

ALDUNATE LIZANA, Eduardo, *Derechos fundamentales*, Santiago, Editorial LegalPublishing, 2008, 439 pp. ISBN 978-956-238-796-5\*.

## I. CONTEXTO DE LA BIBLIOGRAFÍA NACIONAL SOBRE DERECHOS FUNDAMENTALES

La temática de los derechos fundamentales es una de las áreas troncales de la disciplina del Derecho Constitucional, que concentra una cantidad de páginas importantes escritas por la doctrina, principalmente extranjera, pero también nacional. De hecho, cada uno de los nuevos sistemas procesales que han entrado en vigencia en los últimos años en nuestro país, contempla sistemas especiales de tutela de los derechos de las personas; tal es el caso de la tutela de derechos en los nuevos procesos penal y laborales, así como la posibilidad de objetar prueba obtenida con vulneración de los derechos fundamentales en el nuevo procedimiento de familia.

La doctrina nacional ha escrito miles de páginas sobre la regulación de los derechos fundamentales en Chile. Aun cuando la gran mayoría de ellas abordan la temática desde un desarrollo sinóptico de todo el Derecho Constitucional, es posible anotar la presencia de algunos trabajos íntegramente dedicados a la temática de los derechos. Entre los primeros, es posible dar cuenta de los trabajos de Alejandro Silva Bascuñán<sup>1</sup> y José Luis Cea<sup>2</sup>. Entre los segundos, es posible enlistar a Evans de la Cuadra<sup>3</sup>, Gastón Gómez<sup>4</sup> y Humberto Nogueira<sup>5</sup>. Finalmente, se han publicado una serie de artículos especializados, así como obras colectivas, que abordan la temática desde las particularidades propias de los intereses de cada autor.

Probablemente salvo en el caso de los artículos de doctrina, casi todo lo que se ha escrito en materia de derechos fundamentales ha significado aportes más bien marginales al desarrollo dogmático de la disciplina. Con un escaso trabajo crítico de la normativa vigente y de su aplicación por los tribunales, las 'obras' de la disciplina han abusado en demasía, principalmente, de dos recursos:

---

\* Reseña publicada originalmente en el *Anuario de Derecho Público*, Universidad Diego Portales, 2010, pp. 481-495. En atención a la relevancia de la publicación reseñada y a que se trata del último libro sobre derechos fundamentales publicado en Chile, se consideró importante incorporar su reseña en esta nueva etapa de la revista.

<sup>1</sup> *Tratado de Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997-2008, 13 tomos.

<sup>2</sup> *Derecho Constitucional chileno*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2001-2003, 2 tomos.

<sup>3</sup> *Los derechos constitucionales*, 3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2004, 3 tomos.

<sup>4</sup> *Derechos fundamentales y recurso de protección*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2005.

<sup>5</sup> *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Santiago, Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, 2007.

1. A partir de una errónea concepción de la historia fidedigna del establecimiento de la norma, los tratadistas nacionales han hecho de las actas de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución un espacio sacrosanto de interpretación constitucional. Las Actas de la Comisión Ortúzar han sido abrazadas por la gran mayoría de la doctrina nacional como fuente de interpretación auténtica de las normas constitucionales. Sin embargo, diversos factores disminuyen considerablemente la utilidad de las Actas como fuente de interpretación: a) los distintos contextos políticos de cada período, que impiden trasplantar sin más las construcciones teóricas forjadas en dictadura y obstaculizan la legitimación del trabajo realizado por encargo de la Junta Militar, lejos de ser una manifestación democrática de la voluntad del pueblo; b) las diferentes opiniones manifestadas al interior de la Comisión y el muy diverso peso específico de cada una de ellas en las respectivas votaciones, lo que da cuenta de la ausencia de una única forma de interpretar la Constitución, ni siquiera en su texto original; c) las claras disidencias expresadas entre sus miembros, que impide atribuirle 'voluntad constituyente' a todas ellas y que obliga al intérprete a un trabajo que no se ha realizado: identificar qué opiniones vertidas en el seno de la Comisión perviven en el texto actual y cuáles tienen, en definitiva, voluntad o autoridad constituyente; d) la revisión y modificación del proyecto de la Comisión, realizado por el Consejo de Estado y luego por la Junta de Gobierno, órganos sin legitimidad democrática que terminaron por redactar un proyecto diferente; e) el rechazo de 1988-1989 al proyecto constitucional de la dictadura, que determinó que su articulado permanente nunca fuera aplicado íntegramente, y f) las más de doscientas reformas particulares que ha experimentado la Constitución desde 1989, las que han configurado un texto normativo que, aunque mantiene algunos enclaves autoritarios originarios, no es posible identificar con el texto emanado de la Comisión.

