secretarías Regionales Ministeriales (en adelante “SEREMI”) de Salud, como la de “disponer de la prohibición de funcionamiento de los establecimientos y lugares de trabajo, que pongan en peligro a las personas que trabajan o asisten a ellos”²¹, y de “disponer de las medidas necesarias para evitar aglomeraciones de gente en espacios cerrados o abiertos que puedan fomentar la propagación del virus”²². Algunas semanas después, y luego de que se confirmaran los primeros casos de coronavirus en el país, se publicó en el Diario Oficial el Decreto N°104, que “Declara Excepción Constitucional de Catástrofe, por Calamidad Pública, en el territorio de Chile”, estado que se mantiene vigente a la fecha en que se escriben estas líneas.

En razón de la situación ya descrita, el Ministerio de Salud fue dictando una serie de Resoluciones Exentas, disponiendo de medidas sanitarias para

21 Decreto N°4 del año 2020 del Ministerio de Salud, art. 3, n°8.

22 Decreto N°4 del año 2020 del Ministerio de Salud, art. 3, n°12.

el control de la pandemia. Entre ellas, cobró especial relevancia la Resolución Exenta N°203 de fecha 24 de marzo de 2020, que dispuso tanto la prohibición de eventos públicos con más de 50 personas por un período, de manera indefinida²³, como el cierre de los cines, teatros, pubs, discotecas, gimnasios, y lugares análogos²⁴.

Debido a las circunstancias del momento –sobre todo, por la incertidumbre respecto del Covid-19, sus consecuencias, la falta de una vacuna, etc.– varias entidades religiosas de distintos credos decidieron suspender los cultos con asistencia presencial de público, aun cuando la norma vigente no los prohibía. Otras, en cambio, establecieron protocolos sanitarios para que las personas pudiesen asistir a las ceremonias de culto religioso minimizando al máximo los riesgos de contagio. En cuanto a la Iglesia Católica, cada diócesis optó por una u otra alternativa, autónomamente. En el caso de la diócesis de Santa María de los Ángeles, el Obispo pidió a los sacerdotes seguir celebrando misas con público, instruyendo a los fieles a no intercambiar el saludo de la paz mediante gestos que involucraran contacto físico, a asistir con mascarilla, a recibir en lo posible la Comunión en la mano, aumentar el número de misas para evitar aglomeraciones, entre otras medidas²⁵.

Sin embargo, con fecha 23 de marzo de 2020, la Seremi de Salud de la Región del Bío Bío (de la cual depende la ciudad de Los Ángeles), dictó la Resolución Exenta N° 1094, la cual prohibía la celebración de actividades deportivas, religiosas y culturales y que constituyeren aglomeración de personas; pero permitiendo a la vez un aforo de 50 personas en los locales comerciales²⁶. Así, fundándose tanto en dicha Resolución, como en el Estado de Catástrofe y Alerta Sanitaria vigentes, el día 29 de marzo de 2020, tras un proceso de fiscalización por las distintas iglesias de la diócesis de Los Ángeles, se procedió a clausurar varias de éstas, por el hecho de continuar abiertas y continuar celebrando misas.

Ante esto, un grupo de laicos interpuso un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Concepción en contra de la Seremi de Salud respectiva. La acción judicial se fundaba en dos argumentos principales, a partir de los cuales se llegaba a la conclusión de que tanto la Resolución referida como

23 Resolución Exenta N°203 del Ministerio de Salud, 24 de marzo de 2020. Apartado VII, N°24.

24 Resolución Exenta N°203 del Ministerio de Salud, 24 de marzo de 2020. Apartado VII, N°27.

25 Cfr. Carta del Obispo Felipe Bacarreza sobre la Misa dominical, 20 de marzo de 2020. Disponible digitalmente en: <http://www.iglesia.cl/40144-carta-obispo-felipe-bacarreza-sobre-misa-dominical.html>

26 Resolución Exenta N°1094 del Seremi de Salud de la Región del Bío Bío, 23 de marzo de 2020.

el acto de clausura eran ilegales y arbitrarios, afectando los derechos fundamentales de los recurrentes a la libertad de culto y a la igualdad ante la ley.

