Fallo Isapres: Una mirada a los derechos sociales y al rol de los jueces

Sebastián Soto Velasco[1]

RESUMEN

Los derechos económicos y sociales han sido objeto de debate desde hace décadas en Chile y el mundo. A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional, el documento vuelve sobre esta discusión para analizar someramente los alcances y aplicación de los derechos sociales y el rol que le cabe a los particulares, al Estado y a los jueces en su concreción. Posteriormente se examina críticamente dicha sentencia que, por primera vez en el TC, desarrolla con profundidad esta materia al referirse a las normas que regulan el alza de los precios de los planes de salud en las ISAPRES. Con motivo de una inaplicabilidad, el TC determinó que la aplicación de la norma que regulaba dichas alzas era inconstitucional. En el desarrollo de los fundamentos, el fallo no resulta convincente y, entre otras cosas, no pondera adecuadamente los derechos en juego e interpreta la libertad de elección que garantiza la Constitución como un derecho absoluto.

SUMARIO

1. Introducción. 2. La Deliberación en el Congreso; a) La nueva Ley de ISAPRES, b) ¿Por qué es importante? 3. La Judicialización vía Recurso de Protección: una bola de nieve. 4. El golpe final: la decisión del Tribunal Constitucional; a) Argumentos de la requirente, b) Aclaraciones previas, c) Derechos económicos y sociales, d) Argumentos para acoger el requerimiento, e) El voto de minoría. 5. Visión General de los Derechos Comprometidos; a) Derechos económicos y sociales, b) Visión general del asunto, c) Derechos negativos vs. Derechos positivos, d) La colisión de derechos, e) El juicio de ponderación: una salida posible, f) Rol de los particulares, g) Rol del Estado, h) Rol de los jueces, i) Conclusión. 6. La Sentencia del TC; a) La sentencia y el derecho a la salud, b) ¿Se afectó el derecho en su esencia?, c) ¿Y la deferencia al legislador?, d) Libertad de elección: ¿un derecho absoluto? 7. Consecuencias y Proyecciones. 8. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

En junio de 2008 el Tribunal Constitucional (TC), conociendo de una inaplicabilidad, declaró contraria a la Carta Fundamental una norma de la Ley de Isapres que regula el cambio de precios de los planes de

[1] Abogado UC y Máster en Derecho (LLM) Universidad de Columbia, NYC. Director Programa Legislativo, Libertad y Desarrollo. Profesor Derecho UC. El autor agradece los aportes de Axel Buchheister, Arturo Fermandois, Carlos Frontaura y Sebastián Zárate y la valiosa colaboración prestada por el ayudante Jakob Kretulis.

salud. Con este fallo, el TC se pronunció acerca de una regulación que las cortes de apelaciones del país ya conocían bien pues, por la vía de la protección, habían tornado inaplicable para todo aquel que, ante un alza en el precio del plan, recurriera a tribunales. El TC era tal vez la última opción de desvirtuar una interpretación que amenaza hasta hoy con dañar en lo más profundo las bases del sistema privado de salud. Desafortunadamente, como veremos, eso no ocurrió y el TC, sobre la base de diversos razonamientos, se aproximó a la contienda de un modo que no solo mantiene viva la discusión sino que la ha exacerbado.

Las páginas que siguen a continuación describen brevemente el origen de la norma impugnada, la forma que escogió el Congreso Nacional para regular el alza de precios de los planes de salud y el modo como desde hace años las cortes de apelaciones han resuelto los recursos de protección ante alzas en los precios de los planes de salud. Posteriormente se examina en profundidad el fallo. Para eso el análisis se encamina principalmente a criticar el modo como el TC aborda la temática de los derechos sociales, sus implicancias y alcances. Esto por cuanto no debe olvidarse que en esta decisión el TC desarrolla por primera vez en forma tan detallada esta temática y, en consecuencia, no sería de extrañar que el fallo se transforme en un hito jurídico. Finalmente, el documento termina estudiando algunos aspectos concretos de la sentencia que también merecen atención como la forma en que interpreta cuándo un derecho se afecta en su esencia o el modo en que entiende el derecho a elegir el sistema de salud que asegura la Carta Fundamental.

Como se podrá apreciar la decisión no resulta convincente. Ello en especial por la carencia de ponderación, por la falta de estándares, por la precariedad de ciertos argumentos y, en términos globales, porque deja un gusto amargo el apreciar que, en esta ocasión, los argumentos del TC no solo dejan de persuadir sino que también lo acercan peligrosamente a un rol de reformador social de complejas perspectivas.

2. LA DELIBERACIÓN EN EL CONGRESO

a) La Nueva Ley de ISAPRES

Para entender con mayor claridad las contiendas que han llegado a tribunales, es necesario retroceder algunos años y remontarse a la en-

tonces llamada "ley larga de Isapres"[2]. Fue este uno de los proyectos de ley ingresado por el Ejecutivo para modificar diversas regulaciones a propósito de la reforma a la salud que introdujo el Plan Auge[3]. El proyecto inició su tramitación el 2 de julio de 2001 y entró a regir algo más de tres años después, el 5 de julio de 2005.

En lo que interesa para este documento, la ley regula el alza de precios de los planes de salud que, por tanto, no pueden ser acordados libremente entre las partes sino que requieren ceñirse a una compleja regulación que detalla la ley. Esta materia fue originalmente introducida en la Comisión de Salud del Senado y luego largamente discutida por sus miembros. De hecho, no solo hubo una propuesta sino que se presentaron diversas alternativas que fueron complementándose a medida que avanzaba el debate[4].

La discusión al interior de la Comisión de Salud abordó numerosos aspectos para definir finalmente la figura que se aprobaría. Quien escribe estas líneas asistió a esas sesiones en calidad de asesor legislativo y puede dar fe que el tema exigió un profundo análisis técnico de las diversas variables que se conjugan en el sistema de ISAPRES. Todo ello consta someramente en el resumen del debate que aparece en el Segundo Informe de dicha comisión. En otras palabras, la fórmula elegida nació de una deliberación pública y democrática en el Congreso Nacional que finalmente, con la ayuda de expertos y la participación de los representantes elegidos por la gente, optó por una fórmula para intentar salvar los desafíos que presentaba la regulación del mercado de la salud privada en relación al aumento de costos.

En términos muy generales, los artículos relevantes para el análisis del fallo en este documento son aquellos que regulan el alza del precio de los planes de salud. El artículo 38 bis.- restringe la libertad de las ISAPRES para modificar los precios base. La figura utilizada es limitar el alza de precios de cada uno de los planes de una determi-

---

2 En oposición a la "ley corta de ISAPRES" que fue el nombre con que se conoció a la ley Nº 19.895 que establece diversas normas de solvencia y protección de personas incorporadas a instituciones de salud previsional, Administradoras de Fondos de Pensiones y Compañías de Seguros. (DO 28.8.2003).

3 Boletín 2981-11, Proyecto de ley que modifica la ley 18.933 sobre instituciones de salud provisional.

4 En el Segundo Informe de la Comisión de Salud del Senado consta someramente el debate y algunas de las alternativas que se barajaron. Ver páginas 63 y ss. Segundo Informe de la Comisión de Salud recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, que modifica la ley Nº 18.933, sobre Instituciones de Salud Previsional. Boletín 2981-11. 25 de enero de 2005.

nada ISAPRE a una banda de forma que las variaciones individuales no puedan ser ni superior ni inferior al 30% de las variaciones porcentuales de precios base informadas por la respectiva ISAPRE. En caso de violación de esta norma, la Superintendencia de Salud tiene atribuciones para dejar sin efecto el alza y aplicar las sanciones que establezca la ley.

El artículo 38 ter.- por su parte –disposición que fue la declarada inaplicable por el Tribunal Constitucional en la sentencia que se analiza– regula las denominadas tablas de factores[5]. Con este objeto, señala que el precio que cada cotizante debe pagar a la ISAPRE corresponde al precio base de cada plan –que es igual para todas las personas que contratan el mismo plan– multiplicado por el factor que corresponde al afiliado de conformidad con la tabla de factores de riesgo los que, a su vez, dependen del sexo y la edad[6]. Así, continúa el artículo, a un menor de dos años se le aplican factores diversos que a un mayor de dos años, el factor aplicable a las mujeres es diverso que al de los hombres y, en fin, a los mayores se les aplica un factor distinto que a los más jóvenes. Todo esto no por mera discrecionalidad sino que debido a que los riesgos de salud varían según la edad y el sexo de los cotizantes.

Fue así que, con estas y otras normas, se despachó el proyecto del Congreso Nacional. En su momento, el entonces Presidente de la Comisión de Salud, Senador Mariano Ruiz-Esquide, resumiendo el proceso deliberativo que lo había originado, manifestó: "creemos haber aprobado esta iniciativa en la forma que nos parece más útil para el país. Es una materia extremadamente controvertida; la discusión fue muy larga. Y debo reconocer que cada uno de nosotros hizo un esfuerzo por superar sus propias reticencias acerca de algunos puntos, en el ánimo de contar con la cuarta ley necesaria para llevar a cabo la reforma de la salud"[7].

---

5 El artículo 2º, letra n) de la ley 18.933 señala que se entiende por "tabla de factores" aquella tabla elaborada por la Institución de Salud Previsional cuyos factores muestran la relación de precios del plan de salud para cada grupo de personas, según edad, sexo y condición de cotizante o carga, con respecto a un grupo de referencia definido por la Superintendencia, en instrucciones de general aplicación, el cual asumirá el valor unitario. Esta tabla representa un mecanismo pactado de variación del precio del plan a lo largo del ciclo de vida, el que es conocido y aceptado por el afiliado o beneficiario al momento de suscribir el contrato o incorporarse a él, según corresponda, y que no podrá sufrir variaciones en tanto la persona permanezca adscrita a ese plan.

6 Artículo 2º, letra m), ley Nº 18.933.

7 Sesión del Senado de 9 de marzo de 2005.

b) ¿Por qué es importante?

Supuestamente el mecanismo elegido serviría para equilibrar dos bienes en juego que, a juicio de los legisladores, valía la pena resguardar. Uno de ellos es la protección a los denominados cotizantes cautivos, es decir, aquellos afiliados cuya capacidad de elección es reducida por tener una enfermedad preexistente u otra característica que los deja "cautivos" o inmovilizados en la ISAPRE en que están cotizando. Al regular el alza de precios, limitando así la autonomía de la voluntad y la libertad para contratar, disminuía la probabilidad que las ISAPRES aumentaran ilimitadamente los precios de estos cotizantes para forzarlos a salir del sistema. Con la ley, se argumentó en su momento, las alzas son reguladas lo que constituye un cierto resguardo a dichos afiliados. Adicionalmente, el nuevo fondo de compensación ayudaría a fortalecer la capacidad de elección de estos cotizantes cautivos.

El otro bien en juego es la libertad de elección de las demás personas que quieren –o más bien deben– contratar un seguro de salud en aquella institución que más le acomode. Hoy el mercado ofrece una opción estatal –FONASA– y una diversidad de opciones privadas en las ISAPRES. La competencia también debía resguardarse para lo cual era imperioso no afectar los mecanismos de negociación de precios entre oferentes y demandantes. Como todo mercado privado, las ISAPRES no dependen de las transferencias del Estado, como ocurre con su competidor público, sino que del traspaso de recursos que le hacen periódicamente todos los afiliados al sistema. De este modo, el precio que pagan los afiliados es esencial pues sin él no habría contraprestación. Por eso la ley tampoco hubiera podido congelar los precios o ignorar totalmente el mercado al fijarlos. La banda de alzas de precios, por tanto, permitiría aumentos que sustentarían económicamente el sistema[8].

Todo esto, además, se inserta en un contexto mucho más complejo. En efecto, ningún sistema de salud en el mundo ha podido solucionar el aumento de los costos de la salud. Y es más, virtualmente no hay sistema de salud en el mundo que sea bien evaluado por la ciudadanía. No lo es un sistema eminentemente privado, como el de Estados Unidos, ni tampoco uno mayormente estatal, como el de Inglaterra. La razón es que estamos ante un asunto complejo, lleno de aristas que no permiten, como en otras decisiones de política pública,

[8] Un análisis global de la reforma puede verse en CASTRO (2006).

encontrar soluciones probadamente satisfactorias. Las variables en juego son lo suficientemente complejas como para hacer propuestas simplistas[9].

En este contexto, en Chile los poderes legisladores consideraron que la regulación aprobada era una alternativa razonable para conjugar diversos factores relevantes en las políticas públicas vinculadas a la salud. Si bien la fórmula admite críticas y existen otras alternativas que eventualmente podrían calificarse como más sólidas[10], lo cierto es que, en definitiva, la ley optó por esta vía. Si se desea modificar el sistema o adoptar un política pública diversa, habrá que recorrer nuevamente el camino para hacerlo que involucra a diversos actores entre los que se cuentan la opinión pública, los congresistas, el Poder Ejecutivo, los grupos de interés y, en general, los ciudadanos. Sin embargo, como veremos a continuación, la realidad nos está mostrando que la senda que se está siguiendo para modificar esta decisión de política pública no está siendo la que acabamos de enunciar sino una más directa, pero no necesariamente la más justa y democrática: es el camino de los tribunales.

