

La cuestión de los límites a los derechos fundamentales ante un nuevo proceso constituyente

Fundamental Rights Limits before a New Constitutional Process

María Paula GARAT ¹

Resumen: Ante el nuevo proceso constitucional chileno este trabajo se propone abordar cómo podría incorporarse la cuestión de los límites a los derechos fundamentales y, especialmente, qué aspectos debieran ser objeto de debate en ese marco. Para eso la regulación sobre los límites en la CADH será presentada como contexto, a la vez que se introducirán algunos de los principales puntos críticos que esta materia posee, con la perspectiva de su reflexión y definición textual en esta nueva Constitución.

Palabras clave: Derechos, Límites, Proporcionalidad, Finalidad Legítima, Proceso Constituyente

Abstract: Under the new Chilean constitutional process, this paper aims to address how the issue of the fundamental rights limits could be incorporated and, particularly, what points should be subject to debate in this framework. For that, the regulation of the limits in the ACHR will be presented as a context, and, at the same time, some of the main critical points in this matter will be introduced with the purpose of its reflection and a textual definition in this new Constitution.

Keywords: Human Rights, Limits, Proportionality, Legitimate Purpose, Constitutional Process

¹ Doctora (PhD) y Máster en Derecho Constitucional por la Universidad de Sevilla. Profesora de Derecho Constitucional en la Universidad Católica del Uruguay. Correo electrónico: maria.garat@ucu.edu.uy

1. Introducción

El proceso constituyente que se propone transitar Chile se presenta como una novedad para Latinoamérica y el mundo, pues no solo se trata de un proceso constitucional de importancia, e inusual en nuestros tiempos, sino que permitirá la renovación de la legitimidad democrática, de la “convicción colectiva”² de la sociedad y, particularmente, la reflexión conjunta sobre algunos aspectos de primordial trascendencia en lo que hace a los derechos y valores sobre los que se asienta el Estado de Derecho chileno.

En este marco y como extranjera a ese proceso me permito destacar la enorme oportunidad y, a la vez, responsabilidad, de debatir sobre el tema de los límites a los derechos fundamentales. La diferencia estará en hacerlo ya no —como hoy— desde una operación de interpretación jurídica y con ello de armonización con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y con parámetros de desarrollo actual, sino desde su génesis, preguntándonos qué aspectos corresponderá que la Constitución incorpore en estos puntos. Ya no se trata, entonces, de encontrar el fundamento para aplicar los principios y criterios que actualmente se emplean en materia de límites a los derechos, generalmente sin mención constitucional expresa. Se trata, por el contrario, de incluir en el texto de una constitución actual dichos parámetros.

¿Qué disposiciones debiera contener una nueva Constitución en materia de derechos y límites? ¿Es necesario prever restricciones expresas, o bastará con disposiciones amplias que remitan a herramientas como la proporcionalidad o la ponderación para su control? ¿Cuáles son los límites que regirán al legislador chileno bajo esta nueva Constitución?

Como parte del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y, más concretamente, por aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) Chile no podría desconocer algunos postulados, o bien bajo un control de convencionalidad igualmente serían de aplicación. ¿Cuáles son ellos y qué es lo que la teoría actual de los límites a los Derechos podría indicarnos para la redacción de esta nueva Constitución?

Las anteriores y esta son algunas de las interrogantes que abordaré en este trabajo, procurando adentrar en la temática de los límites a los derechos en el marco de una nueva Constitución, con la finalidad de hallar algunos aspectos de primordial análisis y debate en este marco. No procuraré dar una solución definitiva de lo que debiera adoptarse o redactarse, sino

² Hago referencia a la expresión acuñada por el Profesor uruguayo Horacio Cassinelli Muñoz y que Diego Gamarra ha vinculado con la regla de reconocimiento propuesta por Hart. Al respecto: Gamarra (2016).

presentar algunas de las cuestiones que, a mi juicio, es necesario formen parte del debate democrático para, luego, precisar el contenido que se propondrá a tales efectos.

Para ello, dividiré este trabajo en tres secciones. Primero, abordaré aquellos aspectos que desde la CADH son aplicables, enmarcando los límites a los derechos en el Sistema Interamericano del cual Chile forma parte. Segundo, precisaré cuáles son algunos de los puntos críticos que se presentan en esta materia, los que seguramente sean objeto de análisis en el proceso constituyente. Tercero y último, arribaré a algunas reflexiones finales en relación con los derechos, los límites y este proceso que encuentro como oportunidad para una precisión normativa especial en esta materia.

2. El contexto chileno: los límites a los derechos en el marco de la CADH

La CADH contiene diversas disposiciones en materia de límites a los derechos. Además de las referidas en la regulación dada a cada uno de los derechos el artículo 30 establece:

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.