Dados estos elementos, me parece que antes de recurrir a las citadas Actas para la interpretación de la Constitución vigente, es necesario enfrentar y superar un conjunto no menor de objeciones metodológicas, ejercicio que, en su mayoría, la doctrina nacional no ha realizado.

Efectivamente, sin un trabajo crítico de las Actas, que dé cuenta de estos factores, la doctrina nacional ha recurrido a las manidas Actas como si fueran depositarias de la verdad oficial que se lee de la Constitución y, encima, como si efectivamente fuera posible extraer una única verdad del texto constitucional. Con ello, se ha perpetuado una concepción de la Constitución, y de la función que esta norma cumple en la sociedad, que es incompatible con el Estado Constitucional propio de una sociedad democrática. Este anquilosamiento en torno a las Actas ha impedido que la sociedad participe democráticamente en la construcción de su ordenamiento iusfundamental, tanto en sede legislativa, como en materia de interpretación constitucional. La petrificación

de los criterios constitucionales de la década de 1970, en dictadura, es incompatible con una sociedad plural que vive en democracia.

2. Por otro lado, el trabajo que la doctrina ha realizado con la jurisprudencia tampoco ha sido un aporte significativo al desarrollo de la disciplina. En general, es posible apreciar una tendencia a la reproducción acrítica de las sentencias del Tribunal Constitucional, sin un estudio que permita extraer conclusiones más o menos definitivas de ellas. Las sentencias son reproducidas, sin mayor comentario, como si de ellas fuera posible extraer conclusiones comunes entre los diferentes lectores, cuando ello no es así. Por el contrario, lo normal es que las sentencias constitucionales, particularmente en materia de derechos fundamentales, se construyan a partir de argumentos tan abiertos e indeterminados como las propias normas constitucionales que protegen los derechos, argumentos que no siempre son susceptibles de ser compartidos intersubjetivamente. Siendo ello así, el trabajo que se hace con la jurisprudencia constitucional debiera apuntar a la construcción conceptual de las normas constitucionales que protegen derechos fundamentales; sin embargo, pareciera que ella solo se utiliza para legitimar posiciones propias de los autores. Ciertamente, hay excepciones que bien vale la pena rescatar, como los trabajos de Atria<sup>6</sup>, Gómez<sup>7</sup>, entre otros.

La inmensa mayoría de los trabajos nacionales en materia de derechos fundamentales, se limitan a sistematizar, en forma más o menos rigurosa, los numerales del artículo 19 de la Constitución. Agrupando, sin mayor originalidad, los derechos en distintos tipos de clasificaciones, la mayoría de los autores se ha limitado a trabajar los derechos fundamentales desde el mero comentario del mencionado artículo. Esta abrumadora tendencia hacia el comentario exegético ha generado cientos de hojas que comparten una estructura común: transcripción del numeral respectivo, transcripción selectiva de las Actas de la Comisión Ortúzar, transcripción selectiva de alguna jurisprudencia constitucional y transcripción de algún autor extranjero que pueda servir de apoyo a este intento de configuración de los derechos. Hay una carencia endémica en la doctrina nacional de sistematización dogmática de los derechos fundamentales y de un desarrollo crítico del sistema vigente de reconocimiento y protección de los derechos, que ha empobrecido a la disciplina.

