

Dos libros fundamentales sobre derechos fundamentales: ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2008). *Derechos fundamentales*, Santiago: Legalpublishing, 439 pp., y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2008). *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*. Santiago: Librotecnia, 2 tomos, 745 pp. y 734 pp.

El 2008 vieron la luz dos libros fundamentales sobre derechos fundamentales, obra de los conocidos profesores Aldunate y Nogueira. La publicación de estos trabajos marca un hito dentro de la literatura jurídica chilena, pues ambos representan la maduración de la doctrina nacional y el distanciamiento del que, durante muchos años, fue el libro de cabecera en una materia donde los anaqueles de literatura nacional estaban más bien vacíos. Me refiero a Los derechos constitucionales de Enrique Evans, primera monografía especializada en el texto de la Constitución de 1980 (Ed. Jurídica de Chile, primera ed. 1986, 2 vols; hay una tercera edición de 2004). Como se sabe, la obra del profesor Evans colmó satisfactoriamente el primer vacío de comprensión de la denominada parte dogmática de la nueva Constitución, básicamente a partir de la explicación del significado del extenso artículo 19 de la Carta Fundamental y de su génesis constitucional. El fin propedéutico se cumplía mediante abundantes explicaciones y transcripciones de las actas de la Comisión Ortúzar, método hermenéutico muy corriente y poco criticado durante los primeros años de vigencia de nuestra Constitución. La evidente juventud del nuevo sistema institucional, hizo que en la obra de Evans el rol de la jurisprudencia nacional, de la jurisprudencia internacional (virtualmente irrelevante para la Constitución chilena hasta 1989) y de la dogmática comparada fuera muy reducido.

Como es bien sabido, entre la primera edición de los Derechos constitucionales de Evans y los libros que aquí se comentan ha corrido mucha agua bajo el puente. La reforma de 1989, el restablecimiento de la democracia, el influjo de las nuevas generaciones de profesores e investigadores, el desarrollo de la doctrina a partir de precedentes como Impunidad Diplomática, La última tentación de Cristo, Almonacid, la saga de fallos sobre la píldora del día después y la consolidación del término “derechos fundamentales” a partir del código procesal penal y, sobre todo, la reforma constitucional de la Ley núm. 20.050 son algunos de los fenómenos que transformaron la doctrina constitucional chilena. Luego, los libros de Aldunate y Nogueira son hijos de estos nuevos tiempos. Ellos representan una fractura importante en la doctrina nacional que desde los Derechos constitucionales de Evans había crecido principalmente sobre la base de monografías publicadas en revistas especializadas y actas de congresos, hasta que en 1997 Humberto Nogueira publica su *Dogmática*

constitucional (Universidad de Talca, 380 pp.), primera obra nacional que sistematiza, desde un cuadro panorámico, la teoría general de los derechos constitucionales, como lo había hecho años antes en Argentina Germán Bidart con su *Teoría general de los derechos humanos* (Buenos Aires: Astrea, 1991).

Los gruesos volúmenes de Derechos fundamentales y garantías constitucionales son, en cierto sentido, la maduración de las líneas trazadas en Dogmática constitucional (por lo que a partir de ellas bien puede entenderse el pensamiento del autor) y la consolidación de trabajos ya publicados que aquí se refunden en una sola obra (entre otras, los recientes *Lineamientos de interpretación constitucional y del bloque constitucional de derechos* y *El derecho a la vida*, ambos también editados por Librotecnia en 2007 respectivamente). Derechos fundamentales y garantías constitucionales aborda en dos gruesos tomos la dogmática general de los derechos fundamentales. El tomo I se dedica al fundamento de los derechos, la dignidad de la persona, y lo que el autor llama “elementos de dogmática de derechos fundamentales” (delimitación, regulación, limitaciones, configuración y garantías de los derechos, a los que pueden sumarse el resto de los capítulos dedicados a la interpretación de los derechos y su régimen de garantías jurisdiccionales). El último tercio del tomo I (a partir del capítulo VII) y todo el tomo II se encuentran dedicados a lo que podríamos llamar, tomando prestado el término de la manualística penal, la “parte especial” de los derechos fundamentales: derecho a la vida, vida privada, honra, autodeterminación informativa, conciencia, culto, enseñanza, opinión e información, petición, igualdad, acceso a la jurisdicción y debido proceso, libertad y seguridad personal, igualdad a función pública, igualdad tributaria y ante las cargas públicas, reunión, asociación y medio ambiente. Quedaron pendientes para volúmenes posteriores, las explicaciones de las libertades económicas y los derechos sociales.