Resulta claro el principio de legalidad o de reserva legal que fue incorporado en todo el articulado de la CADH, requiriéndose la fuente legal para permitir las restricciones a derechos. Ello fue precisado, además, en la Opinión Consulta 6/86 en la que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) enfatizó sobre la importancia de esta reserva de ley en el marco de un constitucionalismo democrático³.

Asimismo, en dicha Opinión Consultiva la Corte IDH también se expidió sobre los demás requisitos que la CADH exige para la limitación de un derecho:

Al leer el artículo 30 en concordancia con otros en que la Convención autoriza la imposición de limitaciones o restricciones a determinados derechos y libertades, se observa que exige para establecerlas el cumplimiento concurrente de las siguientes condiciones:

³ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-6/86, párr. 24.

- a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida;
- b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a 'razones de interés general' y no se aparten del 'propósito para el cual han sido establecidas'. Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y
- c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas⁴.

De lo anterior derivan, entonces, los aspectos a ser considerados ante una limitación: la autorización expresa de la CADH, la reserva legal, la finalidad legítima y el cumplimiento de las demás condiciones particulares que la regulación de cada derecho requiere a tales efectos.

En esto último y más particularmente en la mención a que las restricciones deban ser las "necesarias en una sociedad democrática" (artículos 15, 16, 22 y 32 de la CADH) se incorpora el análisis del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios (idoneidad, necesidad y ponderación)⁵, el que ha sido aplicado en múltiples casos de jurisprudencia interamericana. Por ejemplo, en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* se dispuso que: "Al respecto, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que un derecho puede ser restringido por los Estados siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; por ello, deben estar previstas en ley en sentido formal y material, perseguir un fin legítimo y cumplir con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad"⁶.

Entiendo necesario tomar este punto de partida en materia de límites a derechos, puesto que Chile no podría apartarse en demasía de este contexto. Esto es, se debiera prever la reserva de ley, discutir también cuáles fines habilitarían las restricciones y, por último, el principio de proporcionalidad estará en análisis, esté expresamente previsto o no, como uno de los principales elementos a los efectos de estudiar y concluir si la restricción en cuestión es acorde a Derecho.

⁴ Ídem, párr. 18.

⁵ Garat (2016), p. 45.

⁶ Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*, párr. 273. No me detendré sobre el contenido del principio de proporcionalidad, sobre el punto véase: Alexy (2007); Bernal (2012), Garat (2016) y (2020), entre otros.

3. Los límites a los derechos y el proceso constituyente: oportunidad para repensar las disposiciones constitucionales

Sin perjuicio del contexto antes analizado, y que deberá ser contemplado en esta materia, el abordaje de esta temática comenzará necesariamente con algunas interrogantes que conllevarán a definir las teorías que la nueva Constitución adoptará en esta temática.

En primer lugar, no parece posible descartar el tema de los límites a los derechos y preferir únicamente una *delimitación*, como proponen algunos autores⁷. La teoría de la no existencia de límites a derechos —sino de delimitación en todos los casos— no se acompañaría con la CADH pero, tampoco, en mi opinión, se correspondería con la realidad práctica. En este entendido, el no incorporar disposiciones sobre límites —postulando que todo es cuestión de delimitación— implicará la necesidad de armonizar, interpretar e integrar luego los límites; puesto que en la realidad no todo es delimitación. En este sentido, y sin perjuicio de la importancia de la tarea de la delimitación conforme ya lo he expresado, adicionalmente a ella, es necesario abordar el tema de los límites a los derechos⁸.

En esto último, cabrá precisar los límites internos o externos, por una parte, y los explícitos e implícitos, por otra, en la terminología empleada por Aba Catoira; o bien y adicionalmente entre los directos, por un lado, e indirectos o inmanentes, por el otro, vertiendo énfasis, en esto último, en debatir sobre la existencia de límites indirectos *implícitos*, además de los explícitos⁹.

No me detendré en cada una de las categorías, sino que admitiré que la nueva Constitución preverá, para cada derecho, límites *internos* (que, en puridad no son verdaderos límites, sino que forma parte de la definición o delimitación del ámbito de aplicación)¹⁰. A su vez, seguramente también contendrá límites *directos*, esto es, aquellos límites que la Constitución prevé explícitamente y en forma específica para cada derecho. En la Constitución chilena actual, y a modo de ejemplo, son límites directos para algunos derechos el preservar la moral, el orden público, las buenas costumbres, la seguridad nacional.

⁷ Al respecto: De Otto (1988), p. 143.

⁸ Garat (2020), p. 52.

⁹ Garat (2020), p. 55 y ss.

