

EL NUEVO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS SOCIALES: EL CASO DE LAS ISAPRES

Alberto Coddou ¹

I. Introducción

En términos generales, el sistema de salud chileno es conocido por su marcado carácter privatista. Quien desee recibir una prestación de salud, debe pagar por ella de acuerdo a sus necesidades, pero principalmente de acuerdo a sus posibilidades. Así, quien puede pagar más, recibirá una atención de salud más expedita, personalizada y, por regla general, de mejor calidad.

En términos constitucionales, la salud se considera como un bien básico al que todos los ciudadanos tienen acceso libremente y sin discriminación, aunque no necesariamente de manera igualitaria². En otras palabras, por una parte, se garantiza a cada ciudadano la protección de su salud y, al mismo tiempo, que la misma no será abandonada hasta el punto de transgredir la esencia del derecho a la salud y de todo lo que ello involucra (19 n° 9, inciso 1°

¹ Abogado, Profesor de Introducción al Derecho, Universidad Diego Portales.

² Lo que, en términos explícitos, se encuentra protegido, es “*el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo*”, cuestión que objeta mi afirmación. Esta primera lectura de la disposición constitucional contrasta con la idea, asentada en nuestro sistema institucional (al menos, supongo yo, hasta antes de las sentencias que se someten a comentario), de que la “*Constitución no asegura a las personas poder permanecer en un determinado plan o seguro de salud, ni menos a hacerlo por un precio inalterable. La obligación impuesta al Estado de proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud, que la Constitución sí establece, es diversa a los derechos de las personas a permanecer en un plan o más precisamente a mantener inalterable un precio de un seguro destinado a cubrir los costos en que incurran en materia de salud*” (Tribunal Constitucional, rol 976-2008, considerando 9ffl, voto de minoría). En otras palabras, se sostiene que ambos derechos –uno, social; el otro, civil– son de naturaleza diferente, de modo que no podría considerarse como inconstitucional una situación en que los pobres (o las mujeres y los/as viejo/as) acceden a prestaciones de salud mínimas (al menos mínimas desde una perspectiva constitucional, es decir, que respete los contenidos mínimos o la esencia del derecho a la protección de la salud y que considere la dignidad de las personas) mientras los ricos pueden (o los hombres y lo/as jóvenes) acceder a prestaciones de salud máximas.

y 19 n° 26); por otra parte, se garantiza a cada ciudadano la libertad para que elija el sistema de salud que prefiera (19 n° 9, inciso final).

El sistema privado de salud es controlado por las instituciones de salud previsional (ISAPRES), las cuales, para participar en el mercado privado de la salud, deben cumplir con ciertas regulaciones y someterse a la fiscalización pública de la Superintendencia de ISAPRES. Cumplidas las condiciones, las ISAPRES pueden proveer prestaciones de salud y cobrar el precio o contraprestación correspondiente, dentro de ciertos límites. En ese contexto, la ley de ISAPRES (Ley No. 18.933) permite que estos entes privados puedan determinar los precios de sus planes de salud de acuerdo a ciertos criterios que fueron consensuados en una reciente reforma del sistema de salud (2005). En concreto, se permitió a las ISAPRES modificar unilateralmente los precios de los planes de salud de acuerdo a criterios como la edad y el sexo de sus afiliados, los que constan en una tabla de factores que aumentan el valor del plan, lo que ocurre en caso que el afiliado envejezca o sea mujer (existe otro criterio determinante: la condición del afiliado). Las obvias tensiones que ello conlleva han desplazado las discusiones hacia los foros judiciales.

En el presente artículo, se dará cuenta de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC) del año 2009 acerca del problema recién descrito. En términos generales, se hará un breve análisis de las sentencias que durante el pasado año acogieron recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, siguiendo la jurisprudencia de la primera sentencia que se dictó al respecto durante el año 2008. Además, se considerará una sentencia de comienzos de 2010, que recayó sobre la acción de inconstitucionalidad que tres diputados interpusieron en contra del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que contiene la tabla de factores en discusión.

II. Judicialización del derecho a la salud³

Para muchas personas, la idea de que el ordenamiento jurídico permita que los privados puedan hacer de la salud un negocio es injusta⁴. Además, muchas

3 Ocupo el término judicialización en el sentido más trivial posible, esto es, en cuanto hace referencia a un aumento de las cuestiones conflictivas que se llevan al foro judicial, sea cual sea el tribunal al que se recurre.