3. LA JUDICIALIZACIÓN VÍA RECURSO DE PROTECCIÓN: UNA BOLA DE NIEVE

En el completo trabajo de GASTÓN GÓMEZ sobre el Recurso de Protección (RP) se dedica un capítulo especial a la relación entre el RP y el derecho a la salud, más específicamente, los contratos de salud de particulares con las ISAPRES. No es del caso entrar a analizar en estas páginas el devenir de esos recursos y las razones que han utilizado las diversas cortes para fallar. Lo relevante ahora es únicamente mencionar cómo ha ido avanzando la judicialización en este aspecto no siendo, por tanto, un asunto circunscrito exclusivamente al TC.

En efecto, en su investigación Gómez da cuenta de 85 RP presentados contra las ISAPRES entre el año 1990 y 2001. El promedio de los acogidos es de 65%, guarismo que se aparta marcadamente de los promedios generales del recurso que, según expresa el autor, es de

[9] Si se analiza únicamente una de esas variables, la evolución del gasto per cápita en salud, tenemos, por ejemplo, que mientras en 1970 el gasto per cápita en salud en Estados Unidos, Irlanda y Australia, por tomar tres países diversos, eran respectivamente de US$ 352, 117 y 252. El año 2003, esa cifra había aumentado a US$ 5.711, 2.455 y 2.886. OECD Health Data 2006.

[10] KLING (2006). También Temas Públicos, Análisis e Implicancias del Fallo del Tribunal Constitucional sobre ISAPRES, 25 de julio de 2008.

tan solo 6,7%. Más curiosa es esta cifra si se recuerda que el derecho a la salud no está protegido por el RP pues la Carta Fundamental solo autoriza utilizar esta acción en caso de verse afectada la libertad de elección del sistema de salud. La razón para tan alto porcentaje de recursos acogidos, aventura Gómez, es que "resulta bastante evidente –a la luz de fallos sobre enfermedades preexistentes y adecuaciones de contratos– que la Corte se identifica con el afiliado"[11], empatiza con él.

El mismo trabajo da cuenta que una de las principales causas para recurrir es –al igual que en el caso que se analiza– el alza en el valor del plan de salud. A esta cuestión y al modo como acogieron hasta el año 2001 las cortes estos reclamos dedica el autor varias páginas. En términos generales, ellas nos muestran cómo las cortes acogieron los RP y dejaron sin efecto el alza de los precios fundándose para ello en el supuesto derecho de propiedad que existiría sobre el precio que establece el contrato y en una particular interpretación del derecho a la libre elección que contiene el artículo 19 Nº 9.

En consecuencia, y como puede apreciarse, la contienda que conoció el TC el año 2008 es un asunto que las cortes de apelaciones y la Corte Suprema llevan conociendo hace años. Gómez consigna los casos hasta el 2001[12]. José Ignacio Vásquez señala que el 2002 y 2003 la Corte Suprema resolvió favorablemente para los cotizantes de ISAPRES 14 y 40 recursos, respectivamente, en diversas materias[13]. Después de 2004, la información disponible da cuenta de un aumento explosivo de los RP en contra de las ISAPRES a raíz de procesos de adecuación en los planes de salud. Así lo que partió como esporádicos recursos acogidos por las cortes, ha generado paulatinamente una avalancha de acciones. Según información de la Superintendencia, el 2004 fueron 104; el 2005, 146; el 2006; 186; y el 2007, la cifra se eleva a 664 RP presentados contra ISAPRES[14]. No hay cifras de cuántos de ellos fueron acogidos pero, como se ha dicho, la tendencia permite suponer que fueron una gran mayoría.

Durante el año 2008, informaciones de prensa siguieron dando cuenta del aumento de RP. En julio, *El Mercurio* aseguraba que en lo que

11 Gómez (2005) 423.

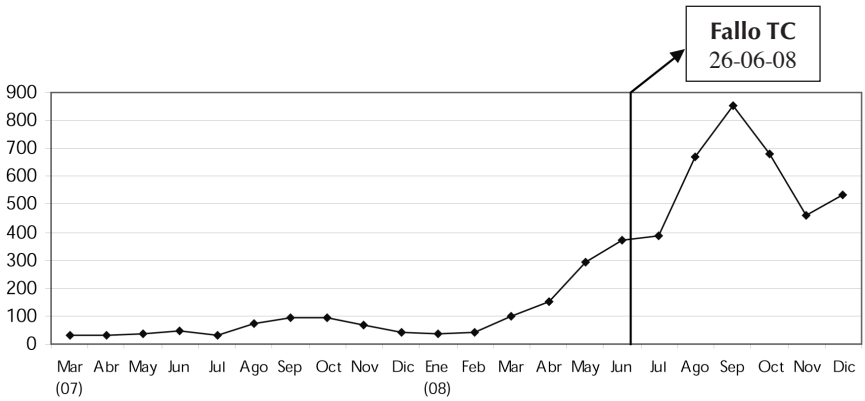
12 Entre 1991 y 2001 Gómez consigna 23 RP motivados en variaciones de los planes de salud de los cuales 15 fueron acogidos, 7 rechazados y 1 declarado inadmisible. Gómez (2005) 429.

13 Vásquez (2004) 402.

14 Información sobre Recursos de Protección Interpuestos contra las ISAPRES. Oficio Circular IF N°15, de 15 de mayo de 2008. Superintendencia de Salud.

iba del año ya se habían duplicado los recursos de protección por alzas en los planes de salud respecto del año 2007[15]. Días después agregaba que dos tercios de los recursos en contra de las ISAPRES eran fallados a favor de los afiliados[16]. Y hace pocos meses volvía sobre el tema señalando que tan solo en la Corte de Apelaciones de Santiago se habían presentado más de 4.500 RP sobre la misma materia[17]. Con estas cifras, hemos elaborado el siguiente gráfico que da cuenta del aumento constante de los RP tan solo en la Corte de Apelaciones de Santiago y del salto generado tras el fallo del TC.

RP Presentados ante la Corte de Apelaciones de Santiago por Alza de Planes de Salud



Fuente: *El Mercurio* con datos del Poder Judicial.

Todo este caudal de recursos tiene su origen en el modo como ha ido evolucionando la jurisprudencia cuando debe interpretar las normas que regulan el derecho a la salud y a la libre elección. SILVA BASCUÑÁN señala que en un principio los tribunales rechazaron diversos recursos que se fundaban en el atropello al derecho a la salud. Sin embargo, poco a poco esta tendencia fue cambiando. Primero amparando indirectamente este derecho a través de la protección de otros derechos constitucionales como la vida, la integridad, la propiedad o el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Con

15 *El Mercurio*, 2 de julio de 2008. C7.
16 *El Mercurio*, 4 de julio de 2008. C1.
17 *El Mercurio*, 18 de febrero de 2009. B5.

todo, continúa el autor, recientemente los tribunales han acogido recursos fundados en el artículo 19 Nº 9, no obstante no ser el derecho a la salud susceptible de recurso de protección[18]. Analizando esta jurisprudencia reciente, Luz Bulnes nos dice que la Corte Suprema ha sobrepasado el margen de la letra de la Constitución y ha adoptado una "concepción claramente garantista de la norma constitucional" que "ha ampliado enormemente la extensión" del derecho a la salud transformándolo en un "derecho absoluto que puede ser exigido frente a los tribunales"[19].

Es en este contexto de judicialización en el que se inserta la sentencia del TC. Era tal vez esta instancia la última opción de detener la avalancha de acciones que estaban amenazando gravemente la salud del sistema privado. Si dicho tribunal interpretaba la Constitución y las leyes del modo como se propondrá en las páginas que siguen, nacía un antecedente poderoso para enfrentar futuros RP. Desafortunadamente ello no ocurrió y el voto de mayoría no solo se sumó a la postura que habían mantenido las Cortes sino que además le dio nuevo sustento jurídico y mayor fuerza. En la práctica, un golpe final. Y tras esto, no es de extrañar que los RP hayan crecido exponencialmente, como muestra el gráfico, erosionando gravemente principios fundamentales de derecho y las bases mismas del sistema de salud privado. Es este fallo el que pasamos a analizar a continuación.

4. EL GOLPE FINAL: LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El 26 de junio de 2008, el Tribunal Constitucional dictó el fallo objeto de este estudio en virtud del cual declara inaplicable por inconstitucional el artículo 38 ter de la ley Nº 18.933, es decir, aquel que, entre otras cosas, autoriza a las ISAPRES a elaborar la tabla de factores y fijar, en conformidad a esta, el precio del plan de salud. Al voto de mayoría, redactado por los ministros Cea y Vodanovic, se sumaron además los ministros Mario Fernández, Venegas y la ministra Marisol Peña. El voto de minoría reunió a los ministros Correa, quien lo redactó, Bertelsen y Colombo. A continuación se desarrollan los principales argumentos[20].

[18] Silva Bascuñán (2008) 150.
[19] Bulnes (2004) 195.
[20] Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 976-07, de 26 de junio de 2008.

a) Argumentos de la Requirente

La sentencia se origina en el requerimiento presentado por Silvia Peña Wasaff, una cotizante que al cumplir 60 años vio alterado el precio de su plan de salud con su ISAPRE. En concreto, tal como argumenta el fallo, la requirente impugna el precepto por dos materias que regula la norma. La primera es la atribución que la norma concede a la ISAPRE para fijarle un nuevo precio al plan de salud aplicando para ello la tabla de factores. Esta tabla, explica el fallo, "considera rubros tales como el género y la edad, distinción esta última que, en la situación singular de la requirente, ella estima constitucionalmente insostenible". Adicionalmente, la requirente considera inconstitucional que la ISAPRE pueda determinar los factores sujeta únicamente a las limitaciones que establece la ley. Ello por cuanto la tabla que correspondía aplicar a la requirente permitió, a su juicio, "un alza desproporcionada del factor que afecta a la requirente y, a raíz de ello, del costo de su plan de salud (lo que) la ha dejado en la imposibilidad de pagar y, con ello, de mantenerse en el sistema de salud por el cual había optado" (c.9). Ante estas alegaciones, el TC decidió entrar a analizar si el precepto en cuestión, y más precisamente, las tablas de factores que este origina "produce o no los efectos contrarios a la Constitución aducidos por la requirente, a saber, el quebrantamiento de la igualdad ante la ley, del derecho a la libre elección del sistema de salud y del derecho de propiedad" (c.10).

b) Aclaraciones Previas

En las páginas siguientes, el TC analiza –de una manera no especialmente clara– por qué el precepto impugnado tiene un carácter decisivo en la resolución de la gestión pendiente. Como se sabe, si no lo tuviera el recurso sería inadmisible[21].

Luego pone especial énfasis en recordar el efecto relativo de la sentencia que dictará, es decir, en sus palabras, "que lo que decide son de efectos necesariamente acotados a las partes respectivas, debiendo ser desestimada toda pretensión de extenderlos a otras gestiones pendientes, sean semejantes o análogas" (c.19). En esta línea, el

[21] Cabe destacar que el TC ha dictado hasta el 1 de abril del 2009 otros tres fallos en recursos de inaplicabilidad en el que el precepto impugnado era el art. 38 ter. Todas han sido declaradas inadmisibles. Una por falta de gestión pendiente (1278-08), otra por no expresar en forma clara y precisa por qué el precepto impugnado podía resultar decisivo para la resolución del asunto (1265-08) y el tercero porque, en la práctica, pretendía dejar sin efecto la inadmisibilidad recién referida (1282-08)

tribunal explica las condiciones especiales de la requirente en relación a su edad, al tiempo que lleva vinculada con la ISAPRE ING, al nuevo precio del plan y a otros elementos que caracterizan esta contienda[22].

Con esta última argumentación, bastante recurrente, la Corte Constitucional desconoce la importancia de los precedentes y, al mismo tiempo, ignora cómo operan los incentivos de actores sociales que actúan racionalmente. Ante todo, esperar que en el futuro el TC no pondere de un modo similar hechos o circunstancias análogas al caso que se analiza importa renunciar a la seguridad jurídica que las cortes debieran propender a garantizar. De paso se está amenazando la igualdad ante la ley pues el TC, al desestimar toda pretensión de extender la decisión a otras situaciones similares, parece sugerir que está autorizado a tratar de un modo desigual a quienes están en situaciones semejantes o análogas pues podría en un caso decidir de un modo y en otro semejante fallar algo radicalmente distinto. Corresponde que el TC analice esta argumentación que aparece habitualmente en sus fallos de inaplicabilidad. Al menos debiera intentar que en circunstancias similares, las decisiones sean similares. De este modo, se protege la igualdad ante la ley, se avanza en proteger la certeza jurídica y, en definitiva, se avanza con eficiencia en la resolución de conflictos.