Aquí radica el principal aporte de Aldunate al desarrollo de la disciplina: no entra en la manida reproducción del artículo 19, sino que desarrolla en forma sistemática la dogmática de los derechos fundamentales, abordando las diferentes aristas que componen el sistema de los derechos. Hay un esfuerzo

<sup>6</sup> ATRIA LEMAITRE, Fernando, *Los peligros de la Constitución. La idea de igualdad en la jurisdicción nacional*, Santiago, Universidad Diego Portales, Escuela de Derecho, 1997.

<sup>7</sup> GÓMEZ BERNALES, Gastón, *Derechos fundamentales y recurso de protección*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2005.

encomiable por estudiar los derechos fundamentales desde la norma constitucional vigente, pero sin caer en la reproducción acrítica del artículo 19. Aldunate acusa con claridad la pobreza de la doctrina nacional sobre derechos fundamentales en la sistematización de la normativa constitucional, que no se ha hecho cargo de caracterizar los derechos desde el texto fundamental.

A juicio del autor, esta carencia puede debilitar la propia vigencia normativa de la Constitución, ya que la pobreza de la construcción dogmática, sumado a lo escueto de las declaraciones de derechos, abre un gran espacio de decisión que es entregado a los tribunales. El desplazamiento de las decisiones públicas desde el legislador hacia la sede jurisdiccional, junto a la proliferación de normativa de rango legal que positiva derechos fundamentales, puede generar un vaciamiento del contenido fundamental de los derechos, cuestión que se ve agravada por la falta de desarrollo dogmático. Es aquí donde la dogmática nacional de los derechos fundamentales debiera trabajar en la sistematización del derecho vigente en la materia, con el fin de aunar los criterios de identificación del contenido constitucional de los derechos y, con ello, los propios criterios de interpretación. Esta tendencia podría terminar mellando no solo la propia vigencia normativa de la Constitución, como avisa el autor, sino la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales, dado que la falta de desarrollo dogmático entrega su protección a los criterios de interpretación constitucional que cada tribunal decida aplicar.

Asimismo, es necesario anotar que el desarrollo teórico que la doctrina constitucional chilena no aborda las temáticas más conflictivas ni entra en los conceptos que más tensionan a la disciplina. Se ha escrito bastante sobre derechos fundamentales, pero sin entrar en los temas de fondo, en aquellos temas que dividen a la doctrina comparada, y que son los que determinan la forma en que se desarrolla la dogmática de los derechos fundamentales y, en definitiva, qué se dice de ellos. Esta ausencia de tensión teórica se debe, a mi juicio, a que la doctrina mayoritaria no ha explicitado los supuestos teóricos y políticos desde los cuales aborda el fenómeno normativo, pero también político y cultural, de los derechos fundamentales. La consecuencia de ello ha sido una suerte de construcción de una lectura oficial de la Constitución y de las normas de derechos fundamentales, desde una posición teórica determinada, y que no se hace cargo de las grandes discusiones que hay tras los derechos (los fundamentos de los derechos, su propio concepto, etc.). En este sentido, el trabajo de Aldunate es un aporte, ya que aborda estas temáticas más conflictivas y hace dialogar a la doctrina nacional y comparada, evidenciando las diferencias que existen entre las aproximaciones teóricas y extrayendo interesantes conclusiones de ello. Con este ejercicio, el autor da cuenta que tras la construcción de una dogmática de los derechos fundamentales hay una serie de supuestos políticos que son susceptibles de ser controvertidos y que, según como se solucione dicha controversia, desembocarán en una determinada teoría de los derechos o en otra distinta.

## II. COMENTARIOS CRÍTICOS SOBRE EL LIBRO Y LOS TEMAS PROPUESTOS

En este contexto de la literatura nacional, el libro en comento viene a llenar un vacío importante, que se aprecia desde la propia estructura que ha asumido el autor. En un serio esfuerzo de desarrollo dogmático, se abandona el clásico esquema de comentario del artículo 19, para adentrarse en las temáticas más conflictivas de la regulación constitucional de los derechos fundamentales. Así, tres partes (Derechos Fundamentales y Derechos Humanos; Elementos de dogmática iusfundamental; Los derechos fundamentales en la Constitución) agrupan un total de diecisiete capítulos, a lo largo de los cuales el autor desarrolla prácticamente todas las perspectivas relevantes para la construcción de una dogmática de los derechos fundamentales.

