

Mg

Monografías

La ley de la emergencia

Ensayos sobre el derecho, la excepción y la pandemia

Editor

Pablo Contreras Vásquez

ediciones
DER

DER EDICIONES es una Editorial Jurídica creada por un grupo de Editores de larga trayectoria.

Estamos en la búsqueda de publicaciones de innegable valor científico. Nuestra propuesta pone énfasis en una cuidada elaboración técnica, colocando nuestra experiencia al servicio de la comunidad jurídica.

Nuestro catálogo editorial está compuesto por las siguientes colecciones: Ensayos Jurídicos, Monografías, Manuales, Cuadernos Jurídicos, Coediciones, Revistas y Obras prácticas.

Invitamos a aquellos profesores, investigadores o abogados en ejercicio, que hayan escrito una tesis de maestría, monografía, ensayo, manual u otra obra de interés práctico, a publicar con nosotros.

Para mayor información, escribanos a info@derediciones.com o visite nuestra página web www.derediciones.com

LA LEY DE LA EMERGENCIA

ENSAYOS SOBRE EL DERECHO, LA EXCEPCIÓN Y LA PANDEMIA

© Pablo Contreras (editor)

2020 DER EDICIONES LIMITADA

Manuel Barros Borgoño 110, oficina 504, comuna de Providencia, ciudad de Santiago, Chile

info@derediciones.com

www.derediciones.com

Registro de Propiedad Intelectual N° En trámite

ISBN 978-956-9959-91-2

Primera edición, enero de 2021 DER Ediciones Limitada

Tiraje: 300 ejemplares

Impresores: Editora e Imprenta Maval SpA

Impreso en Chile / Printed in Chile

ADVERTENCIA

La Ley N° 17.336 sobre Propiedad Intelectual prohíbe el uso no exceptuado de obras protegidas sin la autorización expresa de los titulares de los derechos de autor.

El fotocopiado o reproducción por cualquier otro medio o procedimiento de la presente publicación queda expresamente prohibido.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	VII
PRESENTACIÓN.....	IX
1. EMERGENCIA Y PROCESO CONSTITUYENTE. LA FRÁGIL CONSTRUCCIÓN DE UNA SALIDA DEMOCRÁTICA AL CHOQUE DE LEGITIMIDADES	1
Claudia Heiss	
1.1. Dictadura comisaria, dictadura soberana y constitucionalismo democrático	2
1.2. Estallido social, estados de excepción y proceso constituyente	6
1.3. Reflexiones finales.....	10
Bibliografía.....	11
2. EMERGENCIA Y ESTADOS DE EXCEPCIÓN CONSTITUCIONAL.....	13
Jaime Bassa	
2.1. Normalidad y excepción.....	14
2.2. El estado de excepción constitucional en la normativa chilena	16
2.3. Las medidas de excepción durante la pandemia en 2020.....	20
2.4. Observaciones finales	24
Bibliografía.....	25
3. EMERGENCIA Y ADMINISTRACIÓN	27
José Miguel Valdivia	
3.1. La emergencia y las situaciones jurídicas de la Administración	28
A) El servicio público y la emergencia.....	28
B) Los contratos administrativos y la emergencia.....	30
3.2. La emergencia y la acción de la Administración.....	31
A) Modulaciones de la legalidad de excepción	33

