PRESENTACION ANTE CONVENCION CONSTITUCIONAL

MINUTA LIMITES A LOS DERECHOS

Profesor Tomás Vial Solar[1]

Miércoles 10 de noviembre, ante la Comisión sobre Derechos Fundamentales

I. Introducción.

La presente minuta desarrolla el tema de las limitaciones y restricciones a los derechos fundamentales en la nueva constitución, haciendo una propuesta de redacción que pueda ser útil para la discusión de la Comisión de Derechos Fundamentales. Para ello se inicia con unas preguntas básicas que la misma Comisión debiera abordar, para luego, muy brevemente, mencionar el panorama en nuestra actual constitución, el derecho comparado y el sistema de derechos humanos. Se concluye con una propuesta de redacción.

2. Algunas preguntas básicas.

A fin de reflexionar sobre cómo debiera estructurarse las limitaciones y restricciones a los derechos en la nueva constitución sería bueno considerar, al menos, las siguientes preguntas básicas:

a. ¿Se deben limitar todos los derechos o solo algunos?
b. Si se opta por lo segundo ¿Cuáles? y ¿Por qué?
c. ¿Las limitaciones deben ser generales, es decir, aplicables a todos ellos o solo debe haber limitaciones específicas a cada derecho que se quiera limitar? Por último,
d. ¿En qué condiciones o forma se deben establecer esas limitaciones?

En lo que sigue, describiremos, muy sucintamente en verdad, como se han respondido algunas de estas preguntas en los diferentes sistemas normativa que veremos.

3. Panorama en la actual constitución.

La actual constitución no posee una clausula general de limitación a los derechos, pero sí posee una clausula general *sobre condiciones de limitación y regulación*, el artículo 19, nº 26, que establece que los límites serán "en los casos en que ella la autoriza" y de hacerlo, esas limitaciones (y regulaciones) no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. De lo anterior se deduce que no hay una clausula general sobre cuales son esos límites, y, con una lectura literal, que habría limites solo en los casos expresos en que la Constitución los menciona.

En el texto actual hay derechos con profusas limitaciones, como lo son la libertad de enseñanza, 19, nº 11, que dispone que:

[1] Profesor de derecho constitucional universidad Andrés bello y Diego Portales, Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile; LL. M (Legal Master) en Derechos Humanos, Universidad de Notre Dame, Estados Unidos; Magíster en Derecho Público, mención derecho constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile; Ph.D, University College London (UCL).

> La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional.

Algo similar sucede con la libertad personal, 19, nº 7, que dispone que:

> Toda persona tiene derecho de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro y entrar y salir de su territorio, a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros;

Y, por otra parte, la libertad de opinión e información, numero inmediatamente siguiente, no posee limites expresos, pues solo hay una implícita autorización para ellos por medio de la ley, "en él caso de responsabilidades ulteriores".

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre que habría limites internos y limites externos a los derechos. Así, en la sentencia Rol 1365, de 8 de abril de 2010, resolvió que:

> *VIGESIMOPRIMERO: Que, de esta manera, este Tribunal debe partir por afirmar el carácter no absoluto de los derechos fundamentales, es decir, de aquellos que están reconocidos por el ordenamiento jurídico positivo, nacional e internacional. Es así como los derechos fundamentales pueden estar afectos a límites inmanentes o intrínsecos, dados por su propia naturaleza (como el derecho a la libertad personal que no puede invocarse por las personas jurídicas) o a límites extrínsecos, que se imponen por el Constituyente o el legislador, en atención a la necesidad de preservar ciertos valores vinculados a intereses generales de la colectividad (la moral, la seguridad nacional, el orden público, la salubridad pública) o a la necesidad de proteger otros derechos que representan asimismo valores socialmente deseables (por ejemplo, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación);*

Esta breve panorámica permite avanzar en la respuesta de las preguntas antes mencionadas. En la Constitución solo algunos derechos poseen limites (expresos, a lo menos) no habiendo una clausula general de limitación. Segundo, no es claro porque hay limites expresos en algunos derechos y en otros no. La comparación entre libertad de expresión u libertad de enseñanza, ambas libertades del pensamiento, es clara, al respecto. Tercero, la Constitución optó por limites específicos, como "orden público", ¨moral", y no por clausulas como las que veremos en el caso del derecho internacional, como "respecto a los derechos de terceros" (salvo en el caso de la libertad de desplazamiento).

4. Sistema de derechos humanos

En el sistema internacional de los derechos humanos hay tratados que poseen clausulas generales de condiciones de limitación que conviven con limites expresos en algunos derechos y con cláusulas generales de limitación.