El primero de ellos se fundaba en lo dispuesto tanto en el artículo 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos²⁷, como en el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos²⁸, los cuales señalan que hay ciertos derechos que no admiten suspensión, nunca, ni aún en situaciones de excepción constitucional, dentro de los cuales se encuentra la libertad de conciencia y religión. No estando así autorizada para prohibir las actividades religiosas, la Resolución referida dictada por la autoridad sanitaria y el acta misma en que se consignaba la clausura de los templos, resultaban ilegales, pues contravenían asimismo lo dispuesto en los artículos 5 inciso 2°, 6 y 7 de la Carta Fundamental. Asimismo, reclamaron los recurrentes que ambos actos impugnados adolecían de arbitrariedad, toda vez que aplicaban un trato desigual a situaciones que, de hecho, son iguales en lo que se refiere a las posibilidades de contagio. En efecto, las medidas sanitarias ordenadas por la Seremi a los locales comerciales podían ser igualmente adoptadas por los templos y parroquias. Además, vulneraban el principio de proporcionalidad y fundamentación que debe regir a todo acto administrativo, toda vez que el fin de la norma –evitar los contagios por Coronavirus en la población– claramente podía cumplirse con medidas menos lesivas para los derechos fundamentales de las personas.

A partir de lo ya expuesto, se solicitó al Ilustrísimo Tribunal que, junto con adoptar las medidas que estimase necesarias para reestablecer el imperio del

27 Artículo 4°, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: “1. En situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación y cuya existencia haya sido proclamada oficialmente, los Estados Partes en el presente Pacto podrán adoptar disposiciones que, en la medida estrictamente limitada a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de este Pacto, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada únicamente en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. *La disposición precedente no autoriza suspensión alguna de los artículos 6, 7, 8 (párrafos 1 y 2), 11, 15, 16 y 18 (...)*” (las cursivas son nuestras).

28 Artículo 27, Convención Americana de Derechos Humanos: “1. En caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social. 2. *La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos:* 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (*Libertad de Conciencia y de Religión*); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”.

derecho, dejara sin efecto el Acta de clausura emanada por la Seremi de Salud respectiva, revocando así la prohibición de funcionamiento de los templos clausurados por la misma.

El recurso de protección fue declarado inadmisibile tanto por la Corte de Apelaciones de Concepción, como por la Corte Suprema. La primera fundó su decisión en que el recurso intentado no decía “relación con cautelar el respeto y ejercicio de garantías constitucionalmente protegidas, sino (...) con la adopción de estrategias propias de la determinación de políticas públicas para hacer frente a la afectación sanitaria que aqueja al país, gestión que es privativa del Ejecutivo y que no corresponde a los Tribunales de Justicia establecer”²⁹. Resolviendo una apelación subsidiaria –luego de rechazada la reposición por el tribunal a quo–, el Excelentísimo Tribunal confirmó la resolución de la Corte de Apelaciones, fundándose en el inciso segundo del artículo 19 N° 6 de la Carta Fundamental, que señala que “las confesiones religiosas podrán erigir y conservar templos y sus dependencias, bajo las condiciones de seguridad e higiene fijadas por las leyes y ordenanzas”.

A pesar de la negativa a dar protección a este derecho fundamental por parte de los Tribunales Superiores de Justicia, la Resolución objetada fue finalmente dejada sin efecto de oficio por la autoridad sanitaria regional, la cual dictó en reemplazo la Resolución Exenta N°1509 y luego la Resolución Exenta N°1529, fundándose esta vez en la norma vigente a nivel nacional –la Resolución Exenta N°203, a la que ya nos referimos–, y manteniendo, por tanto, la prohibición de celebrar eventos públicos con más de 50 personas.

Respecto de la actitud de la Judicatura –que se mantuvo, por lo demás, durante el primer año de la pandemia– de no admitir a trámite ninguna acción de protección que cuestionara alguna medida sanitaria dispuesta por el Ejecutivo para el manejo de la crisis, es necesario profundizar. Es cierto que, conforme al artículo 45 de la Constitución vigente, los tribunales de justicia no pueden calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para decretar un estado de excepción constitucional. 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”³⁰. He ahí que, cuando de derechos fundamentales se trata, siempre se puede recurrir ante los tribunales de

29 Corte de Apelaciones de Concepción, Rol 7800-2020, 7-04-2021.

30 Cfr. Artículo 45 inciso primero, Constitución Política de la República.

justicia, a fin de que ejerzan el control correspondiente respecto de los actos de la Administración. Sólo así, las limitaciones al ejercicio del poder contenidas en la Carta Fundamental resultan efectivas, y los derechos de los ciudadanos, respetados.

