**Minuta cláusulas de armonización y limitación**

*Francisco Javier Urbina*

*Profesor Derecho UC*

(La presente minuta acompaña la presentación realizada ante la Comisión de Derechos Fundamentales de la Convención Constitucional el día 9 de noviembre de 2021.)

**Contexto y cuestión a resolver**

La Constitución probablemente consagrará diversos derechos, muchos de los cuales formulará de forma amplia. Esto es común en sociedades plurales, en las que coexisten personas con distintas visiones y aspiraciones. La nueva Constitución deberá acoger y reconocer diversas demandas sociales en el catálogo de derechos.

Esta situación plantea dos cuestiones a resolver:

1. Conflictos: Si hay muchos derechos y estos son amplios, es probable que existan frecuentes conflictos entre ellos, o entre estos y otros valores constitucionalmente protegidos (p.ej.: libertad de expresión y privacidad; derecho a la salud y libertad de reunión o desplazamiento; entre derechos que exigen prestaciones; entre la seguridad y la libertad de expresión, etc.). ¿Quién resuelve estos conflictos?
2. Democracia: Como la Constitución es una norma jurídica, existe el riesgo de que el ámbito de los derechos fundamentales se conciba en la práctica como una cuestión puramente jurídica, que corresponde principalmente a órganos especializados en derecho (como son los tribunales). Al ser amplio el catálogo de derechos, el espacio del derecho y de la judicatura se expande. Pero esto disminuye el espacio de la democracia. Si el foro de los derechos son los tribunales, y si el ámbito de los derechos abarca todas las demandas relevantes en una sociedad, entonces toda cuestión relevante será competencia, en principio, de los tribunales y del discurso jurídico especializado. El ámbito de la política democrática queda muy reducido. Se reprocha a la actual Constitución disminuir excesivamente el espacio democrático y eso no puede ocurrir con esta Constitución. Lo deseable sería que la armonización de distintos derechos (que representan distintas demandas sociales) la realicen órganos democráticos (sin perjuicio del rol de la judicatura en la protección de derechos en casos concretos).

¿Cómo lograr que la nueva Constitución consagre una pluralidad de derechos, pero que al mismo tiempo estos puedan armonizarse de una manera coherente y democrática?

**Propuestas**

La Constitución debe habilitar explícitamente al legislador para armonizar derechos fundamentales, dejando claro así que la articulación de los distintos derechos es una cuestión encargada en primer lugar a la política democrática.

Asimismo, la Constitución debe habilitar al legislador (y solo al legislador) para limitar derechos concebidos ampliamente. Esto es necesario para la armonización entre derechos y para implementarlos en la práctica, lo que siempre exige alguna especificación y delimitación. PERO al habilitar al legislador para limitar derechos, la Constitución también debe ponerle condiciones: debe exigir que los límites que éste fije a derechos fundamentales sean razonables y justificables en una sociedad democrática y que no se afecte la esencia de los derechos. La Constitución puede establecer estas condiciones con más o menos detalle: puede consagrar un estándar general (como en Canadá o en Nueva Zelanda) o establecer además una lista de factores específicos que el legislador debe considerar al limitar derechos (Sudáfrica). Me parece que lo mejor es no comprometer a la Constitución con una lista de factores específica que podría no ser apropiada en todos los casos y que podría hacer excesivamente legalista la deliberación sobre derechos fundamentales, sino en vez establecer sólo un criterio general (modelo canadiense).

Asimismo, el catálogo de derechos mismo debiera consagrar algunos derechos absolutos, es decir, que no admiten limitación. Esto último se realiza respecto de los derechos específicos, usando, por ejemplo, fórmulas tales como “Nadie podrá... (“...ser sometido a tortura.”). El mismo catálogo de derechos permite también ir especificando en cada caso ciertas conductas especialmente protegidas (como derechos absolutos, por ejemplo) y otras que pueden quedar excluidas del ámbito de protección del derecho (como ocurre, por ejemplo, con la apología de la guerra en diversos tratados de DD.HH.).

