



FJG

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

APUNTE CONSTITUCIONAL N° 24

***Derribando mitos:
Protección de los derechos en
la propuesta constitucional***

13 de diciembre de 2023

I. Introducción

Se ha corrido el rumor de que el proyecto de texto constitucional no protegería adecuadamente los derechos fundamentales en él consagrados. Se basa en que la Constitución vigente lo haría de forma más adecuada, a través del artículo 19 N°26, mejor conocido como el derecho a la certeza jurídica o el derecho al núcleo esencial.

Lo anterior es incorrecto. No sólo la propuesta mantiene la protección al contenido esencial de los derechos de la Carta Fundamental chilena, sino que la actualiza y refuerza con fórmulas extranjeras, impidiendo que instrumentos infralegales puedan limitar derechos fundamentales que sólo debiesen restringirse, por temas de legitimidad, mediante una ley.



Foto: diarioconstitucional.cl

II. La necesidad de limitar los derechos fundamentales

Ningún derecho es absoluto. Todos tienen límites intrínsecos y extrínsecos propios de una vida en sociedad. Estos están siempre presentes y son parte de la realidad jurídica, por lo que lo que la Constitución hace al consagrar y regular estas limitaciones es reconocer una realidad que trasciende a lo que cualquier texto normativo positivo pueda hacer. No porque la Constitución no autorice una limitación a un derecho, éste no lo tendrá.

Lo anterior ya ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional. En efecto, el considerando vigesimoprimer de su fallo rol 1365-09 dispone:

“Que, de esta manera, este Tribunal debe partir por afirmar el carácter no absoluto de los derechos fundamentales [...]. 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)”¹.

Las razones para afirmar que los derechos fundamentales pueden ser regulados o restringidos por otros cuerpos legales infraconstitucionales, aunque la Carta Fundamental no lo reconozca expresamente, son dos: en primer lugar, porque, en su ejercicio práctico, muchas veces colisionan entre sí, y éstas deben ser resueltas en el caso concreto o de manera general. En segundo lugar, porque la Constitución, al ser la base fundamental del ordenamiento jurídico, no desarrolla por sí sola la extensión y complejidad del derecho en cuestión. El dinamismo de la realidad hace imperiosa la necesidad de que otros cuerpos jurídicos más dinámicos puedan profundizar en los derechos constitucionales.

Es por eso que la Carta Fundamental, reconociendo esta realidad que la sobrepasa, fija criterios bajo los cuales estas limitaciones deben comprenderse.

[1] Tribunal Constitucional, Rol 1365-09.



Foto: infogate.cl

III. Certeza jurídica en la Constitución vigente

La protección de los derechos fundamentales del artículo 19 está contenida en su numeral 26. Este dispone lo siguiente:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

[...]

26º.- La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”.

No ha quedado claro si esto es un derecho, un principio, una garantía —como fija el texto propuesto— o incluso una finalidad del Derecho². Su origen se debe a la Junta de Gobierno, que la volvió a incorporar siendo que la Comisión Ortúzar había aprobado por una amplia mayoría su supresión. La norma está basada en la Ley Federal alemana de 1949, que en su artículo 19 inciso segundo contempla la esencia- lidad con “[e]n ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial”.

Volviendo al precepto, es un derecho que se traduce en un mandato al legislador, de que las leyes que cree no pueden afectar el llamado núcleo esencial de los derechos, ni imponerle condiciones que hagan imposible su ejercicio en la práctica. Garantiza, al final, que la legisla- ción no impida que las personas puedan usar y gozar de éstos.

El núcleo esencial, concepto esencialmente disputable, supone que los derechos tienen un “núcleo o una médula asegurada, sustraída de cualquier regulación o injerencia normativa”³, y consiste en aquellos rasgos que distinguen a un derecho del otro, y que lo hace recono- cible. El Tribunal Constitucional español lo ha definido como “aque- llas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar com- prendido en otro, desnaturalizándose por decirlo así”⁴.

[2] José Luis Cea, *Derecho Constitucional chileno, Tomo II*, 4ª ed., Santiago: Ediciones UC, 2023, p. 745.

[3] Cea, op. cit., p. 762.

[4] Tribunal Constitucional de España, Rol 192/1980.