Así también, cabe señalar que para que una acción de protección pueda ser admitida a trámite, la causa de pedir no tiene que ser el mérito, la oportunidad o conveniencia de una determinada decisión adoptada por el Ejecutivo, puesto que ello es de su competencia privativa, no pudiendo ser objeto de intromisiones por parte del Poder Judicial. Sí son revisables, en cambio, los actos de la Administración, en cuanto se alega su inconstitucionalidad y/o ilegalidad y ellos afectan derechos fundamentales. Al respecto, y como bien señala el profesor Juan Carlos Ferrada Bórquez, a fin de distinguir cuándo corresponde impugnar la ilegalidad de un determinado acto por el recurso de protección, y cuando en cambio, por otras vías judiciales o administrativas, “sería procedente el recurso de protección, como proceso de impugnación del acto administrativo, en aquellos casos en que se pretende la tutela de un derecho fundamental de aquellos especialmente amparados por esta vía, y el acto impugnado supone una privación perturbación o amenaza de los mismos. En cambio, será aplicable el proceso especial en aquellos casos en que se discuta la mera legalidad o regularidad del acto administrativo en general, o la protección de un derecho no fundamental o un interés legítimo –en los casos que proceda–, pero sin que esté comprometido directa e inmediatamente un derecho fundamental del particular. Lo anterior también operaría en el caso del recurso de protección y el proceso de nulidad de Derecho Público (...). Así, si lo solicitado por el actor es el amparo de un derecho fundamental, el proceso que corresponde utilizar es el recurso de protección. En cambio, si lo perseguido es la impugnación de la validez del acto, protegiendo un derecho o interés del actor, el proceso elegido debe ser la nulidad de Derecho público, ya que no hay en juego derecho fundamental comprometido en la especie”³¹.

De igual modo, y en cuanto a la cosa pedida contenida en cualquier acción de protección en que se impugna un determinado acto administrativo, ésta no puede consistir en que el Tribunal que conoce del asunto adopte una determinada política pública, pues ello también compete al Ejecutivo de manera

³¹ Ferrada, Juan Carlos, “Los procesos administrativos en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* XXXVI, Valparaíso, Chile, (Ediciones Universitarias de Valparaíso), 2011, 1° semestre, p.275.

privativa. Lo que debe solicitarse en cambio –y tal como se hizo en el recurso presentado por los laicos de la ciudad de los Ángeles–, es que se declare cuándo la autoridad recurrida ha traspasado los límites constitucionales y legales dentro de los cuales debe regir su actuar, ordenándola a adoptar en consecuencia, las políticas públicas que estime más convenientes para el caso concreto, pero siempre siendo respetuosa del ordenamiento jurídico al que está sujeta y a los derechos fundamentales de las personas.

Ocurre en estos casos algo semejante a lo que ocurría respecto de la conocida polémica por la inexistencia de los tribunales que resolvieran asuntos contenciosos administrativos³²: así como los tribunales de justicia no pueden abstenerse de conocer asuntos que le son sometidos a su conocimiento, porque de esta manera dejarían en indefensión a una persona, del mismo modo no pueden los tribunales excusarse en la imposibilidad de revisar los actos de la administración durante la pandemia, cuando están en juego los derechos fundamentales.

3. La experiencia extranjera y la jurisprudencia comparada relativas al libre ejercicio del culto.

Siendo el coronavirus un fenómeno mundial, en todos los países los Gobiernos optaron por decretar medidas, con diversos grados de intensidad, para evitar la propagación y el contagio de la enfermedad entre sus ciudadanos. Con todo, dichas políticas no quedaron exentas del debido control por parte de los Tribunales de Justicia en todos los países: en muchos de ellos los tribunales no dudaron en ordenar la revocación de algunas de tales medidas, cuando contravenían las normas constitucionales del país³³.

Como primer ejemplo –centrándonos únicamente en la defensa del libre ejercicio del culto– tenemos al Tribunal Constitucional Federal de Alemania, el cual a principios de la pandemia fue llamado a analizar la prohibición general de reuniones en iglesias, mezquitas y otros templos impuesta por el gobierno, sin permitir ningún tipo de excepciones. En su orden del 2 de mayo de 2020, el tribunal resolvió provisionalmente que dicha prohibición del Lander

32 Soto Kloss, Eduardo (2015): “Lo contencioso administrativo y los Tribunales Ordinarios de Justicia. Excepción de incompetencia”, en *Revista de Derecho Público*, 21/22, (Facultad de Derecho Universidad de Chile), passim.

33 Todos los casos que expondremos a continuación fueron descritos en informes en Derecho acompañados en los recursos de protección en favor de la libertad de culto interpuestos en Chile. Estos informes en derecho fueron presentados por la organización internacional “Alliance Defending Freedom” y la Corporación Comunidad y Justicia. Cfr. Henríquez, Tomás, Informe en Derecho en causa de protección Rol N° 10.757-2020 seguida ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, 23-12-2020, p. 3-4.

de Baja Sajonia era inconstitucional, por vulneración grave del derecho a la libertad religiosa bajo su constitución³⁴.