¹⁰ Aba (1998), p. 20; Garat (2020), p. 55. Se trata de las características o condiciones que se establecen en el contenido del derecho. A modo de ejemplo, las disposiciones que establecen que el derecho de reunión, para ser tal, debe ser pacífico y sin armas, se trata de un límite interno (artículo 13 de la Constitución chilena actual; artículo 38 de la Constitución de Uruguay; artículo 21 de la Constitución española).

Sobre estos límites directos, la discusión en mi opinión no está en su establecimiento, sino en cuáles son. La pregunta será, entonces, si los fines que actualmente legitiman las restricciones a algunos derechos —tal los enumerados: moral, orden público, buenas costumbres, seguridad nacional— serán mantenidos, todos o algunos, o si se modificarán, eliminándose parcialmente, incorporándose otros. Otras constituciones hacen referencia, a este respecto, a razones de interés general, de necesidad o utilidad públicas, a salud pública; algunos de los cuales también son invocados en la CADH.

En adición, y en su definición, el debate también seguramente ahondará en la significancia que estos conceptos poseen actualmente, esto es, en qué es abordado bajo tales términos (“orden público”; “moral pública”; “salud pública”; “buenas costumbres”), puesto que, en mi opinión, poseen una definición diferente a la originariamente prevista cuando fueron incorporados en la anterior Constitución¹¹. Ello será necesario para aceptar o descartar que puedan ser previstos como fines legítimos que habilitarán la limitación de uno o varios derechos; y en su caso de cuáles.

Los derechos también poseen límites *indirectos* o *inmanentes*¹². El ejemplo más visible son los demás derechos, que obran como límites a los otros¹³. Sin embargo, en este punto también cabrá ahondar en cuáles son esos límites indirectos y, sobre todo, si únicamente serán los expresamente previstos en el texto Constitucional, —posición que comparto—, o bien si se admitirán límites indirectos “*implícitos*”. Con esta última expresión refiero a límites que no están previstos para los derechos en concreto, sino que surgirían de las demás disposiciones constitucionales (indirectos), pero con la particularidad de que no están a texto expreso —como los demás derechos—, sino que se entienden “implícitos”¹⁴ (límites indirectos implícitos).

En esto último, se ha mencionado, por ejemplo, a la moralidad y al orden público como límites implícitos, o incluso a otros, como la buena fe¹⁵.

¹¹ Con relación al concepto actual de orden público me remito a: Garat (2020). Asimismo, considero también que actualmente conceptos como los de moral o de buenas costumbres debieran descartarse como fines para limitar derechos fundamentales. Al respecto: Garat (2020), 283-284.

¹² Sobre el punto y la teoría alemana de los límites inmanentes: Garat (2020), p. 56 y ss. También puede verse en España: Medina (1996), p. 45 y ss. y Rodríguez (1999), p. 234.

¹³ En España el artículo 10.1 obraría como disposición general habilitadora para limitar cada derecho, en función de los derechos de los demás. Al respecto: Aba (1998), p. 20 y Rodríguez (2016), 34. En Uruguay el fundamento podría darse en el artículo 10 de la Constitución. Al respecto: Garat (2020), p. 59.

¹⁴ En la terminología de Aba serían límites externos implícitos. Al respecto: Aba (1998), p. 20.

¹⁵ Medina (1996), p. 87-88; Garat (2020), p. 61.

¿Permitirá la nueva Constitución chilena la existencia de límites que ya no surjan del texto constitucional explícitamente, sino que se entiendan implícitos?

Entiendo que la respuesta depende del debate constitucional que se llevará a cabo, pero me permito adelantar que, en mi opinión, debiera ser negativa, dados los riesgos que la admisión de estos límites indirectos implícitos podría conllevar en la realidad práctica.

4. Reflexiones finales

No caben dudas que con el proceso que llevará a una nueva Constitución chilena se posee la oportunidad de incorporar expresamente algunos de los parámetros que actualmente se emplean para limitar derechos fundamentales. Me refiero al principio de proporcionalidad y a la doctrina del contenido esencial. Hasta el momento y pese a que no estén expresamente previstos se entienden aplicables, por distintos fundamentos. Sin embargo, y si de redactar una nueva Constitución se trata, seguramente son aspectos a ser mencionados, tal postulados actualmente aceptados y aplicados en la materia.

Sin embargo, uno de los puntos en los que he particularmente profundizado es el de los fines que se emplean para limitar derechos, en la importancia de su análisis, de su significado y de su aplicación —y comprobación— en el caso concreto. Se trata de una crítica a la teoría alemana del principio de proporcionalidad que ha sido escasamente abordada en doctrina¹⁶, pero que posee una importancia fundamental en ordenamientos distintos a la Ley Fundamental de Bonn.