a.	Modificaciones competenciales	34
b.	Agilización de procedimientos.....	34
c.	Prerrogativas administrativas y derechos de las personas	35
B)	Eficacia jurídica de la legalidad de excepción.....	36
a.	Control judicial de las decisiones administrativas sobre la emergencia	36
b.	Responsabilidad pública y emergencia.....	37
4.	EMERGENCIA Y PROCESO LEGISLATIVO. “CON UN POCO DE AYUDA DE MIS AMIGAS”.....	39
	Domingo Lovera - Constanza Valdés	
4.1.	Tiempos normales	40
4.2.	La excepción y el proceso legislativo: octubre de 2019 y marzo de 2020	42
4.3.	¿Un Congreso a la altura de las circunstancias?.....	45
4.4.	Conclusiones.....	47
	Bibliografía.....	49
5.	EMERGENCIA Y ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.....	53
	Enrique Letelier	
5.1.	El derecho a la tutela judicial. Contenido y contornos.....	53
5.2.	Implementación de la justicia electrónica en Chile.....	54
5.3.	Funcionamiento de los tribunales durante la pandemia	55
5.4.	El derecho al proceso con todas las garantías. Contenido e importancia.....	57
5.5.	Restricciones al debido proceso durante la emergencia	58
5.6.	Vías de tutela urgente de los derechos.....	61
5.7.	Flexibilización procesal y gestión de casos.....	63
	Bibliografía.....	64
6.	EMERGENCIA Y DERECHO INTERNACIONAL.....	67
	Jorge Contesse	
6.1.	La alerta internacional	68
6.2.	La respuesta doméstica.....	69
6.3.	Regulación internacional.....	70
6.4.	Derecho internacional de los derechos humanos.....	73
6.5.	Conclusión.....	76
	Bibliografía.....	77
7.	EMERGENCIA Y PROTECCIÓN DE LA SALUD. LA “LEGALIDAD MOTORIZADA” DE LA EMERGENCIA SANITARIA.....	79
	Fernando Muñoz	
7.1.	La emergencia sanitaria del coronavirus y la producción de una “legalidad motorizada”.....	79

7.2.	Deber de coordinar y controlar las acciones de protección de la salud.....	81
	A) Declaración de alerta sanitaria.....	81
	B) Establecimiento de instancias de coordinación sanitaria.....	82
	C) Activación de los dispositivos constitucionales de emergencia.....	82
7.3.	Deber de garantizar la realización de acciones de promoción de la salud	84
	A) Actos de autoridad sanitaria.....	84
	B) Campañas de información y educación.....	85
7.4.	Deber de garantizar la realización de acciones de protección de la salud	86
	A) Medidas de higiene y salubridad.....	86
	B) Medidas de aislamiento individual y distanciamiento social.....	87
	C) Medidas de alteración del normal funcionamiento de instituciones, servicios y organizaciones.....	88
7.5.	Deber de garantizar la realización de acciones de recuperación de la salud	89
	A) Coordinación de los servicios públicos y privados de salud.....	89
	B) Cautela de la provisión de insumos médicos.....	90
7.6.	Conclusión.....	91
	Bibliografía.....	91
8.	EMERGENCIA Y PROPIEDAD.....	93
	Matías Guiloff	
8.1.	La dificultad de aprobar modificaciones a situaciones jurídicas existentes que sean necesarias para el bienestar de la población.....	94
	A) El planteamiento sobre los efectos en el tiempo de la modificación propuesta.....	95
	B) La discusión relativa a si la posición, situación o beneficio que se propone modificar es una que se encuentre amparada por el derecho de propiedad privada.....	97
8.2.	La distribución de beneficios a ciertos actores de la economía, con el ob- jetivo de impulsar la reactivación económica, que posteriormente serán muy difíciles de regular, y para que decir, terminar.....	99
	A) La determinación de los criterios a utilizar para justificar la asigna- ción de beneficios económicos a ciertos actores.....	100
	B) El margen de actuación con que cuenta el legislador para imponer condiciones y limitaciones a los beneficios que otorga.....	101
8.3.	Conclusión.....	102
	Bibliografía.....	102
9.	EMERGENCIA Y LIBERTAD DE EMPRESA. EL DOGMA NEOLIBERAL.....	105
	Christian Viera	
9.1.	La emergencia sanitaria: una crisis social y económica.....	106
9.2.	Libre iniciativa económica y sus limitaciones.....	110