Pero también el TC desconoce que sus fallos generan señales y que, por más declaraciones que realice, los actores sociales analizan y actúan en conformidad a ellas. Al respecto, el juez norteamericano Richard Posner ha escrito que los jueces "no pueden omitir el futuro (…) el juez debe considerar el probable efecto de decisiones alternativas sobre el comportamiento futuro de los individuos"[23]. En efecto, no es razonable pretender que las personas, ante determinadas circunstancias ponderadas en un momento por los jueces, no esperen una respuesta similar en el futuro si ellos también se encuentran en situaciones análogas. Desconocerlo, es desconocer los incentivos que toda decisión genera en los receptores. Por lo demás, tan claro tiene el TC que en realidad sus fallos sí generan señales y efectos, que intentaron preverlo con estas declaraciones. Lo cierto es que, como pudo verse en el gráfico que se ha mostrado, nada de eso ocurrió y la

[22] Como ha desarrollado Fermandois (2008) esta aproximación se funda en la nueva forma de control concreto de constitucionalidad que, tras la reforma del 2005, adquirieron los recursos de inaplicabilidad.

[23] Posner (2000) 30.

decisión tuvo, al menos, el probable efecto de haber incentivado el aumento de recursos de protección sobre la materia.

En consecuencia, es de esperar que hacia el futuro el TC descarte este tipo de argumentaciones y decida sus fallos con el ánimo de generar precedentes y, al mismo tiempo, entendiendo que cada una de sus argumentaciones es una señal y un incentivo para acciones futuras.

c) Derechos Económicos y Sociales

El fallo lleva al Tribunal Constitucional a abordar por primera vez en profundidad el tema de los derechos económicos y sociales. Para guardar la mayor fidelidad posible a las palabras utilizadas en la sentencia se transcribirán alguno de sus párrafos:

> "Que la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica" (c.26).
>
> "Poner en duda su 'practicabilidad' de realización, es una idea confusa, porque esa 'reserva de lo posible' lleva a sostener que la Constitución ha de ser 'desactivada', a causa de la imposibilidad económica del Estado de darles satisfacción, convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización" (c.27).
>
> "Que el deber de los particulares y de las instituciones privadas de respetar y promover el ejercicio de los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana en cuanto a su existencia y exigibilidad, se torna patente respecto de aquellos sujetos a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos que ella garantiza" (c.36).

La sentencia contiene además interesantes citas a autores nacionales y extranjeros que son usadas para sostener esta argumentación. Entre otros hace referencia a Francisco Laporta, Gregorio Peces Barba y Santiago Muñoz Machado.

Luego, y en la misma línea de lo anterior, el fallo argumenta que las convenciones entre particulares y la autonomía de la voluntad se ven limitadas cuando entran en juego derechos sociales. Sostener lo contrario, nos dice, "implicaría admitir la posibilidad de que, invocando la autonomía de la voluntad, tales derechos y, a su vez, la dignidad de la persona, pudieran ser menoscabados o lesionados en su esen-

cia" (c.40). En concreto, continúa el TC, no podrían incluirse cláusulas que desconocieran o aminoraran los derechos fundamentales y si así ocurriera dichas disposiciones devendrían en inválidas por ser contrarias a la Constitución (c.43)[24].

Con esto en mente, el voto de mayoría inicia la resolución del caso en cuestión.

e) Argumentos para acoger el requerimiento

El primer reclamo de la requirente decía relación con la libertad de la ISAPRE para fijar el plan de salud en conformidad a la tabla de factores que se incorpora a su contrato de salud la que, a su vez, considera las variables sexo y edad. El TC señaló que la existencia de la tabla de factores y los rangos de edad que ella establece no pueden ser calificadas como "carente de razonabilidad, infundada o arbitraria" pues está basada en "criterios objetivos y de común o general vigencia" (c.52). Por eso sostiene su constitucionalidad. Sin embargo, es al analizar los factores específicos que han sido incorporados al plan de la requirente donde el TC encuentra vicios de constitucionalidad. Es específicamente el hecho que al cumplir 60 años la requirente haya visto modificado su factor de tal modo que su plan de salud haya aumentado de 7,4 a 9,4 UF lo que le resulta cuestionable a la Corte Constitucional.

La inconstitucionalidad de dicho aumento de precio estaría dada, en primer término, porque la ISAPRE no habría observado "el **derecho a la libre elección** del sistema de salud, público o privado al que ella resuelva acogerse" (c.59). Acto seguido desarrolla lo que conlleva este mandato constitucional: "esta obligación implica que, durante la vigencia del contrato pertinente, el afiliado no sufra cambios unilateralmente decididos en las estipulaciones pactadas, al punto que impidan al cotizante perseverar en él, darle término, optar por otra Isapre o trasladarse de sistema" (c.59).

[24] En la misma línea, más adelante señala "Que toda persona, institución o grupo está llamado a respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, incluyendo aquellos particulares a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido la facultad de dar satisfacción al legítimo ejercicio de dichos atributos esenciales, tal como sucede a propósito de las Isapres respecto a la ejecución de las acciones de protección de la salud de sus afiliados, no siendo admisible que, con base en el principio de la autonomía de la voluntad manifestada contractualmente, tales derechos sean menoscabados, renunciados ni afectados en su esencia" (c.53).

En la especie, dicho derecho estaría siendo vulnerado pues "se está frente a una cotizante cuya situación previsional es desmedrada, producto de las inestabilidades que experimentó durante su vida laboral activa, tal como ella lo argumenta en estrados" (c.65). Más claro queda aún el modo como el TC interpreta este derecho, cuando señala que "todas las cláusulas del referido contrato deben orientarse a materializar el goce real y legítimo de dicho derecho (a la libre elección), más todavía si el afiliado envejece y, a raíz de ello, sube considerablemente el factor respectivo, lo cual repercute en el mayor costo de su plan de salud. Con ello, lejos de permitir el acceso a las prestaciones correlativas, las dificulta y, en el caso extremo, cuando el afiliado, no puede seguir pagando el nuevo costo del plan, cual sucede en la causa aquí decidida, queda obligado a abandonar el sistema privado de salud que había escogido para incorporarse al equivalente público. Obviamente, el hecho descrito significa que el afectado se halla impedido de ejercer tales derechos, a pesar de estarle asegurados por la Constitución en cualquier tiempo y circunstancia" (c.63)[25].

En segundo término, el TC también argumenta que el alza carece de **proporcionalidad y razonabilidad**. Para justificarlo nos dice que la evolución de los factores de edad y sexo que considera la tabla, si bien tienen justificación en cuanto se fundan en condiciones objetivas de riesgo, no la tendría en relación a su magnitud, "la que oscila desde el factor 1,00 al factor 4,00, facultando así a la Isapre para cuadruplicar el valor del plan de salud pertinente. Esta circunstancia, al cumplir la requirente sesenta años de edad, le ha irrogado un alza del factor 3,00 a 3,50 y el aumento, ya señalado, del precio base de su plan de salud" (c.61). Por estas circunstancias, continúa la Corte, no se habría respetado "la proporcionalidad de las prestaciones que exige un contrato válidamente celebrado" (c.61). El considerando siguiente es más específico en desarrollar la idea cuando dice que "al no estar justificada la magnitud de la diferencia resultante de la aplicación de los factores asignados a la tabla, incorporada al contrato de salud de la requirente de autos, en función del rol que han de servir las Instituciones de Salud Previsional, debe concluirse que se trata de una facultad cuyo ejercicio permite incurrir en discriminación infun-

[25] La misma forma de entender el derecho a la libre elección queda de manifiesto en otro pasaje cuando se argumenta que el contrato de salud "debe siempre tender a maximizar el goce del derecho a la protección de la salud y no a dejarlo sin vigencia efectiva, v. gr., al impedir que el cotizante mantenga el régimen privado de atención al cual había resuelto acogerse" (c.62).

dada o distinción carente de justificación razonable y, en esa medida, arbitraria" (c.62).

Finalmente el fallo desestima una importante defensa de los requeridos que deja ver una escasa **deferencia al legislador**. En efecto, establece que no es suficiente que la ISAPRE haya seguido las normas legales y administrativas que rigen este tipo de actos pues "tampoco (puede) olvidarse que, en las estipulaciones de ese contrato de salud, tienen que ser respetados y promovidos los atributos que integran el derecho a la protección de ella, asegurado a la señora Peña Wasaff en el artículo 19, Nº 9, de la Carta Fundamental" (c.55). En la misma línea, más adelante agrega que la "facultad que por ley se otorgue a las Isapres de fijar libre o discrecionalmente un factor para incorporarlo a dichas contrataciones debe suponerse siempre limitada por los valores, principios y disposiciones constitucionales, deducción lógica que, si fuera desconocida o ignorada, sería equivalente a quebrantar el valor de la supremacía que singulariza a la Constitución" (c.57).

Todos estos argumentos llevaron a los cinco ministros que se sumaron al voto de mayoría a acoger el requerimiento y declarar, por tanto, inaplicable el artículo de la ley de ISAPRES que regulaba el alza de los precios del plan de salud de la afectada.

f) El voto de minoría

Redactado por el Ministro Correa Sutil, el voto de minoría reúne además a los ministros Bertelsen y Colombo. Es este un coherente y completo análisis del caso y de los variados aspectos jurídicos involucrados que se inicia argumentando que la Carta Fundamental no prohíbe a los particulares que proveen un bien o servicio esencial modificar unilateralmente, dentro de los límites fijados por la autoridad competente, el precio que cobran por el bien o servicio que producen. Luego examina los criterios fijados por el legislador para regular los cambios de precios y desecha que estos discriminen arbitrariamente ni que la magnitud del alza implique similar discriminación. Finalmente, el voto de minoría también niega que la acción de la ISAPRE vulnere el derecho a la salud, el derecho de propiedad y la libertad de elegir de la requirente[26].

[26] La disidencia esgrime un último argumento de interesantes proyecciones. Señala que de acogerse el requerimiento se estaría alterando "un contrato libremente pactado, modificando su valor o precio, el que ha sido establecido por una de las partes en conformidad a la ley" (n.17). Si bien reconoce que jurisprudencia del propio TC admite que

En la sección siguiente no se analizará en detalle el voto de minoría sino que solo se mencionarán algunos de los argumentos esgrimidos por la disidencia como complemento al análisis crítico que se hace a la sentencia en esas páginas[27].

5. VISIÓN GENERAL DE LOS DERECHOS COMPROMETIDOS

La sentencia tiene numerosos aspectos que son susceptibles de crítica. El modo como se interpretan diversas normas constitucionales, el defectuoso desarrollo de algunos de los argumentos, cierta incapacidad de proyectar las consecuencias de la decisión, la falta de criterios de interpretación que puedan ser utilizados en otros casos similares y, en fin, otra serie de elementos, hacen de esta sentencia una de aquellas que conviene analizar con detención para evitar que sus fundamentos se constituyan, hacia el futuro, en precedentes.

En las próximas páginas desarrollaremos de un modo más bien general la manera como la doctrina se ha aproximado a los derechos económicos y sociales y plantearemos algunos presupuestos necesarios para la defensa de los derechos en una sociedad de libertades. Dado que, como se ha dicho, es esta la primera vez que el TC trata el tema en forma tan profunda, no es de extrañar que, al menos en esa parte, la sentencia marque un hito. Por esto, y para evitar que en el futuro decisiones de esta u otra corte aborden los derechos sociales sin considerar todas las variables en juego, como desafortunadamente ocurre en esta ocasión, analizaremos con especial cuidado este tema y la discusión teórica que lo acompaña.

a) Derechos económicos y sociales

Como se sabe, la primera parte de la sentencia está dedicada a desarrollar el contenido y alcance de los derechos económicos y sociales, en especial, del derecho a la salud. El voto de mayoría, según dijimos, desestima la tesis que los derechos de segunda generación

el legislador pueda alterar el precio del contrato lo ha hecho siempre y cuando sea el legislador quien proceda de tal forma y cuando además se verifiquen estrictamente otra serie de requisitos que aquí no se presentan (n.18).

[27] Por último, el ministro Enrique Navarro también estuvo por desechar el recurso, pero a diferencian de los otros disidentes, porque el precepto impugnado no resultaba aplicable al caso pues "el artículo 38 ter no resulta aplicable a los contratos de salud suscritos con anterioridad a su entrada en vigencia" (c.11).

estarían en alguna medida relacionados con la capacidad del Estado para darles satisfacción. Por esto mismo, los derecho sociales no serían entonces meras expectativas cuya materialización queda suspendida a la disponibilidad de recursos fiscales. Sin ahondar en el modo como entonces debieran satisfacerse estos derechos, el TC solo se limita a reconocer que "los derechos sociales permitirían a sus titulares exigir ya no abstención por parte del Estado (…) sino más bien una actuación positiva de este en orden a su consecución" (c.28).