En términos generales, puede decirse que la parte especial se encuentra bien documentada y actualizada, siendo particularmente orientadores los anexos bibliográficos que se incluyen al final de cada derecho. Por lo que se refiere a la dogmática general, ella es presentada de un modo que bien resume el pensamiento del profesor Nogueira: todo el análisis arranca a partir del resbaloso concepto de la dignidad de la persona, que el autor intenta aprehender a partir de numerosas referencias bibliográficas y jurisprudenciales comparadas, pues bien se sabe que el desarrollo práctico de este principio en Chile es inversamente proporcional a los esfuerzos desplegados por el director del CECOCH. Después de explicar el sentido de la dignidad, el libro vuelve sobre una categoría conceptual especialmente apreciada por su autor: el “bloque constitucional de derechos”, constituido por la Constitución nacional, el Derecho internacional (en sus diversas fuentes formales e informales) y los “derechos esenciales implícitos”. Este concepto permite demostrar la coherencia del autor por

partida doble. Por un lado, mantiene firmemente los postulados que defendió en sus escritos a mediados de los años 90 (algunos de los cuales pasaron a formar parte de un par de sentencias que hicieron noticia cuando el profesor Nogueira se desempeñó como abogado integrante de la Corte de Santiago). Por otro, este es el análisis que marca el método conforme al cual es explicado el contenido de cada derecho fundamental, en una visión integradora de las fuentes nacionales e internacionales.

El discurso del libro de Nogueira es notoriamente pluralista y no estatista en cuanto a las fuentes de los derechos. En esta clave conceptual liberal hay un buen punto de partida para proteger la libertad y la dignidad. Sin embargo, es solo eso, un punto de partida. En efecto, en la obra se echa en falta un discurso que se haga cargo de las necesarias incoherencias y contradicciones que esconde el recurso al Derecho internacional de los derechos humanos. Ese discurso ausente hace parecer que, tras la liberación del discurso constitucional de corte nacionalista y la apertura de las puertas a las fuentes internacionales, haya solo confianza. En verdad, si se miran otras experiencias comparadas (más allá de las razones de fondo del “excepcionalismo americano”, son interesantes las evoluciones de las jurisdicciones constitucionales de Francia, Alemania e Italia), es posible advertir que el paradigma constitucional de la desconfianza hacia el poder se predica tanto respecto del poder nacional como de las (no pocas veces) oscuras y a veces poco democráticas burocracias que configuran el contenido del Derecho internacional de los derechos humanos. En este sentido, algunas de las herramientas que sugiere el autor, como el sentido del “derecho más protegido” o el principio “*favor homine*” son claramente insuficientes para resolver las cuestiones que en Chile hemos identificado con los asuntos “valóricos”. Aunque las disputas axiológicas y culturales, que a veces se esconden tras el discurso político-jurídico de los derechos fundamentales no siempre encuentran su mejor respuesta en el Derecho, no es menos cierto que el Derecho no debe ocultarlas bajo el manto de una aparente democracia cosmopolita que replica la mítica coherencia y sistematicidad de los ordenamientos estatales.

La obra de Nogueira se inscribe, luego, dentro de una corriente muy numerosa en Latinoamérica, en virtud de la cual el Derecho internacional de la persona ha ido ganando un espacio de autoridad que no tenía precedentes en el continente americano. En buena parte, gracias a esta doctrina ha sido posible la consolidación de los sistemas democráticos, aunque no cabe duda que ella no entrega todas las respuestas a las cuestiones que surgen una vez que esos sistemas ya se han consolidado. Una vez que los sistemas democráticos llegan a su punto de madurez (como ha acontecido en buena parte del hemisferio norte de Occidente), comienzan a surgir interrogantes y reflexiones que permiten desandar la ruta de la internacionalización, o por lo menos, medirla críticamente. Llegado a este lugar es bueno hacer el contrapunto con *Derechos fundamentales*, donde Aldunate

desborda una de las herramientas del conocimiento que más parecen gustarle: la crítica. En efecto, para Aldunate, la homologación del lenguaje nacional con el internacional no puede ser tomada de recibo. Para el profesor de Valparaíso, las constituciones pueden contener un lenguaje que, a pesar de las aparentes coincidencias, dé cuenta de experiencias particulares, irrepetibles e intransferibles. Por lo mismo, la integración de la Constitución y los tratados es, antes que una solución, parte de otro problema.

