

See discussions, stats, and author profiles for this publication at: <https://www.researchgate.net/publication/342751089>

# El efecto irradiante de los derechos fundamentales frente a los mecanismos extraordinarios de defensa de la democracia. Especial referencia al régimen jurídico de los estados de ex...

Chapter · July 2020

CITATIONS

0

READS

39

1 author:



[Alexander Espinoza](#)

Universidad Autónoma de Chile Chile. Sede de Talca

34 PUBLICATIONS 0 CITATIONS

SEE PROFILE

980.43 Bedecarratz Scholz, Francisco J.

B Estado y pueblo mapuche: Una mirada desde el Derecho y las políticas públicas / Director: Francisco Javier Bedecarratz Scholz. – Santiago : RIL editores • Universidad Autónoma de Chile, 2020.

416 p. ; 21 cm.

ISBN: 978-956-01-0774-9

1 MAPUCHES-CHILE-RELACIONES GUBERNAMENTALES. 2 MAPUCHES-POLÍTICA GUBERNAMENTAL. 4. CHILE-RELACIONES ÉTNICAS.



*La publicación de esta obra fue sometida a referato externo, evaluada y revisada por un comité editorial de pares ciegos, evaluadores especialistas en la materia provenientes de diversas universidades chilenas y extranjeras.*

ESTADO Y PUEBLO MAPUCHE:  
UNA MIRADA DESDE EL DERECHO Y LAS POLÍTICAS PÚBLICAS  
Primera edición: marzo de 2020

© Francisco Javier Bedecarratz Scholz, 2020  
Registro de Propiedad Intelectual  
N° 2020-A-2555

© RIL® editores, 2020

SEDE SANTIAGO:  
Los Leones 2258  
CP 7511055 Providencia  
Santiago de Chile  
☎ (56) 22 22 38 100  
ril@rileditores.com • www.rileditores.com

SEDE VALPARAÍSO:  
Cochrane 639, of. 92  
CP 2361801 Valparaíso  
☎ (56) 32 274 6203  
valparaiso@rileditores.com

SEDE ESPAÑA:  
europa@rileditores.com • Barcelona

© Centro de Comunicación de las Ciencias, 2020  
Universidad Autónoma de Chile  
<https://ciencias.uautonoma.cl> | [ciencias@uautonoma.cl](mailto:ciencias@uautonoma.cl)  
ISBN Universidad Autónoma 978-956-8454-67-8

Composición e impresión: RIL® editores  
Diseño de portada: Matías González Pereira

Impreso en Chile • *Printed in Chile*

ISBN 978-956-01-0774-9

Derechos reservados.

EL EFECTO IRRADIANTE DE LOS DERECHOS  
FUNDAMENTALES FRENTE A LOS MECANISMOS  
EXTRAORDINARIOS DE DEFENSA DE  
LA DEMOCRACIA. ESPECIAL REFERENCIA  
AL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS ESTADOS  
DE EXCEPCIÓN Y LA INTERVENCIÓN  
DE LAS FUERZAS ARMADAS

THE IRRADIANT EFFECT OF FUNDAMENTAL  
RIGHTS AGAINST EXTRAORDINARY  
DEMOCRACY DEFENSE MECHANISMS.  
SPECIAL REFERENCE TO THE LEGAL REGIME  
OF THE STATES OF EXCEPTION AND THE  
INTERVENTION OF THE ARMED FORCES

*Alexander Espinoza Rausseo\**

RESUMEN

En el presente estudio nos proponemos el análisis del régimen jurídico de los estados de excepción y su relación con otras medidas de defensa de la democracia, especialmente desde el punto de vista de los derechos fundamentales, como programas normativos de resolución de conflictos.

---

\* *Doctor iuris* Universität Passau, Alemania. Docente de la Universidad Autónoma de Chile, Chile. Dirección postal: Universidad Autónoma de Chile. Sede Talca. Facultad de Derecho. Piso 5. 5 Poniente 1670, Talca, Chile. Dirección electrónica: alexander.espinoza@uautonoma.cl

## PALABRAS CLAVE

Prohibición de partidos políticos, régimen de estados de excepción, intervención de las Fuerzas Armadas

## ABSTRACT

In this study we propose the analysis of the legal regime of states of emergency and its relationship with other measures of defence of democracy, especially from the point of view of fundamental rights, such as normative conflict resolution programs.

## KEYWORDS

Prohibition of political parties, regime of states of exception, Armed Forces intervention

## I. INTRODUCCIÓN

La expresión *wehrhafte Demokratie* (con frecuencia, ha sido erróneamente traducida del alemán como «democracia militante»), constituye un principio fundamental, según el cual, la democracia debe hacer uso de los medios disponibles, en el marco del estado de derecho, para defenderse de aquellas fuerzas políticas que la combaten y pretenden sustituirla por un régimen no democrático.

Bajo esta categoría pueden ser englobadas una serie de instituciones contenidas en la Constitución Política de Chile, algunas de las cuales se inspiraron en el modelo de la Ley Fundamental alemana. Entre los mecanismos de defensa de la democracia, pueden señalarse: el artículo 19 No. 15 inciso 6°, el cual permite la declaración de inconstitucionalidad de partidos, movimientos u otras formas de organización; y el artículo 9 de la Constitución Política, el cual establece graves sanciones de inhabilitación a los responsables de conductas terroristas, así como la declaratoria de estados de excepción constitucional.

La determinación de una categoría de facultades dirigidas a la defensa de la democracia puede ser de utilidad para establecer algunas características comunes. La defensa de la democracia constituye un bien jurídico de elevado valor que podría justificar la adopción de medidas igualmente graves. Para delimitar su ámbito de aplicación con respecto de otras acciones del Estado, debemos tomar en consideración su carácter extraordinario, del cual derivan consecuencias importantes.

La doctrina jurídica ha generado un importante debate en torno a la aplicación de medidas penales y de la legislación antiterrorista, en el marco de la protesta social relacionada con la recuperación de los territorios ancestrales del pueblo Mapuche. En este escenario se han presentado acciones de hecho y violentas, contrarias al orden público, con peligro para personas y bienes o que han sido constitutivas de delitos que afectan el derecho de propiedad privada, como son los delitos de incendio y daños. Pero, en la opinión pública y entre sectores oficiales, se plantea la interrogante relativa a la declaratoria de un estado de excepción constitucional, como mecanismo de protección de los intereses afectados por el conflicto.

En el presente estudio nos proponemos el análisis del régimen jurídico de los estados de excepción y su relación con otras medidas de defensa de la democracia, especialmente desde el punto de vista de los derechos fundamentales, como programas normativos de resolución de conflictos. La Corte Suprema ha sostenido el criterio de la exclusión del control jurisdiccional de la facultad exclusiva del gobierno para decretar los estados de excepción. Tal criterio ha sido respaldado por un importante sector de la doctrina, mientras que algunos autores sostienen una interpretación restrictiva de la prohibición del artículo 45 de la Constitución.

Analizaremos el ámbito de discrecionalidad o, mejor, el margen de evaluación del presidente de la República en la decisión de intervenir en el conflicto a través de la declaratoria de un estado de excepción. En este aspecto es interesante el tratamiento del problema en el derecho administrativo alemán, especialmente porque su desarrollo se encuentra estrechamente vinculado con la

evolución del concepto de los derechos subjetivos públicos y, más recientemente, con la influencia de los derechos fundamentales en el derecho administrativo.

En cuanto a la intervención de las Fuerzas Armadas, analizaremos el criterio sostenido por la Corte Suprema, en el sentido que, en situaciones de normalidad, el presidente de la República no tiene competencia para ordenar el despliegue de las Fuerzas Armadas con el objeto de resguardar el orden público, sino que tal facultad solo puede ser ejercida en el marco de un estado de excepción constitucional. También deben ser tomados en consideración los reparos realizados por la Corte IDH, en el sentido de la falta de idoneidad de las Fuerzas Armadas para el control del orden público.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana ofrece parámetros claros para la revisión de la facultad de apreciación del jefe del Estado acerca de la suficiencia o insuficiencia de las atribuciones ordinarias de policía para conjurar la grave perturbación del orden público y sus implicaciones. En términos similares, la jurisprudencia alemana ha entrado a revisar los argumentos expuestos por los órganos de policía, en cuanto a la falta de capacidad de sus integrantes, así como el agotamiento de las diligencias, para obtener apoyo de otros cuerpos policiales de la Federación y los Estados federados (*Länder*).

### 1.1 *Die wehrhafte Demokratie*

Los conceptos *wehrhafte Demokratie* o *streitbare Demokratie* están referidos, en general, a los mecanismos de defensa del Estado y, en particular, a la defensa de la forma de Estado establecida en la Constitución, en el sentido de la protección del orden fundamental de la democracia liberal y de la existencia de la Federación y los Estados federados (*Länder*). A tales fines, podría ser necesario «establecer limitaciones a la libertad, con el fin de defender la libertad»<sup>1</sup>.

Entre los problemas de la República de Weimar se señalan los reparos que se oponían a una defensa frontal en contra de los

<sup>1</sup> Zippelius y Würtenberger (2005) 504.

enemigos del Estado de derecho. La postura de los juristas alemanes en el exilio fue la de exigir una *democratia militans*, o una democracia combativa. La tesis sostenida por Karl Loewenstein en sus publicaciones del año 1937, afirmaba que, frente a las amenazas del fascismo, correspondía a la democracia el derecho de anular derechos fundamentales y de prohibir partidos no democráticos o asociaciones paramilitares<sup>2</sup>.

El Consejo Parlamentario trató de corregir la poca capacidad de resistencia de la República de Weimar frente al régimen de tiranía del nacionalsocialismo, a través de diversas normas que ofrecieran mayores garantías de protección<sup>3</sup>. A diferencia de la Constitución de Weimar, la Ley Fundamental no se basa en un orden de valores neutral, sino que postula la idea de un «orden fundamental de democracia liberal». Este orden establece mecanismos de defensa frente a amenazas de diversa naturaleza, las cuales pueden surgir a través de partidos políticos y otras asociaciones; del propio Gobierno e incluso por parte de los ciudadanos<sup>4</sup>.

## 1.2 La democracia militante

La expresión ha sido utilizada por el Tribunal Constitucional español, al dejar claro que tal modelo no tiene cabida en el ordenamiento constitucional de España. Una «democracia militante» se caracteriza por imponer, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución<sup>5</sup>. Por el contrario, la Constitución protege también a quienes la niegan. Es decir, la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población. El ámbito constitucionalmente protegido de la libertad de expresión no puede verse

<sup>2</sup> Reese-Schäfer (2017) 126.