En la primera parte, titulada Derechos Fundamentales y Derechos Humanos, el autor estudia los antecedentes históricos de la construcción conceptual del término, recogiendo los antecedentes más relevantes de las distintas etapas históricas y los aportes que cada una de ellas ha realizado a la construcción actual del concepto. El autor realiza el ejercicio de particularizar el aporte de las tres principales vertientes del constitucionalismo moderno (inglesa, estadounidense y francesa), desde sus respectivos contextos históricos. Así, se realza la determinante influencia de los contextos socioculturales, tanto para la concepción como para el reconocimiento y protección de los derechos de las personas, sin caer en la tentación de simplificar las diversas matrices conceptuales a partir de las identidades en los términos.

La terminología en esta materia también ocupa un lugar relevante en la construcción dogmática: los derechos de la persona son señalados con una amplia variedad de términos, de los cuales da cuenta el autor. Dicha variedad, a menudo, se encuentra acompañada de una confusión conceptual que obstaculiza el estudio de las instituciones reguladas por el Derecho. Para una construcción dogmática de los derechos fundamentales, es clave delimitar el significado de los términos. Esta falta de unidad conceptual en el uso de los términos constituye una carencia adicional de la ya acusada débil dogmática de los derechos fundamentales en la doctrina nacional, a la que Aldunate Lizana dedica un capítulo completo, rescatando la doble dimensión de los derechos fundamentales (formal, en cuanto a su positivación constitucional, y material, en cuanto elementos constitutivos del orden político).

Uno de los puntos débiles que podría anotar en la construcción dogmática de los derechos que realiza el autor, dice relación con los derechos económicos, sociales y culturales en tanto derechos fundamentales. La configuración conceptual de estos derechos ha motivado una intensa discusión, que no cuenta con un acuerdo consensuado entre los exponentes de las diversas posturas. Al abordar la relación entre derechos fundamentales y Estado de Derecho,

concretamente Estado social, el autor se inclina por acoger la temprana tesis esgrimida por Ernest Forsthoff, uno de los principales detractores de la idea de derechos de carácter prestacional. Así, Aldunate cuestiona el carácter de derecho fundamental de los derechos sociales por la imposibilidad de garantizar “los recursos económicos para otorgar lo que se supone se asegura” (p. 73).

Sin embargo, aunque la discusión no se encuentra zanjada (y, probablemente, nunca lo estará), los contrapuntos teóricos que se pueden oponer a las teorías sostenidas por Forsthoff y otros, aportan elementos interesantes que debieran ser considerados, particularmente dadas las dificultades de la doctrina nacional para la construcción dogmática de los derechos fundamentales. Por lo pronto, salvo el derecho a la libertad de conciencia, todos los derechos fundamentales tienen, en mayor o menor grado, una dimensión de abstención y una de prestación. Ciertamente, existe una mayor dificultad teórica para conceptualizar a aquellos derechos que requieren de un nivel de prestación mayor para su ejercicio y garantía. Pero este dato, por sí solo, no zanja la discusión en torno al carácter de fundamental de estos derechos, ya que otros derechos requieren niveles similares de prestación estatal y su carácter de fundamental no se discute, como los derechos que componen el debido proceso (aunque también son entendidos como principios de organización y actuación jurisdiccional) y al acceso a la justicia.