Un ejemplo de las ultimas es la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 29 se dispone que:

> 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el

> respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.
>
> 3. Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

En cambio, la Convención Americana de Derechos Humanos, establece restricciones específicas a los derechos, y no posee una clausula general de limitaciones, pero, como se verá, sí posee una clausula general sobre en *qué condiciones* se deben imponer estas. Así, en el artículo 30 dispone:

> 30. Alcance de las Restricciones
>
> Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Y, en los derechos específicos sujetos a limitaciones hay una estandarización de las mismas. Por ejemplo, y haciendo el símil con los mencionados en nuestra constitución, la libertad de expresión, artículo 13, sobre libertad de pensamiento y de expresión, el inciso segundo establece las limitaciones:

> 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar:
>
> a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o
>
> b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas.

Por parte. el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, sí dispone de una cláusula general que impone limitaciones respecto al ejercicio de los derechos, en su artículo 5, que dispone:

> Artículo 5
>
> 1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.

Respecto a la libertad religiosa y de expresión, este pacto posee limitaciones explícitas muy similares entre si. En el caso de la libertad de movilización, existe si una importante diferencia con aquellas. El artículo es el siguiente:

> Artículo 12
>
> 1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.
>
> 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.

> 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto.

El caso de la Convención Interamericana de los Derechos de Adulto Mayor es algo distinto a los anteriores, pues en su artículo 1 se estable la siguiente clausula general:

> Los Estados Parte solo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en la presente Convención mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida en que no contradigan el propósito y razón de los mismos.

Respondiendo algunas de las preguntas que hemos planteado, esta rápida revisión del derecho internacional de los DDHH permita algunas conclusiones preliminares. Primero, que no hay un régimen homogéneo respecto a limitaciones entre los diversos tratados de derechos humanos a los que Chile se encuentra obligado, pues hay casos en los que solo hay limitaciones específicas en algunos derechos, como es el caso de la Convención Americana de DDHH y otros en las que hay cláusulas generales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 5º, o la Convención Interamericana de Derechos del Adulto Mayor. En los casos en que hay limitaciones especificas de derechos, aun en la situación de derechos "emparentados", como la libertad de creencias y de expresión, los términos no son exactamente iguales, aun dentro de un mismo tratado. Respeto a la forma de las limitaciones estas son por medio de la ley, pero a esa ley se le colocan condiciones, como el ser necesarias en una sociedad democrática o dictadas en razón del interés general.

5. Derecho comparado

En el derecho constitucional comparado, al menos en Latinoamérica, son menos frecuentes los limites generales y también los particulares, como veremos. Al respecto, analizadas las constituciones de Argentina, Bolivia, Colombia y Ecuador, se pueden apreciar importantes diferencias, incluso dentro de los mismos textos constitucionales.

Así, para seguir con los derechos que hemos vistos, en el caso de Argentina, la Constitución de 1853/60 establece:

> Artículo 14.- Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.

Como se puede apreciar, libertades que en nuestro caso están claramente limitadas no lo están en el caso argentino. Y el texto carece de una clausula general de limitación, como hemos visto en el caso de algunos tratados.

En la Constitución colombiana de 1991, si bien en esta Constitución no hay una cláusula general de limitación o restricción, sí existe un límite general implícito que se impone a todos los derechos, en el artículo 95, numeral 1, que dispone:

> Son deberes de la persona y del ciudadano:
>
> 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios.

En la Constitución de Ecuador, de 1998, por ejemplo, la libertad de expresión no se limita (artículos 16, denominado derecho de comunicación y 18, y 66, numeral 6), pero la libertad de religión sí, como se aprecia en el artículo 66:

> Artículo 66
>
> 8. El derecho a practicar, conservar, cambiar, profesar en público o en privado, su religión o sus creencias, y a difundirlas individual o colectivamente, con las restricciones que impone el respeto a los derechos.

Y en el caso de la objeción de conciencia, artículo 66, numeral 12, se señala que:

> 12. El derecho a la objeción de conciencia, que no podrá menoscabar otros derechos, ni causar daño a las personas o a la naturaleza.

En esta constitución tampoco hay una cláusula general de limitación.

Y, de la misma forma, en la Constitución de Bolivia de 2009 no existe una cláusula general de limitación de derechos.

En constituciones fuera del ámbito latinoamericano hay dos ejemplos que se mencionan de constituciones con cláusulas generales que parece relevante observar. Estás son las de Canadá y de Sud Arica.

La Carta Canadiense de Derechos y Libertades, de 1982 (Canadian Charter of Rights and Freedoms), establecen en su artículo 1:

> 1. La Carta canadiense de derechos y libertades garantiza los derechos y libertades establecidos en la misma. Dichos derechos y libertades están sujetos solamente a restricciones razonables prescritas por la ley y cuya justificación pueda demostrarse en una sociedad libre y democrática.