<sup>3</sup> Thiel (2003a) 154.

<sup>4</sup> *Idem*, 129.

<sup>5</sup> STC 48/2003, de 12 de marzo Fj 7.

restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución<sup>6</sup>.

En la doctrina se afirma que en Alemania se ha impuesto un modelo de democracia militante<sup>7</sup>. No compartimos esa posición. Por el contrario, en la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional se tiene, como punto de partida, un reconocimiento amplio al derecho del ciudadano a compartir o cuestionar los valores establecidos en la Constitución. Cierto que la Ley Fundamental pretende que el ciudadano acepte y haga posible los valores en ella establecidos, pero no exige coactivamente la fidelidad del ciudadano. El ciudadano es, en principio, libre de cuestionar los valores fundamentales de la Constitución o de reclamar la modificación de alguno de sus principios. La democracia plural se basa en la confianza de que la colectividad tiene la capacidad de debatir en forma crítica en torno a la Constitución y brindarle protección en tales términos<sup>8</sup>.

El derecho a la libertad de opinión también protege opiniones, que tienen por objeto una reforma estructural del sistema político, independientemente de si ellas son viables en el orden establecido en la Constitución. La Ley Fundamental confía en la fuerza de la discusión libre como el arma más efectiva, incluso en contra de la difusión de ideologías totalitarias y contrarias a la dignidad del ser humano. En consecuencia, incluso la difusión de ideas del nacionalsocialismo, como forma radical de cuestionamiento del sistema vigente, puede ser considerada, *prima facie*, como una conducta comprendida en el ámbito de protección del derecho a la libertad de opinión. La tarea de enfrentar tales peligros es dejada por el orden liberal de la Ley Fundamental, en primer término, a la actuación ciudadana en el discurso político libre, así como a la actividad educativa del Estado y las escuelas<sup>9</sup>.

También se considera protegido el derecho a expresar opiniones hostiles a la Constitución. El Tribunal Federal Constitucional ha

<sup>6</sup> STC 235/2007, de 7 de noviembre Fj 4.

<sup>7</sup> Bilbao (2008) 332.

<sup>8</sup> BVerfG • 4 de febrero de 2010 • Exp. 1 BvR 369/04; BVerfGE 124, 300/320 - Homenaje a *Rudolf Heß*.

<sup>9</sup> BVerfGE 124, 300/320 - Homenaje a *Rudolf Heß*.



dejado claro que, en principio, también los partidarios de extrema derecha pueden hacer valer la protección de la libertad de opinión. Tales expresiones se encuentran sujetas, en todo caso, a las limitaciones de las leyes generales<sup>10</sup>. La libertad de opinión solo puede ser objeto de limitación en el caso de leyes penales que persiguen expresiones antisemitas o racistas, cuando al mismo tiempo se hubiera producido una afectación de bienes jurídicos, tales como la dignidad humana o el derecho general de la personalidad.

### 1.3 *La democracia protegida en Chile*

A partir del 11 de septiembre de 1973, las Fuerzas Armadas chilenas asumieron el poder, con el pretexto de restaurar el orden y la democracia<sup>11</sup>. En la «Declaración de principios del Gobierno de Chile», dictada por la Junta de Gobierno el 11 de marzo de 1974, se dejó claro que el respeto a la libertad de conciencia y el derecho a discrepar no supondría permitir la libre actuación de grupos organizados que auspician la violencia guerrillera para alcanzar el poder<sup>12</sup>. Con ello, se configuró constitucionalmente el esquema de «democracia protegida» en un contexto autoritario, como respuesta al proceso político vivido por el país; se postuló un pluralismo limitado y se contemplaron diversos mecanismos para mantener fuera del orden jurídico a quienes eran considerados como grupos hostiles<sup>13</sup>.

Las reformas constitucionales de 1989 estuvieron referidas solo a aquellos aspectos que eran absolutamente incompatibles con la posibilidad de transitar hacia un régimen democrático<sup>14</sup>, dejando, sin embargo, importantes aspectos pendientes en la forma de «enclaves autoritarios»<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> BVerfG Beschluss vom 1. Juni 2006 Az. 1 BvR 150/03, Abs. 21.

<sup>11</sup> Zúñiga (2003); CIDH (1985), párr. 13.

<sup>12</sup> CIDH (1985), párr. 15; Martínez (2000) 401.

<sup>13</sup> Tribunal Constitucional (02.06.2010), Cons. 12º; Zúñiga (2003); Pegoraro (2013).

<sup>14</sup> Paredes (2013) 592; Bruna (1989) 592.

<sup>15</sup> Garretón (1991) 110.

Desde ese punto de vista, analizaremos algunas instituciones establecidas en la Constitución Política, tales como las sanciones de inhabilitación política, por el delito de terrorismo, en el artículo 9; la prohibición de partidos políticos del inciso sexto del artículo 19 No. 15 de la Constitución, así como el régimen jurídico de los estados de excepción constitucional.

#### 1.4 *Los efectos recíprocos de los derechos fundamentales*

La idea según la cual las normas de derechos fundamentales conforman un orden objetivo de valores, se atribuye a la doctrina de la integración expuesta por Rudolf Smend en los años veinte y ha sido calificada como el mayor descubrimiento del derecho constitucional de la segunda mitad del siglo xx<sup>16</sup>.

Desde la sentencia del Tribunal Federal Constitucional de Alemania del 15 de enero de 1958, dictada en el caso *Lüht*, la doctrina del efecto irradiante ha sido aplicada reiteradamente por ese tribunal en innumerables materias. La doctrina del efecto irradiante de los derechos fundamentales se encuentra referida a la influencia que ejerce el orden de valores contenido en la Constitución, para la interpretación de las normas de todos los ámbitos del ordenamiento jurídico.

De allí deriva la teoría de los efectos recíprocos, según la cual, las disposiciones que establecen limitaciones a los derechos fundamentales deben ser interpretadas restrictivamente, a la luz del derecho fundamental afectado. Esta doctrina no postula, sin embargo, una interpretación libre, sino determinada a través del sitio de irrupción de los derechos fundamentales. La influencia de los parámetros de valor de los derechos fundamentales se realiza sobre todo a través de las *cláusulas generales* que remiten, para la valoración de las conductas humanas, a criterios externos e incluso extrajurídicos, tales como de las *buenas costumbres*<sup>17</sup>.

<sup>16</sup> Zippelius y Würtenberger (2005) 161.

<sup>17</sup> BVerfGE 7, 198/206 – Lüth.

El objeto del presente trabajo será determinar en qué medida las limitaciones a los derechos fundamentales, que derivan de los mecanismos extraordinarios de defensa del orden fundamental de la democracia liberal, deben ser, a su vez, objeto de limitación, en base a los efectos recíprocos de los derechos fundamentales. Si bien la *wehrhafte Demokratie* puede «establecer limitaciones a la libertad, con el fin de defender la libertad»<sup>18</sup>, tales mecanismos deben ser objeto de limitación, para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales.

## 2. LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA EN LA LEY FUNDAMENTAL DE BONN

En el marco de los mecanismos de defensa de la democracia, la Ley Fundamental regula la facultad del Tribunal Federal Constitucional de declarar el abuso del derecho, así como la prohibición de partidos políticos. Establece, además, el deber de fidelidad de los funcionarios públicos y el régimen de estados de excepción. En el derecho penal analizaremos el delito de coacción a órganos constitucionales.

### 2.1 *El abuso del derecho*

Los redactores de la Ley Fundamental de Bonn concibieron el contenido del art. 18 como una «espada filosa» para el combate de los enemigos de la Constitución. Este faculta al Tribunal Federal Constitucional para declarar la privación en alguno de los derechos fundamentales allí señalados, a aquellos que, para combatir el régimen fundamental de libertad y democracia, abusen de la libertad de expresión de opinión, particularmente de la libertad de prensa, de la libertad de enseñanza, de reunión, de asociación, del secreto de las comunicaciones postales y de las telecomunicaciones, así como del derecho de propiedad y de asilo.

---

<sup>18</sup> Zippelius y Würtenberger (2005) 504.

La norma tiene por finalidad la protección frente a individuos que, en base a su capacidad y de los medios a su disposición, ponen en peligro la vigencia de la Constitución<sup>19</sup>. De tal forma, para la aplicación del art. 18 resulta necesario que se hubiera producido efectivamente un peligro serio al orden fundamental de la democracia liberal<sup>20</sup>, la peligrosidad del sujeto debe ser aún actual y proyectarse hacia el futuro<sup>21</sup>. La privación del derecho tiene entonces un carácter preventivo y no sancionatorio<sup>22</sup>.

El elemento de combate solo puede estar referido a «un caso extremo» en el que el sujeto, a través de una conducta activa, procura la extinción del orden fundamental de democracia liberal<sup>23</sup>. La norma alude a una conducta dirigida en forma agresiva a afectar o eliminar el orden fundamental de democracia liberal, en base a medios idóneos para alcanzar el fin<sup>24</sup>.

A mediados de los años setenta, la doctrina alertaba en contra de una «democracia militante»<sup>25</sup>. En criterio de Hesse, la cláusula del abuso del derecho del art. 18 podía, a su vez, ser objeto de abuso: «La clase gobernante podría caer en la tentación de atribuir a la oposición intenciones contrarias a la Constitución, para librarse de una oposición incómoda»<sup>26</sup>.

Durante su vigencia, el artículo 18 no ha tenido aplicación práctica<sup>27</sup>. Hasta el momento, el Tribunal Federal Constitucional ha rechazado tres solicitudes de privación de derechos, por infundadas<sup>28</sup>. Por ello, se atribuye a la norma una función simbólica y de advertencia<sup>29</sup>.

<sup>19</sup> BVerfGE 38, 23/24 – Herausgeber der Deutschen National-Zeitung.

<sup>20</sup> Hesse (1990) 271; Pagenkopf (2007) 717.

<sup>21</sup> BVerfGE 38, 23/24 – Herausgeber der Deutschen National-Zeitung.

<sup>22</sup> Thiel (2003a) 166.

<sup>23</sup> *Idem*, 152.

<sup>24</sup> Krebs (2000) 1030; Pagenkopf (2007) 719.

<sup>25</sup> Thiel (2003a) 130.

<sup>26</sup> Hesse (1990) 271.

<sup>27</sup> Thiel (2003a) 132.

<sup>28</sup> Schlaich y Koriouth (2001) 185.

<sup>29</sup> Schliesky (2014) 865.