Pocos días después, el 18 de mayo de 2020, el Consejo de Estado Francés ordenó al Primer Ministro modificar en un plazo de 8 días los actos administrativos que dispusieron una prohibición general y absoluta de actividades religiosas en lugares de culto, debiendo reemplazarlas por medidas proporcionadas al combate de la pandemia. Junto con señalar que la participación en ceremonias colectivas –particularmente, en lugares de culto–, constituía un componente esencial de la libertad religiosa, sostuvo que prohibir del todo las actividades religiosas constituía un acto de discriminación arbitraria, toda vez que otras actividades de mayor o igual riesgo de contagio se encontraban permitidas³⁵. Así también, unos meses más tarde, con fecha 29 de noviembre de 2020, el mismo Consejo acogió la impugnación a nuevas regulaciones del gobierno francés que establecían un límite fijo de 30 personas para las ceremonias religiosas, con independencia del tamaño del templo en que se llevaran a cabo, en circunstancias de que el límite de personas en otros recintos y para otras actividades se encontraba fijado en relación con el tamaño de los lugares. Una vez más, el Consejo de Estado concluyó que la prohibición establecida resultaba ser desproporcionada, especialmente en atención a las diferencias de trato identificadas, ordenando por tanto al gobierno modificarlas a la brevedad³⁶.

En forma similar, la Sala Constitucional de la República y Cantón de Ginebra, Suiza, fue requerida por un grupo de ciudadanos suizos reclamando la vulneración de sus derechos fundamentales, por cuanto el gobierno suizo había impuesto la prohibición general de celebrar servicios religiosos, con la sola excepción de la celebración de matrimonios o funerales, con hasta 5 y hasta 50 partícipes. En su decisión, la Sala Constitucional acogió la impugnación tomando nota de que la infracción a la libertad religiosa era seria, “privando a los fieles de toda posibilidad de práctica litúrgica”. En forma decisiva,

34 Ver, Bundesverfassungsgericht (Tribunal Federal Constitucional de Alemania), Segunda Sala, Primer Senado, decisión de 29 de abril de 2020, disponible en: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2020/04/qk20200429_tbvq004420.html;jsessionid=6BECFA96894F86CABDDDBDC64451F7AE1.2_cid392 (Fecha de consulta: 30/06/2021, 11:08 hrs.).

35 Ver, Conseil d'État (Consejo de Estado Francés), decisión del 18 de mayo de 2020, disponible en: https://www.conseil-etat.fr/Media/actualites/documents/2020/05-mai/440366-et-suivants-m.-w-etautres.anon_compl.pdf

36 Ver, Conseil d'État, Consejo de Estado Francés, decisión del 29 de noviembre de 2020, disponible en: <https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/limite-de-30-personnes-dans-les-etablissements-de-culte-decision-en-refere-du-29-novembre>

la Sala Constitucional observó que “a primera vista se constata que existen medidas de carácter menos incisivo que harían posible alcanzar el objetivo sin requerir una interferencia así de significativa con los derechos”³⁷.

Con todo, fueron la Corte Suprema de Estados Unidos y el *Outer House* del Tribunal Supremo Escocés, quienes más profundizaron en el fondo de la cuestión, es decir, no sólo sobre la discriminación arbitraria realizada en perjuicio de los cultos religiosos, sino sobre todo en el carácter esencial y primario del derecho fundamental asociado a ellos. En efecto, en la sentencia del Supremo Tribunal norteamericano de noviembre de 2020, se sostuvo firmemente que “aunque algunos puedan observar los servicios religiosos por televisión, tal participación remota no es lo mismo que la asistencia presencial: los católicos que ven la Misa desde la casa no pueden recibir la Comunión”³⁸, señalando además que el no poder asistir presencialmente a la Eucaristía producía en ellos un daño irreparable. De modo similar, luego de analizar los argumentos de los peticionarios, el *Outer House* escocés, reconoció en su fallo del 24 de marzo de 2021 que “es fundamental para la fe cristiana practicada por los peticionarios la importancia de congregarse físicamente para realizar el culto colectivo, comunión, bautismo y ministración congregacional a través de dones espirituales. En lo que respecta al catolicismo romano (...) la celebración eucarística, en una misa dominical pública, es de particular importancia. La asistencia a misa se considera un elemento esencial, no opcional, de la fe católica. El sacramento de la confesión sólo se puede administrar en presencia del sacerdote y el bautismo, que es el medio por el cual los niños ingresan a la Iglesia Católica, también requiere presencia física. La ley canónica establece las condiciones para el culto colectivo público, que implica, entre otras cosas, la reunión física de cristianos para la oración, la proclamación del Evangelio cristiano y la celebración de la Sagrada Comunión por parte de los cristianos reunidos en un solo lugar. Además, los edificios de las iglesias tienen