En sus apretados diecisiete capítulos, el libro de Aldunate solo ofrece dogmática general, lo que puede hacer de este un estupendo libro para comenzar un curso de derechos fundamentales. Dejando de lado algunos capítulos de orientación propedéutica más bien superficial (toda la primera parte), el aporte de la obra se concentra en la segunda parte, que el autor titula “elementos de dogmática iusfundamental”. De esta parte, resultan especialmente interesantes –por extravagantes, en el sentido más genuino de la palabra– los enfoques críticos sobre las concepciones axiológicas de los derechos fundamentales, la función del Derecho internacional de los derechos humanos, la llamada “tipicidad” iusfundamental, la titularidad de los derechos (donde se reflexiona sobre la titularidad pública de los derechos fundamentales), el sentido objetivo de los mismos, el efecto horizontal, la dignidad como supuesto fundamento de los derechos y la crítica a la ponderación de derechos. En todos estos aspectos el autor deja entrever su formación germana (influencia que permite explicar buenos pasajes del libro) planteando proposiciones que más de una vez desafían a la sabiduría convencional. En este último rasgo radica uno de los aspectos más valiosos del libro, aunque a veces las afirmaciones puedan confundir al lector no especializado.

Recogiendo la reflexión alemana (básicamente el voluminoso III/2 del *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland* de Klaus Stern, que en varias partes de la obra es el vademécum del autor), Aldunate propone el concepto de tipicidad como instrumento hermenéutico. A partir de dicho elemento es posible responder a la pregunta sobre lo protegido por cada derecho en particular. Como lo recuerda el propio Aldunate, la categoría no es enteramente novedosa. En efecto, Nogueira también la recoge, aunque con otras palabras, en obras anteriores y en la obra que comentamos (véase especialmente la página 97 del tomo I de Derechos fundamentales y garantías constitucionales). Aunque se trata de un concepto relativamente interesante, hay que decir que no se trata de una categoría completa. Naturalmente este es un instrumento idóneo para la definición del contenido protegido de los derechos “típicos”, por lo que no tiene mayor utilidad tratándose de derechos no positivados en fórmulas textuales (derechos de creación o reconocimiento jurisprudencial que Aldunate trata después y sin conectarlos con la idea de tipicidad iusfundamental). Este último tipo de derecho fundamental, el más genuinamente pre estatal, es el gran huérfano en la maciza arquitectura de la obra de Aldunate.

Especialmente aconsejable resulta la lectura de las reflexiones sobre la titularidad de los derechos, donde el autor no solo replantea escritos anteriores sino que vuelve a poner el dedo en una llaga abierta desde que la doctrina, la legislación y parte de la jurisprudencia comenzaron, sin mayores reflexiones críticas, a extender la titularidad de derechos a las personas estatales.

En cierto sentido, podría decirse que el libro de Aldunate tiene algo de iconoclasta. En efecto, de todos los elementos que normalmente componen aquello que se conoce como teoría general de los derechos fundamentales, son pocos los que no reciben la artillería crítica del autor. Este ejercicio permanente de la duda metódica resulta especialmente útil para la formación de nuevos juristas y allí radica buena parte del valor del libro, aunque no siempre el autor discierna claramente aquello que es, conforme con el Derecho chileno, de lo que quiere que sea, conforme con sus premisas metodológicas personales. Así por ejemplo sucede, a mi juicio, con buena parte de la crítica a la *Drittwirkung* y la ponderación de derechos.

Ambas obras parecen cumplir gratamente con sus objetivos. Como suele suceder entre padres e hijos, los libros también se parecen a sus autores. *Derechos fundamentales* es ligero, sesudo y bibliográficamente económico. *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* es, en cambio, macizo, llano y, a veces, enciclopédico. Como puede verse, las dos obras se complementan estupendamente y constituyen volúmenes obligatorios en cualquier biblioteca seria de Derecho.

Manuel Núñez Poblete*

* Doctor en Derecho por la Universidad Santiago de Compostela (España). Profesor de Derecho constitucional. Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte, sede Antofagasta. Correo electrónico: manunez@ucn.cl