## 2.2 *La prohibición de partidos políticos*

Además de la figura del abuso del derecho, la Ley Fundamental de Alemania establece, como mecanismo de protección de la Constitución, la prohibición de partidos políticos<sup>30</sup>. El artículo 21 aparte 2, dispone que son inconstitucionales los partidos que, por sus fines o por el comportamiento de sus adherentes, tiendan a desvirtuar o eliminar el régimen fundamental de democracia liberal o a poner en peligro la existencia de la República Federal de Alemania. La decisión sobre la constitucionalidad corresponde al Tribunal Federal Constitucional.

La inconstitucionalidad de un partido político no se produce por el solo rechazo de determinadas disposiciones o de ciertas instituciones de la Ley Fundamental, sino que se requiere que rechace los valores superiores del orden constitucional, los principios fundamentales que caracterizan el orden constitucional de la democracia liberal, aquellos sobre los cuales todo partido político debe encontrarse de acuerdo<sup>31</sup>. Para la declaratoria de inconstitucionalidad no es suficiente que, en teoría, el partido político no reconozca los principios del orden constitucional, sino que resulta necesario que el curso político del partido, en esencia y de forma permanente, se dirija a combatir el régimen fundamental de democracia liberal<sup>32</sup>.

En su sentencia sobre la prohibición del Partido Comunista Alemán, el Tribunal Federal Constitucional sostuvo que un partido puede ser inconstitucional aun cuando no exista una clara posibilidad de realizar su intención en un tiempo previsible. En caso de ser demostrable la intención enemiga de la Constitución, no sería necesario esperar a que cambie la situación política y que el partido asuma la realización de sus fines<sup>33</sup>, lo cual sería compatible con la naturaleza preventiva de la prohibición<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Zippelius y Würtenberger (2005) 504.

<sup>31</sup> BVerfGE 5, 85/140 – KPD-Verbot.

<sup>32</sup> BVerfGE 5, 85/142 – KPD-Verbot; Zippelius/Würtenberger (2005) 92.

<sup>33</sup> BVerfGE 5, 85/142 – KPD-Verbot; Zippelius/Würtenberger (2005) 92.

<sup>34</sup> BVerfGE 5, 85/143 – KPD-Verbot.

En reciente sentencia de 17 de enero de 2017, el Tribunal cambió expresamente el anterior criterio. Estableció que, en términos conformes al carácter excepcional de la prohibición de partidos políticos, como una prohibición preventiva de organización y no simplemente de una cosmovisión o de una actitud, ella solo puede ser declarada cuando existan elementos de convicción, concretos y relevantes, que indiquen que es, por lo menos posible, que un partido político atente en forma exitosa en contra de los bienes jurídicos protegidos por el art. 21 aparte 2, de la Ley Fundamental (potencialidad)<sup>35</sup>.

### *2.3 El deber de fidelidad de los funcionarios públicos*

De acuerdo con el art. 33 aparte 4 de la Ley Fundamental, y el § 60, parte 1 de la Ley Federal de Funcionarios, los funcionarios deben guardar fidelidad al orden de la democracia liberal, establecida en la Constitución, a través de su conducta, tanto como procurar su mantenimiento. Del deber de fidelidad política deriva la obligación del funcionario de identificarse con el orden del Estado social, liberal, democrático y de derecho. Es imprescindible que el funcionario afirme la vigencia del orden constitucional, lo reconozca como digno de protección y procure activamente su defensa. El deber de fidelidad política exige del funcionario, especialmente, que se distancie de movimientos y agrupaciones que tienen por objeto atacar, combatir y difamar a los órganos constitucionales y al orden constitucional vigente. El deber de fidelidad política reviste especial importancia en tiempos de crisis y en situaciones de serios conflictos, en los cuales el Estado necesita que el funcionario tome posición en su defensa<sup>36</sup>.

La historia de la función pública en Alemania está relacionada al concepto de fidelidad política desde el siglo XVIII. Mientras que en la monarquía absoluta el deber de fidelidad se presentaba frente a la persona del monarca, como representante del Estado, en la República el funcionario debe fidelidad al Estado y a la Constitución. Una

<sup>35</sup> BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 17. Januar 2017 - 2 BvB 1/13 Rn. 585.

<sup>36</sup> BVerfGE 39, 334/348 – Extremistas en la función pública.

expresión visible de ello se encuentra en el juramento de fidelidad<sup>37</sup>. Durante la República de Weimar se hizo evidente el conflicto entre la libertad de opinión del funcionario y su deber de fidelidad. En sus inicios, se enfrentó a la necesidad de repeler las actividades de los comunistas y de los grupos de extrema derecha; luego, en los años finales de la República de Weimar, se enfrentó al creciente peligro del Partido Nacional Socialista Alemán de los Trabajadores. Frente a los primeros, se dictó la Ley para la Protección de la República, de 21 de julio de 1922, y frente, a los segundos, se estableció que:

«De acuerdo con el desarrollo, que han tomado el Partido Nacional Socialista Alemán de los Trabajadores y el Partido Comunista de Alemania, ambos deben ser vistos como organizaciones, cuyos objetivos son el derrocamiento del orden estatal vigente. Un funcionario, que forma parte, presta sus servicios o promueve de cualquier forma a una organización de tal naturaleza, infringe el deber de fidelidad que deriva de la relación de función pública y se hace culpable de una falta de servicio. Por ello, se prohíbe a todo funcionario participar, servir o promover de cualquier forma a tales organizaciones»<sup>38</sup>.

El «Estado constitucional» moderno depende de un cuerpo de funcionarios internamente vinculados al Estado y su orden constitucional, que permanezca intacto, leal y fiel al deber, para el cumplimiento materialmente correcto, eficiente y puntual de sus tareas, variadas y complejas, de las cuales deriva el funcionamiento del sistema político-social y la posibilidad de una existencia digna de grupos, minorías y de cada individuo. Cuando ya no sea posible confiar en la institucionalidad de la función pública, tanto la sociedad como el Estado se encontrarán «perdidos» en situaciones críticas<sup>39</sup>.

La infracción del deber de fidelidad por parte de un funcionario constituye una falta de los deberes del cargo<sup>40</sup>. La separación del cargo de un funcionario o un juez de carrera, por el incumplimiento del deber de fidelidad política, solo es posible en base a una infracción

---

<sup>37</sup> *Idem*, 346.

<sup>38</sup> *Idem*, 348.

<sup>39</sup> *Idem*, 347.

<sup>40</sup> *Idem*, 349.

disciplinaria concreta<sup>41</sup>. El contenido de la infracción disciplinaria del deber de fidelidad exige cierto grado de gravedad y de evidencia del incumplimiento del deber. Tales elementos se encuentran dados, cuando la convicción política del funcionario, contraria a la Constitución, genera consecuencias frente a su posición con respecto al orden constitucional del Estado, la forma de cumplimiento de sus funciones y su relación con sus compañeros de trabajo o sus actividades políticas<sup>42</sup>.

La importancia de la infracción del deber de fidelidad justifica la sanción de mayor gravedad. La infracción del deber de fidelidad política es insostenible para el Estado, que debe poder confiar en sus funcionarios. La infracción es de mayor gravedad cuando el funcionario pretende continuar la conducta, sin atender a la calificación de su falta. En tales casos, el efecto disuasivo de las sanciones menos graves no tiene posibilidades de éxito<sup>43</sup>.

En todo caso es aplicable la teoría de los efectos recíprocos. Si bien la protección de la libertad del funcionario es garantizada en la medida en que resulte compatible con los deberes derivados del cargo, las limitaciones que se impongan al derecho a la libertad de expresión deben, sin embargo, ser interpretadas a la luz del derecho fundamental<sup>44</sup>.

## 2.4 *Los estados de excepción*

Un estado de excepción se produce en caso de peligro serio para la existencia del Estado o para la seguridad y el orden público, que no pueden ser enfrentados a través de las vías normales establecidas en la Constitución, sino a través de medios excepcionales<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> BVerfG, 2 BvR 337/08 del 6.5.2008, párr. 31.

<sup>42</sup> BVerwG, 28.11.1980, Exp. BVerwG, 2 C 37/79, párr. 27; VGH de Baden-Württemberg, • 13 de marzo de 2007 • Exp. 4 S 1805/06, párr. 50; BAG 12.5.2011, 2 AZR 479/09; BAG 6.9.2012, 2 AZR 372/11; Polzer (2000), p. 975.

<sup>43</sup> BVerwG, 10.05.1984 - BVerwG, 1 D 7.83 = BVerwGE 76, 157.

<sup>44</sup> BVerwG, 29.10.1987, Exp. BVerwG, 2 C 73.86, párr. 12.

<sup>45</sup> Hesse (1990) 275.



Ejemplo de ello es la situación regulada en el artículo 35 de la Ley Fundamental, el cual establece las condiciones materiales y de procedimiento para la intervención de las Fuerzas Armadas en un estado de emergencia por catástrofe. En casos de catástrofe natural o cuando se produzca un siniestro particularmente grave, se encuentran facultados los Estados federados (*Länder*) para reclamar, en apoyo de su policía, la asistencia de fuerzas de policía de otros Estados federados, de efectivos e instituciones de otras administraciones, así como del Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras (*actual Policía Federal*) y de las Fuerzas Armadas para el mantenimiento o el restablecimiento de la seguridad o el orden públicos (art. 35 aparte 2).

Por su parte, el artículo 87a, aparte 4, de la Ley Fundamental, dispone que, para prevenir un peligro inminente para la existencia o el régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un *Land*, el Gobierno Federal podrá, siempre que se den los requisitos del artículo 91, apartado 2, y cuando no resultaren suficientes las fuerzas de la policía y del Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras, utilizar las Fuerzas Armadas para apoyar a la policía y al Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras (*actual Policía Federal*) en la protección de objetos civiles y para luchar contra sediciosos organizados y militarmente armados. Deberá cesar la actuación de las Fuerzas Armadas cuando así lo exigieran el *Bundestag* o el *Bundesrat*.

El artículo 91, aparte 1 de la Ley Fundamental establece que, para la defensa contra un peligro que amenace la existencia del régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un *Land*, un *Land* podrá reclamar el concurso de fuerzas policiales de otros Estados federados (*Länder*), así como personal e instituciones de otras administraciones y del Cuerpo Federal de Protección de las Fronteras.

El Tribunal Federal Constitucional ha establecido que la intervención de las fuerzas de la Policía Federal, en el ejercicio de las funciones de un *Land*, solo es admisible en base a una habilitación

constitucional expresa, como la señalada en el art. 35 aparte 2 frase 1, en casos de especial importancia, bajo estrictas condiciones<sup>46</sup>.