37 Ver, Sala Constitucional, República y Cantón de Ginebra, A / 3993/2020 - ABST ACST / 40/2020, decisión de 03 de diciembre de 2020, disponible en: http://ge.ch/justice/donnees/decis/cst/show/2543080?meta=dt_decision%3A%5B01.11.2020+TO+*%5D&doc=

38 Supreme Court of the United States, Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo, Governor of New York, 25-11-2020, p. 5: “There can be no question that the challenged restrictions, if enforced, will cause irreparable harm. The loss of First Amendment freedoms, for even minimal periods of time, unquestionably constitutes irreparable injury”. *Elrod v. Burns*, 427 U.S. 347, 373 (1976) (plurality opinion). If only 10 people are admitted to each service, the great majority of those who wish to attend Mass on Sunday or services in a synagogue on Shabbat will be barred. And while those who are shut out may in some instances be able to watch services on television, such remote viewing is not the same as personal attendance. Catholics who watch a Mass at home cannot receive communion, and there are important religious traditions in the Orthodox Jewish faith that require personal attendance”.

un significado particular dentro del catolicismo (por eso rezar en casa no es equivalente a orar en una iglesia), toda vez que éstos se consideran un espacio sagrado. La gracia sacramental no se puede recibir de un servicio grabado o transmitido por video. Por todas estas razones, tengo claro que el efecto del cierre de los lugares de culto supone que los peticionarios (...) se encuentren efectivamente impedidos de practicar o manifestar su religión, por muchas transmisiones o plataformas de internet que puedan existir”³⁹.

Esta jurisprudencia muestra con claridad que en países de incuestionables credenciales de respeto por los derechos humanos –tal es el caso de los países europeos mencionados– se dio al menos un trato igualitario a las ceremonias religiosas, en comparación con otras actividades. En los casos de Escocia y Estados Unidos incluso se fue más allá, profundizando en el contenido de la libertad de cultos y, en consecuencia, en el deber del Estado de respetar el carácter presencial de algunos de ellos, como un elemento esencial e inseparable de la libertad religiosa.

4. La implementación del llamado “Plan Paso a Paso” y las nuevas vulneraciones al libre ejercicio del culto religioso.

Luego de unos meses desde la entrada en vigor del Estado de Excepción de Catástrofe, y para unificar las medidas sanitarias a nivel nacional, el Gobierno ideó un plan orientado a una liberación paulatina y progresiva de las medidas, llamado “Paso a Paso: nos cuidamos”, el cual fue publicado en el Diario Oficial a través de la Resolución Exenta N° 591 del Ministerio de Salud, el 25 de julio de 2020. Se establecieron así cinco pasos o “fases” en las que se podía encontrar una comuna, dependiendo del porcentaje de casos activos que tuviera: Cuarentena, Transición, Preparación, Apertura Inicial y Apertura Avanzada. De acuerdo a este Plan, los cultos religiosos se encontraban prohibidos tanto en las comunas en Cuarentena, como los fines de semanas y festivos en las comunas de Transición.

La afectación a este derecho fundamental se hizo más patente luego de que la autoridad sanitaria, consciente de la “fatiga pandémica” que vivía la población (es decir, el agotamiento social frente al cumplimiento de medidas muy restrictivas), renovó, en enero de 2021, el Plan Paso a Paso. Dichas modificaciones –contenidas en la Resolución Exenta N°43 del Ministerio de

39 Outer House, Court of Session, Opinion of Lord Braid, Reverend Dr. William J U Phillip and Others for Judicial Review of the closure of places of Worship in Scotland, P. 74/21, 24-03-2021, paragraph 60-61 (traducción propia).

Salud, publicada el 14 de enero de 2021–, incluyeron más facilidades para que los establecimientos comerciales y los restaurantes pudiesen recibir clientes (de modo que se eviten quiebras innecesarias de pequeñas o medianas empresas). Así también, atendida la necesidad de las personas de disfrutar de un tiempo de descanso luego de un año bastante difícil, se creó el Permiso Único de Vacaciones, el cual daba la posibilidad de que las personas que se encontraran en Fase 2 (o “Transición”) pudieran salir de vacaciones a cualquier otra comuna que se encuentre en la misma Fase o en una “superior”. Otras medidas fueron la incorporación de un horario especial para que las personas puedan realizar actividades deportivas al aire libre, cualquiera sea el Paso en que se encuentre la comuna en que residan, y la limitación de un máximo de cuatro semanas de duración para la etapa de Cuarentena. Con todo, la asistencia presencial a las ceremonias religiosas seguía prohibida, tanto en comunas en Cuarentena, como los fines de semana y festivos en las comunas en Transición.