9.3. Comentarios finales	115
Bibliografía.....	115
10. EMERGENCIA Y ESPECULACIÓN DE PRECIOS. EL PROBLEMA DE LA ESPECULACIÓN DE PRECIOS EN ESTADOS DE EXCEPCIÓN	119
Constanza Salgado	
10.1. La especulación de precios en el derecho chileno.....	120
10.2. ¿Cuál es el problema con la especulación de precios?.....	123
A) Intercambios no coercitivos y explotación	124
B) Desigualdad de poder y falta de reciprocidad.....	125
C) El precio justo y la subjetividad del valor.....	126
D) La desigualdad de las prestaciones en el derecho privado chileno.....	127
E) El criterio del precio competitivo de mercado.....	127
F) El argumento del no empeoramiento	128
10.3. Especulación de precios y desigualdad	129
Bibliografía.....	131
11. EMERGENCIA Y TRABAJO. LA APLASTANTE VIGENCIA DE LA IMPORTANCIA DEL TRABAJO	135
Daniela Marzi	
11.1. Trabajo y sociedad capitalista: la necesidad de un posicionamiento político e intelectual.....	135
11.2. De dónde venimos en materia de trabajo	138
11.3. Dónde estábamos en el momento inmediatamente anterior a la pandemia	141
11.4. Trabajo y pandemia	142
Bibliografía.....	144
12. EMERGENCIA Y PRIVACIDAD. LA HIGIENIZACIÓN DE LAS INTRUSIONES EN LA PRIVACIDAD DE LAS PERSONAS	147
Pablo Contreras	
12.1. La excepción constitucional no cubre restricciones a la privacidad ni a la protección de datos personales	148
12.2. Si la excepción no lo cubre, ¿es materia para la “nueva normalidad”?.....	150
12.3. Atrincherando la vigilancia, el acceso y el control.....	155
12.4. Algunas conclusiones	157
Bibliografía.....	158
13. EMERGENCIA Y PROTESTA	161
Daniel Mondaca	
13.1. Protestar en la emergencia: dos protestas para una misma crisis. El tratamiento jurídico de las protestas <i>anti-lockdown</i>	164

13.2. Tratamiento jurídico de las protestas populares	168
13.3. Conclusión	171
Bibliografía	172
14. EMERGENCIA Y GÉNERO	175
Yanira Zúñiga	
14.1. Las políticas públicas sobre la pandemia desde el punto de vista de género	177
14.2. Las políticas públicas chilenas en el marco de la pandemia	180
Bibliografía	185
15. EMERGENCIA Y ACCESO AL AGUA. COVID-19 COMO UNA CRISIS DENTRO DE LA CRISIS	187
Amaya Álvez- Rodrigo Castillo	
15.1. Crisis hídrica mundial y la conflictividad socioambiental	187
15.2. El modelo chileno de mercado como parte de la crisis hídrica	188
15.3. El derecho humano al agua como límite al mercado	191
15.4. Emergencia sanitaria: COVID-19 y episodios críticos en materia de agua	192
A) El suministro mínimo por persona: Valparaíso como “zona roja” frente a la pandemia	193
B) Necesidad de un mínimo vital de agua en servicios domiciliarios	195
15.5. Reflexión final: desafíos de la nueva Constitución en materia de agua	196
Bibliografía	197
16. EMERGENCIA Y ORDEN PÚBLICO. EL ORDEN POLICIAL Y ECONÓMICO EN EL DEBATE PÚBLICO	201
Paz Irarrázabal	
16.1. Orden público en el discurso político	202
A) Orden público policial	202
B) Orden público económico	206
16.2. Noción individualista de orden público y crítica	209
16.3. Conclusión	212
Bibliografía	213
17. EMERGENCIA Y LIBERTAD PERSONAL	215
Julio Cortés	
17.1. Toque de queda	215
17.2. Cuarentena	219
17.3. Cárceles	223
Bibliografía	225

18. EMERGENCIA Y OBLIGATORIEDAD DE LA LEY	227
Juan Pablo Mañalich	
18.1. ¿La coacción (jurídica) como fundamento de la obligatoriedad del derecho?.....	228
18.2. Heterovinculación individual mediante autovinculación colectiva.....	230
18.3. Los (frágiles) presupuestos de la aceptación popular de la ley	233
18.4. El restablecimiento del vínculo de mediación.....	235
Bibliografía.....	236