Con estas y otras declaraciones similares, el TC se detiene por primera vez con este grado de extensión y profundidad a analizar la problemática de los derechos sociales y su inserción en el mundo del derecho. Desafortunadamente esta primera aproximación no constituye un real aporte al debate constitucional pues más que criterios o estándares de interpretación, la sentencia nos ofrece generalidades que no se detienen en el núcleo de la contienda. En otras palabras, el fallo carece de la profundidad que merecía un asunto tan controvertido y largamente discutido como son los derechos sociales, su concreción y exigibilidad en el sistema jurídico y el rol de los jueces. Como entraremos a analizar, el fallo presenta escasas luces que permiten iluminar este debate[28].

b) Visión General del Asunto

La discusión en torno a la existencia y exigibilidad de los derechos económicos y sociales es de antigua data y supera con creces el objetivo de este trabajo. Desde hace décadas el tema despierta alto interés en todo el mundo y han sido numerosos los juristas y académicos que han dedicado sus esfuerzos a investigar y escribir sobre el tema. El resultado ha sido un completo análisis doctrinario que aborda la materia desde las más diversas perspectivas llegando, cada una de estas investigaciones, a enriquecedoras conclusiones[29].

---

[28] Es necesario señalar que hay algunos que no comparten este juicio. Cecilia Rosales, por ejemplo, manifiesta que el fallo es positivo pues considera que los derechos sociales son verdaderos derechos y no meras expectativas que constituyen un distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado social. Celebra también que se considere que el derecho a la protección de la salud esté sustancialmente ligado a otros atributos asegurados en la Carta Fundamental. José Manuel Díaz de Valdés considera positivo que la sentencia nos recordara que los derechos sociales no eran simples declaraciones y que desarrollara el efecto horizontal de estos derechos. También celebra que el fallo reconozca que "la aplicación sin criterio de la ley puede causar injusticias y que las facultades legales deben ser ejercidas en forma razonable". José Manuel Díaz de Valdés, Sección Cartas, *El Mercurio*, 6 de julio de 2008.

[29] Solo por mencionar algunas, además de otros trabajos que se citan más abajo, en Chile

Si es necesario detenerse en algo, tal vez lo primero que debe plantearse es la tradicional discusión sobre si estamos o no ante derechos. Al respecto hay diversos autores que expresan sus dudas. Veremos algunas de las perspectivas que adoptan los críticos.

JOSÉ IGNACIO MARTÍNEZ, por ejemplo, desarrolla el tema con una mirada histórica para luego afirmar que los derechos sociales "distan de ser un instituto coherente y bien definido. En su mayoría son prestaciones, pero algunos no lo son"[30]. Con esto en mente, agrega que a diferencia de los derechos liberales, los derechos sociales "recogen más bien principios, programas o aspiraciones político sociales" que en ocasiones, como es el caso de Chile, son elevadas a nivel constitucional. Esta y otras razones, como la necesidad de contar con recursos económicos para satisfacer dichas necesidades, llevan a la conclusión que "estos preceptos envuelven claros mandatos al poder político (ejecutivo y legislativo), pero cuesta imaginar que de ellos se deriven derechos correlativos, al menos en el sentido jurídico del término". Más adelante agrega que las prestaciones que involucran estos derechos "tendrán un contenido cierto y determinado cuando el legislador se los dé. Solo en ese momento se sabrá a ciencia cierta la magnitud de las prestaciones en que consisten, que estaría determinada por las posibilidades económicas del momento"[31].

FERNANDO ATRIA[32], desde otro punto de vista, sostiene que la noción de derechos sociales es contradictoria en sí misma si por derecho se hace referencia a los derechos subjetivos como tradicionalmente han sido entendidos. Tras un interesante análisis histórico y jurídico que profundiza en las concepciones liberales y socialistas de derecho, Atria señala que "el concepto de derecho subjetivo hace referencia a la idea de que lo que es justo dar, hacer o no hacer al titular del derecho puede determinarse con independencia de consideraciones substantivas de índole general. Por eso los derechos triunfan (al menos en principio) sobre consideraciones de utilidad general o aspiraciones comunitarias"[33]. Más adelante agrega que una de las razones por las

una visión histórica puede encontrarse en BERTELSEN (1987) y AYLWIN (1988). Luego MERA (1988), MAYORGA (1990) y más recientemente NOGUEIRA (2003), CRISTI Y RUIZ-TAGLE (2006), CELIS (2007), JORDÁN (2007) y NASH (2008) han abordado el tema desde diversas perspectivas. Una visión sintética de la discusión a nivel internacional en BERNAL PULIDO (2005) 348-400.

30 MARTÍNEZ (2006) 304. Ver también MARTÍNEZ (1997).

31 MARTÍNEZ (2006) 308.

32 ATRIA (2004) El debate que ha generado este trabajo de Atria ha sido extenso. Entre otros ver GARGARELLA (2006) y BERNAL (2006)

33 ATRIA (2004) 39.

que los derechos sociales fueron presentados como "derechos" era justamente el poder enfrentarlos a los derechos individuales tradicionales. Sin embargo, continúa, al tomar esta opción y llevar los fines colectivos al lenguaje de los derechos "la idea comunitaria en la que descansan es negada y la demanda es entendida como una de individuos en contra de la comunidad"[34]. Y es aquí donde está la contradicción, continúa Atria, quien en definitiva califica la expresión derechos sociales como una contradicción similar a la que se cae cuando se dice "soltero-casado".

Por último Friedrich Hayek en uno de sus escritos titulado "El Espejismo de la Justicia Social" publicado en 1976 se refiere, entre otras cosas, a esta materia. El autor concluye que los nuevos derechos económicos y sociales que habían sido garantizados en la Declaración Universal de Derechos Humanos eran esencialmente incompatibles con una sociedad libre. Siendo especialmente crítico con ese documento internacional señala que "no tiene sentido describirlos (estos nuevos derechos) como pretensiones frente a la 'sociedad', porque la 'sociedad' no puede actuar, pensar, valorar o 'tratar' a nadie de ningún modo particular. Si hay que atender tales exigencias, el orden espontáneo llamado sociedad debe ser sustituido por una organización dirigida racionalmente"[35]. Luego, a modo de conclusión, agrega un párrafo que conviene transcribir en extenso:

> El hecho fundamental que estas ilusiones no consideran es que la disponibilidad de todos esos beneficios que queremos que disfrute el mayor número de gente posible depende de que esta misma gente utilice los mejores conocimientos para producirlos. Establecer derechos legalmente sancionables ligados a los beneficios es muy distinto de producirlos. Si se desea que todos estén mejor, nos acercaremos a este objetivo no decretándolo por ley o dando a todos un título jurídico sobre lo que se piensa que les corresponde, sino incentivando a todos a que hagan cuanto esté en su mano, y que redundará en beneficio de los demás. Hablar de derecho cuando solo están en juego aspiraciones que solo un sistema consciente puede satisfacer, no solo distrae la atención de los determinante efectivos de esa riqueza que se quiere para todos, sino que también envilece el término 'derecho', cuyo verdadero significado es muy importante preservar si se quiere mantener una sociedad libre"[36].

[34] Atria (2004) 40.
[35] Hayek (1966) 305.
[36] Hayek (1966) 308.

Así las cosas, Hayek no discrepa de la aspiración, es decir, permitir el acceso a diversos beneficios y así elevar la calidad de vida de las personas. Su crítica se enfoca a que el modo para hacerlo sea a través del lenguaje de los derechos. Cuando eso ocurre, no solo se equivoca el camino que debe seguirse sino que también se desvirtúa el concepto mismo de derecho[37].

Desde esta perspectiva, no cabe duda que el fallo del TC es un ejemplo concreto de los riesgos que planteaba Hayek. En efecto, el hecho que toda la sociedad sea la que debe asumir la satisfacción del derecho es solo una declaración sin contenido que, al momento de concretarla, recae solo en algunos, las ISAPRES. Adicionalmente, también desde la mirada de Hayek, la utilización del lenguaje de los derechos permite erosionar la aplicación de otros derechos y libertades cuya existencia no estaría en duda, como son la propiedad y la libertad de contratación. Como estas hay otras críticas que podrían levantarse tan solo de reconocer que existe un derecho a la salud.

Pero esta visión, que a mi juicio es coherente y correcta, no puede servirnos de único fundamento para criticar la sentencia de un tribunal que se enfrenta a un panorama constitucional ya dado, como es el caso de Chile. En efecto, como se sabe, diversos derechos económicos y sociales están consagrados como tales en la Constitución. Si bien es válido discutir la conveniencia y mérito de incluirlos, lo cierto es que ese debate no es necesario realizarlo cuando se analiza una decisión de un tribunal que está llamado a aplicar una Constitución y leyes que ya los contemplan en el catálogo de derechos.

Por esta razón, en el contexto de este documento, pareciera que lo más razonable es evitar esta discusión y debatir sobre la base de un marco ya dado, cual es la Carta Fundamental vigente. El hecho que nuestra Constitución contemple entre los derechos y garantías que asegura a todas las personas el derecho a la salud nos debe llevar a concluir que a los operadores jurídicos no les cabe otra opción que comportarse como si fueran derechos. Lo contrario implicaría autorizar a los jueces u otros organismos para desconocer normas constitucionales lo que, entre otras cosas, vulneraría principios fundamentales del Estado de Derecho. Y si se llegara a sostener que hay alguno de los derechos consagrados en la Carta Fundamental que no es propiamente un derecho, habría que discutirlo en su mérito analizando

[37] También critica el uso del lenguaje de los derechos, pero esta vez para sostener que ello empobrece el debate político, GLENDON (1991).

los diversos argumentos e intentando convencer a jueces, legisladores y opinión pública en general de la necesidad de no considerar aquella norma como capacitada para conceder un derecho.

En definitiva, la cuestión en esta oportunidad no es dilucidar si los derechos sociales son derechos o no. La clave esta vez es descubrir cómo deben comportarse en el sistema y cómo deben aplicarlos los jueces. Todo indica que al incluirlos en el sistema jurídico, hay variados factores que distinguen su exigibilidad, interpretación y concreción.

c) Derechos Negativos vs. Derechos Positivos

Conviene detenerse tan solo un momento en una materia que otros ya han tratado en profundidad. La distinción entre derechos negativos y positivos o, lo que es lo mismo, entre derechos de primera y segunda generación es un tema muy controvertido[38].

Uno de los factores de distinción, se ha dicho, es la capacidad económica del Estado. En efecto, se dice que la exigibilidad de ciertos derechos económicos y sociales dependería de la asignación de recursos que haga el Estado para concretar esos derechos. Esta mirada es realista pero requiere algunas precisiones como la que efectúan Holmes y Sunstein quienes han dedicado no pocas páginas a mostrar el "costo de los derechos" –como titulan el libro del que son coautores– y a argumentar por qué la libertad depende de los impuestos[39]. En efecto, si hay algo seguro es que se producirán violaciones a todos los derechos fundamentales si un Estado no es capaz de hacer cumplir la ley y proteger el Estado de Derecho. Para hacerlo necesariamente debe asignar recursos y crear mecanismos de resolución de conflictos, generar cierta capacidad de imperio que le permita ejercer la fuerza y mantener el orden público y establecer mecanismos que asignen con certeza los derechos de propiedad. Que todo esto requiere recursos no da lugar a dudas.

Sin embargo, la argumentación que se ha dado se enfoca en un aspecto que no es el central. La distinción entre ambos tipos de derechos –in-

[38] Aldunate (2008) 59.

[39] Holmes y Sunstein (1999) señalan que "es posible reclamar que algunas o todas las agencias gubernamentales son un despilfarro o muy costosas, o incluso que algunas deben ser eliminadas. Pero si bien no hay un único esquema institucional ideal, algún grado de burocracia gubernamental para proveer 'remedies' debe subsistir (…) Porque el individuo totalmente 'privado' y autosuficiente no tiene derechos, no es posible estar 'con los derechos' y 'en contra del gobierno' p. 47.

dividuales y sociales– pasa, más que por los costos de concreción, por la naturaleza misma de los derechos que están en juego que, por ser diversa, tiene necesariamente implicancias económicas en lo que se refiere al costo de satisfacción. En efecto, el modo como se concretan los derechos individuales y los sociales es diverso. Mientras para hacer exigible el derecho de propiedad se requiere de hechos concretos y determinados con límites conocidos, para hacer lo mismo con el derecho a la salud de todos los ciudadanos se requiere de acciones positivas cuyo límite no está determinado pues nunca termina por satisfacerse. Y si hace cincuenta años el derecho a la salud implicaba condiciones mínimas de salubridad en la ciudad, hoy ese mismo derecho tiene una carga diferente que incluso llega a motivar el financiamiento de viajes al extranjero. ALDUNATE expresa con claridad esta diferencia esencial cuando dice "si un sistema judicial opera con pocos recursos financieros podrá ser, en los hechos, insatisfactorio, pero la demanda normativa que emana de la garantía del debido proceso permanece inalterada. En cambio, los derechos económicos, sociales y culturales involucran en la mayor parte de los casos una condicionalidad económica como parte estructural de su contenido normativo"[40]. Incluso el propio PECES BARBA reconoce que "lo que distingue a estos derechos (económico sociales) de los anteriores (personalísimos, políticos, de seguridad jurídica y de sociedad comunicación y participación como los califica) es que son inseparables de dimensiones económicas de escasez que los condicionan y que incluso los pueden hacer desaparecer"[41].

