

CONTRERAS, PABLO Y SALGADO, CONSTANZA (2017) *MANUAL SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES. TEORÍA GENERAL*. SANTIAGO: LOM EDICIONES.

Eduardo Bofill Chávez

Alumno del Programa de Doctorado en Derecho, Universidad de Valparaíso

Pablo Contreras y Constanza Salgado son los editores del Manual sobre Derechos Fundamentales, que es una obra colectiva realizada por los siguientes profesores de derecho constitucional: Fernando Muñoz, Amaya Álvez, Pablo Marshall, Domingo Lovera, Matías Guilloff, Jorge Contesse, Jaime Bassa, Christian Viera, Ernesto Riffo, Alberto Coddou, Felipe Paredes, y por supuesto, los citados editores.

Ellos buscan repensar el derecho constitucional desde una mirada crítica de la tradición dominante, que se desarrolló desde la Constitución de 1980. Así, el objetivo de este Manual es reconstruir los enunciados de la jurisprudencia y dogmática de los derechos fundamentales, abordando ciertas cuestiones centrales que han sido olvidadas o tratadas de forma incorrecta por la tradición dominante. De tal modo, el *Manual* es parte de un esfuerzo en contribuir a la discusión y el desarrollo de una Teoría General de los derechos fundamentales, cuya existencia actual es puesta en duda por los autores, debido a que no existiría una tradición lo suficientemente densa.

En primer lugar, realizaré una breve descripción geográfica del libro, para luego añadir algunos comentarios de carácter sustantivo. El Manual se encuentra dividido en trece capítulos. El primero lleva por título “Historia de los derechos fundamentales en Chile”; el segundo, “Norma y tipicidad iusfundamental”; el tercero, “Clasificación de los derechos fundamentales”; el cuarto, “Titularidad de los derechos fundamentales”; el quinto, “Destinatarios de los derechos fundamentales”; el sexto, “Límites y restricciones a los derechos fundamentales”; el séptimo, “Regulación de los derechos. La reserva de ley”; el octavo, “Proporcionalidad y derechos

fundamentales”; el noveno, “Contenido esencial de los derechos fundamentales”; el décimo, “Renuncia de derechos fundamentales”; el décimo primero, “Deberes generales de respetar, proteger y promover derechos fundamentales”; el décimo segundo, “Garantías jurisdiccionales de los derechos fundamentales”; y, el décimo tercero, “La interpretación de los derechos fundamentales”. Al final de cada capítulo, se encuentra un acápite con la bibliografía citada. El Manual, en tanto, finaliza con un útil índice temático.

Si bien *Manual sobre Derechos Fundamentales* propone ser una obra colectiva y sistémica; más parece ser una recopilación de trece papers, que para estos efectos hacen las veces de capítulos. La redacción de los textos es correcta y presentan un lenguaje crítico de la dogmática constitucional vigente, lo que permitirá al lector sacar conclusiones comunes luego de la lectura de unos pocos capítulos. Sin embargo, como es propio de las obras colectivas, cada autor parece haber redactado su capítulo, sin que se aprecie una redacción continua. El lector, al cambiar de capítulos salta de un tema a otro, sin que estos puedan conversar entre sí. Solo a modo de ejemplo, el capítulo segundo que habla sobre la tipicidad iusfundamental bien podría haber sido el antecesor del capítulo sexto o del noveno, que también tratan el contenido esencial de los derechos fundamentales. Este problema es subsanado en parte por el índice temático al que ya se hizo referencia.

A continuación, realizaré ciertas menciones a algunos de los pasajes más relevantes del Manual en comentario. Hago presente que esta recensión no busca hacer un análisis de todos los capítulos, sino que -por razones de extensión- estará limitado a la presentación de algunos.