ABREVIATURAS

18-O	: “estallido social” (18 de octubre de 2019)
ANID	: Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo
art. arts.	: artículo / artículos
CBA	: Canasta Básica de Alimentos
CEDAW	: Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer
CEPAL	: Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CET	: Centros de Educación y Trabajo (Gendarmería de Chile)
comp. / comps.	: compilador / compiladores
cons.	: considerando
coord. / coords.	: coordinador / coordinadores
DC	: Democracia Cristiana
DESC	: derechos económicos, sociales y culturales
DGA	: Dirección General de Aguas
ed. / eds.	: editor / editores
<i>et ál.</i>	: y otros
FOGAPE	: Fondo de Garantía para Pequeños Empresarios
FONDAP	: Fondo de Financiamiento de Centros de Investigación en Áreas Prioritarias
Fondecyt	: Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico
GES	: Garantías Explícitas en Salud
IMACEC	: Indicador Mensual de Actividad Económica
inc. / incs.	: inciso / incisos
INDH	: Instituto Nacional de Derechos Humanos
INE	: Instituto Nacional de Estadísticas

IPC	: Índice de Precios al Consumidor
ISAPRES	: Instituciones de Salud Previsional
L/S	: litro por segundo (sistema volumétrico)
MinMujeryEG	: Ministerio de la Mujer y Equidad de Género
MP	: Ministerio Público
OCDE	: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
ODR	: Online Dispute Resolution (<i>ODR</i>) o <i>Resolución Alternativa</i> de Disputas (RAD)
OEA	: Organización de los Estados Americanos
OIT	: Organización Internacional del Trabajo
OJV	: Oficina Judicial Virtual
OMS	: Organización Mundial de la Salud
ONU	: Organización de Naciones Unidas
OP	: orden público
OPE	: orden público económico
p. / pp.	: página / páginas
PDI	: Policía de Investigaciones
PIDESC	: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PMG	: programa de mejoramiento de la gestión
PNUD	: Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo
RIT	: Rol Interno Tribunal
RM	: Región Metropolitana
RN	: Renovación Nacional
RUC	: Rol Único
SEREMI	: Secretaría Regional Ministerial
STC	: sentencia del Tribunal Constitucional
trad.	: traducción
UDI	: Unión Demócrata Independiente
UE	: Unión Europea
UIP	: Unión Interparlamentaria
UNESCO	: Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
UTM	: unidad tributaria mensual
ss.	: siguientes
vol.	: volumen

PRESENTACIÓN

“Sovereign is he who decides on the exception”.

CARL SCHMITT, *Political theology*

Si uno agudiza la vista, al revisar la famosa portada de *Leviatán* de Thomas HOBBS, encontrará un detalle de cruda vigencia. Al medio de la imagen, en la ciudadela vacía, se observan dos pequeñas figuras de los médicos de la peste, con sus máscaras de pico, sus mantas y sus sombreros. De acuerdo con la lectura de una autora, la imagen permite resignificar la portada de la clásica obra y evaluar cómo “los dispositivos médicos eran importantes para el establecimiento y la legitimación de las fronteras” y cómo se enmarca en las tensiones mismas de la biopolítica del código del poder¹. El minúsculo fragmento ilustrando a los médicos de la plaga –funcionarios públicos pagados con recursos de la ciudad– nos interpela respecto del rol del Estado, el derecho y la excepción. La ausencia de ciudadanos en las calles y los salubristas –a la par que soldados– dan la impresión de un estado de excepción o, para ponerlo términos actuales, en cuarentena y confinamiento². Las preguntas sobre el *Leviatán* vuelven a surgir. ¿Cuál es el rol del Estado y del derecho ante la excepción y la emergencia? ¿Cómo se construyen y destruyen las expectativas normativas, en una sociedad determinada, ante la irrupción de la anormalidad? ¿Es la emergencia la hora perfecta para que se desnude el ejercicio del poder estatal? O, por el

1 FALK, Francesca (2011): “Hobbes’ *Leviathan* und die aus dem Blick gefallenen Schnabelmasken”, en *Leviathan* (vol. 39), p. 262.

2 POOLE, Thomas (2020): “Leviathan in lockdown”, en *London Review of Books*. Disponible en línea: <<https://www.lrb.co.uk/blog/2020/may/leviathan-in-lockdown>>.

contrario, ¿el Estado contemporáneo se revela inerte y superado ante las circunstancias del desbordamiento social y la propagación infecciosa?

