

CONTRERAS & SALGADO, EDITORES (2021)
CURSO DE DERECHOS FUNDAMENTALES
(VALENCIA, TIRANT LO BLANCH)

Francisco Cox

Abogado, LL.M Columbia University, Socio de Balmaceda, Cox y Piña

El libro que me han pedido presentar creo que cumple una doble función. Una, la declarada explícitamente y de ahí el nombre del libro, que debo decir no me parece el mejor, según explicaré.

Entiendo que la primera función que cumple es la de servir de un libro para alumnos y alumnas del curso de derechos fundamentales. Desde esta perspectiva me parece que hay capítulos que cumplen mejor que otros esta función.

Sin tener total certeza, pero sí fuertes sospechas, creo, que existía una pauta dada por Constanza Salgado y Pablo Contreras, quienes vienen a sumar otro libro más a su sorprendente capacidad productiva y editorial. Debo decir que aquellos y aquellas que la siguieron, la pauta, digo, le dan una coherencia al libro que les hará la vida más fácil a quienes se aproximen por primera vez al derecho de los derechos fundamentales.

Sin embargo, como suele ocurrir en los libros de múltiples autores y autoras, existen otros capítulos que la rebeldía natural del o la académica, o debiese decir de algunas y algunos, y reconozcámoslo, todos hemos sido esos rebeldes, de no respetar plazos ni pautas. Obviamente no me referiré por nombre a estos ya que el número de gente a la que le caigo mal es suficientemente grande. Debo confesar que no pude, lamentablemente, revisar todos los capítulos y por lo tanto no leí las 1056 páginas. Quizás esta negligencia me permita esconderme tras de ella evitando maledicencias de los o las aludidas elípticamente.

Pero sí mencionaré algunos de los capítulos que pude revisar, y me parecieron que cumplen a cabalidad esta primera función. La selección que realicé fue

bastante arbitraria, algunos fue por temas que me interesan, otros por temas que me parecían importantes, y otros por simple curiosidad. De cada uno aprendí.

Me gustaría dar algunos ejemplos de los que me parece que cumplen con esta función de facilitar la aproximación al tema al alumnado.

Capítulos como el de derecho a reunión de Domingo Lovera permiten al lector o lectora, entender las razones que justifican la necesidad de que este derecho tenga un reconocimiento autónomo y no como ha sido hasta ahora como uno incluido o derivado de otros derechos. Pero el capítulo no se limita a establecer lo que debiese ser, sino que quien lo lea sabrá cómo es la regulación de dicho derecho actualmente en nuestro país.

También me parece sumamente pedagógicos y bien logrados el capítulo de Amaya Álvez sobre derechos colectivos indígenas culturales y territoriales, un tema complejo, y sin embargo resultó relativamente fácil de seguir para un lector medio como yo. El capítulo da cuenta, entre otras cosas, del tratamiento por la doctrina de las temáticas que se abordan, da cuenta, asimismo, de alguna jurisprudencia nacional, destacando una falencia de nuestro ordenamiento jurídico, a saber, el de no contar con un sistema de precedentes. Esta falencia se traduce en una incertidumbre acerca de si algunos fallos positivos significan una consolidación de lo que el derecho es sobre o si aquel fallo no es más que una simple anécdota judicial, también cuenta con un interesante análisis de los tipos de propiedad y del régimen especial del derecho de aguas que rige para las comunidades indígenas andinas. Todos estos temas que, debo reconocer, desconocía, y por lo tanto he servido como un verdadero individuo de testeo de lo que significará la lectura de este capítulo para un o una alumna de segundo año, si no estoy mal. Y creo no equivocarme cuando digo que el capítulo pasa el test de manera excelente. En igual sentido destaca el capítulo escrito por Salvador Millaleo sobre Derechos colectivos Políticos de los pueblos indígenas, donde repasa la jurisprudencia de la Corte Interamericana y del Tribunal Europeo y da cuenta de la situación en Chile, entre otras cosas. Este capítulo Le permite al lector o lectora conocer el tema que trata, pero también contar con argumentos contundentes para la necesidad de reconocerles autonomía a los pueblos originarios. O al menos eso creí leer yo en dicho capítulo.

También forma parte de este grupo de capítulos el referido al derecho de Propiedad escrito por Matías Guilloff y Constanza Salgado, este artículo me atrevo a decir que deja a quien lo lea, con el conocimiento necesario para

quedar al día con el tratamiento que da nuestro sistema constitucional al derecho de propiedad, un derecho que ha contribuido a la inflación del recurso de protección por las distintas interpretaciones de las que da cuenta este capítulo. Asimismo, plantea interpretaciones alternativas a las generalmente sostenidas, ello con bases sólidas, lo que hacen, en mi opinión un artículo exhaustivo de un tema que ha sido crucial para la doctrina y la práctica constitucional y que estimulará, como un buen número de los capítulos del libro, una rica discusión en la sala de clase.

Igual función cumplirá el capítulo de John Charney y Pablo Marshal sobre Libertad de expresión. El recorrido que hacen de las distintas justificaciones de este derecho es acucioso e ilustrador. Como lo es también la forma en que tratan los conflictos que suele generarse entre libertad de expresión y vida privada, entre otros temas relevantes.