En el primer capítulo, Fernando Muñoz explica que “el fenómeno jurídico está situado *dentro* de la historia” (p. 13), realizando una pequeña visualización del devenir de los derechos fundamentales desde lo pre-moderno a lo moderno, donde se aspiraba a la secularización, liberalización e individualización. Las élites se apropiaron del lenguaje jurídico y este fue “trasplantado” a Chile en la Patria Vieja. El autor hace un repaso de las distintas etapas constitucionales que ha vivido nuestro país, como la República Autoritaria, donde destaca un rol bastante poco democrático de

Andrés Bello, Mariano Egaña y otros juristas. Luego, la República Liberal, donde la opinión política de la elite se fragmentó, pero sus intereses se formalizaron a través de diversas reformas legales. La etapa que el autor denomina como Estado de Compromiso, viene dada por una crisis de legitimidad de la elite, que permitió un mayor grado de participación y representación de diversos grupos, entre ellos los populares. Muñoz dedica unas páginas a tratar la dictadura cívico-militar liderada por Pinochet, indicando que “constituye el período más negativo de toda nuestra historia nacional desde el punto de vista de los derechos fundamentales” (p. 48), explicando en síntesis cómo la participación social se anuló, cerrando el Congreso y el Tribunal Constitucional, prohibiendo los partidos de izquierda y destruyendo el registro electoral, entre otras acciones. Hace mención a diversas reformas estructurales, tales como el Plan Laboral, las AFP o Isapres. Se restringieron las libertades, con tortura. El académico resalta el contenido político de este proceso, calificándolo como un *agonicidio*, exterminio y amedrentamiento de las personas que luchaban. El autor concluye que es necesario entender los derechos fundamentales desde un punto de vista materialista. Por lo mismo, se aprecia un interés de ver el grado real de participación y de bienestar que los periodos constitucionales tratados otorgaban a los ciudadanos. Es interesante el vínculo propuesto por Muñoz de un historicismo materialista, como base necesaria para entender que un determinado catálogo de derechos fundamentales no basta, si no se otorga una aplicación real y efectiva de estos.

El segundo capítulo es de autoría de Amaya Álvarez, quien señala la importancia de distinguir el ámbito de un derecho, de su protección. Estamos ante un capítulo con un alto contenido de normas y jurisprudencia, tanto nacional como de derecho comparado. Para Álvarez, los derechos fundamentales son limitados y limitables, y por tanto, no son absolutos. Sin embargo, reconoce que estos límites se encuentran en disputa. De tal modo, “[e]l desafío es cómo una democracia constitucional se ocupará de los desacuerdos alrededor de los derechos fundamentales” (p. 69). Se indica que, para el caso chileno, la Constitución de 1980 adoptó el modelo de núcleo esencial de los derechos fundamentales, que vienen a ser una especie de límite ante posibles limitaciones. La autora señala que “[e]l ámbito de protección de un derecho

está determinado por la sociedad política que establece la Constitución” (p. 78), debiendo recabarse valores fundamentales, convirtiéndolos en derechos a través del tipo iusfundamental. Hasta aquí el capítulo parece limitarse a un análisis descriptivo, donde se prefiere plantear la situación *tal como es* en la jurisprudencia, en pos de emitir una opinión de como *debería ser*. Esto se ve, por ejemplo, a propósito del contenido esencial de los derechos fundamentales, donde la académica podría haber explicitado de manera más prístina su opinión. Recién en las conclusiones vemos algunos matices prescriptivos. Así, se propone estudiar el concepto de dignidad humana, como valor social fundamental, haciendo referencia a la autodeterminación y a los proyectos individuales de vida. Además, la propia dignidad exigiría hacer mención a las garantías de condiciones materiales de existencia. Se indica que un estado democrático debe satisfacer un umbral de justificación antes de limitar un derecho fundamental.