En el Tribunal Constitucional Federal se ha planteado la controversia en torno a si durante la intervención de las Fuerzas Armadas es admisible el uso de armas específicas de tipo militar, o si, por el contrario, las Fuerzas Armadas, en una situación de catástrofe natural o cuando se produzca un siniestro particularmente grave, distinto de una situación de defensa de la seguridad nacional, solo podía actuar en condición de «fuerza policial», es decir, en cumplimiento de tareas policiales y en ejercicio de las facultades establecidas en el derecho de policía frente a los ciudadanos<sup>47</sup>.

El Primer Senado del Tribunal sostuvo este criterio restrictivo en una conocida sentencia del 15 de febrero de 2006. El Tribunal en Pleno debió resolver el conflicto planteado por el Segundo Senado. En sentencia del 3 de julio de 2012 se pronunció el Pleno en contra de una limitación de los medios militares, especialmente debido a la necesidad de garantizar un «combate eficaz» de la situación de peligro<sup>48</sup>.

Sin embargo, la mayor apertura del Tribunal en Pleno resulta moderada por una interpretación restrictiva de los presupuestos en que pueden actuar las Fuerzas Armadas. Si bien el artículo 35 de la Ley Fundamental no impide el uso de armas en una intervención militar, ellas solo son admisibles bajo estrictas condiciones. Además de los casos de defensa, las Fuerzas Armadas solo pueden intervenir en los casos en que la Constitución lo dispone expresamente<sup>49</sup>. La función de limitación de estas normas constitucionales debe ser preservada a través de la fidelidad estricta en la interpretación de su texto<sup>50</sup>.

El Tribunal Federal Constitucional ha dejado claro que, por ejemplo, no podrían ser considerados como un siniestro particularmente

<sup>46</sup> BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 02. Juni 2015 – 2 BvE 7/11, párr. 109.

<sup>47</sup> BVerfGE 115, 118/147 – Luftsicherheitsgesetz.

<sup>48</sup> BVerfG, Beschluss des Plenums vom 03. Juli 2012 – 2 PBvU 1/11, párr. 31.

<sup>49</sup> BVerfGE 126, 55/73 – G8-Gipfel Heiligendamm; BVerfG, Beschluss des Plenums vom 03. Juli 2012 – 2 PBvU 1/11, párr. 16.

<sup>50</sup> BVerfG, Beschluss des Plenums vom 03. Juli 2012 – 2 PBvU 1/11, párr. 16.

grave, en el sentido del artículo 35 de la Ley Fundamental, los peligros para las personas y bienes que derivan de una multitud en una manifestación pública. Un evento de tal naturaleza no podría justificar la intervención de las Fuerzas Armadas, debido a que la aplicación de los artículo 35 y 87a, aparte 4, de la Ley Fundamental, solo es posible bajo las condiciones del artículo 91, aparte 1, esto es, cuando resulte necesario para la defensa contra un peligro que amenace la existencia del régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un *Land*<sup>51</sup>. La intervención de las Fuerzas Armadas, así como la aplicación de medios militares específicos de defensa, solo son admisibles como *ultima ratio*. La cláusula de necesidad del artículo 35, aparte 3 frase 1, permite inferir la subsidiariedad de la intervención de la Federación, en relación con los Estados federados (*Länder*)<sup>52</sup>.

Recientemente el Tribunal Administrativo Federal se pronunció acerca de la intervención de las Fuerzas Armadas en la observación de una manifestación de grandes dimensiones. El 5 de junio de 2007, un avión de combate de la Fuerza Armada, del tipo Tornado, sobrevoló a las 10:30 horas sobre el campamento de los manifestantes, a una altitud de 114 metros. Durante el sobrevuelo se tomaron fotos a través de cámaras colocadas en el avión. Finalmente se transmitieron 19 tomas aéreas a la Dirección de Policía, sobre el campamento y los grupos de personas que allí se encontraban<sup>53</sup>.

El Tribunal estableció que no todo uso de los recursos de personal y materiales de las Fuerzas Armadas requiere de habilitación constitucional, sino solo aquellos que constituyen una intervención. Las medidas que se limitan a una función de apoyo técnico no se sujetan a las condiciones del Art. 35 de la Ley Fundamental. En todo caso, la configuración de una situación de intervención no se reduce a la aplicación concreta de una medida de coerción, sino cuando

---

<sup>51</sup> *Idem*, párr. 46.

<sup>52</sup> BVerfG, Beschluss des Plenums vom 03. Juli 2012 – 2 PBvU 1/11 – Rn. 48.

<sup>53</sup> Ver: [https://www.youtube.com/watch?v=HHckcoM9\\_G8](https://www.youtube.com/watch?v=HHckcoM9_G8) (Fecha de consulta: 28.11.2019)

los recursos de personal y materiales de las Fuerzas Armadas son empleadas en su potencial de amenaza y disuasión<sup>54</sup>.

## 2.5 *El delito de coacción a órganos constitucionales*

El § 105 StGB dispone que es punible la coacción antijurídica, con violencia o por medio de amenaza de violencia, a uno de los órganos constitucionales allí indicados, a fin de no ejercer sus competencias o ejercerlas en un determinado sentido.

En criterio de la Corte Federal, para estimar infringido el tipo del § 105 StGB, no es suficiente que el autor aplique o amenace con violencia asociada a una intervención corporal, con el objeto de obligar al órgano constitucional a realizar la conducta exigida. El hecho debe ser analizado en relación con la finalidad de la conducta y en su relación con las personas que resultan afectadas o influenciadas. Por lo que atañe al ámbito de aplicación del § 105 StGB, esto significa que, si el actor pretende ejercer coacción a un órgano constitucional, a través de violencia ejercida, no en forma directa sino contra un tercero y contra cosas, entonces el tipo solo se encuentra realizado cuando la presión que de allí deriva hacia el órgano constitucional, considerando en su conjunto la situación de coacción, resulta idóneo para forzar la voluntad contraria del órgano, en favor de la conducta exigida<sup>55</sup>.

La violencia que resulta idónea para la coacción de un órgano constitucional debe ser determinada en analogía con la noción de violencia en el tipo penal de alta traición. Ello deriva de la especial finalidad protectora y de la función del § 105 StGB, en el sistema del derecho penal de protección del Estado, tal como ha quedado establecido en el origen histórico de la norma<sup>56</sup>.

Los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales de alta traición y de coacción de un órgano constitucional se encuentran

<sup>54</sup> BVerwG 6. Senat 25.10.2017 6 C 46/16, Abs. 44; BVerfGE 133, 241/269 – Luftsicherheitsgesetz.

<sup>55</sup> BGHSt 32, 165/169 – Coacción al Gobierno de un Estado.

<sup>56</sup> *Idem*, 170.

vinculados estrechamente. Mientras en la alta traición, la libre determinación del órgano constitucional se anula por completo, incluso temporalmente, la coacción de un órgano constitucional se produce cuando la libre determinación del órgano constitucional se anula en el caso concreto<sup>57</sup>.

El juicio de si un determinado hecho debe ser considerado como violencia en el sentido de un elemento constitutivo de delito, no puede ser realizado simplemente a través de la comparación con un concepto abstracto de la noción de violencia. El proceso debe ser analizado con relación a la finalidad de la conducta que ha sido prevista en la norma y en su relación con la persona o personas que son afectadas o sobre las cuales se procura ejercer influencia. Por tanto, no es suficiente que se ejerza determinada fuerza para superar la resistencia, sino que depende fundamentalmente de la idoneidad específica de esa fuerza en el sentido de la eficacia exigida por la norma<sup>58</sup>.

En criterio de la Corte Federal, incluso en el tipo penal de la coacción general, la idoneidad del medio empleado para la coacción, con la finalidad de inducir a la víctima a actuar de la forma que se ha exigido, no solo constituye un elemento fáctico, sino también un elemento normativo del tipo; tal elemento decae cuando puede esperarse que el afectado se mantenga firme frente a la amenaza. Precisamente, en el caso del tipo penal de coacción en contra de órganos constitucionales colegiados, no se puede dejar de revisar una valoración normativa del medio empleado para la coacción. El efecto coactivo de la violencia o de la amenaza de violencia decae cuando, y en la medida en que pueda y deba esperarse que los órganos constitucionales, a que se refiere el § 105 StGB, en base a su especial obligación frente a la colectividad, no cedan incluso en el ámbito de fuertes conflictos políticos y situaciones de presión. Si el gobierno de un *Land* es coaccionado para que conceda determinada exigencia política, a través de violencia en contra de terceros

---

<sup>57</sup> *Idem*, 170.

<sup>58</sup> BGHSt 23, 46 – Laepple; reiterado en BGHSt 32, 165 – Coacción al Gobierno de un Estado.

o de cosas, entonces tales disturbios solo pueden ser considerados violencia en el sentido del § 105 StGB, cuando la presión alcanza un grado tal que un gobierno, consciente de su responsabilidad, se vería obligado a capitular, frente a las exigencias de los agresores violentos, con el objeto de evitar graves daños a la colectividad o a determinados ciudadanos<sup>59</sup>.

### 3. LA DEFENSA DE LA DEMOCRACIA EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE CHILE

La Constitución Política de Chile contiene ciertas disposiciones que permiten la imposición de importantes sanciones de inhabilitación política por delitos de terrorismo (art. 9); la facultad del Tribunal Constitucional de declarar la inconstitucionalidad de partidos políticos y de imponer sanciones de inhabilitación política a las personas relacionadas a estos (art. 19 No. 15 inciso 6° – ex art. 8), así como las sanciones de cesación en el cargo de diputados o senadores (art. 60, incisos 4° y 5°). Entre otras, estas disposiciones formaron parte del concepto *democracia protegida*, que tenía la función de mantener fuera del orden jurídico a quienes eran considerados como grupos hostiles con el orden político autocrático<sup>60</sup>.

#### 3.1 *Las inhabilitaciones en caso de terrorismo*

En la actualidad, el artículo 9 de la Constitución ha sido objeto de aplicación en asuntos relacionados con la protesta de comunidades indígenas, que han resultado en el quebrantamiento del orden público o han sido constitutivas de delitos que afectan el derecho de propiedad privada, como son los delitos de incendio y daños<sup>61</sup>. El relator especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y

<sup>59</sup> BGHSt 32, 165/174 – Coacción al Gobierno de un Estado; OLG Hamm, Beschluss vom 21.05.2013 – 3 RVs 20/13, párr. 38.

<sup>60</sup> Tribunal Constitucional, Rol No. 567-2006, de 2 de junio de 2010, 10°; Zúñiga (2012) 15; Zúñiga (2014) 105.

<sup>61</sup> Silva (2017) 52; Villegas (2006) 6; Villegas (2018) 506; Llancaqueo (2007) 264.

las Libertades Fundamentales de los Indígenas también dio cuenta del incremento, en la década de los 2000, de causas penales contra dirigentes de comunidades y organizaciones mapuche<sup>62</sup>.