Como se aprecia, no se le exige un quórum a la ley, por lo que, a menos a que el texto disponga lo contrario, debe ser de mayoría simple. Esto se refrenda en el hecho de que, cuando la Constitución contempla la regulación legal de los derechos, la mayoría de las veces lo hace con una de ese tipo⁵: son pocas las normas de quórum supramayoritario que se mencionan.

Además, la Constitución actual no es clara al prohibir que instrumentos infralegales cumplan esta misma función de limitar los derechos fundamentales. El artículo 19 N°26 no establece una reserva legal para estos casos, y el artículo 63, que regula las materias de ley, no contempla la restricción o limitación de los derechos fundamentales⁶. Si bien la Comisión Ortúzar buscó que se entendiera como una reserva legal⁷ y Cea afirma que lo es⁸, en la práctica no se ha cumplido, y los tribunales han permitido que por medio de actos de la Administración se restrinjan derechos fundamentales⁹.

[5] Algunos de estos ejemplos son el 19 N°1 (vida), 19 N°2 (integridad física y psíquica), 19 N°8 (medioambiente sano y libre de contaminación), y 19 N°24 (derecho de propiedad).

[6] Sólo se refiere a: "Las que la Constitución exija que sean reguladas por una ley", lo que no puede considerarse como reserva legal.

[7] Paulino Varas y Salvador Mohor, "Acerca de la esencia de los derechos constitucionales y su libre ejercicio que consagra el artículo 19 N°26 de la Constitución Política" en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVIII, 1997, p. 158

[8] Cea, *Op. cit.*, p. 762

[9] Hugo Tórtora, "Las limitaciones a los derechos fundamentales", en *Estudios Constitucionales*, vol. 8, 2, 2010, pp. 193-195



Foto: es.wikipedia.org

IV. Regulación en la nueva Constitución

A diferencia de la Carta Fundamental vigente, el texto constitucional propuesto reubica la materia dentro de las garantías constitucionales, pues se entendió en la subcomisión de Principios y Derechos Civiles y Políticos que la certeza jurídica no era un derecho más, sino que un cerrojo que protegía los derechos constitucionales existentes, impidiendo su desnaturalización.

La fórmula que se refleja en el artículo 23 es una conjunción de las visiones de izquierda y de derecha, e incorpora la fórmula del actual artículo 19 N°26, combinándola con un criterio de proporcionalidad para que los límites sean los razonables dentro de una sociedad

democrática. Esto es explícitamente¹⁰ recogido de constituciones como la de Canadá, que dispone: *“La Carta Canadiense de Derechos y Libertades garantiza los derechos y libertades enunciados en ella con sujeción únicamente a los límites razonables prescritos por la ley que puedan demostrarse en una sociedad libre y democrática”*.

El artículo 23 dispone:

“Artículo 23.-

- 1. Solo la ley podrá limitar o restringir el ejercicio de los derechos fundamentales.*
- 2. Los derechos consagrados en esta Constitución solo estarán sujetos a aquellos límites que sean razonables y puedan ser justificados en una sociedad democrática.*
- 3. En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su esencia, ni se le podrá imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”*

Esta fórmula moderniza la protección de los derechos fundamentales, elevando el estándar que las limitaciones deben cumplir. En primer lugar, se establece una clara reserva legal para la limitación o restricción de derechos fundamentales. Ésta, que como se mencionó, no está claramente presente en la Constitución vigente, obligará a que sólo la ley, como manifestación de la voluntad soberana, y por tanto dotada de una mayor legitimidad, pueda limitar algo tan

[10] La comisionada Catalina Lagos lo explicó así en la sesión de la Subcomisión el 9 de mayo de 2023.

central en del ordenamiento jurídico como lo son los derechos fundamentales. La nomenclatura es más clara y, por tanto, mejor que la fórmula actual.

Como ya se explicó, no es necesario que la Constitución misma autorice esta limitación, pues todos los derechos son de por sí limitados. Además, en la práctica, muchos de los derechos ya contemplan, en sus numerales, un desarrollo a través de la ley. Por otro lado, no se estableció una reserva legal para aquellas normas que los complementen, porque se reconoció que eso terminaba, en la práctica, con la potestad reglamentaria de ejecución, que muchas veces desarrolla un derecho fundamental en casos prácticos y dinámicos que la ley no puede prever o, por su vocación de generalidad, contemplar.

