



INICIATIVA CONVENCIONAL CONSTITUYENTE Nº 73 - 4

Iniciativa convencional constituyente presentada por Manuel José Ossandón, Luis Barceló, Bárbara Rebolledo, Angélica Tepper, Cristián Monckeberg, Hernán Larraín, Paulina Veloso y Eduardo Cretton, sobre **“CLÁUSULAS DE ARMONIZACIÓN Y DE SUSPENSIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES”**

Fecha de ingreso: 28 de diciembre de 2021, 12:30 hrs.
Sistematización y clasificación: Derechos Fundamentales
Comisión: Comisión sobre Derechos Fundamentales
Cuenta: Sesión 46. 29-12-2021.

Trámites Reglamentarios

ADMISIBILIDAD (art.83)	:	<input type="radio"/>
INFORME DE LA COMISIÓN TEMÁTICA (art.93)	:	<input type="radio"/>
LECTURA EN EL PLENO (art.94)	:	<input type="radio"/>
INFORME DE REEMPLAZO (art.94, inciso tercero)	:	<input type="radio"/>



OFICIO N°:

MAT.: Propuesta de norma constitucional sobre “*cláusulas de armonización y de suspensión de derechos fundamentales*”, Comisión sobre Derechos Fundamentales.

Santiago de Chile, 28 de diciembre de 2021

DE: Señoras y señores Manuel José Ossandón, Luis Barceló, Bárbara Rebolledo, Angélica Tepper, Cristián Monckeberg, Hernán Larraín, Paulina Veloso y Eduardo Cretton.
Convencionales Constituyentes firmantes.

PARA: Sra. Elisa Loncón Antileo
Presidenta de la Convención Constitucional

Por medio de la presente, nos dirigimos a usted en su calidad de presidenta de la Convención y, en virtud de lo dispuesto en los artículos 81 y siguientes del Reglamento General de esta Convención Constitucional, para presentar una **iniciativa de norma constitucional**, sobre “*cláusulas de armonización y de suspensión de derechos fundamentales*”, según se indica a continuación:

I. FUNDAMENTOS.

1. Algunos países cuentan con Constituciones que incorporan un extenso catálogo de derechos.¹ Se trata de un fenómeno creciente y especialmente extendido en países que establecieron o recuperaron sus sistemas democráticos en las últimas décadas del siglo pasado.² Este parece que será también el caso del proyecto de Nueva Constitución a la que nos abocamos hoy. En efecto, el artículo 65 del Reglamento contiene una larga enumeración de materias mínimas que la Comisión sobre Derechos Fundamentales debe debatir, lo que permite anticipar que el nuevo texto contendrá un catálogo más extenso de derechos, muchos de los cuáles serán una total innovación en nuestra tradición constitucional y serán configurados de manera amplia.
2. Algunos autores han sostenido que esto es esperable en una sociedad plural, en la que se espera que la Constitución reconozca múltiples demandas y puntos de vista. La tarea de la democracia en una sociedad plural es lograr armonizar la pluralidad de la sociedad en una

¹ Ver Evan Rosevear, Ran Hirschl, and Courtney Jung, “Justiciable and Aspirational ESRs in National Constitutions,” en *The Future of Economic and Social Rights*, ed. Katharine G. Young (Cambridge University Press, 2019), pp. 37–65.

² Ver Samuel Huntington, *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century* (University of Oklahoma Press, 1991).

institucionalidad de la que todos se consideren parte. Una constitución debe facilitar esto, por la doble vía de ampliar el reconocimiento de distintas demandas en igual pie y de habilitar a las instituciones democráticas a lograr soluciones mediadas, acordadas, negociadas entre distintos grupos.³