La respuesta del Estado ha sido percibida por las comunidades y organizaciones indígenas como un proceso de criminalización de su protesta, planteada como una reivindicación agraria justa<sup>63</sup>. Con ello se afectan las libertades de expresión y opinión de los líderes de toda una etnia y se impide el proceso comunicativo que permitiría su participación política en democracia<sup>64</sup>.

El artículo 9 de la Constitución Política establece que los responsables de las conductas terroristas quedarán inhabilitados por el plazo de quince años para ejercer funciones o cargos públicos, sean o no de elección popular, de rector o director de establecimiento de educación, o para ejercer en ellos funciones de enseñanza; para explotar un medio de comunicación social o ser su director o administrador, o para desempeñar en él funciones relacionadas con la emisión o difusión de opiniones o informaciones; ni podrán ser dirigentes de organizaciones políticas o relacionadas con la educación o de carácter vecinal, profesional, empresarial, sindical, estudiantil o gremial en general, durante dicho plazo.

En el caso *Norín Catrimán y otros contra Chile*, la Corte Interamericana constató que la imposición de sanciones de inhabilitación política a dirigentes, miembros o activistas del pueblo Mapuche habría incidido negativamente en la dimensión social del derecho a la libertad de pensamiento y expresión<sup>65</sup>, que podía haber producido un efecto intimidante e inhibitorio para el ejercicio de la libertad de expresión<sup>66</sup>. Similares consideraciones fueron empleadas para afirmar la infracción del derecho al sufragio, la participación en la

---

<sup>62</sup> ONU (2003), párr. 31.

<sup>63</sup> *Idem*, párr. 38.

<sup>64</sup> Becker (2015) 131.

<sup>65</sup> Corte IDH *Norín Catrimán y otros contra Chile* de 29 de mayo de 2014, párr. 375.

<sup>66</sup> *Idem*, párr. 376.

dirección de asuntos públicos y el acceso a las funciones públicas de los recurrentes<sup>67</sup>.

En la doctrina nacional se advierte que la legislación antiterrorista debe dirigirse en contra de la conducta ejercida por personas pertenecientes a una organización criminal cuya finalidad sea la de alterar el orden constitucional, mediante la violación masiva y sistemática de los derechos humanos de un amplio sector de la población. Especialmente, deben quedar excluidos de tal regulación los delitos destinados a brindar protección de la propiedad, por lo menos en aquellos casos en los que no exista afectación o peligro para las personas<sup>68</sup>. También se exige en la doctrina nacional que la conducta sea idónea para imponer a la sociedad, o a una parte de ella, sobre la base del miedo o temor, el sometimiento a las ideas o los propósitos políticos de dicha organización<sup>69</sup>.

En nuestro criterio, una forma de delimitación clara, dirigida a impedir la penalización del ejercicio del derecho de reunión como mecanismo de presión política, deriva del principio de idoneidad, según el cual, la aplicación de delitos contra el orden público estatal no constituye una medida eficaz para alcanzar el fin constitucionalmente protegido, cuando la conducta no hubiera sido capaz de afectar la libre determinación del órgano, esto es, cuando no pueda esperarse razonablemente que con ello se logre arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.

El concepto de violencia constituye, en estos casos, un elemento que permite la influencia de los derechos fundamentales en juego, por lo que el juez debe hacer uso del margen de apreciación de que dispone en la interpretación de la norma penal, para llegar a un resultado adecuado a la especial importancia de los derechos de reunión y de opinión en una sociedad democrática.

---

<sup>67</sup> *Idem*, párr. 383.

<sup>68</sup> Villegas (2008) 268.

<sup>69</sup> Villegas (2006) 20; Villegas (2018) 524. Véase también, con abundantes referencias jurisprudenciales, Villegas (2016) 23.



### 3.2 *La inconstitucionalidad de partidos políticos*

El artículo 19 No. 15 inciso 6° permite la declaración de inconstitucionalidad de partidos, movimientos u otras formas de organización cuyos objetivos, actos o conductas no respeten los principios básicos del régimen democrático y constitucional, procuren el establecimiento de un sistema totalitario, como asimismo aquellos que hagan uso de la violencia, la propugnen o inciten a ella como método de acción política. Sus antecedentes se encuentran en el Decreto Ley No. 77, del 13 de octubre de 1973, así como en el Decreto ley No. 1.552 de 11 de septiembre de 1976, que aprobó el Acta Constitucional No. 3 sobre los Derechos y Deberes Constitucionales. Esta última disponía, en su artículo 11, que «Nadie puede invocar precepto constitucional o legal alguno para vulnerar los derechos y libertades que esta Acta Constitucional reconoce, ni para atentar contra la integridad o el funcionamiento del Estado de Derecho o del régimen constituido». Esta disposición se encuentra inspirada<sup>70</sup> y redactada en términos similares a los artículos 18 y 21 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949. La reforma de 1989 permitió corregir algunos de los aspectos más controvertidos de esta disposición<sup>71</sup>.

El Tribunal Constitucional realizó una interpretación teleológica del inciso sexto del artículo 19, No. 15, de la Constitución. Señaló que el sentido y alcance de la norma no puede ser otro que el de sancionar «casos particularmente graves» en que organizaciones políticas atenten seriamente contra los principios de la Constitución<sup>72</sup>.

<sup>70</sup> Tribunal Constitucional, Rol No. 46, de 21 de diciembre de 1987, 53°; Zúñiga (2003); Zúñiga (2012); Ribera *et al.* (2009) 38; Nogueira (2005). Véase, también, las exposiciones de Guzmán y Dietze, en Cumplido *et al.* (1989) 19; Videla (2016) 108.

<sup>71</sup> Bruna (1989) 591; Zúñiga (2012) 34.

<sup>72</sup> Tribunal Constitucional, Rol No. 567-2006, de 2 de junio de 2010, 45°.

## 4. LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN

### 4.1 *El derecho internacional de los derechos humanos*

En el sistema universal, los Principios de Siracusa establecieron dos requisitos para que se constituya el hecho motivador de la suspensión: «la existencia de una situación excepcional y que esta implique un peligro real o inminente que amenace la vida de la nación». Este hecho debe afectar a toda la población y a todo el territorio del Estado o parte de él, y, además, debe amenazar la integridad física de la población, la independencia política o la integridad territorial del Estado, o la existencia o el funcionamiento básico de las instituciones indispensables para asegurar y proteger los derechos convencionalmente reconocidos. Así, en el punto 40 de los Principios se establece que «el conflicto interno y la agitación que no representen una amenaza grave e inminente a la vida de la Nación no pueden justificar derogaciones». Lo mismo dispone el punto 41 respecto a que «las dificultades económicas no pueden por sí solas justificar las medidas de derogación»<sup>73</sup>.

La Corte IDH ha establecido que los estados de excepción deben ser necesarios para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática, necesidad que debe ser objetivamente justificable<sup>74</sup>. Según la Corte Interamericana, el análisis jurídico del artículo 27 de la Convención debe partir de la consideración de que es un precepto concebido solo para situaciones excepcionales<sup>75</sup>.

Las medidas que suspenden la aplicación de alguna disposición del Pacto deben ser de carácter excepcional y temporal. Antes de que un Estado adopte la decisión de invocar el artículo 4, es necesario que la situación sea de carácter excepcional y que ponga en peligro la vida de la nación<sup>76</sup>.

<sup>73</sup> Levi (2013) 484.

<sup>74</sup> CIDH: Vásquez Vejarano vs. Perú, 13 de abril de 2000.

<sup>75</sup> *Idem*, párr. 33.

<sup>76</sup> ONU (2001), párr. 2.

La Comisión Interamericana ha recogido algunos criterios mínimos que pueden servir de guía para realizar una delimitación a la discrecionalidad del gobierno de turno para evaluar la situación. La Comisión ha dicho que los hechos motivadores deben ser acontecimientos de extrema gravedad. Así, ha considerado que «la emergencia debe revestir un carácter grave, motivado por una situación excepcional que verdaderamente signifique una amenaza a la vida organizada del Estado». En ese mismo informe se cita a la Convención Europea de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, en el cual se requiere una «grave emergencia nacional». Siguiendo con el sistema europeo, también se mencionan los comentarios de la Comisión Europea de Derechos Humanos, según la cual debe tratarse de un «disturbio de importancia, ciertamente mayor que un mero desorden civil; que ese peligro debe ser actual, en el sentido que el daño a la seguridad es inminente y no latente o potencial»<sup>77</sup>.

La Corte IDH ha realizado el control de los argumentos empleados por el Gobierno de Ecuador para ordenar la intervención de las Fuerzas Armadas en todo el territorio nacional. Los hechos del mencionado caso se enmarcaron en un contexto en el cual algunas de las principales ciudades del Ecuador se vieron afectadas por graves hechos de delincuencia, lo cual creó un clima de inseguridad y conmoción interna. La Corte cuestionó, en primer término, la falta de fijación de límites espaciales definidos<sup>78</sup>. Luego recordó que la suspensión de garantías debe operar como una medida estrictamente excepcional para enfrentar reales situaciones de emergencia, «en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación», y no constituye un medio para enfrentar la criminalidad común<sup>79</sup>.

La Corte estimó absolutamente necesario enfatizar en el extremo cuidado que los Estados deben observar al utilizar las Fuerzas Armadas como elemento de control de la protesta social, disturbios

---

<sup>77</sup> Levi (2013) 483.

<sup>78</sup> Corte IDH: caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador de 4 de julio de 2007, párr. 48.

<sup>79</sup> Corte IDH: caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador de 4 de julio de 2007, párr. 52.

internos, violencia interna, situaciones excepcionales y criminalidad común. Tal como ha señalado ese Tribunal, «los Estados deben limitar al máximo el uso de las Fuerzas Armadas para el control de disturbios internos, puesto que el entrenamiento que reciben está dirigido a derrotar al enemigo, y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales». El deslinde de las funciones militares y de policía debe guiar el estricto cumplimiento del deber de prevención y protección de los derechos en riesgo, a cargo de las autoridades internas<sup>80</sup>.

En cuanto a las garantías judiciales indispensables, cuya suspensión está vedada por el artículo 27.2 CIDH, ha señalado la Corte aquellos procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos y libertades a que se refiere dicho artículo y cuya supresión o limitación pondría en peligro esa plenitud<sup>81</sup>. Entre ellos se encuentran los procedimientos de *habeas corpus* y de amparo<sup>82</sup> y, según la Comisión, en general, los demás procedimientos judiciales que ordinariamente sean idóneos para garantizar la plenitud del ejercicio de los derechos no suspendibles<sup>83</sup>.