Especial mención creo que merece el hecho que en este libro se incorporan derechos generalmente ausentes en las clases de derecho constitucional, por lo que también desde este punto de vista es una contribución significativa para el aprendizaje de las alumnas y alumnos.

¿Pero sí he celebrado tanto estos capítulos por qué digo que no es un buen nombre el de Curso de Derechos Fundamentales? Lo digo por dos razones. La primera, porque me parece que el libro, como he dicho cumple una doble función, la segunda la explicaré más adelante. Me parece que el nombre limita de forma innecesaria al libro a cumplir una función puramente pedagógica. Y la segunda la razón es por lo que he mencionado previamente, dado que no todas las autoras y autores siguieron la pauta. A ratos hace que parezca una compilación de artículos y no un libro propiamente tal.

Debo decir que, de mi revisión, estos capítulos, los que no respetaron la pauta, son los menos. Pero mi obsesión con la pauta no solo se debe a una pura fijación estructural, sino que me parece que producto de esa omisión hay capítulos que no transparentan la forma en la cual se llegan a las conclusiones a las que se arriban o las tomas de posición que se sostienen, no aparecen suficientemente justificadas ni en el derecho internacional de los derechos humanos (me parece que este era uno de los criterios de la supuesta pauta) ni en el derecho nacional. En tanto que otros de estos capítulos si bien tocan temas relevantes y permiten al lector o lectora conocer el estado del derecho en Chile sobre dichas temáticas, no necesariamente cumplen le permiten a una alumna o alumno entender su relación con los derechos fundamentales y la constitución.

Por último, en lo que respecta a la función pedagógica del libro, me parece que todos y cada uno de los capítulos que leí son un avance estratosférico de lo que ha sido hasta ahora la enseñanza de los derechos fundamentales, o al menos la que yo conocí. Y en ese sentido el libro es una contribución magnífica: los y las alumnas que tengan la suerte de tener este como su libro del curso de derechos fundamentales serán mejores abogadas y abogados en esta materia. Tendrán un conocimiento del derecho en cuestión y contarán con elementos para desarrollar un pensamiento crítico.

Pero como he dicho antes, me parece que el libro cumple una segunda función, y con el respeto que me merecen las alumnas y alumnos de derecho, creo que esta segunda función es mucho más importante que la primera.

Esta segunda función es la de servir de carta de navegación para el proceso constituyente que viene. Me parece que en todos los capítulos que leí, aunque algunos lo expresen de una forma mucho más explícita que otros, el hilo conductor es la gestación de un nuevo constitucionalismo nacional. Uno liderado por gente más joven (hay un par de excepciones a esto de jóvenes), más preparada, y quizás me equivoque, pero más cercano al ideario constitucional de gente como Gargarella y mucho antes que él de Bilbao.

Este nuevo constitucionalismo que me parece observar en el libro concibe, que como dicen algunos autores y autoras, una ciudadanía vigorosa, una visión del ser humano dotado de igual consideración y respeto, pero no en abstracto sino muy encarnado en la realidad.

El libro salva una crítica que hiciera Ponciano Arriaga, presidente de la Convención Constituyente de México de 1857, dado que estoy aquí en México me parece pertinente y adecuado citarlo, como lo recoge el gran Gargarella: “nos divagamos en la discusión de derechos y ponemos aparte los hechos positivos. La Constitución debiera ser la ley de la tierra; pero no se constituye ni se examina el estado de la tierra”. Para él, continua Gargarella, el pueblo no podía ser “libre ni republicano, y mucho menos venturoso, por más que cien constituciones y millares de leyes proclamasen derechos abstractos, teorías bellísimas, pero impracticables, en consecuencia, del absurdo sistema económico de la sociedad”.

Y digo que el libro salva esta crítica porque las y los autores de este libro, conscientes de ella, han escrito sus capítulos conociendo la tierra, educando al lector o lectora, del estado de la tierra baldía que ha creado la Constitución

del 80, y conscientes de dicho estado, han dejando en el papel cómo deberá ser la nueva tierra que surga de la convención.

Permitanme seguir con esa analogía, esta nueva tierra que se propone en el libro, según mi opinión tiene en su base el principio de la dignidad. Entendida ésta, siguiendo a Waldron, como un estatus normativo del cual derivan un gran número de derechos humanos.

Uds podrán creer que esto es exceso de entusiasmo de mi parte y que este es solo un libro para alumnos y alumnas de derecho constitucional que da cuenta de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento jurídico. Pero permitanme citarles algunos pasajes contenidos en distintos capítulos que creo que evidencian lo que planteo.

Diego Gil en su excelente e informativo capítulo sobre el Derecho a la Vivienda escribe: “[d]e acuerdo a esta tradición, el estatus de ciudadano de una persona no es completo si es que no tiene acceso a un nivel de independencia económica que sea reflejo del respeto que una comunidad política le debe a todos sus ciudadanos, independencia que a su vez permite el verdadero ejercicio de derechos civiles y políticos.” Creo que si suprimimos la referencia al “estatus de ciudadano” y simplemente dejamos persona, verán que detrás de dicha visión hay una derivación del status normativo de dignidad.