En definitiva, es necesario constatar que la naturaleza de ambos grupos de derechos es distinta y que el modo de enfrentarlos es también distinto. Esto, entre otras cosas, porque la posibilidad de cumplir y concretar los derechos sociales además de no tener límites concretos, tiene un indudable componente prestacional que necesariamente terminan vinculándolos con la capacidad económica del Estado en un determinado momento[42]. Teniendo esto en cuenta, podremos apreciar con mayor claridad cuál es el rol de los jueces enfrentados a este tipo de conflictos.

---

40 ALDUNATE (2008) 58.

41 PECES BARBA (1999) 458.

42 Un crítico de los argumentos económicos para justificar la inexigibilidad de los derechos sociales, como es Miguel Carbonell, reconoce con todo la diferencia esencial entre un grupo y otro cuando dice "la teoría constitucional tiene, en este punto, la tarea de pensar vías idóneas de exigencia de los derechos sociales sin dejar de tener presente que conllevan efectos presupuestales importantes y que la realización completa de algunos de ellos (vivienda, educación, salud) quizá no pueda darse de forma completa en un plazo corto de tiempo, como es obvio". CARBONELL (2008) 59.

d) La Colisión de Derechos

Día a día nos enfrentamos a un panorama donde hay diversos derechos en juego que merecen similar atención y protección pues así lo mandata la Constitución. Todos interactúan en una sociedad moderna y se complementan para dar forma a un Estado de Derecho que se construye sobre la base de la persona y la protección de su libertad y dignidad. Con todo, estos derechos, como siempre lo han hecho, colisionan entre sí y, si en el constitucionalismo inicial las colisiones se dieron entre los derechos que reclamaban para sí los diversos poderes o los estados[43], hoy las colisiones son en todo ámbito más complejas. El derecho a la intimidad colisiona con la libertad de expresión no solamente por el contenido de la noticia, como era originalmente, sino que también por el modo como se consigue la información. El derecho de propiedad ya no solo genera enfrentamientos con otros derecho que pudieran tenerse sobre el mismo terreno, sino que ahora también con el derecho de propiedad sobre los espacios radioeléctricos o sobre el precio del contrato[44].

De este modo nos enfrentamos a los derechos económicos y sociales reconocidos en la Constitución. Estos, como tales, también entran en colisión permanente con otra serie de derechos que están en juego y que reclaman legítimamente una protección. El derecho a la educación colisiona con la libertad de enseñanza y el derecho a abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales. El derecho a la salud, por su parte, puede colisionar con diversos otros derechos. Por ejemplo, con el derecho que tiene el médico de decidir a quién atiende y bajo qué circunstancias lo hace. También puede colisionar con el derecho de una clínica u hospital a administrar su negocio y, por ejemplo, preferir la atención de ciertas patologías por sobre otras. Así como no parece razonable argumentar que un médico está obligado a recibir en su consulta a cualquier paciente, pues hay ciertos espacios de libertad y derechos igualmente fundamentales que protegen al médico en el ejercicio de su profesión, tampoco parece razonable decir que todos los hospitales y clínicas están obligados a recibir a todos los pacientes que llegan a ellos. Lo único exigible pareciera ser derivar

[43] Los primeros y más tradicionales casos del constitucionalismo de Estados Unidos son Marbury vs. Madison (1803) que sirve de base al sistema de revisión judicial por parte de los tribunales de justicia, y McCulloch vs. Maryland (1819) que enfrentó las competencias del Estado federal con aquellas de los diversos estados.

[44] Ver por ejemplo Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 505, de 6 de marzo de 2007.

al paciente resguardando de paso el derecho a la salud si este está severamente comprometido.

En otras palabras, ante la evidente colisión de derechos lo adecuado no es aplastar uno en beneficio del otro sino que ponderar diversos factores para dilucidar cuál es el derecho que prima en ese caso concreto. O, en palabras del TC, cuál derecho es "desactivado" –porque a diferencia de lo que insinúa el tribunal, siempre se "desactiva" algún derecho– en esa circunstancia especial. A veces, se "desactivará" la libertad de expresión pues lo informado fue una vulneración de la intimidad del individuo. También el derecho a la educación puede ser desactivado en el caso de aquel estudiante expulsado de un establecimiento por no adherir al proyecto educativo que, con pleno derecho y libertad, han construido los que ahí se educan.

El paso siguiente en esta cadena es dilucidar cómo pueden solucionarse estas evidentes colisiones de derechos. ¿Acaso siempre prima el derecho a la salud o la libertad de expresión? ¿Nunca puede afectarse el derecho de propiedad en aras de la protección de otros derechos?

e) El juicio de ponderación: una salida posible

Para avanzar en estas respuestas deben considerarse diversos criterios que, juntos, contribuyen a iluminar la decisión de los jueces. Una aproximación al tema, no necesariamente la única y no exenta de críticas, es el juicio de ponderación que propone ROBERT ALEXY[45].

Alexy se pregunta qué solución debemos buscar cuando nos enfrentamos a una colisión de principios. Su respuesta es que la solución hay que buscarla en la "dimensión del peso"[46]. Para esto Alexy nos propone el juicio de ponderación, que deriva del principio de proporcionalidad, y que supone tres pasos. El primero busca establecer el grado de no satisfacción o de afectación del primer principio. El segundo paso busca definir la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Por último, el paso final pretende determinar si, de acuerdo con su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero[47]. La necesidad de este juicio de ponderación esta fundamentada en la igualdad

[45] Otras formas de solución pueden encontrarse en CIANCIARDO (2000). ALDUNATE (2008) y SALMONA (2008) son trabajos recientes en Chile que también desarrollan el tema con profundidad.
[46] ALEXY (2002 a) 89.
[47] ALEXY (2002 b) 32.

esencial entre los principios. En que todos ellos tienen el mismo valor en abstracto y que, por tanto, al colisionar debe buscarse una salida adecuada y razonable para ese caso concreto.

En definitiva, y como nos explica el mismo Alexy, la regla constitutiva para la ponderación puede ser formulada del siguiente modo: "cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro"[48]. Prieto Sanchis nos ofrece la misma idea en palabras del Tribunal Constitucional español: "no se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias *a priori*, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca"[49].

Esta es una fórmula de buscar soluciones cuando los derechos entran en conflicto. Aun cuando la propuesta del académico alemán ha sido objeto de diversas críticas, todavía es una alternativa posible que mantiene su fuerza en el mundo del derecho.

Simplemente para plantear un panorama más completo, vale la pena detenerse en algunas de las críticas. Moreso, por ejemplo, señala que "la actividad de elegir entre principios en conflicto se convertiría, (…), en una actividad no controlable racionalmente. Sería una actividad como la de elegir el vino para una cena o la corbata"[50]. Prieto Sanchís, por su parte, junto con esbozar una crítica similar, extiende además su amplitud al riesgo que el juicio de ponderación podría implicar para la democracia. Haciendo suyas las palabras de Comanducci señala "la deliberada opción de no instituir jerarquías explícitas entre los principios, al menos por grupos de casos, implica la atribución a los jueces constitucionales de un margen tan amplio de discrecionalidad que los convierte no solo en colegisladores sino incluso, en algunos casos, en coautores de la misma Constitución"[51].

Estas y otras críticas además del planteamiento mismo de Alexy incentivan la reflexión sobre el tema. La razón por la que se ha planteado este asunto en estas páginas es simplemente para eso, es decir, para mostrar que la contienda que conoció el TC, por cierto de no fácil solución, debió haber considerado todos los derechos en juego evitando "ponderar" sobre la base de un solo derecho. El TC parece

48 Alexy (2002 a) 161.
49 Prieto (2003) 190.
50 Moreso (2003) 104.
51 Prieto (2003) 205.

proponernos que cuando los derechos económicos sociales están en juego no hay ponderación que valga, pues ni siquiera la mención de otros derechos tiene relevancia.

En definitiva, no importando qué método de solución de conflictos se escoja, lo cierto es que la justicia exige que se haga un balance adecuado entre los derechos en juego. Como veremos, la sentencia que se examina, no hace tal balance y posterga los derechos de las ISAPRES, sus dueños y afiliados.

f) Rol de los Particulares

Finalmente no debe olvidarse que el rol que le cabe a los individuos y al Estado en la protección de todos los derechos es radicalmente diverso. Los individuos, al igual que el Estado, deben abstenerse de vulnerar derechos fundamentales de modo tal que cualquier individuo, sea o no funcionario público, debe evitar vulnerar el derecho de propiedad, debe procurar proteger la intimidad de los demás y debe proteger el derecho a la salud de cualquier persona de su comunidad. Para eso debe abstenerse de entrar a la propiedad de su vecino, de injuriar a terceros o de generar un riesgo innecesario que pueda dañar la salud de algún cercano. Eso le es igualmente exigible al Estado y a los privados.

Sin embargo, no sucede lo mismo cuando la protección del derecho ya no importa abstenerse de realizar algo sino que consiste en efectuar hechos positivos. Así como, en derecho, no me es exigible proteger la propiedad ajena que está siendo invadida o defender la intimidad de un tercero que está siendo amenazado, tampoco me puede ser exigible proteger el derecho a la salud de una persona que requiere de atención o dar defensa jurídica o educación a aquel que no la tiene y abrir así las puertas de mi consulta médica, de mi oficina de abogados o de mi establecimiento educacional. En este caso, la única obligación exigible sería la del Estado que debe asumir el deber de proteger esos derechos ya sea financiando, con los impuestos generales de la Nación, un sistema que proteja la propiedad de invasiones, o manteniendo un sistema judicial que permita la protección de la intimidad o, en fin, generando un sistema que intente dar acceso a la defensa jurídica, educación y salud a todos los ciudadanos.

Podría cuestionarse el rol de los individuos y las empresas cuando son estos los que con ciertos hechos positivos estarían vulnerando los derechos de las personas. Tal sería el caso, por ejemplo, de un es-

tablecimiento educacional que expulse a uno de sus alumnos o una ISAPRE que, por el aumento del precio de un plan de salud, deja sin cobertura a uno de sus cotizantes. Podría decirse como lo hace el TC que, en este caso, ambas instituciones privadas tienen una obligación especial de proteger los derechos fundamentales de la persona y, en consecuencia, asumir la carga que implica subordinar esos derechos al ejercicio de los suyos, esto es, la libertad de enseñanza y el derecho a emprender[52]. Sin embargo este argumento no es correcto. No puede exigírsele a esas personas o empresas cargar exclusivamente con la satisfacción de los derechos de otros pues eso constituiría una desigualdad manifiesta. El Estado puede exigir que todos contribuyan, en la medida de sus capacidades, al financiamiento de políticas públicas destinadas a satisfacer esos derechos (políticas que, en conformidad con el principio de subsidiariedad, no tienen que ser ejecutadas necesariamente por los organismos públicos). Pero resulta discriminatorio y arbitrario que el Estado decida que la satisfacción de un determinado derecho corresponde exclusivamente a una empresa o sector.

De lo contrario, podría argumentarse que un propietario que no renueva el contrato de arriendo a su arrendatario o que aumenta el precio del mismo haciendo imposible que este lo pague, no estaría autorizado para exigirle en tribunales que abandone la propiedad pues es responsabilidad exclusiva de dicho propietario satisfacer el derecho a la vivienda del que gozan todos los chilenos. Cualquier persona, en este panorama, argumentaría que no es responsabilidad del arrendador garantizar el derecho a la vivienda del arrendatario si no hay acuerdo en los términos del contrato. Si se dijera lo contrario, no solo se cometería una injusticia con el arrendador al imponerle una carga excesiva sino que también se desincentivaría todo el mercado de los arriendos generando probablemente una precariedad mayor del derecho a la vivienda[53]. Del mismo modo, los abogados no tie-

[52] Se aprecia esta carga adicional cuando, por ejemplo, el fallo señala "que el deber de los particulares y de las instituciones privadas de respetar y promover el ejercicio de los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana en cuanto a su existencia y exigibilidad, se torna patente respecto de aquellos sujetos a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos que ella garantiza" (c.36).

[53] Al respecto es interesante analizar la evolución histórica de la regulación de los arriendos en Chile donde, desde hace décadas, se dictaron regulaciones tendientes a que fuera el arrendador quien tuviera la responsabilidad de satisfacer derecho a la vivienda del arrendatario. En la práctica, esto terminó dañando el mercado de las viviendas para arriendo y, de paso, el derecho a la vivienda. En el último tiempo se han tendido

nen la obligación de perseverar en la defensa y representación de sus clientes si estos no cumplen con el contrato celebrado o no pueden solventarlo. Por más que esté en juego el derecho a la defensa jurídica, no puede exigírsele a un abogado que continúe en la defensa de una persona[54].