En este marco, entiendo al actual proceso constituyente chileno como una oportunidad para repensar y prever en forma expresa ciertos aspectos que hacen a los límites a los derechos. Ello, con la finalidad de establecerlos a texto expreso y evitar luego agregados u omisiones que ocasionarán, en definitiva, una relativización práctica o una falencia en la efectividad de los derechos en cuestión.

¿Cuáles son los fines que habilitarán la restricción de los derechos, en general, y de cada uno en particular? Esta es la pregunta que, a mi juicio, necesariamente deberá realizarse el constituyente chileno y que precederá a la siguiente, esto es, ¿cuáles son los demás

¹⁶ La crítica es mencionada por Casal (2002) y por Barak (2012), p. 249. Por su parte, Alexy (2017), p. 28 realiza una contra crítica, la que corresponde contextualizar en el ordenamiento alemán. Por mi parte, he ahondado en esta crítica en Garat (2016), p. 104 y particularmente la he desarrollado en Garat (2020), pp. 101 y ss.

requerimientos —aplicables sobre la medida o medio— que se exigirá cumplir para estas restricciones?

Esta última pregunta se relaciona con el principio de proporcionalidad, con la doctrina del contenido esencial, y aún también con el requisito de que la limitación sea compatible con un sistema democrático¹⁷. Sin embargo, la primera es tanto o más relevante, puesto que hace a las razones que posibilitarán esta restricción. Esto es, a la primera exigencia que cabrá requerir y analizar respecto de los límites. No todos los fines o intereses debieran habilitar la restricción de todos los derechos, y ello es un aspecto que en mi opinión posee extrema trascendencia y que corresponderá sea ahondado en el debate democrático del proceso constituyente chileno.

Bibliografía citada

Aba Catoira, Ana (1998): “El concepto jurisprudencial de límite de los derechos fundamentales”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* (2), pp. 13-31.

Alexy, Robert (2007): *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Trad. Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2^{da} Reimpresión, 2012).

_____ (2017): “¿Cómo proteger los derechos humanos? Proporcionalidad y racionalidad”, en Alexy, Robert, Alonso, Juan Pablo y Rabbi-Baldi Cabanillas, Renato (Coord.), en *Argumentación, derechos humanos y justicia*, (Buenos Aires, Astrea) pp. 25-48.

Barak, Aharon (2012): *Proportionality. Constitutional Rights and their limitations* (Nueva York, Cambridge University Press).

Bernal Pulido, Carlos (2007): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales* (Madrid, CEPC).

Casal, Jesús María (2002): “Condiciones para la limitación o restricción de Derechos Fundamentales”, en *Revista de Derecho* (Montevideo, Amalio Fernández, 3), pp. 107-136.

¹⁷ Este último requisito es invocado por Casal (2002), p. 123 y (2011), p. 422 y 435 y ha sido mencionado por la Suprema Corte de Justicia de Uruguay. A su vez, lo he vinculado con el propio concepto de orden público en Garat (2020), p. 464.

_____ (2011): “La cláusula de la sociedad democrática y la restricción de derechos humanos en el sistema interamericano”, en Rey, Fernando (Dir.), *Los derechos en Latinoamérica: tendencias jurídicas recientes* (Madrid, Universidad Complutense) pp. 417-437.

De Otto, Ignacio (1988): “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en Martin-Retortillo, Lorenzo y De Otto, Ignacio, *Derechos fundamentales y Constitución* (Madrid, Civitas) pp. 95-170.

Gamarra, Diego (2016): “Un ensayo sobre la identificación de sistemas jurídicos comprensivos y operativos. Presentación, crítica y contraste de la regla de reconocimiento de Hart y el criterio de la convicción colectiva de Cassinelli Muñoz”, en Rodríguez Galusso, Alicia (Coord.), *Estudio de Derecho Público en homenaje al Prof. Horacio Cassinelli Muñoz* (Montevideo, UCUDAL) pp. 117- 164.

Garat, María Paula (2016): *El principio de proporcionalidad y su contrastación empírica* (España, Athenaica).

_____ (2020): *Los derechos fundamentales ante el orden público* (España, Tirant lo Blanch).

Medina Guerrero, Manuel (1996): *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales* (España, McGraw-Hill).

Rodríguez Ruiz, Blanca (1999): “El caso Valenzuela Contreras y nuestro sistema de derechos fundamentales”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* (56), pp. 223-250.

_____ (2016): *Los derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional* (España, Tirant lo Blanch).

Jurisprudencia citada

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, párr. 24.

Corte IDH: *Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in Vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C No. 257, párr. 273.