4 Así, por ejemplo, en la Encuesta de Opinión Pública del Instituto de Investigación en Ciencias

consideran que no se puede cobrar más a las personas por el solo hecho de envejecer o de haber nacido mujer. Con ese trasfondo, y desde hace algunos años, se han venido interponiendo acciones constitucionales en contra de las alzas de precios en los planes de salud realizadas por las ISAPRES. Por una parte, se han iniciado miles de recursos de protección ante las cortes de apelaciones y varios requerimientos de inaplicabilidad ante el TC. Así, por ejemplo, de acuerdo a un estudio de la consultora Altura Management, el 75,3% de los recursos de protección presentados en 2008 corresponden a alzas en los planes de salud. La tendencia es que cada año vaya creciendo la cantidad de recursos de protección que se presentan por este problema. Por otra parte, hasta noviembre del 2009, 40 recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra del artículo 38 ter se encontraban pendientes ante el TC⁵.

Se han preferido acciones constitucionales antes que mecanismos administrativos de reclamo ante la Superintendencia de ISAPRES. En efecto, la opinión de la Superintendencia –quien participó en el proceso de reforma de la tabla de factores en el Congreso– al participar de los procesos constitucionales que se gatillaron, es el mismo de las ISAPRES: es decir, no se puede entrar a revisar judicialmente una tabla de factores que fue democráticamente consensuada en el Congreso. En conocimiento de ello, muchas personas (debidamente asesoradas) han preferido recurrir a las Cortes, en la esperanza de que la sensibilidad de justicia del poder judicial, ajena a cuestiones en extremo técnicas (como parecen ser las que rigen la actividad de una entidad reguladora), pueda entregar una justicia negada, a juicio de ellos, por un sistema que discrimina por cuestiones que no elegimos: envejecer o ser mujer.

Justificadamente, podemos decir que somos testigos de un verdadero proceso de judicialización del derecho a la salud en nuestro país. La notoriedad pública de este fenómeno viene de la mano de un lento proceso de transformación social en que los individuos comienzan a verse como titulares de derechos sociales y no como meros beneficiarios pasivos de ciertas prestaciones sociales

Sociales de la Universidad Diego Portales del año 2009, un 54% de los chilenos se mostraba en desacuerdo con la idea de que las ISAPRES deberían seguir siendo privadas. Además, un 85% de los encuestados, señala que debería existir una cadena de farmacias estatales (disponible en: <http://www.icsa.cl/images/documentos/encuestaudp/2009/encuesta-nacional-udp-2009.pdf>)

5 *El Mercurio*, 17 de Noviembre de 2009. En términos porcentuales, 40 requerimientos corresponden al 16% del total de los ingresos del año 2008, cifra no menor.

entregadas por el Estado⁶. Lentamente, y en diversas esferas como el trabajo, la salud o la educación, ha comenzado una preocupación por la calidad y por las condiciones en que se realizan esas actividades.

La discusión de este tema al interior del TC ha sido ilustrativa de las tensiones, intereses y argumentos que se han esgrimido, principalmente, acerca del rol y del alcance que compete al Estado y a los organismos privados en las prestaciones de salud. Han participado: Ciudadanos ‘de a pie’⁷; el Estado, a través de la Superintendencia de ISAPRES; y las ISAPRES, quienes han llegado al TC representados por destacados abogados constitucionalistas que forman parte de los estudios jurídicos más reputados del país.

III. Las tres sentencias que acogen los requerimientos de inaplicabilidad

1. Introducción

El nuevo sistema de control de constitucionalidad inaugurado con las reformas constitucionales del año 2005 trajo nuevas esperanzas para la ciudadanía que acude a los tribunales para el reclamo de sus derechos. En el caso de la salud, y más específicamente en los reclamos en contra de las ISAPRES, se abrió el flanco del recurso de inaplicabilidad, que ahora estaba disponible para que la ciudadanía cuestionara directamente ante el TC la constitucionalidad de las normas que rigen las prestaciones de salud privadas. Junto al recurso de protección, cuyo conocimiento corresponde a las cortes de apelaciones en primera instancia, ahora se encontraba disponible el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, el cual, además, podía guiar a una expulsión de un precepto legal del ordenamiento jurídico en caso de que prosperara la cuestión de inconstitucionalidad.

Así, no era difícil esperar que el TC entrara al conocimiento de recursos de inaplicabilidad relacionados con los problemas surgidos con ocasión de la modificación unilateral de los precios de los planes de salud que realizan las ISAPRES. A mediados de 2008, se dictó la primera sentencia que acoge un

6 Véanse, por ejemplo, las ideas avanzadas por el trabajo de Javier Couso y Carolina Tohá, “Las Transformaciones de la Política Chilena: ¿Qué Representar y Cómo?”, en *El Chile que viene*, (Expansiva-UDP), 2009.

7 No deja de llamar la atención que, en dos de los tres recursos de inaplicabilidad acogidos, los requerientes han sido abogados con buenos conocimientos de derecho público: Silvia Peña Wassaf, abogada del departamento de estudios del Ministerio Público, y Pedro Fernández B., destacado profesor de derecho ambiental.

recurso de inaplicabilidad en la materia (Sentencia Rol N° 976, de 26 de Junio de 2008). Asimismo, durante 2009, dos sentencias adicionales acogieron similares requerimientos (Sentencia Rol N° 1218, de 7 de Julio de 2009; Sentencia Rol N° 1287, de 8 de Septiembre de 2009).