De acuerdo con la Observación general No. 29 de la ONU, disposiciones del Pacto que se refieran a las garantías procesales nunca podrán ser objeto de medidas que de alguna forma socaven la protección de derechos no susceptibles de suspensión; la revocación o utilización del artículo 4 nunca podrá realizarse de forma que produzca la suspensión de alguno de los derechos cuya suspensión no está autorizada<sup>84</sup>.

Tanto la Corte Interamericana como la Comisión Interamericana admiten el control jurisdiccional de los hechos que dieron motivo a

<sup>80</sup> Corte IDH: caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador de 4 de julio de 2007, párr. 51.

<sup>81</sup> Corte IDH OC-8/87 de 30 de enero de 1987, párr. 29.

<sup>82</sup> Corte IDH: OC-8/87 de 30 de enero de 1987, párr. 42.

<sup>83</sup> CIDH: Vásquez Vejarano vs. Perú 13 de abril de 2000, párr. 51.

<sup>84</sup> ONU (2001).

las medidas de excepción, si bien existe una gran amplitud discrecional para los Estados en las mismas descripciones<sup>85</sup>.

Los actos relativos al estado de emergencia, provenientes normalmente del Ejecutivo, no constituyen «cuestiones políticas» exentas de control por el Poder Judicial nacional. Muy por el contrario, dichos actos, dada su naturaleza, se encuentran especialmente sujetos a revisión por dicho poder<sup>86</sup>.

En 1997, el Comité de Derechos Humanos expresó su profunda preocupación por las propuestas de reforma constitucional en Colombia, destinadas a eliminar las facultades de la Corte Constitucional para revisar la proclamación de un estado de excepción<sup>87</sup>.

#### *4.2 El control judicial de estados de excepción en Colombia*

No podemos dejar de hacer referencia a la técnica de control empleada por la Corte Constitucional de Colombia. Desde su primera decisión sobre el tema, y en forma reiterada, la Corte ha precisado que un estado de excepción solo puede ser declarado si se configura la muy grave y extraordinaria situación de anormalidad que constituye su presupuesto objetivo. Por su parte, el principio de proporcionalidad, expresamente previsto por el artículo 214 superior, ordena que las medidas que se adopten sean «proporcionales a la gravedad de los hechos»<sup>88</sup>.

El control de constitucionalidad de la declaratoria del estado de conmoción interior, como control jurídico y, en consecuencia, objetivo, plantea a la justicia constitucional la necesidad de verificar tres presupuestos: un presupuesto fáctico, un presupuesto valorativo y un juicio sobre la suficiencia de las medidas ordinarias de policía. El presupuesto fáctico remite a un juicio objetivo de existencia. El juez constitucional debe determinar si la perturbación del orden público tuvo o no tuvo ocurrencia pues, por tratarse de

---

<sup>85</sup> Levi (2013) 485.

<sup>86</sup> CIDH Vásquez Vejarano vs. Perú 13 de abril de 2000, párr. 53.

<sup>87</sup> Comité de Derechos Humanos (1997), párr. 23.

<sup>88</sup> Sentencia C-251/02.

un supuesto fáctico, no hay alternativa distinta a la de haber o no haber ocurrido. El presupuesto valorativo remite a un juicio objetivo de ponderación orientado a determinar si ha existido apreciación arbitraria o error manifiesto en la valoración del presupuesto fáctico que el constituyente confía al presidente de la República. Si bien la Carta otorga al presidente la facultad de valorar el presupuesto fáctico, su ejercicio no puede ser fruto de su más absoluta discrecionalidad, sino que debe ceñirse a la naturaleza del instituto excepcional de cuya declaración se trata y a la razón de ser que le asiste en la estructura y funcionalidad del Estado constitucional. Finalmente, el juicio sobre la suficiencia de las medidas ordinarias de policía remite a un juicio objetivo de ponderación dirigido a establecer si en la apreciación realizada por el presidente, acerca de la insuficiencia de las atribuciones ordinarias de policía para conjurar la crisis, se incurrió en apreciación arbitraria o en error manifiesto. En virtud de este principio, se puede acudir al estado de conmoción interior cuando las herramientas jurídicas ordinarias con que cuenta el Estado no permitan conjurar la grave alteración del orden público que amenaza con disolver el acuerdo que posibilita la convivencia<sup>89</sup>.

### 4.3 *Los estados de excepción en Chile*

#### 4.3.1 *El alcance del control judicial*

En su versión original, el art. 41 No. 3 inciso 3 de la Constitución Política disponía que «los tribunales de justicia no podrán, en caso alguno, entrar a calificar los fundamentos de hecho de las medidas que haya adoptado la autoridad en el ejercicio de sus facultades».

Durante la reforma constitucional de 2005, el artículo 45 quedó redactado en los siguientes términos: «los tribunales de justicia no podrán calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho

<sup>89</sup> Sentencia C-802/02.

invocados por la autoridad para decretar los estados de excepción, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 39. No obstante, respecto de las medidas particulares que afecten derechos constitucionales, siempre existirá la garantía de recurrir ante las autoridades judiciales a través de los recursos que corresponda».

Desde el origen de la norma, el control judicial del acto declaratorio del estado de sitio está restringido, en la medida en que esta potestad ha sido vista como un asunto estrictamente político en donde el órgano judicial no puede intervenir<sup>90</sup>. Autores como Castillo y Soto cuestionaron una interpretación estricta de la norma<sup>91</sup>. En criterio de Pfeffer, la restricción del control judicial recae nada más que en la apreciación discrecional por parte de la autoridad del significado o trascendencia del hecho en relación a los valores que están comprendidos en el campo de su específica competencia<sup>92</sup>, pero era necesario regular qué órgano y de qué modo se controlará al presidente de la República cuando declare un estado de excepción constitucional, en el caso que falte alguno de los requisitos formales exigidos en la Constitución o en la ley orgánica constitucional respectiva para ponerlos en vigencia<sup>93</sup>. La interpretación del actual artículo 45 permitiría afirmar que los tribunales podrían ejercer un control para evaluar si las situaciones de excepción que los autorizan afectan o no gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado<sup>94</sup>.

Más aún, en la posición asumida por Silva, si bien la apreciación efectuada por quien dicta la medida no puede ser revisada, ni tampoco el alcance que conceda a las circunstancias de hecho en que ella se asienta, sin embargo, la efectividad del hecho y la realidad de las circunstancias que lo rodean no constituyen una calificación, de modo que tales aspectos deben ser objeto de examen y establecimiento por parte del tribunal<sup>95</sup>.

---

<sup>90</sup> Silva (2018).

<sup>91</sup> Jácome (2015) 296.

<sup>92</sup> Pfeffer (2002).

<sup>93</sup> *Idem.*

<sup>94</sup> *Idem.*

<sup>95</sup> Silva (1989) 588.

En criterio de la Corte Suprema, los tribunales de justicia no pueden calificar los fundamentos ni las circunstancias de hecho invocadas por la autoridad para decretar los estados de excepción. Se trataría de una facultad exclusiva del gobierno, de modo que no queda sometida al control jurisdiccional la apreciación del mérito de los antecedentes que han debido considerarse para adoptar la medida<sup>96</sup>. Agregó la Corte que el control jurisdiccional tiene como límite divisorio los actos que son propios de la actividad política, en este caso de la autoridad máxima de gobierno, de suerte que los órganos jurisdiccionales no se encuentran autorizados para revisar decisiones de esta índole<sup>97</sup>.

Recordemos que el derecho se distingue de otras reglas sociales por el elemento de coercibilidad; se trata de un orden coactivo de la conducta humana<sup>98</sup>. Recientemente, el Tribunal Constitucional español recordó que la impugnación de un acto es solo admisible si puede apreciarse en él la capacidad para producir efectos jurídicos propios y no meramente políticos<sup>99</sup>. Sin embargo, encontraremos que la regulación constitucional no solo contiene elementos discrecionales, sino que ha establecido importantes elementos normativos que solo tienen sentido si se los interpreta a través de un método jurídico. En ese mismo sentido, es aplicable el criterio de la Corte Interamericana, según el cual los actos relativos al estado de emergencia no constituyen «cuestiones políticas» exentas de control por el Poder Judicial<sup>100</sup>.

Debemos tomar en consideración las modificaciones incorporadas en el artículo 45 durante la reforma constitucional de 2005, en la cual se incorporó, en el artículo 39, como requisito «la afectación del ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, la afectación grave del normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado». En la doctrina se ha advertido que el estado de excepción solo puede

<sup>96</sup> Campos con Fisco de Chile (2013), 12°.

<sup>97</sup> *Idem*, 13°, con voto en contra del ministro Brito. También en este sentido, Zúñiga (2014a) 518.

<sup>98</sup> Kelsen (1982) 47.

<sup>99</sup> STC 42/2014, de 25 de marzo Fj 2.

<sup>100</sup> CIDH Vásquez Vejarano vs. Perú 13 de abril de 2000, párr. 53.



admitirse al servicio de la defensa del Estado democrático, el orden constitucional y los derechos y libertades de las personas<sup>101</sup>, por lo que solo es procedente previa constatación empírica objetiva y demostrable de las existencias de las hipótesis normativas señaladas en la Constitución<sup>102</sup>.

La nueva redacción del artículo 45 deja a salvo «lo dispuesto en el artículo 39». Esta última enumera situaciones de excepción bajo las cuales «puede» ser afectado el ejercicio de los derechos y garantías que la Constitución asegura a todas las personas. Una adecuada interpretación de la reforma de 2005 no puede no advertir la incorporación del elemento valorativo: «cuando afecten gravemente el normal desenvolvimiento de las instituciones del Estado». Se trata de un elemento reglado que permite establecer los límites fácticos de la competencia del presidente de la República para declarar los estados de excepción. Por otra parte, el artículo 45 advierte que, 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».

En nuestro criterio, el intérprete debe ser especialmente cuidadoso en el análisis de las sutiles modificaciones que derivan del complejo debate legislativo, especialmente en una reforma constitucional. No siempre podemos esperar de aquella instancia una declaración inequívoca, pero es claro que el constituyente dejó a la dinámica judicial la posibilidad de dar un tratamiento distinto a la abstención del control judicial, en los casos de protección de derechos individuales. La única alternativa compatible con el estándar de protección establecido en el sistema internacional de derechos humanos es el de permitir el control judicial, incluso de los presupuestos fácticos y valorativos de la declaratoria de un estado de excepción, siempre que sea necesario para la protección de derechos individuales. Es en ese sentido que debe ser interpretado el artículo 45, a la luz de los derechos fundamentales.