Por parte, la Constitución de Sudáfrica, de 1996, posee la siguiente cláusula en si artículo 36:

> 36. LIMITACIÓN DE DERECHOS
>
> 1. Los derechos de la declaración de derechos pueden ser limitados en los términos de una Ley de aplicación general en la medida de que la limitación sea razonable y justificable en una sociedad demócrata abierta basada en la dignidad humana, la igualdad y libertad, teniendo en cuenta todos los factores relevantes, incluyendo:
>
> a. la naturaleza del derecho;

b. la importancia del propósito de la limitación;
c. la naturaleza y extensión de la limitación;
d. la relación entre la limitación y su propósito;
e. y los medios menos restrictivos para alcanzar el propósito.

2. Excepto como está previsto en la subsección (1) o en cualquier otra provisión de la Constitución, ninguna Ley puede limitar los derechos recogidos en la declaración de derechos.

Esta esquemática revisión también permite algunas someras conclusiones iniciales, que pueden ayudar a nuestra tarea. Primero, y al igual que en el sistema de derechos humanos, hay una gran diversidad de regímenes de restricción. Hay constituciones en las cuales prácticamente no hay limites a las clausulas de derechos, como la de Argentina. Otras en la que se limitan algunos, pero otros, muy similares, no, como es el caso de Colombia, Ecuador, Perú. Otras en la que existen clausulas generales, pero no dirigidas al Estado, sino que, a los particulares, como deberes generales de respeto de los derechos ajenos. Y hay constituciones, como las de Sud África y Canadá, que sí las poseen en forma clara.

6. Algunas conclusiones generales

Quizás una primera conclusión de este estudio inicial es que nuestra Constitución es más profusa en limites que las comparadas y también que varias de las convenciones internacionales que se aplican a Chile. Segundo, que no hay una coherencia estricta en las restricciones, tanto en el sistema internacional como en los casos comparados. Tercero, que las restricciones en el caso del sistema de derechos humanos pueden ser tanto debido a proteger derechos como valores sociales (seguridad, orden publico, etc). Cuarto, que cuando existen límites estos se aplican casi siempre a las llamadas libertades ideológicas, como las de creencias, culto y expresión. Quinto, que cuando se establecen limitaciones, tanto en el caso del derecho comparado como en el sistema de derechos humanos, estas reúnen, con frecuencia (no siempre) las siguientes características que habría que tomar en cuenta para efectos de diseñar una cláusula nacional:

a. Son por medio de ley;
b. Ley que debe ser de carácter general;
c. Necesarias en una sociedad democrática;
d. Y las restricciones deben ser razonables.

7. Propuesta de cláusula de limitación y restricción de derechos en la nueva constitución.

Se propone la siguiente cláusula:

Los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución solo podrán ser limitados o restringidos en razón de la protección de otros derechos, libertades, principios o valores constitucionales, en conformidad a leyes de carácter general, y siempre que esas limitaciones o restricciones puedan ser justificadas en una sociedad democrática y ser necesarias y razonables para dichos fines.

La explicación de la propuesta:

1. Se propone una cláusula general de limitación. Esto a fin de simplificar la regulación de las limitaciones y de propender a un régimen general coherente en la nueva constitución, evitando

además (de ser posible) la discusión en cada caso particular de derechos lo que abre, casi inevitablemente, espacio para asimetrías regulatorios.

2. El propósito único de una restricción o limitación de derechos es el armonizar, compatibilizar o proteger un derecho constitucional con otros derechos en la Constitución o valores o principios contenidos en ella, tales como democracia, transparencia o probidad, para dar solo algunos ejemplos. Un derecho constitucional no puede ser limitado en razón de derechos o valores subconstitucionales.

3. El medio para la limitación son normas legales, o en base a ellas, de ahí la expresión "en conformidad a la ley" lo que abre el espacio a la potestad reglamentaria de ejecución, imprescindible para regular o restringir en las condiciones de la vida moderna, que el detalle y flexibilidad necesaria.

4. Que las limitaciones o restricciones sean "aceptables dentro de una sociedad democrática" implica que no basta que haya norma legal, emanadas del parlamento, sino que ella debe ser compatible con los valores propios de una democracia, lo cual implica un test substantivo sobre el contenido de la norma.

5. "Necesarias y razonables" para los fines de proteger otros derechos, implica que las limitaciones, aunque sean con un fin constitucionalmente legitimo, deben, además, satisfacer los requerimientos de la racionalidad, tal como han sido extensamente precisados tanto en la jurisprudencia de tribunales nacionales, de derecho comparado y del sistema de derechos humanos.