Finalmente, debería existir una cláusula final que aclare que la posibilidad de limitar derechos no se extiende a la suspensión del ejercicio de los derechos. La suspensión implica una intervención mucho más severa en los derechos y sólo debe permitirse en casos específicos regulados explícitamente por la Constitución (por ejemplo, en casos de estado de excepción, conforme a estándares de DD.HH.).

**Propuesta de texto**

Así, la propuesta de texto que se propone es la siguiente:

“La ley armonizará los derechos fundamentales entre sí y con las justas exigencias del bien común [1]. Los derechos consagrados en esta Constitución sólo pueden estar sujetos a aquellos límites que sean razonables y puedan ser justificados en una sociedad democrática. [2]. Sólo la ley podrá limitar los derechos fundamentales [3] en conformidad con esta Constitución, y en ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia [4].

No se podrá suspender el ejercicio [5] de los derechos fundamentales sino en las circunstancias y bajo las condiciones que esta Constitución establezca [6].”

A continuación se explican las razones para este texto:

[1] La primera frase es lo que hemos denominado una “cláusula de armonización”. El sentido es hacer explícito que la armonización entre derechos y otros valores constitucionalmente protegidos corresponde a la legislatura. Es deseable expresar esto primero antes de hablar de “limitación”, para indicar que el legislador primariamente implementa los derechos, los promueve (en línea con la función de establecer medidas que den vigor a los derechos, función consagrada en instrumentos de DD.HH., p. ej., Art. 2 de la Convención Americana de DD.HH. [CADH] y Art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Sólo secundariamente, al implementar y armonizar derechos, la legislación debe especificarlos y por esa vía los termina limitando.[[1]](#footnote-1) En esta cláusula la expresión “justas exigencias del bien común” proviene del Art. 32.2. de la CADH.

[2] Esto es lo que en doctrina se conoce como una “cláusula de limitación general”, que habilita a la ley para limitar los derechos, pero le establece condiciones para ello. El lenguaje es similar a la cláusula consagrada en la Sección 1 de la Carta de Derechos de Canadá y en el artículo 5 del Bill of Rights de Nueva Zelanda. Se caracteriza por exigir que las limitaciones sean “razonables” y “justificadas en una sociedad democrática”. Términos similares los encontramos también en la Constitución de Sudáfrica (Art. 36, aunque con elaboración adicional, como se explicó arriba), en cláusulas específicas del Convenio Europeo de Derechos Humanos (arts. 8-11), entre otras normas.

[3] Esto enfatiza un principio de reserva legal que está también contenido en la cláusula de limitación de arriba (similar a la forma en que se formula en el artículo 53.1. de la Constitución española). La “reserva legal” favorece el diálogo democrático y también es una garantía del respeto a los derechos, que no pueden ser limitados por cualquier autoridad. Es parte de las obligaciones en materia de DD.HH. consagrados en instrumentos internacionales (ver, por ejemplo, Art. 30 CADH y Corte IDH. La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A No. 6.).

[4] Esto contiene una protección de la “esencia” de los derechos, siguiendo el modelo alemán (Art. 19.2 de la Constitución alemana), adoptado en otros ordenamientos (ej.: Art. 53.1 de la Constitución Española, Art. 52(1) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, etc.).

[5] Siguiendo la aclaración de la Corte IDH en cuanto a que lo que se suspende es el ejercicio de los derechos, no los derechos mismos (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-8/87 del 30 de enero de 1987, *El Habeas Corpus Bajo Suspensión De Garantías*, párr. 18).

[6] Cláusula de cierre de la suspensión de derechos: establece la regla de que la suspensión de derechos en general no es admisible salvo en casos permitidos por la misma Constitución. Esto conecta con la regulación de los estados de excepción constitucional.

1. Explicamos con mayor detalle el rol de la legislatura en la promoción y garantía de los derechos humanos en Grégorie Webber, Paul Yowell, Richard Ekins, Maris Köpcke, Brad Miller y Francisco Urbina, *Legislated Rights: Securing Human Rights through Legislation* (Cambridge University Press 2018). [↑](#footnote-ref-1)