En otras palabras si, como señala el TC, las ISAPRES tienen que garantizar el derecho a la salud de todos aquellos que quisieran afiliarse a ellas, si los colegios debieran asegurar el derecho a la educación de todo aquel que postule, ¿por qué entonces no debiera exigirse a toda persona con capacidad para hacerlo proteger la propiedad del vecino o la intimidad que resultó dañada? ¿Por qué un abogado no tendría la obligación de garantizar el derecho a la defensa jurídica de toda persona, aun cuando esta no puede pagarle? Dado que no parece razonable exigir estas últimas cargas, tampoco lo debiera ser exigírselas a los primeros. Es el Estado a través de sus políticas, financiadas con los impuestos de todos, el que debiera asumir ese rol.

Por todo lo dicho, no cabe duda que los individuos, las agrupaciones que ellos forman y el Estado deben abstenerse de vulnerar los derechos de las personas. Sin embargo, tampoco debiera caber duda que solo el Estado tiene la obligación de realizar hechos positivos para procurar esa defensa de derechos. En una sociedad libre, ni los individuos ni sus empresas tienen la obligación de cargar con la satisfacción de los derechos de otros. Ese es un rol de la sociedad toda. Y cuando los individuos y sus empresas ingresan a áreas que hasta hace pocas décadas correspondían a sectores propios del quehacer estatal, no implica que esos individuos ni su tarea se "estaticen" y, por tanto, deban medirse con la misma vara que se aplica a las labores del Estado. Por el contrario, esos individuos y empresas mantienen sus

a solucionar estos desequilibrios. Ver Historia de la Ley Nº 19.866, que moderniza la normativa reguladora de los arrendamientos de previos urbanos.

54 Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 755-2007 de 31 de marzo de 2008. En ella se declara inaplicable por inconstitucional el "turno" de los abogados por ser una carga gratuita contraria a las normas de la Carta Fundamental. No obstante estar en juego el derecho a la defensa jurídica el TC, acertadamente y por diversas razones, consideró que no podía generarse esa carga en forma gratuita. Cabe destacar, además, la prevención del Ministro Vodanovic que señala que la inconstitucionalidad debió haber sido declarada respecto del "turno" mismo y no circunscribirlo a su gratuidad. Al respecto dice "por la naturaleza del servicio personal que se impugna y en aplicación del principio institucional consagrado en el artículo 1º, inciso quinto, es el Estado –y no los particulares– el que debe radicar su deber de proteger a la población y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades, garantizando el asesoramiento y defensa jurídica a quienes no pueden procurárselos por sí mismos" (n.1).

libertades y derechos no pudiendo exigírseles a ellos más de lo que se exige al resto de los individuos y empresas.

g) Rol del Estado

En un Estado totalitario, la defensa de los derechos estaría exclusivamente en manos del Estado y su burocracia. En un Estado subsidiario y moderno, como el nuestro, estas labores las comparte el Estado y los individuos. Así la protección de la propiedad, le cabe al Estado únicamente en lo que implica el uso de la fuerza pero son los privados los que, pareciera que cada día más, promueven mecanismos de defensa de sus derechos de propiedad (guardias, condominios, etc.). La protección de la intimidad le corresponde a los tribunales pero también juegan un rol, cada vez más importante, la propia opinión pública y los medios de comunicación que operan, en palabras del juez Holmes, como el medio que sustenta el mercado de ideas[55]. Lo mismo ocurre en la educación y en la salud donde el Estado participa, pero la labor de los particulares es vital para garantizar el acceso y la competencia.

Por lo demás, la historia demuestra que no es el Estado sino que la acción de los privados el mejor mecanismo para satisfacer los derechos en juego. La libertad de expresión en el mundo, se ve amenazada cuando el Estado es el dueño mayoritario de los medios de comunicación[56]. En Chile, el acceso a la educación no se garantizó cuando la Constitución de 1925 estableció la educación primaria obligatoria sino que cuando las reformas de los ochenta, ratificadas por los gobiernos posteriores, permitieron el ingreso masivo de la oferta privada al sistema educativo.

No obstante esto, en definitiva, dilucidar cómo se asume en un Estado moderno el rol de protección de los derechos en cada una de las áreas específicas en que se decide ingresar, es un debate abierto que involucra a toda la sociedad. La definición pasa por variados factores tales como la elección de los representantes y del Poder Ejecutivo, la discusión de política pública, los avances de la técnica, los consensos sociales, las coyunturas mediáticas y políticas, etc. Así las cosas, en un momento de la historia un país puede decidir que el Estado ponga mayor atención a las políticas de superación de la

[55] Expresión atribuida al juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, Oliver Holmes, a propósito de su voto disidente en el caso Abrams vs. United Status (1919).
[56] Djankov *et al*. (2003).

pobreza fomentando el derecho a acceder al trabajo. En otras, la preocupación estará enfocada en el derecho a la educación, tanto en lo que respecta al acceso como a la calidad. Y en fin, las decisiones de los ciudadanos y su Estado podrán también fomentar el derecho a la salud, a la previsión social, la cultura, y otros tantos. Lo relevante en todo esto es que el modo como el Estado asume el rol de protección de los derechos importa decisiones y debates de largo plazo que trascienden al mero reconocimiento de ese derecho en el papel de una ley o Constitución.

h) Rol de los Jueces

Por eso, y entramos así al último punto, el papel que juegan los jueces en estas definiciones es más reducido. No son ellos, en su calidad de jueces, los llamados a definir los mecanismos como el Estado asume el rol de protector de un derecho. Como ciudadanos podrán votar y apoyar a aquellos legisladores o tendencias políticas que asuman un cierto modo de protección de los derechos o, en otras palabras, que promuevan ciertas políticas públicas y no otras para protegerlas. Como jueces, en cambio, deben mantener un fino equilibrio entre aplicar una disposición que reconoce un derecho de un modo general pero sin concreciones mayores y las decisiones que tomen los demás poderes del Estado para adoptar una determinada política pública con miras a proteger dicho derecho. Si no lo hacen, nos enfrentaremos, en un principio, a un déficit democrático pues los jueces empiezan a tomar decisiones de política pública que en una democracia moderna corresponde tomar a los representantes del pueblo[57].

Por lo demás, y como ya se ha señalado, que los jueces asuman una agenda desconoce que son las políticas públicas y no las decisiones judiciales las que protegen de una forma más eficaz los derechos de las personas[58]. Es cierto que un juez podría considerar que un caso específico no tendrá mayores consecuencias pues no afectará al sistema como un todo. Sin embargo, como ya se dijo, eso implica suponer un comportamiento no racional en actores que se mueven ante

[57] Nos enfrentamos aquí a un antiguo debate respecto al rol de los jueces en una democracia. Mucho se ha escrito al respecto siendo uno de los trabajos más importantes el de BICKEL (1962). El debate reciente puede resumirse en WALDRON (2006) y FALLON (2008).

[58] Para Estados Unidos ver ROSENBERG (2008) donde responde negativamente, y con cifras, la pregunta de si pueden los jueces provocar el cambio social.

incentivos y señales. Por lo demás, no sería de extrañar que si los jueces empiezan a adoptar en sus fallos agendas que, más allá de las normas generales, intentan dar protección especial a ciertos grupos desprotegidos, muy probablemente los derechos de los integrantes de esos grupos terminarán en definitiva siendo más precarios[59].

Tal vez es a través de una agenda proactiva ante tribunales interesados en liderar reformas sociales donde se ha enfocado hoy la acción de quienes promueven la agenda de los derechos sociales[60]. El modelo en Latinoamérica lo asumió desde hace algunos años la Corte Constitucional colombiana al asumir un activo rol en la superación de problemáticas sociales muy arraigadas en ese país[61]. Esta actitud se extendió luego por otros países como Argentina, Costa Rica e incluso la propia Corte Interamericana[62]. Es este trasfondo el que se deja ver, por ejemplo, cuando Christian Courtis llega a argumentar que cuando, a juicio de los jueces, la legislación es inadecuada para dar efectividad a un derecho social "el papel de los jueces consiste en enfatizar qué reglas o principios constitucionales o internacionales debieron servir de guía para la aprobación de una ley y no fueron tomados debidamente en cuenta". Incluso propone que el tribunal podría "remitir el tema al Poder Legislativo para que reconsidere la ley en cuestión de manera coherente con las reglas o principios que no se tomaron debidamente en consideración"[63]. Como puede apreciarse, esta lógica rompe el necesario equilibrio y acerca al juez a un rol de reformador social con evidentes riesgos.

---

59 Para ejemplificar esta posibilidad, el profesor de Análisis Económico del Derecho de la Universidad Católica del Perú, Alfredo Bullard, señala: "Hace algún tiempo, se hizo una encuesta entre un conjunto de jueces en España. Se les puso un caso hipotético en el que tenían que resolver sobre el desalojo de una viuda con cinco hijos que había dejado de pagar la renta como consecuencia de su precaria situación económica, y que por tanto debía desocupar el inmueble. (…) Solo uno de los jueces contestó que (…) procedería a efectuar el desalojo. Cuando se le preguntó la razón dijo que lo hacía por equidad. Según él, si acogiera la otra interpretación lanzaría el mensaje a los arrendadores de que los jueces suelen proteger a las viudas con hijos. Esto implicaba reconocer que las viudas podrían eventualmente dejar de pagar sus obligaciones y demorar el lanzamiento más que el resto de los ciudadanos. La consecuencia de la decisión sería entonces que los propietarios de inmuebles serían reacios a alquilar sus propiedades a viudas con hijos por temor a no poder desocupar el predio cuando incumpliese, o los que aceptarían cobrarían rentas más altas para compensar los riesgos que asumían".

60 Por ejemplo Abramovich y Courtis (2004) y Abramovich (2006). En este último texto, el autor manifiesta: "Ya no se trata solo de personas con necesidades, que reciben beneficios asistenciales o prestaciones discrecionales, sino de titulares de derechos que tienen el poder jurídico y social de exigir del Estado ciertos comportamientos" p. 40.

61 Courtis (2006).

62 Uprimny (2006).

63 Trabucco ed. (2008) 121.

Finalmente cabe señalar que el equilibrio que deben mantener los jueces es especialmente necesario en las cortes constitucionales, que han acumulado creciente poder. Nuestro propio tribunal suele recordar que el ámbito de sus competencias no se extienden a cuestiones de mérito. Ello, en razón que la Carta Fundamental los autoriza exclusivamente a ejercer un control de constitucionalidad que, si bien no es una cuestión netamente formal, limita al menos teóricamente sus atribuciones como legislador negativo. PATRICIO ZAPATA ha estudiado la teoría de la "deferencia razonada" y ha señalado que el TC "debe elaborar categorías de análisis flexibles que le permitan discriminar entre aquellos ámbitos y materias en que cabe reconocer amplia latitud al criterio administrativo o legislativo, de aquellas otras esferas –fundamentalmente regulación y limitación de derechos– en que la deferencia debe conciliarse con el más estricto y riguroso de los controles"[64]. Agrega que aplicar la deferencia razonada aleja a los tribunales del activismo judicial. Desafortunadamente, como veremos, en el caso que se analiza el TC ingresa de lleno a aspectos de mérito y olvida la deferencia hacia el legislador.

i) Conclusión

La explicación que se ha hecho pretendió presentar en forma muy general una aproximación a un debate jurídico de sumo interés en nuestros días. El planteamiento ha querido mostrar que los derechos económicos y sociales que consagra la Constitución chilena se insertan en un ordenamiento en que deben convivir con diversos otros derechos que también merecen atención y protección. En esta tarea, ni el Estado ni los jueces pueden pretender que solo algunos asuman la satisfacción de los derechos sino que es esa una tarea de toda la sociedad y hasta donde sea posible, en razón de los diversos factores que deben ponderarse. Adicionalmente, los jueces en sus decisiones están llamados a tomar en consideración todos los derechos involucrados y fundar sus fallos teniendo en consideración que, en un sistema democrático, son otros los llamados a tomar decisiones de política pública que permitan la creación de sistemas de protección de derechos. Cuando eso ocurre, las cortes deben guardar especial deferencia.

En definitiva, si se comparte lo que se ha señalado, no cabe duda que la sentencia del TC que se analiza presenta severos defectos y

[64] ZAPATA (2008) 229.

miradas parciales a un problema complejo. En las páginas que vienen presentaremos en detalle las críticas que se han esbozado.