En el tercer capítulo del Manual, Pablo Marshall se ocupa de estudiar a las clasificaciones de los derechos fundamentales, reconociendo que estas son a menudo consideradas solo en cuanto fines pedagógico, sin una relevancia práctica. Sin embargo, el autor “busca demostrar que quienes asumen esta actitud acerca de las tipologías de los derechos fundamentales están, al menos parcialmente, equivocados” (p. 93). Se hace mención de las diversas clasificaciones, tanto normativas como dogmáticas, entre estas la de derechos civiles, políticos y sociales. En este punto, el autor estudia la problemática de la justiciabilidad de los derechos sociales, cosa de ver si estos son exigibles, o no, ante los Tribunales de Justicia. Se indica que la opinión mayoritaria de la doctrina limita estos derechos a ser meras normas programáticas, por lo que no serían exigibles. Luego, se indica que otros creen que esto implica desplazar a los derechos sociales a una segunda categoría, lo que sería incorrecto. Estos últimos defienden la tesis de la justiciabilidad. Marshall parece concluir esta discusión usando las palabras de Fernando Atria, en el sentido de que “el carácter de derecho fundamental de los derechos sociales no implica necesariamente su exigibilidad judicial” (p. 115). Los derechos sociales son vistos por Atria como triunfos, que reconocen intereses que se pueden reclamar con prioridad. Su exigibilidad correría por otras vías, mencionando a programas de provisión universal de bienes sociales. Marshall

acepta que incluso las temáticas de clasificación tienen un componente de valoración política subyacente. Con todo, el autor concluye que las clasificaciones de derechos suponen una especie de marco de referencia que beneficia a los estudiantes de derecho, pero que en el futuro podrían ser usadas por los Tribunales, a modo de “instrumentos dogmáticos para la adjudicación de los casos que los ocupan” (p. 116). Esto dotaría a las clasificaciones de utilidad práctica.

El problema de la titularidad de los derechos fundamentales es tratado por Pablo Contreras en el cuarto capítulo del Manual, definiendo esta como “un estatus normativo o condición jurídica en virtud de la cual se constituye un sujeto de derecho que es beneficiado con la protección del derecho, igualdad o libertad que un ordenamiento jurídico reputa como derecho fundamental” (p. 120). Contreras hace un adecuado estudio sobre el desarrollo dogmático y jurisprudencial de la titularidad en Chile, tocando los principales problemas que se debaten, como la titularidad de las personas jurídicas, entes morales y de los que están por nacer. El autor dedica algunas páginas a este último tema, realizando una referencia a la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, donde Jaime Guzmán propuso la prohibición absoluta del aborto, en pos de consagrar el derecho a la vida desde el momento de la concepción. Acto seguido, señala de manera descriptiva que, de acuerdo al Tribunal Constitucional, el *nasciturus* es persona. Contreras, de forma prescriptiva señala que lo indicado por el Tribunal Constitucional debiese “ser justificado para evitar violar el mandato de igualdad ante la ley” (p. 148), agregando que este problema debe ser evaluado nuevamente, pero a la luz de la jurisprudencia interamericana. A mi juicio, el análisis del autor es bastante claro y permite al lector entender la situación actual, tanto a nivel nacional como internacional. También explicita su juicio de valor respecto a lo anterior, señalando en su criterio qué cosas debiesen cambiar. Sin duda la titularidad de los derechos fundamentales es un tema que da para mucho y Contreras logra tratarlo de manera sintáctica, abordando todo lo estrictamente necesario.

Si bien una de las críticas que realicé al Manual fue el orden de algunos capítulos, debo reconocer que el capítulo siguiente, se encuentra