Las tres sentencias mencionadas exponen, en términos generales, que los derechos sociales se encuentran reconocidos en nuestra Constitución y que estos últimos no son meras expectativas o directrices sino que verdaderos derechos que pueden ser justiciables. Con ese trasfondo, se incorporan diversos argumentos que pretenden justificar la obligación de los entes privados que materializan derechos constitucionales como la salud, en orden a realizar los máximos esfuerzos por que estos derechos no se vean violentados ni menoscabados en su esencia. Asimismo, la segunda y tercera sentencia sumaron nuevos argumentos para justificar la impugnación constitucional del precepto legal en discusión⁸.

2. Críticas

Para parte importante de la doctrina, estos fallos fueron motivo de celebración: por primera vez, de manera explícita, y por la máxima instancia constitucional, se estableció que los derechos sociales son verdaderos derechos reconocidos en la Constitución y que, por ello mismo, son derechos plenamente justiciables⁹. Para muchos¹⁰, esta sentencia representa un fuerte avance en materia de derechos económicos, sociales y culturales, al considerarlos como verdaderos derechos y no como simples declaraciones programáticas o directrices políticas. A pesar de mostrar cierta crítica en torno a algunos aspectos

8 Es importante notar que la segunda y tercera sentencias, acogen los requerimientos no en base al artículo 19 n°9, sino en base a la protección constitucional de la seguridad social y un presupuesto de solidaridad que sería parte de la esencia de ella. Ello, sin embargo, no altera el análisis que se hace aquí. Para una de las posibles lecturas de este cambio argumentativo y su relación con la inadecuada distinción entre control concreto y abstracto, véase Lovera, Domingo, “El TC y las ISAPRES: A propósito de los derechos sociales en la Constitución de 1980”, de próxima publicación.

9 “*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*” (considerando 26° de la Sentencia Rol N° 976, de 26 de junio de 2008).

10 Véase Viera, Cristián, “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de Junio de 2008”, Sentencia Rol N° 976, de 26 de junio de 2008, que acoge requerimiento interpuesto por doña Silvia Peña Wasaff para declarar inaplicabilidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 (ley de Isapres)” (disponible en <http://www.uvm.cl/derecho/masjurisp.shtml>); Aguilar Carvallo, Gonzalo, “Principio de Solidaridad y derecho privado: comentario a una sentencia del Tribunal Constitucional”, en 14 *Ius et Praxis*, n°2; y Zúñiga, Francisco, “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, en 20 *Revista de Derecho, Consejo de Defensa del Estado*.

del fallo, celebran que se haya desechado la argumentación de que no se trata de verdaderos derechos dada la dependencia de su exigibilidad respecto de los recursos económicos del Estado¹¹.

Ahora bien, tratándose de las primeras sentencias del Tribunal Constitucional que reconocían a los derechos sociales como verdaderos derechos, debería haber existido un análisis más profundo acerca de los fundamentos de los mismos, así como de su justiciabilidad. Ello pues un sector importante de la doctrina constitucional cuestiona que los derechos sociales puedan ser discutidos en tribunales o ser objeto de revisión judicial¹². Los argumentos que se han esgrimido son variados y van desde una crítica a la legitimidad democrática de los jueces para realizar tales juicios hasta la incapacidad técnica de éstos para definir políticas sociales. En otra perspectiva, algunos van más allá en su crítica y llegan a señalar que el término ‘derechos sociales’ es una contradicción en los términos¹³. Considerando los problemas teóricos y prácticos que implican los derechos sociales, la jurisprudencia del TC podría haber integrado, aunque fuera de manera panorámica, la ardua discusión que se da en la doctrina constitucional al respecto. Es importante que el Tribunal Constitucional esté a la altura de tales discusiones.

Más allá de este avance doctrinal, los aspectos críticos son los que verdaderamente importan en un comentario de jurisprudencia. Sin una adecuada dogmática constitucional que le sirva de barrera, la jurisprudencia constitucional puede tornarse arbitraria, dañando la certeza jurídica que ella está llamada a proveer¹⁴. De ahí la importancia de las críticas.

En lo que sigue, se hará una breve presentación de las críticas que se pueden realizar a los fallos objeto del presente comentario.

11 Este argumento, refutado por las sentencias de inaplicabilidad, ha sido el que ha defendido parte importante de nuestra doctrina constitucional, al menos de aquella que nace al amparo de la Constitución de 1980. Para ello, véase Lovera, Domingo, “Los derechos sociales en la Constitución de 1980”, *Working Papers ICSSO* (disponible en icso.cl/archivos/working-papers-icso-udp-3-2009-Lovera.pdf).