Ahora bien, el estudio de los derechos sociales requiere tener presente la dimensión histórica, principalmente relativa a su contexto de positivación y a los intereses materiales que buscan proteger. A mi juicio, este elemento entrega algunas luces acerca de la resistencia que generó (y genera) el reconocimiento de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales. El ejercicio es el siguiente: considerando que 1. los derechos no emanan de la dignidad de la persona humana, sino que esta solo sirve de fundamento positivo a los derechos; así, la positivación de derechos depende de la concepción que se tenga de la dignidad de la persona en cada momento histórico y en cada contexto cultural, la que determinará el reconocimiento positivo de nuevas dimensiones de la igual dignidad de las personas que serán protegidas por la Constitución, 2. los derechos fundamentales son el resultado de un largo proceso histórico de carácter cultural, a través del cual distintos grupos sociales oponen (y, luego, imponen) sus necesidades materiales al poder político para que este los reconozca y proteja positivamente, 3. el tránsito del antiguo régimen al Estado de Derecho no supuso el fin de una forma de positivación de intereses socioculturales, sino el inicio del reconocimiento de dichos intereses como universales y comunes a todas las personas, pasando del modelo de privilegios al de derechos; así, el reconocimiento de la igual dignidad de las personas trae como consecuencia la titularidad universal de los derechos; en este continuo, 4. los derechos sociales constituyen una nueva manifestación de este proceso histórico de positivación de necesidades socioculturales que, tal como

cada uno de las etapas anteriores, ha tenido firmes retractores que defienden, principalmente, las posiciones de poder preexistentes.

No se trata solo de dificultades técnicas de positivación de estos derechos, o de la imposibilidad de garantizar los recursos necesarios para la protección de estos 'nuevos' espacios de vulnerabilidad de la igual dignidad de las personas. Se trata, también, de un intento por proteger la configuración liberal de los derechos individuales, propia del siglo XIX. Me parece que no es este el caso del autor, sino solo un punto débil en el significativo aporte realizado a la dogmática de los derechos fundamentales, quizá motivada por su declarada cercanía a la doctrina germana, como lo demuestra el recurso a Forsthoff. El sistema de reconocimiento y protección de los derechos fundamentales ha cambiado significativamente durante el siglo XX, positivando muchos más derechos que los garantizados en las primeras declaraciones de derechos. Aunque este fenómeno puede ser interpretado como una jivarización de los catálogos, que podría mermar la exigibilidad de los derechos, no hay que perder de vista que el sistema liberal decimonónico de derechos no permite garantizar la igualdad en el ejercicio de los derechos para todas las personas, ni aún en los derechos preferentemente de abstención. Así, la satisfacción de las necesidades materiales básicas, garantizada a través de los derechos sociales, constituye no solo una protección positiva de manifestaciones de la dignidad de la persona no consideradas durante el siglo XIX, sino también una garantía para el ejercicio igualitario de los derechos tradicionalmente conocidos como derechos de libertad.

Por otro lado, en la segunda parte del libro, titulada Elementos de Dogmática Iusfundamental, el autor aborda en forma crítica y sistemática los aspectos configuradores de una teoría de los derechos fundamentales. De entre los diversos aspectos estudiados por Aldunate (tipicidad, titularidad, contenido normativo de los derechos, entre otros), me interesa destacar dos: la afectación de los órganos jurisdiccionales a los derechos fundamentales y la posición que toma el autor frente a la problemática de la colisión de derechos.

Respecto de las normas de derechos fundamentales, los órganos jurisdiccionales se ven vinculados a ellos en una doble dimensión: en tanto destinatario de los derechos fundamentales y como garante de los mismos (pp. 198 ss). Aquí Aldunate aboga por la recuperación para los tribunales, a través del estudio de los derechos fundamentales, del rol protector de los derechos, función que ha retrocedido en el curso histórico frente a un mal entendido principio de legalidad y de la separación de poderes (particularmente esta última, hoy conceptualizada en forma muy diferente a la separación estanca de los poderes, más cercana a la distribución de funciones y condicionada por los sistemas de equilibrios y controles recíprocos entre los órganos del Estado). Sin embargo, como se ha anotado previamente, ello no supone aumentar los espacios de decisiones públicas que han asumido los tribunales frente a los derechos, sino revitalizar la labor jurisdiccional como principal defensora de los derechos de

las personas ante las vulneraciones provenientes de diversas instancias de poder. Ello requiere, a mi juicio, la combinación de dos factores: por una parte, que la configuración normativa de los derechos fundamentales pueda realizarse, en forma efectiva, a través del diálogo democrático y en sede legislativa y, por otra, que el estudio y construcción dogmática de los derechos sea asumido en forma seria y sistemática por la doctrina constitucional. En la medida que ambos elementos den cuenta de sus respectivas funciones en la configuración de las normas de derechos fundamentales y del contenido normativo de las mismas, los tribunales podrán recuperar ese rol protector de los derechos por el que aboga Aldunate, pero sin que ello signifique que la función jurisdiccional deba asumir la configuración de los derechos.