Continúa este autor: “la idea de ciudadanía exige ciertos niveles razonables de bienestar social, sin los cuales es difícil decir que una persona sea considerada miembro pleno de una comunidad política”.

Me parece que es particularmente ilustrativo de la inspiración del libro que estas referencias al status de ciudadanía, o miembro pleno de la comunidad política, están contenidos en un derecho que es de aquellos que probablemente un o una constitucionalista “tradicional” conservadora, difícilmente asociaría con dichos status, el de la vivienda.

Me parece que el principio de dignidad subyace al capítulo de Gil. Ya que de la dignidad se deriva, cuando es tomada en serio, la real participación en la vida social. Creo que Gil da muestras sólidas que para ser un miembro pleno de una comunidad se requiere tener acceso a vivienda y que ella no se encuentre en sectores segregados.

Otra cita que creo que muestra lo que sospecho subyace al libro, es el capítulo sobre el derecho a la educación de Flavio Quezada. Dicho autor manifiesta: “[p]or su parte, los derechos fundamentales, para su efectivo ejercicio,

requieren que las personas cuenten con cierta formación previa. La posibilidad misma de desear, elaborar y llevar a cabo un plan de vida propio supone acceder a una socialización que lo permita. La autodeterminación, sin educación previa, resulta una mera quimera”.

Más allá de creer que la afirmación de que para que las personas pueden hacer un efectivo ejercicio de sus derechos fundamentales, requieren cierta preparación, necesita una calificación en cuanto al derecho del que se habla, ya que hay muchos, sino todos, de los derechos que se gozan, y por ende se pueden ejercer, por cualquier persona con independencia del nivel de preparación que tenga. Se entiende que a lo que va el autor, en la cita que menciono, es justamente a la falencia que indicaba Ponciano Arriaga en las discusiones constitucionales mexicanas, esto es, la distancia entre la vida de los excluidos y los derechos fundamentales. Sin educación, el goce efectivo y real de muchos derechos, es una mera quimera, y eso es lo que nos recuerda Quezada.

Me parece que este pasaje es ilustrativo, en lo que vengo diciendo acerca de la inspiración del libro, ya que parece que para Quezada resulta fundamental la autodeterminación. Y la educación está en función de ella. ¿Y por qué valoramos que una persona pueda autodeterminarse? me parece que es porque vemos en ella un igual, alguien que merece igual consideración y respeto, en otras palabras, porque le reconocemos el *status* de dignidad que proclamamos para nosotros. Pero no solo eso sino porque al igual que lo planteaba Gil, les permitirá ser miembros plenos de nuestra comunidad. Y de ello se deriva una comunidad más perfecta.

La visión de dignidad que subyace en el libro no es solo la visión individual más tradicional, ya lo vimos en los textos de Gil y Quezada, ambos hacen mención a la participación en la vida en sociedad, pero me parece que un ejemplo aún más ilustrador de que el libro no solo proclama una dignidad individual, se encuentra en el capítulo de Amaya Álvarez, y cito a esta autora: “[u]na tarea pendiente, es la consagración del reconocimiento constitucional de los pueblos originarios, que ayudaría sin duda a la construcción de un tipo iusfundamental que elabore normativamente la dignidad humana colectiva, el contenido esencial y la penumbra de los diversos derechos cuya titularidad corresponde a los pueblos indígenas, facilitando con ello, su promoción, consagración, garantía y adjudicación.”

Dicho pasaje es explícito en la necesidad de expandir la noción individual de dignidad por una dignidad colectiva, y ello es una tarea pendiente. Para logra

alcanzar dicha dignidad colectiva se requiere el reconocimiento de derechos colectivos. Por eso, resulta necesario reconocer la propiedad colectiva, la posesión ancestral de las tierras, entre otros reconocimientos urgentes. Salvador Millaleo agregará a dicha lista: La autonomía territorial. Por consiguiente, me parece que estos capítulos también dan cuenta que la inspiración detrás del libro es la dignidad.

Creo que, con los ejemplos citados, y créanme cuando les digo que hay más, como en el de Verónica Undurraga sobre derecho a la autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad o el de Yanira Zúñiga sobre derechos reproductivos. Creo que no he exagerado cuando he dicho que este libro es un libro fundamental para sentar las bases del nuevo Chile y que en el cumplimiento de esa segunda función se ha inspirado en un principio que lo atraviesa entero, a saber, el de la dignidad. Dignidad cuya ausencia en la vida cotidiana de muchos y muchas provocó que ellas y ellos nos despertaran de la comodidad y privilegio en que vivíamos algunos.

Les agradezco muy sinceramente a Pablo y Constanza que con su invitación me hayan inspirado a leerlo y me alegra ver que autores de este magnífico libro estarán en la Convención Constitucional. ello es seguridad de que de esa Convención surgirán las bases para un mejor Chile. Y volviendo a Ponciano Arriaga, que la ley de la tierra servirá para mejora el estado de la tierra de las y los chilenos.