6. LA SENTENCIA DEL TC

Todo lo señalado nos debe llevar ahora a mirar los fundamentos y el camino que sigue el voto de mayoría para declarar finalmente inaplicable por inconstitucional la norma legal que regulaba el alza de precios en los planes de salud. Para eso analizaremos brevemente, y sobre la base de lo ya expuesto, el derecho a la salud que acoge la sentencia. Finalmente examinaremos la interpretación que el TC hace del derecho a la libre elección de sistema de salud que consagra la Constitución.

a) La sentencia y el derecho a la salud

Según ya se adelantó en el numeral anterior, no cabe duda que el derecho a la salud que invocó la requirente debiera haber sido ponderado con otros derechos que también estaban en juego. Entre estos últimos estaban el derecho que resguarda el ejercicio de una actividad económica, como es la gestión de instituciones de salud, el derecho a la libertad de contratación y otros tantos que involucran a los dueños, accionistas y demás cotizantes de la ISAPRE. Nada de eso ocurrió en el caso que se analiza. Por el contrario, de la lectura del fallo pareciera que el TC considera que el derecho a la salud tiene un carácter casi absoluto que "desactiva" todo otro derecho que podría entrar en juego en estas relaciones jurídicas complejas.

Si el TC hubiera optado por ponderar los diversos derechos en juego, no hubiera podido enfocar su análisis únicamente en el derecho a la salud y tendría que haber mencionado al menos los demás derechos en juego. Y al proceder de esta forma hubiera tenido que explicar por qué el derecho a la salud se resiente cuando los términos del contrato parecen injustos únicamente a una de las partes[65]; por qué

[65] La disidencia se detiene a analizar si la Constitución prohíbe a los particulares que provean un bien o servicio esencial modificar unilateralmente, dentro de los límites fijados por la autoridad competente, el precio que cobran por el bien o servicio que producen. Con razón concluyen que "el alza unilateral en el precio de los contratos solo podría estimarse como prohibida en un esquema constitucional que prohibiera la participación de los privados en la provisión de bienes y servicios públicos, lo que ciertamente no hace la Carta Fundamental" (n.2).

no hay consideración alguna a la libertad contractual, regulada en este caso; por qué se responsabiliza de la protección del derecho a la salud del cotizante exclusivamente a la ISAPRE y no a toda la sociedad; por qué no entran en juego los derechos de la ISAPRE y de los demás clientes de esa institución que deberán todos asumir la carga de financiar el derecho a la salud de la cotizante descontenta[66]; por qué se vería afectado el derecho a la salud cuando existe un sistema público que lo garantiza para todos; y, en fin, diversas otras preguntas pertinentes que hubieran permitido dictar una sentencia tras un análisis más profundo de todos los derechos en juego.

Después de la ponderación, es poco probable que el Tribunal hubiera fallado como lo hizo. Había muchos bienes jurídicos en juego que matizaban las declaraciones de la sentencia y que hubieran conducido al TC a dar al derecho a la salud, para este caso concreto, el peso que realmente tenía. No estaba en juego la vida de la requirente ni tampoco su salud futura, simplemente estaba en juego su presupuesto familiar y, a lo más, su permanencia en el sistema privado de salud. Los derechos a la vida y a la salud de la cotizante podían ser resguardados de un modo igualmente eficaz por el Estado a través del sistema público que, financiado con recursos de todos los chilenos, es el último llamado a la satisfacción de estos derechos. En esta circunstancia, invocar el derecho a la salud como elemento fundante del fallo, es una visión parcial que olvida cómo operan los derechos en un sistema moderno.

b) ¿Se afectó el derecho en su esencia?

Se insinúa en el fallo que la privación afecta en su esencia el derecho a la salud (c.23, 30, 38, 40 y 53). Tal vez este debiera haber sido el punto esencial de la contienda pues, de ser efectiva esa afirmación, y tal como se ha señalado, la ponderación entre los derechos en juego podría haber finalmente llevado a que primara el derecho a la salud por sobre los otros que estaban en conflicto. Sin embargo, no hay desarrollo mayor que explique cómo se configura la privación del derecho en su esencia. No se cita, por de pronto, ninguna de la juris-

[66] El voto de minoría considera como una posible discriminación "acoger la pretensión de la requirente y mantenerle el precio, no obstante el aumento en el riesgo, implica, en un sistema privado de seguros de salud como el que rige a los afiliados a ese sistema, cargar a otros con los costos de salud de la requirente, otros que, en la especie, pueden aun ser más pobres o más viejos que ella, lo que, de ser así, redunda en mayor inequidad" (n.12).

prudencia anterior del TC en que se analiza en algún grado cuándo los derechos son afectados en su esencia[67].

Si se hubieran dedicado algunas líneas a analizar si se estaba privando en su esencia el derecho a la salud, muy probablemente el resultado final del fallo sería distinto. Aun a riesgo de ser repetitivo, la cotizante simplemente quería mantener el precio de su contrato. Variarlo no implicaba afectar esencialmente su derecho a la salud. Tal vez, lo más afectado hubiera sido su capacidad económica y su posibilidad de seguir adscrita al sistema de salud privado. Sin embargo, la Constitución no protege el derecho a la salud a través de servicios prestados exclusivamente en el sistema privado sino que asegura simplemente el derecho a la salud. Y este, como hemos dicho, también se garantiza a través del sistema público de salud que es el modo que la sociedad asegura a todos que su derecho a la salud en abstracto no se afecte en su esencia.

En otras palabras, el cotizante que no puede seguir financiando el costo de su plan de salud, sea porque le subieron el precio del plan o por sufrir una contingencia como perder el trabajo, no necesariamente sufre una privación en el derecho a la salud. Menos aún sufre una privación en su esencia. El Estado moderno, para evitar las conculcaciones de esos derechos, ha creado sistemas públicos que permiten la satisfacción de estos derechos fundamentales. Y eso lo ha hecho porque parece injusto encomendar exclusivamente a un grupo que los satisfaga. Dado que se valora vivir en una sociedad donde los derechos fundamentales están protegidos, el Estado asume un rol en esa tarea administrando recursos que provienen de quienes viven en esa sociedad.

c) ¿Y la deferencia al legislador?

La sentencia demuestra escasa, por no decir ninguna, deferencia al legislador. Expresamente reconoce que la ISAPRE, "parece haberse

[67] El TC ha reiterado que "un derecho es afectado en su 'esencia' cuando se le priva de aquello que le es consubstancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se 'impide el libre ejercicio' en aquellos casos en que el legislador la somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entraban mas allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica". Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 43 (1987). De un modo similar, diversos otros fallos han contribuido a crear una cierta jurisprudencia que permite analizar cuándo la limitación de un derecho fundamental es inadmisible. Ver también Sentencias del Tribunal Constitucional Roles Nº 226 (1995), 280 (1998), 513 (2007), 541 (2006), 546 (2006) y 792 (2008).

atenido a las normas legales y administrativas que rigen tal operación (el alza de precios)". Sin embargo, y como se dijo, ello no es suficiente para el TC pues, como agrega más adelante, el contrato debe respetar y promover "otros atributos" que integrarían el derecho a la salud (c.55).

En ningún momento el voto de mayoría cuestiona que el legislador puede ya haber ponderado todos esos "otros atributos" propios del derecho a la salud y haber propuesto la fórmula que generó el alza. De hecho, y como se mostró en las primeras páginas de este documento, así se hizo. El Congreso, y más específicamente la comisión de salud de ambas cámaras, discutieron profundamente cada una de las formas posibles que podían adoptarse para regular el alza de precios de los planes. Finalmente se optó por un mecanismo técnicamente complejo que a juicio de los expertos resguardaba los diversos derechos comprometidos. Pues bien, es este mecanismo el que se declara inconstitucional pues, entre otras cosas a juicio de quienes suscriben de mayoría, no pareciera haber considerado los demás atributos que integran el derecho a la salud.

La postura del TC se asemeja más a un análisis de mérito del mecanismo utilizado por el regulador, y eso le está vedado. Además, desconoce las escasas herramientas que una corte constitucional tiene para juzgar el mejor camino que debe seguirse para la protección del derecho. Era de esperarse que el voto de mayoría hubiera sido deferente a la decisión del legislador pues, en este caso, lo discutido no es si se protege o no un derecho sino más bien la forma que se escoge para protegerlo. La decisión del Congreso, discutible pero finalmente aprobada, fue protegerlo a través de la regulación del precio del plan de salud. Con la sentencia, el voto de mayoría daña severamente dicha fórmula.

d) Libertad de elección: ¿un derecho absoluto?

Un aspecto adicional es el modo de interpretar la libertad de elección que protege la Constitución. Como se mencionó, la sentencia también se apoya en la vulneración que el aumento del precio del plan de salud significó para el derecho a la libre elección de la cotizante.

Como se sabe, la frase final del artículo 19 Nº 9 de la Carta Fundamental dispone que cada persona tiene "el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado". El TC nos

dice que "esta obligación implica que, durante la vigencia del contrato pertinente, el afiliado no sufra cambios unilateralmente decididos en las estipulaciones pactadas, al punto que impidan al cotizante perseverar en él, darle término, optar por otra Isapre o trasladarse de sistema" (c.59). Más adelante, y como se narró páginas atrás, el fallo aplica este derecho al caso concreto y considera que ha sido vulnerado pues el cotizante "queda obligado a abandonar el sistema privado de salud que había escogido para incorporarse al equivalente público" (c.63).

Estas frases permiten vislumbrar con claridad que el TC interpreta el derecho a la libre elección como un derecho al parecer absoluto del cotizante para elegir la institución de salud a la que quiere ingresar[68]. No hay consideración alguna, insinúa el TC, a las circunstancias que acompañan a la cotizante, la más importante en este caso es su capacidad de pago habida consideración que el sistema se sustenta con el pago de sus afiliados. Pareciera que si la persona ejerce su derecho a elegir el sistema de salud y opta por el sistema privado no hay nada que las ISAPRES pudieran exigir. Ni siquiera el pago mensual de las cotizaciones pues, nos dice el TC, el afiliado ha ejercido su derecho a elegir sistema de salud y ese es un derecho que no está sujeto a circunstancia alguna. Más aún, si el afiliado debe abandonar el sistema privado de salud que había escogido para incorporarse al equivalente público, también se estaría afectando su derecho a elegir y, en consecuencia, se vulneraría la Constitución.

Desafortunadamente al interpretar así la norma constitucional el TC no está solo. Según ha señalado Luz Bulnes, las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema también han avanzado en esta línea al conocer de recursos de protección. De hecho, nos dice, "el derecho a elegir el sistema de salud ya no es solo un derecho de opción sino que además este debe garantizar los beneficios del sistema que se ha elegido"[69].

No cabe duda que interpretar así el derecho a la libre elección es o un error manifiesto o el fin del sistema privado de salud que sobrevive por el pago de sus cotizantes. Si basta querer ser parte de una

[68] Mucho más claro, con todo, es el alegato de la requirente transcrito en el considerando 12 del fallo. "Las personas, señala, tienen que tener la posibilidad real de optar y de permanecer a lo largo del tiempo en el sistema que eligieron cuando eran más jóvenes, sin que con el paso de los años se las fuerce a salir de él por la vía indirecta de subir, año tras años y en una proporción cada vez mayor, la cotización mensual" (c.12).

[69] Bulnes (2004) 195.

ISAPRE para que esta tenga que aceptarlo sin consideración alguna a las circunstancias del afiliado, el sistema camina hacia su fin, afectando de paso diversos derechos que también protege la Constitución.

Podría argumentarse que lo que el TC señala es para el caso concreto que se analiza, es decir, cuando una cotizante se encuentra en una situación provisional desmedrada, como expresamente señala el fallo, producto de inestabilidades experimentadas en su vida laboral (c.65). Ante todo, no hay nada en la sentencia que nos permita juzgar esos antecedentes y verificar si efectivamente la requirente estaba en esa situación. Supongamos, con todo, que lo estaba. ¿Quiere eso decir que el derecho a elegir un sistema de salud concede el derecho a mantenerse en el sistema que uno eligió aun cambiando las circunstancias que permitían estar en él? En otras palabras, si un afiliado pierde su trabajo podría mantenerse en la ISAPRE que había elegido pues se lo autorizaría su derecho a elegir sistema de salud. No parece ser esta una interpretación razonable.

Lo correcto es entender el derecho a elegir un sistema de salud no como un absoluto sino que, como tantas otras veces, como un derecho que debe conjugarse con otros que están en juego. Y esos otros derechos son el derecho a gestionar una institución de salud –vinculados con el derecho a emprender, el derecho de propiedad, la libertad de asociación, entre otros– lo que necesariamente conlleva el derecho a pactar un precio por los servicios que se prestan. Este precio, en este caso regulado, no puede omitirse sin afectar derechos esenciales de los propietarios e integrantes de cada una de las ISAPRES involucradas y, en definitiva, la subsistencia misma del sistema privado de salud[70].