Frente a dicha medida, cientos de laicos católicos de distintas regiones del país se organizaron para interponer un total de 16 recursos de protección frente a diversas Cortes de Apelaciones. Así, se interpuso uno en Arica, uno en Copiapó, dos en Valparaíso, dos en Santiago, dos en San Miguel, dos en Rancagua, dos en Talca, uno en Concepción, uno en Temuco, uno en Valdivia y uno en Puerto Montt. Esta vez, dos de ellos –correspondientes a las Cortes de Arica y Concepción– fueron declarados admisibles de manera inmediata; mientras que los otros catorce fueron admitidos a trámite gracias a la decisión de la Corte Suprema de acoger las apelaciones subsidiarias deducidas en contra de las resoluciones de los tribunales de primera instancia señalando “que, del mérito de los antecedentes, aparece de manifiesto que en el libelo interpuesto en autos se han mencionado hechos que eventualmente pueden constituir la vulneración de garantías de las indicadas en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, razón por la que el recurso debió haber sido acogido a tramitación”⁴⁰.

Sin embargo, el giro jurisprudencial del Máximo Tribunal fue más allá, al revocar las sentencias definitivas de las Cortes de Apelaciones de Arica y Concepción que rechazaban las acciones de protección deducidas ante ellas,

⁴⁰ Corte Suprema, Rol 14.157-2021, 26-02-2021. En el mismo sentido, Rol 14.197-2021, 2-03-2021; Rol 14.211-2021, 3-03-2021; Rol 14.363-2021, 14-03-2021; Rol 14.370-2021, 04-03-2021, Rol 14.371-2021, 4-03-2021; Rol 14.554-2021, 2-03-2021; Rol 16.925-2021, 10-03-2021; Rol 17.012-2021, 10-03-2021; Rol 17.100-2021, 10-03-2021; Rol 17.168-2021, 10-03-2021; Rol 17.169-2021, 10-03-2021; Rol 17.174-2021, 10-03-2021; Rol 19.037-2021, 22-03-2021.

acogiendo finalmente ambos recursos mediante dos fallos inéditos (prácticamente idénticos entre sí).

En concreto, la Excelentísima Corte declaró que a los recurrentes “les asiste el derecho fundamental que les posibilita concurrir al culto dominical presencial debiendo la autoridad respectiva establecer un sistema de permisos para tal fin, que les permita desplazarse con este objeto, debiendo en la ceremonia religiosa respectiva cumplirse los aforos máximos determinados por la autoridad con motivaciones sanitarias, considerando los espacios abiertos o cerrados en que se lleven a efecto y de acuerdo a las fases o etapas del plan generado a estos efectos”⁴¹.

Asimismo, de ambos fallos se desprende que el Máximo Tribunal reconoce que los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas sólo pueden ser objeto de restricción, más no de suspensión: “nunca se podrá suspender absolutamente el ejercicio de tales derechos, por cuanto ello está expresamente descartado por el ordenamiento constitucional”⁴². Además, la Corte Suprema reconoció que, ni siquiera a propósito de un estado de excepción constitucional, puede suspenderse la libertad religiosa, sino que sólo sería posible restringir las libertades de locomoción y reunión⁴³, que nunca podría afectarse en su esencia este derecho y que siempre debe respetarse el principio de igualdad cuando se regule su ejercicio⁴⁴. El Máximo Tribunal reconoció que no se respetó en estos casos, al existir “un tratamiento

41 Corte Suprema, Rol 21.963-2021, 1-04-2021, parte resolutive. De igual modo se había resuelto en la causa Rol 19.062-2021, revocando la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Arica, sin perjuicio de que en este caso, se declara el derecho del “recurrente”, por tratarse de una sola persona quien interpuso la acción respectiva.

42 Corte Suprema, Rol 19.062-2021, 29-03-2021, considerando 6°. También se trata esta idea en el considerando 4°. Como ya hemos mencionado, esto se repite de idéntico modo en la sentencia Rol 21.963-2021, de fecha 1-04-2021.

43 Corte Suprema, Rol 19.062-2021, 29-03-2021, considerando 8°: “(...) La libertad de religión y de culto, presuponen sin embargo de forma expresa la posibilidad de ser objeto de contriciones generales en su ejercicio- moral, buenas costumbres y orden público-. Sin embargo, ello no autoriza a entender que, en estados de excepción, tal libertad pueda suspenderse o imponer condiciones que impidan, en los hechos, su ejercicio, pues dichas situaciones excepcionales sólo admiten tales restricciones cuando constan expresamente en las normas constitucionales y legales que las regulan. En este caso, tanto la ley orgánica ya citada como las normas constitucionales sobre estados de excepción sólo admiten en estado de catástrofe (...) al Presidente de la República restringir las libertades de locomoción y de reunión (...). Ninguna de estas facultades admite ser interpretada como una habilitación para suspender o restringir la libertad de religión y de culto garantizada en el artículo 19 N°6 de la Constitución”.