Este libro es fruto de (y reacciona a) la excepción. *La ley de la emergencia* es un conjunto de ensayos sobre el derecho, la excepción y la pandemia situados en el Chile actual. Se trata de un esfuerzo de emergencia, escrito en breve tiempo, y que convocó a pensar, dibujar ideas, reconfigurar las preguntas y cuestionar críticamente las respuestas desplegadas en nuestro país, en ese *continuum* que va desde el estallido social del 18 de octubre de 2019 y la expansión nacional del virus SARS-CoV-2, hasta los días en que este libro entró a impresión, sin tener claro cómo concluirán las materias aquí tematizadas. Se trata de textos acotados en extensión, con el objeto de abrir los puntos ciegos del derecho, en momentos en los que los días se suceden con parca similitud —en su rutina—, pero en que, a la vez, estamos discutiendo los grandes temas sobre el actual y, quizá, futuro pacto social.

El libro se compone de 18 ensayos que abordan distintos problemas sobre la relación del derecho y la excepción, especialmente vinculado a la emergencia pandémica. Los textos fueron escritos entre mayo y junio de 2020, por lo que, al día de hoy, pueden haberse producido cambios normativos, pero que no afectan las principales conclusiones de los autores. Los ensayos pueden ser distribuidos en tres partes. La primera parte del libro trata los aspectos institucionales relativos al proceso constituyente, las potestades extraordinarias del Estado bajo excepción constitucional, y los poderes clásicos del Estado —Administración, proceso legislativo y judicatura—, en el marco de la anormalidad. La segunda parte aborda la relación del Estado y la (des)protección de ciertos derechos fundamentales. Aquí se examina el sistema internacional de protección de los derechos humanos, la protección de la salud, las condiciones estatales de intervención en la economía —propiedad privada, libertad de empresa y especulación de precios—, el trabajo, la privacidad, la protesta, el género y el acceso al agua. La última parte contiene tres ensayos que apuntan a la posibilidad misma de la eficacia del derecho y de la preservación de las prerrogativas estatales de la excepcionalidad. Orden público, libertad personal y obligatoriedad de la ley son los ensayos que cierran la reflexión respecto a cómo una comunidad política se autocomprende y organiza, para sobrevivir juntos o, por el contrario, para privilegiar el buen pasar de algunos pocos.

La presentación de un libro como este debe honrar la brevedad de los ensayos que lo componen. Solo restan, entonces, los agradecimientos. *La*

ley de la emergencia no habría sido posible, en primer lugar, sin el entusiasmo y confianza de los autores y autoras que, en escasos días, prepararon una reflexión sobre el derecho y sus disciplinas de estudio. La emergencia y el confinamiento hacen extremadamente transparente el costo de oportunidad de escribir y, sin embargo, los profesores y profesoras que aquí se congregan han sido lo suficientemente generosos para interrumpir sus tareas diarias y aportar a este texto colectivo. Junto a ello, agradezco especialmente a Domingo Lovera, colega y amigo –como suele rotularnos en menciones públicas–, quien organizó el seminario “La ley de la emergencia” en la Universidad Diego Portales, en junio pasado, donde se presentaron algunas primeras versiones de estos trabajos. Asimismo, debo reconocer el apoyo incesante de Leonardo Ortiz, un hombre clave en la edición y corrección de este texto. Leonardo ha colaborado no solo en este libro, sino en una serie de proyectos académicos, que empezaron bajo una relación de profesor-estudiante, y que ahora compartimos fraternalmente como pares. Por último, quiero agradecer a mi familia, que posibilita que todo esto sea posible y transforma cualquier rutina en algo excepcional.

En la famosa cita tomada de *Teología política*, que abre este libro, Carl SCHMITT definía al soberano como quien decide en el marco de la excepción. Los ensayos que aquí se presentan podrían reconducirse a esa interrogante. Tras el estallido social y la pandemia, ¿quién es el soberano?

PABLO CONTRERAS

Editor