Por lo demás, así ha sido interpretado por el mismo TC otro derecho a la libre elección que consagra nuestra Constitución. Es este el derecho de los padres a escoger establecimiento de enseñanza para sus hijos, consagrado en el artículo 19 Nº 11. En fallos anteriores afortunadamente el TC no ha señalado que esta libertad concede a los padres un derecho absoluto a elegir, de forma que el establecimiento educacional elegido –pagado o subvencionado, eso no importaría– no tiene opción alguna sino la de aceptar a quien lo elige. En una sentencia el TC ha señalado que el sostenedor, es decir,

[70] El voto de minoría argumenta con claridad en este punto. Dice que "la Constitución no asegura a las personas poder permanecer en un determinado plan o seguro de salud, ni menos hacerlo por un precio inalterable" (n.9).

la contraparte también tiene derechos susceptibles de protección y que, por tanto, la elección no depende de una sola parte sino de un acuerdo entre ambas. El proyecto educativo es uno de los elementos que informan la elección[71]. Pues bien, en el caso del derecho a elegir sistema de salud la interpretación debiera ser similar. Aun cuando no hay nada semejante a un "proyecto educativo" para el sistema de salud, lo cierto es que no basta con que el afiliado elija una ISAPRE sino que también en este caso debe pactarse para poder ejercer el derecho. Y en ese pacto, un elemento importante, aunque no el único, es el precio a pagar por los servicios. Si no es posible pagar el precio, no hay pacto así como si no es posible pagar la matrícula de un establecimiento educacional, no hay obligación de aceptar al alumno o de mantenerlo en el establecimiento[72].

Como puede apreciarse la disparidad de criterios al interpretar ambos derechos a elegir es considerable. Lo correcto, en este caso, es olvidar la mirada absolutista que el TC desarrolla en este fallo y retomar la senda más razonable que había abierto en su momento al interpretar la libertad de escoger establecimiento educacional. Si así no ocurre, se amenaza la subsistencia misma del sistema de salud privado y, de paso, se crea un precedente para que esta forma de interpretar la libertad de elección que garantiza la Carta Fundamental se extienda también al ámbito educacional como graves consecuencias para la subsistencia de la educación particular.

7. CONSECUENCIAS Y PROYECCIONES

No podemos saber con seguridad cuáles son y serán las consecuencias del fallo ISAPRES. Solo sabemos que, muy probablemente motivados por esta decisión, los recursos de protección que impugnan alzas de precios en los planes de salud han aumentado en los meses posteriores al fallo. También sabemos que, hasta hoy, el TC no ha vuelto a aproximarse al derecho a la salud o a otro derecho social en la forma como lo hizo en este fallo. En efecto, teniendo la opción de hacerlo en una sentencia de enero, el TC optó por no acoger un

71 Ver Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 410, de 14 de junio de 2004.

72 El mismo fallo declara inconstitucional una disposición legal que prohibía la no renovación de matrícula al alumno que se retrasara en el pago de las mensualidades. No obstante afectarse el derecho a la educación de dicho alumno, el TC consideró que el sistema no podía sobrevivir si es que se prohibía la sanción. En este caso, el TC falla lo contrario, y exige mantener en la ISAPRE al afiliado que no puede solventar el precio del nuevo plan.

requerimiento de inaplicabilidad de una norma de la Ley de ISAPRES aun cuando estaba en juego el derecho a la salud[73]. Es esa una luz de esperanza[74].

Aún en este escenario, no sabemos cuánto influirá esta primera aproximación sistemática al tema de los derechos sociales. Se ha explicado ya que ella careció de un desarrollo convincente, necesario para abordar un tema tan controvertido. Era de esperar que el TC contribuyera al debate al menos entregando estándares o criterios de interpretación que, al momento de ponderar los diversos derechos en juego, permitiera a todos avanzar con mayor certeza en la solución de las contiendas. Muy poco de eso se encuentra en las páginas de la decisión. Por el contrario, no solo faltan criterios de interpretación para el futuro sino que, lo que parece más complejo, se tiende a plantear el asunto observando nada más que una cara de la moneda. La otra se ignora como si no hubiera estado presente en esta controversia, lo que lleva a que ni siquiera se mencionen los demás derechos comprometidos, entre otros, los de las propias ISAPRES y sus cotizantes.

Tampoco parece concedérsele importancia al rol que en su momento jugó el Congreso Nacional al tomar partido por una regulación específica en una materia compleja. A diferencia de otras ocasiones, en esta no hubo ni deferencia ni mayor mención a ella.

Finalmente, la interpretación que se hace del derecho a elegir sistema de salud que asegura la Carta Fundamental no solo abandona jurisprudencia anterior del propio TC sino que se construye sobre supuestos absolutos y muy riesgosos para el futuro del sistema. En efecto, el TC pareciera hacer suya la interpretación que sostiene que el cotizante tiene derecho a elegir sistema de salud sin ninguna consideración de otro elemento, como la capacidad de pago.

---

73 Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de enero de 2009. Rol Nº 1266-08. En esa oportunidad, el requirente alegaba que era inconstitucional el precepto legal que autorizaba a las ISAPRES a no otorgar cobertura a aquellas prestaciones no contempladas en el arancel FONASA y, por tanto, para ese caso concreto, no financiar una "braquiterapia". En el considerando 9º, la sentencia se aproxima a una tímida ponderación de derechos. En el 13º, hace referencia a cierta deferencia hacia el legislador. Por último, desafortunadamente en el 27º reafirma algunos conceptos del fallo objeto de este trabajo.

74 Menos esperanza despierta el voto de minoría de los ministros Mario Fernández y Venegas que, sobre la base de los argumentos del Fallo ISAPRES, señalan que "la aplicación del precepto cuestionado anula la eficacia de tales derechos (vida y salud) al dejar al afectado en una situación de vulnerabilidad, si no en peligro inminente de sufrir un daño en su integridad" Nº 7.

En definitiva, la sentencia que se ha analizado no debiera constituirse en un precedente ni mucho menos en un momento jurídico de la historia del TC. Es de esperar que en el futuro se presente otro caso que permita abordar este tema desde una perspectiva más global y que venga, por fin, a legar criterios que den mayor riqueza al debate y permitan avanzar hacia una adecuada solución de controversias cuando los derechos sociales entran en juego.

8. BIBLIOGRAFÍA

Abramovich, Víctor y Christian Courtis. Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles. Editorial Trotta, 2004.

Abramovich, Víctor. Una aproximación al enfoque de derechos en las estrategias y políticas de desarrollo. Revista CEPAL N 88, abril 2006.

Aldunate Lizana, Eduardo. Derechos Fundamentales. Legal Publishing, Chile, 2008.

Alexy, Robert. Teoría de los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid-España, 2002a.

Alexy, Robert. Epílogo de la Teoría de los Derechos Fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional, Nº 66, 2002b.

Bullard, Alfredo. La Autoestima del Juez. En http://www.amag.edu.pe/web/html/servicios/archivos_articulos/2001/La_autoestima_del_juez.htm

Atria, Fernando. "¿Existen derechos sociales?", Discusiones, Nº 4, 2004.

Aylwin, José. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en Chile: Un Análisis de dos Fases. Revista Chilena de Derechos Humanos Nº 9, Academia de Humanismo Cristiano, 1988.

Bernal Pulido, Carlos. Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales. Una crítica a ¿Existen derechos sociales? de Fernando Atria. Discusiones: Derechos Sociales, Nº 4 (2004).

Bernal Pulido, Carlos. El Principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.

Bertelsen Repetto, Raúl. Tendencia en el Reconocimiento y Protección Constitucional de los Derechos en Chile. Revista Chilena de Derecho Nº 14, 1987.

Bickel, Alexander, The Least Dangerous Branch, The Supreme Court at the Bar of Politics, Yale University Press, 1986.

Bulnes Aldunate, Luz. El Derecho de Elegir el Sistema de Salud y la Evolución de la Jurisprudencia, Actas de las XXXIV Jornadas de Derecho Público, Derecho UC, 2004.

Carbonell, Miguel. Eficacia de la Constitución y Derechos Sociales: Esbozo de Algunos Problemas. Estudios Constitucionales, Año 6, Nº 2, 2008.

Castro, Rodrigo. Desafíos del Nuevo Marco Regulatorio del Sector Salud, Serie Informe Social Nº 99, Libertad y Desarrollo.

CELIS Danzinger, Gabriel. Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Limitaciones y Proyecciones. Revista de Derecho Público Contemporáneo, Contraloría General de la República. Año 7, Nº 12 (2007).

CIANCIARDO, Juan. El Conflictivismo en los Derechos Fundamentales. EUNSA, Navarra, 2000.

COURTIS, Christian. Judicial Enforcement of Social Rights: Perspectivas from Latin America. En Domingo et al, Courts and Social Transformation in New Democracies, Ashgate, Londres. 2006.

CRISTI, Renato y RUIZ-TAGLE, Pablo. La República en Chile. Teoría y Práctica del Constitucionalismo Republicano. LOM Ediciones, 2006.

DÍAZ DE VALDÉS, José Manuel, Sección Cartas, El Mercurio, 6 de julio de 2008.

DJANKOV, Simeon, Chárrale MCLIESH, Tatiana NENOVA y Andrei SHLEIFER. Who Owns the Media?, Journal of Law and Economics, vol. XLVI, octubre 2003.

FALLON Jr., Richard. The Core of an Uneasy case for Judicial Review. Harvard Law Review, Vol. 121, N 7, mayo 2008.

FERMANDOIS, Arturo. Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley. Revista Actualidad Jurídica Nº 17. Universidad del Desarrollo. Enero 2008.

GARGARELLA, Roberto. Derecho y Disociación: Un comentario a ¿Existen derechos sociales? de Fernando Atria. Discusiones: Derecho Sociales, Nº 4 (2004).

GLENDON, Mary Ann. Rights Talk, The Impoverishment of Political Discourse, Free Press, 1991.

GÓMEZ Bernales, Gastón. Derechos Fundamentales y Recurso de Protección, Ediciones Universidad Diego Portales, 2005.

HAYEK, Friedrich. Derecho, Legislación y Libertad, Union Editorial, 2006.

HOLMES, Stephen y Cass Sunstein, The Cost of Rights, Norton, 1999.

JORDÁN Díaz, Tomás Pablo. La Posición y el Valor jurídico de los Derechos Sociales en la Constitución Chilena. Estudios Constitucionales, Año 5, Nº 2, 2007.

KLING, Arnold. Crisis of Abundante, rethinking how we pay for health care, CATO Institute, 2006.

MARTÍNEZ, José Ignacio. Jurisprudencia Constitucional Española sobre Derechos Sociales, Cedecs Editorial, 1997.

MARTÍNEZ, José Ignacio. Los Derechos Sociales, en Antonio Carlos Pereira Menaut, Teoría Constitucional, LexisNexis, 2006.

MAYORGA Lorca, Roberto. Naturaleza Jurídica de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Editorial Jurídica de Chile, 1990.

MERA Figueroa, Jorge. Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Doctrina. Revista Chilena de Derechos Humanos Nº 9, Academia de Humanismo Cristiano, 1988.

MORESO, Juan Luis. "Conflictos entre Principios Constitucionales". En Miguel Carbonell (editor) Neoconstitucionalismo. Editorial Trotta, Madrid. 2003.

Nash, Claudio. La concepción de derecho fundamental en Latinoamerica. Tendencias jurisprudenciales. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho. Facultad de Derecho Universidad de Chile.

Nogueira Alcalá, Humberto. El Constitucionalismos Contemporáneo y los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estudios Constitucionales, Año 1, Nº 1 (2003).

Peces-Barba, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General. Universidad Carlos III de Madrid. 1999.

Posner, Richard. El Análisis Económico del Derecho, Fondo de Cultura Económica, 2000.

Prieto Sanchís, Luis. El Juicio de Ponderación. En su Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales. Editorial Trotta, Madrid, 2003.

Rosales, Cecilia. Los Derechos Sociales y la Constitución de 1980 a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Ley de Isapres. Documento inédito.

Rosenberg, Gerald. The Hollow Hope. Can Courts bring about social change? The University of Chicago Press, 2008, 2ª edición.

Salmona Maureira, Francisco José. Decisión Judicial y Colisión de Derechos Fundamentales. Cuadernos del Tribunal Constitucional Nº 40, Chile, 2008.

Silva Bascuñán, Alejandro. Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XII, Editorial Jurídica. 2008.

Trabucco Zeran, Alia. Derechos Humanos Hoy: Balance Internacional. Facultad de Derecho Universidad de Chile y Centro de Derechos Humanos. Chile. 2008.

Uprimny, Rodrigo. The Enforcement of Social Rights by the Colombian Constitutional Court. En Domingo *et al.*, Courts and Social Transformation in New Democracies, Ashgate, Londres. 2006.

Vásquez, José Ignacio, El Déficit Garantístico del Artículo 19 Nº 9 de la Constitución, Actas de las XXXIV Jornadas de Derecho Público, Derecho UC, 2004.

Waldron, Jeremy. The Core of the Case against Judicial Review. The Yale Law Journal, Vol. 115, N 6. Abril 2006.

Zapata, Patricio. Justicia Constitucional, Editorial Jurídica, Chile, 2008.