Esto se conjuga con el artículo 74, que viene a reforzar esta reserva legal, estableciendo que la restricción y limitación de los derechos constitucionales es solamente materia de ley. Esto no lo dispone la Constitución actual, y es la norma espejo de un artículo como el 23 o el 19 N°26 actual:

“Artículo 74.- Sólo son materias de ley:

r) Las que limiten o restrinjan los derechos y libertades fundamentales establecidos en esta Constitución.”

En segundo lugar, se recoge lo establecido por la Constitución de Canadá. El estándar de razonabilidad y de ajuste a una sociedad democrática no han causado problemas. Lo que se busca con la proporcionalidad es la “interdicción de actuaciones o intervenciones excesivas

por parte de los poderes públicos”¹¹. La comisionada Undurraga, en esa misma línea, justificó la inclusión de este segundo inciso señalando que se buscaba proteger a los derechos de limitaciones excesivas¹².

Por último, se replica la fórmula del actual artículo 16 N°26. Así, sólo se le suman estándares a la actual protección de los derechos fundamentales cuando se los restringe o limita. Como dijo la comisionada Undurraga, la esencialidad, actualmente, ayuda a guiar el juicio de ponderación en el que se enmarca el criterio de razonabilidad.¹³

El encargado de controlar que se cumpla con todo esto es, *prima facie*, naturalmente, el legislador, al momento de crear la ley. Es él el primer llamado a ponderar los distintos derechos y circunstancias para cumplir los estándares que contempla el precepto. Es el Congreso el que debe realizar el juicio de proporcionalidad para juzgar si la limitación que está creando en la ley se justifica, y si no pasa a llevar a la esencialidad del derecho. Sin embargo, en segundo lugar, puede ser controlado por el Tribunal Constitucional en sede de control sustantivo, por infracción al artículo 23.

[11] Rainer Arnold, José Ignacio Martínez y Francisco Zúñiga, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Estudios Constitucionales*, vol. 10, 1, 2012, p. 68.

[12] Sesión de la Subcomisión de Principios y Derechos Civiles y Políticos del 9 de mayo del 2023.

[13] *Ibid.*

V. Conclusión

En conclusión, la cláusula de limitación de los derechos fundamentales está perfeccionada en el texto propuesto en el presente proceso constitucional. Actualmente, no solamente los derechos son limitados por leyes simples, lo autorice la Constitución explícitamente o no, sino que por decretos supremos. La propuesta corrige esto, manteniendo la esencialidad presente en el artículo 19 N°26 actual, y haciendo explícita la reserva legal en sus artículos 23 y 74. Además, le añade más estándares del constitucionalismo comparado, para que las limitaciones no puedan ir en contra de la sociedad democrática y no sean irracionales, permitiendo elegir aquella que sea menos lesiva. En suma, es una cláusula moderna y garantista de los derechos de las personas.

Todos los derechos, inherentemente, sufren de limitaciones. La propuesta constitucional solamente se hace cargo de una realidad que trasciende a cualquier texto jurídico, protegiendo los derechos y libertades de las personas, más que la Constitución actual.

Bibliografía

- Tribunal Constitucional, Rol 1365-09
- Tribunal Constitucional de España, Rol 192/1980
- Cea, José Luis, *Derecho Constitucional chileno, Tomo II*, 4ª ed., Santiago: Ediciones UC, 2023
- Varas, Paulino Varas y Mohor, Salvador, "Acerca de la esencia de los derechos constitucionales y su libre ejercicio que consagra el artículo 19 N°26 de la Constitución Política" en *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVIII, 1997, pp. 157-166
- Tórtora, Hugo, "Las limitaciones a los derechos fundamentales", en *Estudios Constitucionales*, vol. 8, 2, 2010, pp. 167-200
- Arnold, Rainer; Martínez, José Ignacio Martínez y Zúñiga, Francisco, "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional" en *Estudios Constitucionales*, vol. 10, 1, 2012, pp. 65-118

FJG

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

www.fjguzman.cl

 @FundacionJaimeGuzmanE  @fundacionjaimeguzman  @FundJaimeGuzman

Capullo 2240 - Providencia, Santiago | Tel: (56 2) 2940 1100