3. En este punto es que se debe constatar que un catálogo de derechos amplio plantea un doble desafío.
 - a. Un primer desafío (ya planteado en la Iniciativa N° 12-4 de 20 de diciembre de 2021 sobre “*Titularidad, ejercicio y límites de los derechos fundamentales*”, presentada por la Convencional Tammy Pustilnick y convencionales firmantes) se refiere a los conflictos entre los derechos y entre derechos, y otros bienes de relevancia constitucional. Mientras más amplio es el catálogo, más probable será la existencia de estos conflictos. Esto no es en sí mismo una deficiencia, pero sí debe ser previsto por la Convención.
 - b. Un segundo desafío se relaciona con nuestro actual problema constitucional. Se le reprocha a nuestro orden constitucional el restringir en exceso a la democracia (la “neutraliza”) y se acusa un excesivo protagonismo de órganos como el Tribunal Constitucional. Un catálogo más amplio de derechos podría el día de mañana ser interpretado como un límite muy amplio a las decisiones de las mayorías.
4. Una solución a ambos problemas consiste en la incorporación de una “cláusula general de limitación” que habilite al *legislador* a limitar los derechos fundamentales. Esto es el objeto de la referida Indicación N° 12-4. Esto permite abordar los dos desafíos mencionados: por un lado permite la limitación de derechos en casos de conflicto y por el otro habilita a un órgano democrático a realizar dicha limitación.
5. La cláusula general de limitación, como la propuesta en la indicación 12-4, constituye un aporte fundamental al catálogo de derechos de la Nueva Constitución. Pero esta cláusula a la vez requiere de al menos dos complementos que proponemos a continuación.
6. En primer lugar, la habilitación al legislador para “limitar” los derechos no se debe confundir con una habilitación para “suspender” los derechos. La distinción entre ambas categorías es fundamental. La limitación afecta parcialmente el ámbito de un derecho, mientras que la suspensión implica la cesación completa de la protección del ejercicio del derecho por un lapso determinado. En distintos ordenamientos constitucionales y de derechos humanos la “suspensión” es una categoría aparte sujeta a estándares más exigentes, típicamente asociada a los estados de excepción constitucional.
7. Así, por ejemplo, la Constitución de España habilita al legislador para “regular” derechos fundamentales (artículo 53) pero establece una regulación especial para la “suspensión” de

³ Véase Jamal Greene, *How Rights went Wrong* (Houghton and Mifflin, 2021).

derechos en el caso del estado de excepción (artículo 55). Nuestra actual Constitución y Ley Orgánica Constitucional de Estados de Excepción Constitucional también realizan una distinción análoga entre “restricción” y “suspensión” de los derechos (artículo 43 de la CPR y 12 de la ley 18.415), permitiendo esta última sólo en dos estados de excepción especialmente graves (asamblea y sitio) (artículo 43 inciso primero). En el derecho internacional de los derechos humanos es usual que se permita la limitación de ciertos derechos por el legislador, pero la “suspensión” de obligaciones está sujeta a formalidades distintas y amerita un trato diferencia (ver, por ejemplo, el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos).

8. Es por esto que es importante que la Nueva Constitución sea explícita en que la cláusula general de limitación no implica una habilitación general al legislador para “suspender” derechos. Para evitar este equívoco, que podría tener graves implicancias para los derechos fundamentales, proponemos complementar la cláusula de limitación mediante una cláusula de suspensión que sea explícita en que los derechos fundamentales sólo podrán ser suspendidos en las circunstancias y bajo las condiciones establecidas en la Constitución. Así, las condiciones en que se permite la “suspensión” deberían quedar definida por la misma Constitución, mientras que las condiciones y circunstancias en que se puede limitar un derecho queda entregada *a priori* al legislador.
9. En segundo lugar, surge el riesgo de que se entienda que el rol del legislador en materia de derechos fundamentales es puramente negativo: el legislador limita o infringe los derechos. Esto ha llevado a autores prominentes a sostener que el “foro” de los derechos es la judicatura (en nuestro caso sería el Tribunal Constitucional).⁴ Esto redundaría en que se conciba que la protección de los derechos está encargada a otros órganos no democráticos y a que la acción del legislador sea vista con inmerecida sospecha, especialmente en casos de conflicto en los que forzosamente debe limitar algún derecho (pero muchas veces para habilitar otros derechos o incluso el mismo derecho limitado). Esto ha sido diagnosticado por la literatura especializada.⁵ También lleva a que se conciba que la conciliación entre distintos derechos es una cuestión especializada, propia de expertos en derecho constitucional o derechos humanos, y no una cuestión principalmente política sobre nuestra convivencia común. Creemos que mucho de esto ha ocurrido en nuestra práctica bajo la Constitución actual. Si esto ocurre bajo la nueva Constitución, entonces se reiterará el

⁴ La versión más influyente de esta tesis es de Ronald Dworkin. Ver Dworkin, Ronald *Law's Empire*, Cambridge/London, Harvard University Press, año 1996; y Dworkin, Ronald *La justicia con toga* (traducción de M. Iglesias y Í. Ortiz, Madrid, Marcial Pons, año 2007).

⁵ Webber, Grégoire and Ekins, Richard, Legislated Rights and Contemporary Constitutional Government (October 5, 2020). (2020) 11 Jurisprudence, Queen's University Legal Research Paper No. 2020-007, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3705318>.

problema que mencionamos arriba del que padece nuestra actual Constitución, que es vista como un límite exesivo a la democracia que, en vez de vigorizarla, la neutraliza.