44 Corte Suprema, 19.062-2021, 29-03-2021, considerando 6°: “(...) la regulación que se dicte no podrá, en ningún caso, afectar la esencia de las garantías, como tampoco imponer condiciones o requisitos que impidan su ejercicio, por cuanto incluso el legislador no está habilitado normalmente para ello (art. 19, N°26 de la Constitución), (...) y, cualquier reglamentación que se dicte debe tener en consideración el principio de igualdad entre las distintas actividades a que se refiere, entre las cuales no es posible establecer discriminaciones arbitrarias, por cuanto ello afecta la dignidad de las personas”.

diferenciado injustificado y, por ende, discriminatorio”⁴⁵, por no permitir actividades de culto en Cuarentena o Fase 2, en circunstancias que en sí se permite la realización de otras actividades respetándose aforos y otras medidas de resguardo sanitario.

Ahora bien, la mayor de las novedades de estos fallos es la que trata la posibilidad de participar presencialmente en la misa dominical: esta participación, reconoció la Excelentísima Corte, no puede ser suspendida, sino que sólo cabe restringir su aforo por razones sanitarias de emergencia; salvo esta limitación, “el derecho se puede ejercer sin otra restricción”⁴⁶. Esto se explica no por un capricho ni un privilegio de ciertas reuniones, sino por una adecuada comprensión de la libertad religiosa. Conforme a la fe católica –es decir, con las creencias de los católicos protegidas por la Constitución y por tratados internacionales– la misa (especialmente la dominical) es esencial para la vida religiosa del creyente católico, y su participación necesariamente es presencial: esta participación es el núcleo de la vida espiritual de los católicos y, por tanto, su prohibición importa la suspensión del derecho a la libertad de religión y de culto: “Para la regulación y doctrina de la religión que profesa el requirente, la misa dominical presencial está en el centro de sus creencias, indisolublemente ligada a la manifestación de sus convicciones religiosas más profundas. La misa dominical presencial sería el núcleo de su religión. Esto no por definición del recurrente, sino por las definiciones normativas y de autoridad de los que conducen la religión y el culto que profesa”⁴⁷.

Podemos decir que estas sentencias constituyen fallos históricos al dar un giro en una materia capital en defensa de un derecho humano como la libertad religiosa. Lo primero que destaca es el reconocimiento de que este derecho no puede ser suspendido. “Lo que ha hecho la Corte Suprema ha sido corregir la errónea interpretación del artículo 27 de la Convención Americana. La Corte de Apelaciones de Arica había entendido que los artículos 30 y 32.2 de la Convención permitían la “suspensión” del derecho de libertad religiosa”⁴⁸. En segundo lugar, este fallo es verdaderamente un avance histórico porque, al

45 Corte Suprema, 19.062-2021, 29-03-2021, considerando 10°.

46 Corte Suprema, 19.062-2021, 29-03-2021, considerando 8°.

47 Corte Suprema, 19.062-2021, 29-03-2021, considerando 8°.

48 Corvalán, Javiera; Precht, Jorge: “Libertad Religiosa y Derecho Internacional: Comentario a la sentencia de la Corte Suprema de 29 de marzo de 2021, ROL 19.062-2021”, en Diario Constitucional, 2021, disponible en <https://www.diarioconstitucional.cl/articulos/libertad-religiosa-y-derecho-internacional-comentario-a-la-sentencia-de-la-corte-suprema-de-29-de-marzo-de-2021-rol-19-062-2021/> (fecha de consulta: 30/06/2021, 11:47 hrs.).

reconocer la importancia central de los sacramentos y su carácter presencial en la fe católica, reconoció autonomía de cada culto –en el modo y lugar de su celebración– respecto de las autoridades estatales. En efecto, al tenor del artículo 19 N°26 de la Constitución, el Estado no puede afectar en su esencia el derecho a la libertad de cultos, pero los elementos de la esencia de cada culto dependen del credo de que se trate, y no de las disposiciones de orden temporal, que son las que dicta el Estado. De esta manera, el carácter presencial de la participación en la eucaristía en el culto católico, y de la recepción de los sacramentos en general, forma parte del núcleo esencial del contenido del derecho a la libertad religiosa, que comprende –como ya señalamos– la manifestación de las creencias y el ejercicio libre del culto. Este carácter presencial se refiere al contenido de la creencia: para los creyentes católicos, la asistencia presencial a misa no es lo mismo que observar por vía telemática su celebración, pues sólo en la primera se *participa* del acto de culto, estando presente en el sacrificio que se celebra.