En cuanto a la colisión en el ejercicio de derechos fundamentales pretendidos por distintos titulares, nuestro autor acusa, desde ya, la precaria situación de la doctrina nacional, que ha tratado esta materia en forma escueta y no ajena a las contradicciones. Conceptualmente, la materia tiene dos aspectos de relevancia para la construcción dogmática de los derechos fundamentales: determinar si es posible o no una colisión entre derechos y, de existir, cómo se resuelve.

En primer lugar, Aldunate cuestiona las teorías que niegan la existencia de colisión de derechos: estas se fundan en los límites inmanentes y en el contenido esencial de los derechos, los que vendrían determinados para cada derecho, correspondiéndole al juzgador solo un papel interpretativo de delimitación entre los derechos. Sin embargo, a juicio del autor, es justamente la determinación de dicho límite para el caso concreto el que constituye el conflicto suscitado procesalmente, como lo es la colisión de derechos; así, la negación teórica de la colisión de derechos solo implicaría una propuesta metodológica para el juzgador que ha de resolver pretensiones excluyentes (p. 277).

En segundo lugar, el cómo solucionar una colisión entre derechos fundamentales también divide a la doctrina nacional, y nuestro autor vuelve a tomar partido, esta vez, con una construcción diferente a las dos tendencias manifestadas en la doctrina nacional: jerarquización y ponderación.

Efectivamente, parte de la doctrina nacional ha afirmado que es posible establecer un orden de prelación entre los derechos fundamentales, determinable en abstracto, sea por la importancia de los valores que supuestamente protege cada derecho, sea por la ubicación que cada derecho tiene en el catálogo del artículo 19 de la Constitución. A este respecto, es posible formular algunas observaciones críticas: una serie de factores han contribuido a que esta jerarquía de derechos haya sido considerada como un criterio relevante para la comprensión del sistema de derechos y para la solución de los conflictos jurídicos que se suscitan entre ellos. Entre estos factores, a mi juicio destaca la combinación entre: 1. las opciones políticas juridificadas en 1980, 2. la sistemática inclinación a la interpretación originalista y 3. la ausencia de un desarrollo de

criterios de interpretación propios de los derechos fundamentales, por parte de la doctrina constitucional chilena. Lo anterior permitiría explicar por qué se ha recurrido a esta supuesta jerarquía para solucionar aquellos conflictos entre derechos que los criterios clásicos de interpretación no resuelven satisfactoriamente. Sin embargo, esta doctrina simplifica *in extremis* el estudio del Derecho Constitucional, empobreciendo el debate en torno tanto a la teoría como a la práctica constitucional. Así, parte de la doctrina chilena rehúye la posibilidad de desarrollar teóricamente el contenido normativo de la Constitución en general y de los derechos fundamentales en particular, anclando su estado de desarrollo en el período que determina el génesis de la Constitución, previo a 1980.

Por otro lado, la ponderación de derechos fundamentales en caso de colisión, también ha sido una opción adoptada por parte de la doctrina, como una herramienta válida para construir un criterio de solución aplicable al caso concreto. Ella consiste en considerar las circunstancias de cada caso concreto para resolver a favor de uno de los derechos en conflicto, sin que ello signifique invalidar uno a favor del otro, sino realizar un ejercicio donde se considera el diferente peso de cada derecho para el caso concreto. La idea de la ponderación de los derechos se construye desde la concepción de las normas de derechos fundamentales como normas de principio, y asume que todos ellos se encuentran en una posición de igualdad sin que sea posible jerarquizarlos *a priori*. Ello permite solucionar las colisiones entre normas de derechos fundamentales sin invalidar ninguna de ellas y sin establecer, en abstracto, criterios de solución de colisiones entre los derechos. Estos criterios apriorísticos, generalmente, solo obedecen a las concepciones particulares de cada autor acerca de los derechos y de las relaciones que existen entre ellos.