---

<sup>101</sup> Mac-Gregor (2013) 998.

<sup>102</sup> Nogueira (2003) 257.

### 4.3.2 *La intervención de las Fuerzas Armadas*

La Corte Suprema ha señalado que, en tiempos de normalidad constitucional, la participación de la autoridad militar se encuentra limitada a la ejecución de las actividades de coordinación determinadas por la autoridad civil y subordinada a ella, sin que pueda, en caso alguno, bajo el amparo de ese texto legal velar por el orden público, función que naturalmente puede importar la afectación del ejercicio de los derechos constitucionales. Tales parámetros resultan conformes al estándar del sistema interamericano, a que hemos hecho referencia anteriormente. Distinta sería la situación, en criterio de la Corte, durante un régimen de estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública, en el cual la autoridad civil se subordina a la autoridad militar del Jefe de Defensa Nacional que debe nombrar al presidente de la República<sup>103</sup>.

## 5. CONSIDERACIONES FINALES

Hemos visto que, en el marco de los mecanismos de defensa de la democracia, la Ley Fundamental de Alemania regula la facultad del Tribunal Federal Constitucional de declarar el abuso del derecho, así como la prohibición de partidos políticos. Establece, además, el deber de fidelidad de los funcionarios públicos y el régimen de estados de excepción. En el derecho penal se establece el delito de coacción a órganos constitucionales. La interpretación y aplicación de tales mecanismos han sido objeto de limitación, para garantizar la vigencia de los derechos fundamentales.

El artículo 18 de la Ley Fundamental de Alemania faculta al Tribunal Federal Constitucional para declarar la privación en alguno de los derechos fundamentales allí señalados, pero su aplicación solo podría admitirse en «casos extremos», en que se hubiera producido efectivamente un peligro serio y actual al orden fundamental de la democracia liberal, en base a medios idóneos para alcanzar el fin.

<sup>103</sup> Campos con Fisco de Chile (2013), 9°.

Además, la Ley Fundamental de Alemania establece, como mecanismo de protección de la Constitución, la prohibición de partidos políticos. Pero su carácter excepcional supone que solo sería aplicable cuando existan elementos de convicción concretos y relevantes, que indiquen que es, por lo menos posible, que un partido político atente en forma exitosa en contra de los bienes jurídicos protegidos por el art. 21, aparte 2, de la Ley Fundamental.

El deber de fidelidad política exige del funcionario, especialmente, que se distancie de movimientos y agrupaciones que tienen por objeto atacar, combatir y difamar a los órganos constitucionales y al orden constitucional vigente. Sin embargo, las limitaciones que se impongan al derecho a la libertad de expresión deben ser interpretadas a la luz del derecho fundamental. El contenido de la infracción disciplinaria del deber de fidelidad exige cierto grado de gravedad y de evidencia del incumplimiento del deber.

Un estado de excepción se produce en caso de peligro serio para la existencia del Estado o para la seguridad y el orden público, que no pueden ser enfrentados a través de las vías normales establecidas en la Constitución, sino que es solo posible a través de medios excepcionales.

La intervención de las fuerzas de la Policía Federal, en el ejercicio de las funciones de un *Land*, solo es admisible, en casos de especial importancia, bajo estrictas condiciones. De igual forma se ha admitido una interpretación restrictiva de los presupuestos en que pueden actuar las Fuerzas Armadas. Además de los casos de defensa, las Fuerzas Armadas solo pueden intervenir en los casos en que la Constitución lo dispone expresamente, esto es, cuando resulte necesario para la defensa contra un peligro que amenace la existencia del régimen fundamental de libertad y democracia de la Federación o de un *Land*.

El delito de coacción a órganos constitucionales, establecido en el § 105 StGB, solo es aplicable cuando la presión hacia el órgano constitucional resulta idónea para forzar la voluntad contraria del órgano, en favor de la conducta exigida.

La Constitución Política de Chile contiene ciertas disposiciones que permiten la imposición de importantes sanciones de

inhabilitación política por delitos de terrorismo (art. 9). En nuestro criterio, la aplicación de delitos contra el orden público estatal no constituye una medida eficaz para alcanzar el fin constitucionalmente protegido, cuando la conducta no hubiera sido capaz de afectar la libre determinación del órgano, esto es, cuando no pueda esperarse razonablemente que con ello se logre arrancar o inhibir resoluciones de la autoridad o imponerle exigencias.

El artículo 19 No. 15 inciso 6°, el cual permite la declaración de inconstitucionalidad de partidos, movimientos u otras formas de organización, ha sido interpretado por el Tribunal Constitucional en el sentido de que solo persigue sancionar «casos particularmente graves», en que organizaciones políticas atenten seriamente contra los principios de la Constitución.

Resulta controvertida la facultad de los órganos jurisdiccionales para ejercer el control judicial del acto declaratorio de los estados de excepción. Estimamos que una adecuada interpretación de la reforma de 2005, a la luz de los derechos fundamentales, debe admitir el control judicial, incluso de los presupuestos fácticos y valorativos de la declaratoria de un estado de excepción, siempre que sea necesario para la protección de derechos individuales.

Finalmente, en cuanto a la intervención de las Fuerzas Armadas, la Corte Suprema ha señalado que, en tiempos de normalidad constitucional, este órgano no puede velar por el orden público.

## ABREVIATURAS

AZ	Aktenzeichen
BGHST	Bundesgerichtshof für Strafsachen
BVERFGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVERWG	Bundesverwaltungsgericht
CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CORTE IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
OLG	Oberlandesgericht

ONU	Organización de las Naciones Unidas
STGB	Strafgesetzbuch
VGH	Verwaltungsgerichtshof

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Becker Castellaro, Sebastián (2015): «La criminalización de la protesta: el caso Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile», *Anuario de Derechos Humanos*, (11), pp. 123-133. Disponible en: doi:10.5354/0718-2279.2015.37493 [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- Bilbao Ubillos, Juan María (2008): «La negación del holocausto en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: la endeble justificación de tipos penales contrarios a la libertad de expresión», *UNED. Revista de Derecho Político*, Nos. 71-72, enero-agosto, pp. 19-56.
- Bruna Contreras, Guillermo (1989): «Reforma sobre derechos políticos» en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16 (No. 3), pp. 591-598. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2649648595> [Fecha de consulta: 02.06.2018].
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2000): Informe No. 48/00 Caso 11.166 Walter Humberto Vásquez Vejarano vs. Perú 13 de abril de 2000. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/annualrep/99span/De%20Fondo/Peru11166.htm> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- Cumplido, Francisco, Guzmán, Jaime y Dietze, Gottfried (1989): «Pluralismo y proscripción de partidos antidemocráticos», *Revista de Estudios Públicos* (No. 13), pp. 5-22.
- Garretón M., Manuel Antonio (1991): «La redemocratización política en Chile. Transición, inauguración y evolución», en *Estudios Públicos* (No. 42), pp. 101-133. Disponible en: [https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303184036/rev42\\_garreton.pdf](https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303184036/rev42_garreton.pdf) [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- Hesse, Konrad (1999): *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Heidelberg, Müller GmbH) 17va Edición.
- González Jácome, Jorge (2015): *Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur: Argentina, Chile y Colombia (1930-1990)* (Editorial Pontificia Universidad Javeriana).
- Kelsen, Hans (1982). *Teoría pura del derecho*. Traducción de la segunda edición en alemán, por Roberto J. Vernengo (México, Universidad Nacional Autónoma de México).

- Krebs, Walter (2000): „Art. 18«, von Münch/Künig, Grundgesetz-Kommentar, Tomo I, 5ta edición.
- Levi, Daniel (2013): Art. 27. Suspensión de garantías. La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el derecho argentino, Regueira, Enrique Alonso (Coord.) (Buenos Aires, La Ley).
- Llancaqueo, Víctor Toledo (2007): «Prima ratio movilización mapuche y política penal. Los marcos de la política indígena en Chile 1990-2007», en Revista OSAL, 8 (22), pp. 235-295. Disponible en: [http://meli.mapuches.org/IMG/pdf/OSAL\\_22\\_2007\\_Chile\\_primaratio.pdf](http://meli.mapuches.org/IMG/pdf/OSAL_22_2007_Chile_primaratio.pdf) [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2013): Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Vivanco Martínez, Ángela (2000): «Pluralismo en la Constitución de 1980», en Revista Chilena de Derecho, (27), 397-413.
- Naciones Unidas (2001): Observación general núm. 29. Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción (artículo 4) {§27}. 72º período de sesiones CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 de 31 de agosto de 2001.
- Nogeira Alcalá, Humberto (2003): Teoría y dogmática de los derechos fundamentales. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas: México.
- Nogueira Alcalá, Humberto (2005): «Aspectos de una teoría de los derechos fundamentales: la delimitación, regulación, garantías y limitaciones de los derechos fundamentales», Ius et Praxis, vol. 11, (No. 2), pp. 15-64. Disponible en: [https://www.researchgate.net/publication/28149994\\_Aspectos\\_de\\_una\\_Teoria\\_de\\_los\\_Derechos\\_Fundamentales\\_La\\_Delimitacion\\_Regulacion\\_Garantias\\_y\\_Limitaciones\\_de\\_los\\_Derechos\\_Fundamentales](https://www.researchgate.net/publication/28149994_Aspectos_de_una_Teoria_de_los_Derechos_Fundamentales_La_Delimitacion_Regulacion_Garantias_y_Limitaciones_de_los_Derechos_Fundamentales) [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- ONU (1997): Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Colombia. 05/05/97. CCPR/C/79/Add.76. (Concluding Observations/Comments).
- Pagenkopf, Martin (2007): Art. 18, en Grundgesetz, Sachs (Coord.), 4ta Edición, C.H. Beck München.
- Paredes, Felipe (2013): «Chile en el sistema interamericano de derechos humanos. Protección Multinivel de Derechos Humanos. Manual», en Bandeira Galindo y otros. (Coords.), Red de Derechos Humanos y Educación Superior. Disponible en: [https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh\\_pdf/PMDH\\_Manual.393-416.pdf](https://www.upf.edu/dhes-alfa/materiales/res/pmdh_pdf/PMDH_Manual.393-416.pdf), p. 396 [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- Pegoraro, Lucio (2013): «Para una clasificación «dúctil» de «democracia militante», en Ensayos sobre Derecho Comparado y Constitución, 7, pp. 7-61.