5. Conclusiones y perspectivas de futuro de cara a la lucha por la igualdad de trato

Con ocasión de lo ordenado por el Excelentísimo Tribunal, el Gobierno anunció el 1 de abril ciertas modificaciones a las medidas sanitarias cuya ilegalidad y arbitrariedad fueron reconocidas por la Excelentísima Corte Suprema. Primero, se permitió la celebración de cultos religiosos con un aforo máximo de 5 personas. Esta medida generó polémicas, particularmente en lo relativo a las celebraciones de los matrimonios religiosos, toda vez que para la celebración de un matrimonio o un acuerdo de unión civil, se permitía la asistencia de diez acompañantes, además de los novios y el oficial del Registro Civil⁴⁹. En cambio, la regulación aplicable para el resto de las actividades consideradas “esenciales” (supermercados, bancos, tiendas comerciales, etc.) es bastante más permisiva: el aforo máximo se determina caso a caso en razón de la

49 Fue así que, por medio de la Resolución Exenta N° 414, publicada en el Diario Oficial el día 30 de abril de 2021, se modificó el N° 51 de la Resolución Exenta N° 43, permitiendo ahora la celebración de cultos religiosos en comunas en Cuarentena con un aforo máximo de 10 personas. Fundamentalmente por razones políticas, días más tarde, mediante la Resolución Exenta N° 463, publicada el 14 de mayo de 2021 en el Diario Oficial, se duplicaron los aforos permitidos para los cultos religiosos, tanto en las comunas en Cuarentena como en las comunas en Transición. Así, a la fecha en que se escriben estas líneas, para el caso de las comunas en cuarentena, el aforo permitido es de 10 personas en lugares cerrados y en el caso de lugares abiertos, de 20 (Resolución Exenta N° 43, numeral 51°, inciso tercero). En tanto en las comunas en Transición, se permiten 20 personas si el lugar es cerrado y 40 si el lugar es abierto (Resolución Exenta N° 43, numeral 64°, incisos segundo y tercero). Todo ello, respetando siempre la norma de que el aforo total no puede exceder de 1 persona por cada 8 metros cuadrados de superficie útil.

superficie útil del lugar, teniendo como único límite que se respete la proporción de 1 persona por cada 8 metros cuadrados de superficie útil⁵⁰, y que se cumplan las demás medidas sanitarias (uso de mascarilla, limpieza y desinfección de manos y espacios, información al público).

Ya se han interpuesto acciones de protección contra esta diferencia de trato injustificada, pero su tramitación se encuentra todavía vigente. En efecto, no habiendo en las actividades de culto religioso un riesgo sanitario mayor que en el resto de las actividades incluidas en el párrafo anterior, cumpliéndose las mismas medidas sanitarias, vulnera la igualdad ante la ley y, por ende, constituye una discriminación arbitraria, el establecer aforos más restrictivos sin justificación razonable. Asimismo, las medidas que se aplican a los cultos religiosos perturban de manera ilegítima el derecho a la libertad de culto, regulándolo de una manera que lo afecta en su esencia, impidiendo su libre ejercicio, sin que la autoridad tenga facultades para intervenir en asuntos amparados por la autonomía de las confesiones religiosas.

La pandemia ha traído muchos debates en la esfera política nacional, pero también ha permitido –tanto en Chile como en jurisprudencia comparada– una comprensión más profunda acerca del contenido de la libertad religiosa como algo más que un derecho a no ser coaccionado a creer cosas contrarias a las propias creencias o a obrar contra la propia conciencia. La libertad religiosa tiene un sentido que incorpora las manifestaciones externas, individuales y colectivas, y las manifestaciones sociales del hecho religioso, como algo que debe ser valorado y promovido, y no simplemente tolerado. En los casos comentados resueltos por la Corte Suprema ha quedado en evidencia que el culto de las distintas religiones es un asunto cuyo contenido no puede ser definido por la autoridad sanitaria –ni por autoridad estatal alguna–, sino que depende del credo de que se trate. Otra cosa importaría la imposición uniforme y para todos de un ateísmo social, que asumiría que lo esencial para todos es solamente la vida terrena, sin respetar así las visiones de quienes creen en una dimensión religiosa y espiritual del mundo y de la vida. Se trata de un asunto que para los Estados es inviolable, y que una comprensión adecuada de los derechos humanos debería llevar a respetar y promover.

⁵⁰ Vid. Resolución Exenta N° 43, 55° y 71°.

DESARROLLOS DEL DERECHO PÚBLICO