perfectamente ubicado. Si antes se trató a los titulares de los derechos fundamentales, ahora es el turno de estudiar a sus destinatarios. El profesor Domingo Lovera indica que estos son “las entidades sobre las que recae la obligación de hacer (obligaciones positivas) o no hacer (negativas) algo” (p. 161). El destinatario que todos, en términos generales, reconocen es el Estado. Existe acuerdo en cuanto a aquello, pero el autor indica que esta concepción primitiva se ha ido ampliando a nuevos destinatarios. Lovera pone el tema en un contexto determinado, cual es el del neoconstitucionalismo. Para este fenómeno, indica, las constituciones son más que un límite al poder, pasando a ser planes sociales y políticos. El autor cree y defiende la supremacía constitucional, indicando que todos los órganos del Estado son destinatarios. A propósito del hecho que los tribunales de justicia no tengan un control externo de constitucionalidad, indica que esto no debe dar pie a señalar que nuestra Constitución posee una supremacía atenuada. Este capítulo no tiene una conclusión general, pero cierra con un tema muy debatido, cual es si los particulares pueden ser considerados como destinatarios. Lovera indica que el artículo 6º, inciso 2º de nuestra Constitución, se encontraría redactado de manera amplia, lo que permite que parte de la doctrina declare que los particulares sí son destinatarios. Además, indica que el efecto horizontal es más mediato que directo, y por tanto, incluso quien crea que de acuerdo al artículo 6º, inciso 2º de nuestra Constitución, un particular no es destinatario, no debe olvidar por ello que pueden ser alcanzados por normas jurídicas que busquen proteger por vía legal aquellos derechos fundamentales.

En el séptimo capítulo del Manual, Matías Guilloff analiza la regulación de los derechos fundamentales y la reserva de ley. Su redacción es muy pedagógica, puesto que parte de lo básico: indica que, bajo nuestra Constitución, solo la ley puede regular ciertas materias, entre ellas los derechos fundamentales. Entonces, el autor busca entonces estudiar si un reglamento puede o no regular estas temáticas. El capítulo cuenta con un breve desarrollo histórico, que se remonta a la Francia posrevolucionaria y al derecho de Prusia. En cuanto a la doctrina, cita a Aldunate, quien “estima que la cuestión fundamental en torno a la reserva de ley es determinar la intensidad con que la ley debe regular una materia para acotar la intervención del reglamento en

ella” (p. 265), García Pino y a Cazor. Guiloff pone la discusión nuevamente en un contexto histórico. Esta se origina tras la vuelta de la democracia, cuando los gobiernos de la concertación intentaron realizar cambios al estatus quo, pero no tenían los quórum necesarios para hacerlo por vía legal. De manera descriptiva, el autor indica que de acuerdo con la dogmática imperante y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional “constituye un ámbito donde la intervención de la potestad reglamentaria autónoma queda totalmente excluida, y en el que la de ejecución se encuentra permitida, siempre y cuando su rol se limite a esto: ejecutar la norma legal primaria” (p. 274), reconociendo que la doctrina no es completamente uniforme. Con todo, es del todo destacable que plantee una propuesta para un Estado moderno. Guiloff cree que sí se puede dotar de sentido a la reserva legal, como mecanismo de garantía para los derechos fundamentales. Sostiene, además, que se no se debe exigir tanto a la regulación primaria, pues entiende que basta con que establezca los supuestos en que la administración puede implementar la norma; los fines que debe tener presente al hacerlo; y los factores a considerar. Solo en casos muy calificados, la ley debería contemplar el procedimiento que el reglamento debe seguir al regular derechos fundamentales. Así se lograría una especie de cooperación entre ley y reglamento, sin incumplir la reserva legal.

Para cerrar esta recensión, quisiera celebrar el *Manual sobre Derechos Fundamentales* y felicitar a todos sus autores. Estamos ante un material muy bien logrado, de buena redacción y con una importancia vital, con miras a renovar la dogmática constitucional. El *Manual*, cumple con creces los objetivos que se plantearon los editores. Es un aporte para la dogmática en clave crítica de la tradición dominante y ayuda a comenzar a dar un sustento robusto a una incipiente Teoría General de Derechos Fundamentales. Si bien estamos ante un texto que busca ser una guía para estudiantes de derecho, por ser propiamente un manual, estimo que es una lectura recomendada para un público mucho más amplio. No es un manual básico ni típico. Por el contrario, el *Manual sobre Derechos Fundamentales* tiene una estructura y contenido mucho más avanzado. Todo aquel que se interese o trabaje en materias afines a los derechos fundamentales, debe considerar a este libro como un texto de consulta y referencia obligada.