Pero Aldunate manifiesta ciertos reparos a la ponderación como mecanismo de solución de las colisiones de derechos. Señala que todo derecho es una manifestación de la libertad de las personas, por lo que una colisión de derechos supone una limitación de dicha libertad. Como el límite a la libertad “lo fija el derecho, la solución a la colisión de derechos tiene que ser buscada en el ordenamiento jurídico subconstitucional, por cuanto el enfrentamiento entre derechos fundamentales significa, desde el punto de vista normativo constitucional, solo una cosa: la existencia de dos ámbitos de libertad igualmente protegidos” (p. 278). En consecuencia, las colisiones de derechos son conflictos entre el ejercicio de la libertad de dos individuos, que deben ser resueltos a partir de los límites que sea capaz de trazar el juez desde el ordenamiento jurídico vigente, sin recurrir a ejercicios de ponderación entre los derechos, que llevan, irremediamente a juicio de Aldunate, a una valoración moral por parte del juez. Refuerza este argumento señalando que una colisión entre la libertad individual garantizada por la Constitución, contra otro derecho también garantizado en ella, en ningún caso podrá ser solucionada a nivel

constitucional, “ya que ello significaría intervención judicial adjudicatoria para el caso” (p. 280), por lo que, necesariamente, la solución a la colisión debe buscarse en el orden regulado infraconstitucionalmente. Esta postura es consecuente con la crítica, previamente formulada por Aldunate, al excesivo espacio de decisión pública que se ha dejado a los tribunales, en desmedro de las decisiones normativas en sede legislativa.

A pesar de lo que he señalado en otra oportunidad<sup>8</sup>, la crítica de Aldunate a la técnica de la ponderación me parece muy razonable, principalmente por el amplio espacio que esta deja a la valoración moral que hace el juzgador, quien carece de parámetros objetivos u objetivables para ‘pesar’ los derechos en conflicto. Como los criterios que usa el juez no son objetivos ni son susceptibles de ser objetivados, cada caso concreto puede ser resuelto a partir de la valoración que cada juez atribuye al ‘peso’ de cada derecho, precisamente porque su argumentación carece de elementos normativos para decidir. Sin perjuicio de ello, creo que la posibilidad de buscar la respuesta a nivel subconstitucional debe ser trabajada, no solo porque puede constituir un significativo aporte en la objetivación de los criterios necesarios para adjudicar conflictos de derechos fundamentales y garantizar de mejor forma su ejercicio, sino también porque la amplitud del ordenamiento jurídico infraconstitucional podría constituirse en un problema adicional en el intento por objetivar criterios de solución de conflictos. En efecto, en el ordenamiento jurídico infraconstitucional también es posible identificar normas con estructura de reglas y con estructura de principios, con lo que el temor a la amplitud del espacio de decisión del juez podría, eventualmente, mantenerse, ya que la subsunción no aparece como un mecanismo que dé cuenta de esta dificultad. Habrá que trabajar para determinar la pertinencia de la normativa infraconstitucional que se utilice para la interpretación del contenido normativo de las normas de derechos fundamentales, ya que no me queda claro si los criterios de jerarquía, especialidad y temporalidad sean suficientes para otorgar luces a este respecto. En efecto, la ponderación es un método funcional al carácter abierto del texto constitucional, cuyas declaraciones normativas, principalmente en materia de derechos fundamentales, están formuladas con redacciones simples y escuetas. Por tanto, el problema no es, necesariamente, el método de interpretación, sino cómo generar parámetros de interpretación susceptibles de ser objetivados en el ordenamiento jurídico, y que permitan restringir los espacios para la valoración personal de los jueces.