10. Estimamos que es fundamental disminuir este riesgo, pues el objetivo primordial de nuestra tarea es generar una Constitución legítima, y para esto la nueva Constitución deberá ser más democrática, no menos, y deberá permitir que el reconocimiento amplio de intereses y demandas en una sociedad plural sea procesado por los órganos democráticos y políticos.
11. Para evitar la deficiencia apuntada, sugerimos hacer explícito que la legislatura tiene un rol positivo en materia de derechos, y que la armonización de los distintos derechos debe ocurrir *principalmente* en el seno de dicho poder del Estado, es decir, de un poder democrático y representativo. Para esto, proponemos una “cláusula de armonización”, que haga explícita que la armonización de derechos fundamentales es tarea del poder legislativo. De este modo, la clausula general de limitación no podrá interpretarse de manera puramente negativa.
12. Esta cláusula sería complementaria también a una norma que estableciera el deber del Estado de respetar, proteger, garantizar y promover los derechos fundamentales (como la propuesta en el artículo 3 inciso primero de la Iniciativa N°12-4). Esta norma plantea un principio fundamental, pero no basta por sí sola para despejar la visión negativa del legislador (y en general de órganos democráticos) que podría proyectarse si el catálogo solo aludiera a éste a efectos de referirse a las limitaciones. No se refiere explícitamente al legislador ni al escenario de conflictos entre derechos, que es precisamente la cuestión que necesita despejarse. El legislador cuando limita derechos en sociedades plurales, en realidad lo que está haciendo es intentar armonizar distintas visiones y distintos derechos, un ejercicio que es propio de la democracia. Sería deseable que la Nueva Constitución fuera explícita al respecto.
13. Con lo anterior, a través de esta propuesta proponemos una norma que: i) habilite al legislador para armonizar derechos fundamentales⁶; ii) una cláusula general de limitación que le sirva de contexto; iii) una cláusula que distinga la suspensión de derechos, limitándola a situaciones excepcionales establecidas en la Constitución, en línea con estándares internacionales en materia de DD.HH..
14. Asimismo, hacemos presente que nuestra propuesta de texto está basada en el lenguaje y conceptos del derecho comparado y del derecho internacional de los derechos humanos. Así, la expresión “justas exigencias del bien común” proviene del artículo 32.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Incorporamos también a continuación

⁶ Sin perjuicio de que la norma debiera consagrar ciertos derechos absolutos, cómo la prohibición de la tortura, tratos inhumanos o degradantes.

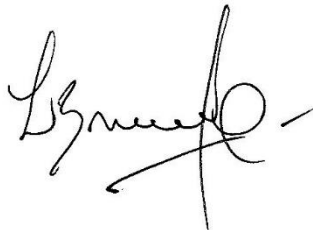
de la primera frase del primer artículo propuesto una breve cláusula general de limitación (en un espíritu similar a la propuesta en la Iniciativa N° 12-4) a efectos de ilustrar cómo se podría formular de manera complementaria una cláusula de armonización con una de limitación, que es como fue presentado asimismo en una de las exposiciones de expertos.⁷

II. PROPUESTA.

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

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

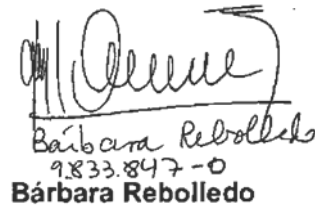
III. FIRMAS.



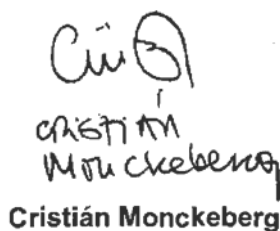
Luis Barceló



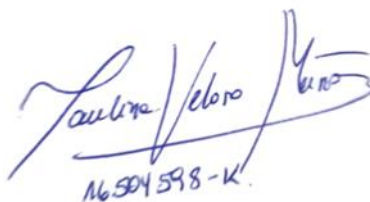
16.659.197-K
MANUEL JOSÉ OSSANDÓN LIRA



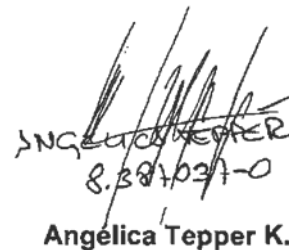
Bárbara Rebolledo
9.833.847-0
Bárbara Rebolledo



Cristián Monckeberg
Cristián Monckeberg



Laura Veloso
16.504.598-K

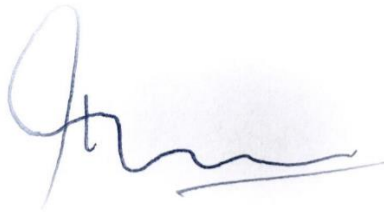


ANGÉLICA TEPPER K.
8.381.031-0
Angélica Tepper K.

⁷ Basada en la presentación del profesor Francisco Urbina ante la Comisión de Derechos Fundamentales.

Hernán Larraín
Hernán Larraín
R. 851. 944 - 6

Hernán Larraín M.

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Eduardo Cretton', with a large initial 'E' and a long horizontal stroke at the end.

Eduardo Cretton