- Pfeffer Urquiaga, Emilio (2002): Estados de excepción constitucional y reforma constitucional. *Ius et Praxis*, 8(1), 223-250.
- Polzer, Powietzka (2000): „Rechtsextremismus als Kündigungsgrund?», *NZA* 2000.
- Reese-Schäfer, Walter (2017): Politische Ethik unter Realitätsbedingungen: Die Welt von Gewalt, Lügen und Skandalisierungen. 2° edición, Springer-Verlag.
- Ribera Neumann, Teodoro y Villagrán Abarzúa, Marcelo (2009): «60 años de la Constitución de la República Federal de Alemania. Algunas referencias de su influencia en Chile», en *Revista de Derecho Público*, Vol. 71, pp. 33-46.
- Schlaich, Klaus y Stefan Koriath (2001): *Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 7 Auflage, Verlag C.H. Beck: München.
- Schliesky, Utz (2014): Die wehrhafte Demokratie des Grundgesetzes, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland. Normativität und Schutz der Verfassung*. Isensee u.a (Hrg.) 12, 3 C.F. Müller GmbH.
- Silva Bascuñán, Alejandro (1989): «Reforma sobre los derechos humanos», *Revista Chilena de Derecho*, 16, 579, p. 588.
- Silva Irrarázaval, Luis Alejandro (2018): «El control judicial de los estados de excepción constitucional: La supremacía del presidente de la República». *Revista chilena de derecho*, 45(1), 81-103. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372018000100081> [Fecha de consulta: 28.11.2019].
- Silva, Hernando (2017): «La protesta social mapuche y la respuesta estatal: criminalización y violencia policial», *Derechos humanos y pueblos indígenas en Chile hoy: las amenazas al agua, a la biodiversidad y a la protesta social* (Temuco, Observatorio Ciudadano), pp. 51-69 Disponible en: <https://observatorio.cl/wp-content/uploads/2018/05/derechos-de-los-pueblos-indigenas-oc-fhb.pdf> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- Thiel, Markus (2003): «Zur Einführung: De «wehrhafte Demokratie» als verfassungsrechtliche Grundentscheidung», Thiel (Ed.), *Wehrhafte Demokratie: Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung* (Tübingen, Mohr Siebeck).
- Thiel, Markus (2003a): «Die Verwirkung von Grundrechten gemäß Art. 18 GG», Thiel (Ed.), *Wehrhafte Demokratie: Beiträge über die Regelungen zum Schutze der freiheitlichen demokratischen Grundordnung* (Tübingen, Mohr Siebeck).

- Videla Artés, Alexi (2016): «La restricción del pluralismo político en la Constitución chilena: perspectiva crítica», en *Derecho y Humanidades*, (23) Disponible en: doi:10.5354/0719-2517.2014.41526 [Fecha de consulta: 10.06.de 2018].
- Villegas Díaz, Myrna (2008): «Derecho penal del enemigo y la criminalización de las demandas mapuche». Informe de investigación, concurso de proyectos de investigación aplicada ciencia y tecnología. Santiago. Universidad Central. Disponible en: <http://www.biblio.dpp.cl/biblio/DataBank/6463.pdf> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- Villegas Díaz, Myrna (2016): «La tentativa inidónea en los delitos de terrorismo en el derecho penal chileno. A propósito de los artefactos explosivos e incendiarios». *Revista de Ciencias Penales Sexta Época*, Vol. XLIII, (No. 3), pp. 13-32.
- Villegas Díaz, Myrna (2018): «Tratamiento jurisprudencial del terrorismo en Chile (1984-2016)», en *Polít. crim.* Vol. 13, (No. 25, julio 2018), pp. 501-547. Disponible en: [http://www.politicacriminal.cl/Vol\\_13/n\\_25/Vol13N25A13.pdf](http://www.politicacriminal.cl/Vol_13/n_25/Vol13N25A13.pdf) [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- Villegas, Díaz, Myrna (2006): «Los delitos de terrorismo en el Anteproyecto de Código Penal». *Polít. Crim.* (2, 3), pp. 1-31 Disponible en: [http://politicacriminal.cl/n\\_02/a\\_3\\_2.pdf](http://politicacriminal.cl/n_02/a_3_2.pdf) [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- Zippelius, Reinhold y Würtenberger, Thomas (2005): *Deutsches Staatsrecht: ein Studienbuch* 31. Auflage (München, C.H. Beck).
- Zúñiga Urbina, Francisco (2003): «Derechos humanos y jurisprudencia del Tribunal Constitucional 1981-1989: el pluralismo político e ideológico en Chile», en *Ius et Praxis*, 9(1), pp. 259-279. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122003000100014> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- Zúñiga Urbina, Francisco (2012): «Principios jurídicos y democracia: de vueltas a la democracia militante», en *Estudios constitucionales*, 10(2), pp. 17-56. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000200002> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- Zúñiga Urbina, Francisco (2014). «El pluralismo. El debate en el momento constitucional de Chile hoy», en *Revista de Derecho Estasiológico. Ideología y Militancia* (Año 2, No. 3). Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-estasiologico/article/download/4194/3639> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- Zúñiga Urbina, Francisco (2014a). El derecho de excepción y la responsabilidad del Estado: falta de servicio y acto de gobierno. Comentario de la sentencia de casación Rol No. 4029-2013 de la Corte Suprema, de 24 de diciembre de 2013. *Estudios constitucionales*, 12(1), 503-526, p. 518.



## JURISPRUDENCIA CITADA

- BGHSt 32, 165 – Coacción al Gobierno de un Estado. Disponible en: <https://dejure.org/ext/c80a9a59197571c83c5a67e464de79b3> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerfGE 115, 118 – Luftsicherheitsgesetz. Disponible en: <https://dejure.org/ext/f0204aa2bb4970f530062e265dd042f9> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerfGE 124, 300 – Homenaje a Rudolf Heß. Disponible en: <https://dejure.org/ext/fef3e69eb9586deed0b601194eeab65f> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerfGE 126, 55 – G8-Gipfel Heiligendamm. Disponible en: <https://dejure.org/ext/94e85d064d1abdb939992860e5064168> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerfGE 133, 241 – Luftsicherheitsgesetz. Disponible en: <https://dejure.org/ext/cd71b605538794b9f1c847226cf663fb> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerfGE 38, 23 – Herausgeber der Deutschen National-Zeitung. Disponible en: <https://dejure.org/ext/486e3a6f8993078b4db411b43c707fe3> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerfGE 39, 334 – Extremistas en la función pública. Disponible en: <https://dejure.org/ext/6a01bbd7623ddfc8034dd5612a0c0aa0> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerfGE 7, 198 – Lüth. Disponible en: <https://dejure.org/ext/ba51494c-51c740e361ad71083c6b4843> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- Campos Herrera con Fisco de Chile (2013): Corte Suprema, 24 de diciembre de 2013 (indemnización de perjuicios extracontractuales), rol 4029-2013. Disponible en: [www.pjud.cl](http://www.pjud.cl) [Fecha de consulta 25.07.2018].
- Corte IDH, serie C, n.o 279, de 29 de mayo de 2014.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador. Sentencia de 4 de julio de 2007 (fondo, reparaciones y costas).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_08\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf) [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- STC 235/2007, de 7 de noviembre.
- STC 42/2014, de 25 de marzo.
- STC 48/2003, de 12 de marzo.
- Tribunal Constitucional, Rol No. 46, de 21 de diciembre de 1987.
- Tribunal Constitucional, Rol No. 567-2006, de 2 de junio de 2010.
- VGH de Baden-Württemberg, • 13 de marzo de 2007 • Exp. 4 S 1805/06

- Sentencia C-251/02 Demanda de inconstitucionalidad contra la Ley 684 de 2001, y sus artículos 3, 6, 13, 20 literal a), 25, 38, 42, 50, 54, 55 (parcial), 57 párrafo, 58 (parcial), 59, 60, 62 y 72.
- BVerfG • 4 de febrero de 2010 • Exp. 1 BvR 369/04. Disponible en: <https://dejure.org/ext/1c1289f6c5dfc91fc44614da4e9327e7> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- Sentencia C-802/02. Revisión constitucional del Decreto Legislativo 1837 de 11 de agosto de 2002 «Por el cual se declara el Estado de Conmoción Interior». Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-802-02.htm> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerwG, 28.11.1980, Exp. BVerwG, 2 C 37/79. Disponible en: <https://dejure.org/ext/cc76fb65796531c8d7c18426a410299e> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerwG, 10.05.1984 – BVerwG, 1 D 7.83 = BVerwGE 76, 157. Disponible en: <https://dejure.org/ext/0c7ce07927d75d6d1c5ae0f04535f4e4> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerfGE 5, 85 – KPD-Verbot. Disponible en: <https://dejure.org/ext/dee58f8faaa0cda2df953f6063ed72b0> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerwG, 29.10.1987, Exp. BVerwG, 2 C 73.86. Disponible en: <https://dejure.org/ext/6d742dff0a385e8c0bc52ca6a5cd2227> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerfG Beschluss vom 1. Juni 2006 Az. 1 BvR 150/03. Disponible en: <https://dejure.org/ext/8a024438eb6d476f2ccb6136718420cb> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerfG, 2 BvR 337/08 del 6.5.2008. Disponible en: <https://dejure.org/ext/545d25be616e251fd86fcb5cb8d06dcf> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BAG 12.5.2011, 2 AZR 479/09. Disponible en: <https://dejure.org/ext/a2f0708b7cbc57a4628c617bc5c8dda7> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerfG, Beschluss des Plenums vom 03. Juli 2012 – 2 PBvU 1/11. Disponible en: <https://dejure.org/ext/cb0371841f27119084a9505354cb63f5> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BAG 6.9.2012, 2 AZR 372/11. Disponible en: <https://dejure.org/ext/cdc952e4aacbc4926d84aaa22aade479> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- OLG Hamm, Beschluss vom 21.05.2013 – 3 RVs 20/13.
- BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 02. Juni 2015 – 2 BvE 7/11. Disponible en: <https://dejure.org/ext/64e14d415d524f940170cd62bc6dafc4> [Fecha de consulta: 10.06.2018].
- BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 17. Januar 2017 – 2 BvB 1/13. Disponible en: <https://dejure.org/ext/02c11d15495a503735c0649823a8b6b3> [Fecha de consulta: 28.11.2019].

BVerwG 6. Senat 25.10.2017 6 C 46/16. Disponible en: <https://dejure.org/ext/0e238285f963420ec02e7423b0da4ab6> [Fecha de consulta: 10.06.2018].

CIDH, OEA/Ser.L/V/II.77.rev.1. Doc. 18. 8 mayo 1985.

BGHSt 23, 46 – Laepple. Disponible en: <https://dejure.org/ext/11e6f3ad79bc9314ee5593e1c9d775ec> [Fecha de consulta: 10.06.2018].