Finalmente, la tercera parte del libro de Aldunate se dedica al desarrollo de los derechos fundamentales en la Constitución vigente, en la que estudia los elementos positivos de la dogmática de los derechos fundamentales. De entre

<sup>8</sup> BASSA MERCADO, Jaime, *El Estado Constitucional de Derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*, Santiago, LexisNexis, 2008, pp. 70 ss.

sus aciertos en esta parte final, me interesa destacar uno relacionado con la interpretación constitucional: la relativización de las Actas de la Comisión de Estudios para una Nueva Constitución como sede de una supuesta ‘voluntad constituyente’ y, en consecuencia, la imposibilidad de identificar allí una fuente de interpretación constitucional. Aunque Aldunate argumenta solo desde el carácter de órgano asesor de la Comisión –aunque ello es suficiente para que no sea “legítimo proyectar una especie de autoridad o voluntad perdurable de la Comisión respecto de sus contenidos y de la forma de entender ese texto (constitucional)”, p. 301–, me parece que es un aporte significativo para la disciplina que esta temática se estudie, en forma seria, para determinar la posición que le corresponde a las Actas en la interpretación de la Constitución.

A este respecto, casi nada se ha dicho; por el contrario, el recurso a las Actas como consulta a la historia fidedigna del establecimiento de la norma ha sido casi unánime en la doctrina y en la jurisprudencia constitucional. Quizá lo más significativo sea el voto disidente del Ministro Vodanovic, en la STC 740-2007, quien afirmó que “en materia de hermenéutica constitucional, la trascendencia del elemento histórico es descartada en la doctrina constitucional contemporánea, que se orienta centralmente por la búsqueda de la finalidad de la norma, situada dentro de un sistema normativo, cuya concreción dependerá de las necesidades jurídicas, a su vez condicionadas e influidas por el contexto sociopolítico y cultural de cada época. De esta suerte, las convicciones íntimas de los redactores del texto original de la Carta de 1980 aparecen subordinadas a la finalidad y razón de la norma, tal cual esta se entiende y aplica en las diversas circunstancias. En segundo lugar –y para manifestarlo de una vez por todas–, los presupuestos mínimos de un Estado constitucional y democrático como el actual son incompatibles con la atribución del carácter de historia fidedigna a las actas de los órganos asesores de la Junta Militar, como la llamada Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, máxime teniendo a la vista que, con variadas y sustanciales reformas, hoy nos rige un texto constitucional refrendado por órganos expresivos de la soberanía popular”.

Se trata de un aspecto muy relevante para la interpretación de la Constitución chilena vigente. La tendencia de la doctrina chilena hacia la interpretación originalista y el permanente recurso a la historia fidedigna del establecimiento de la norma, constituyen argumentos de autoridad que impiden la plena manifestación del pluralismo de la sociedad. El pluralismo actual de las sociedades impiden tener una constitución que desarrolle un determinado proyecto de vida; por el contrario, requieren de una que asegure las condiciones para la realización de los diversos proyectos que conviven en la sociedad. La Constitución es la plataforma de entrada que garantiza la legitimidad de cada uno de los grupos sociales que participan de la marcha política del Estado, así como en el proceso de toma de decisiones. La Constitución contemporánea se presenta como una propuesta de soluciones posibles, dejando abierta la posi-

bilidad de concretización para diferentes proyectos políticos en concordancia con el pluralismo de la sociedad; esta no constituye, en definitiva, un proyecto rígidamente ordenador. La interpretación originalista y el permanente recurso a la Actas termina por petrificar un proyecto determinado de sociedad, a mi juicio incompatible con la realidad de la sociedad actual.

En fin. El libro en comento constituye, sin duda, un aporte a la dogmática chilena de los derechos fundamentales. Rompe la lógica de la exégesis del artículo 19 que ha seguido la doctrina nacional mayoritaria e introduce una serie de elementos de análisis que por años se ocultaron detrás de la reproducción acrítica de normas, actas, sentencias y doctrina extranjera. Es de esperar que el aporte de este libro marque alguna tendencia en la incipiente dogmática nacional de los derechos fundamentales, más cercana a la reflexión que a los argumentos de autoridad y que permita explicitar los supuestos teóricos y políticos a partir de los cuales la doctrina estudia el fenómeno de los derechos fundamentales.

Jaime Bassa Mercado  
*Universidad de Valparaíso.*