12 Para un resumen de estas críticas, véase Gargarella, Roberto, “Justicia y Derechos Sociales: Lo que no dice el argumento democrático”, en *Teoría y Práctica del Derecho Constitucional*, tomo II (Abeledo-Perrot), 2009, 965 y ss.

13 Véase, por ejemplo, Atria, Fernando, “¿Existen derechos sociales?”, en 4 *Discusiones: Derechos Sociales*, para quien los reclamos o metas sociales que subyacen a los derechos sociales se ahogan y contradicen en sí mismos al plantearse en una formulación liberal y burguesa como la de los derechos.

14 Zapata, Patricio, *Justicia Constitucional*, (Editorial Jurídica) 2008, 40-45.

a) El uso del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad como un cuasi-amparo de derechos fundamentales, similar a lo que se controla a través del recurso de protección.

En parte debido a la inadecuada distinción entre control concreto y control abstracto, que ha sido expuesta en otros trabajos¹⁵, el recurso de inaplicabilidad se transforma en una acción constitucional con un objeto similar al recurso de protección. En el caso concreto, el recurso de inaplicabilidad se transforma en un procedimiento para controlar la discrecionalidad de las atribuciones de las ISAPRES con respecto al precio de los planes de salud que pueda generar efectos lesivos de derechos fundamentales, cuestión que parece propia de los procesos de protección¹⁶. Ello es correctamente entendido, a nuestro juicio, por el voto de minoría (presente en los tres fallos de inaplicabilidad), que advierte que la magnitud del alza discrecional es una cuestión que cabe resolver a los jueces del fondo en el recurso de protección: *“Más allá de estos márgenes legales, autorizados por el artículo 38 ter impugnado, no le corresponde a esta Magistratura determinar si la específica alza determinada por la ISAPRE en el caso de la requirente fue legal o arbitraria, pues ello es precisamente la materia del recurso de protección que han de resolver los jueces del fondo”*. Ello es respaldado por las opiniones de Francisco Zúñiga, quien, en esta misma línea argumentativa, critica el fallo: *“compete a los Tribunales Superiores de Justicia en sede de protección determinar la antijuridicidad lesiva de derechos fundamentales de la modificación del costo o precio del plan de salud otorgado en el marco del contrato de salud previsual, todo lo cual es propio del proceso de amparo de estos derechos. Nuevamente el Tribunal Constitucional en sede de inaplicabilidad transforma el control concreto en un seudo amparo constitucional extraordinario de derechos fundamentales con el efecto explícito revocatorio supercasatorio de sus sentencias”*¹⁷.

15 Couso, Javier y Alberto Coddou, “La Naturaleza Jurídica de la Acción de Inaplicabilidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Un Desafío Pendiente”, de próxima publicación. Del mismo modo, Fermandois, Arturo “Inaplicabilidad y control concreto del Tribunal Constitucional: enjuiciando la arbitrariedad en la aplicación de la ley”, 17 *Revista Actualidad Jurídica*, 175, 183-7.

16 Muchos de los cuales quedan suspendidos con la presentación de recursos de inaplicabilidad ante el TC.

17 Zúñiga, Francisco, “Comentarios de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, sentencia rol 976-2008 (disponible en www.legalpublishing.cl). Uno de los efectos de esta concepción del recurso de inaplicabilidad es entregar un sólido argumento en apoyo de la idea de que los derechos sociales sí se encuentran amparados en el esquema de garantías del derecho chileno. Así, como señala Lovera, *“si una garantía es aquel ‘método, mecanismo o dispositivo (...) que sirve (...) para asegurar la efectividad de un derecho’ entonces el esquema de garantías constitucionales chileno debe comprenderse más allá de la acción de protección”. De este modo, la acción de inaplicabilidad podría pensarse como una garantía, distinta al recurso de protección, “que viene a transformar una meta social –digamos, un derecho social sin garantía o solo reconocido constitucionalmente– en derecho”*. Lovera, Domingo, “El TC y las Isapres:

b) Justificación iusnaturalista¹⁸.

En nuestros tiempos, la justificación iusnaturalista de los derechos fundamentales es objeto de diversas críticas por parte de la doctrina jurídica. Que ello sea obviado por un amplio sector de la jurisprudencia constitucional, simpatizante de doctrinas neoconstitucionales, no implica el olvido de las críticas que pueden realizarse a este tipo de justificaciones. El neoconstitucionalismo, de este modo, reemplaza la función que en otros tiempos cumplió el derecho natural: adecuar el derecho legislado a la moral, de modo que se revive una conexión necesaria entre derecho y moral, cuestión que de inmediato trae problemas para el reconocimiento del contenido de la Constitución. En efecto, no se entiende qué otro tipo de justificación, sino una de tipo moral, es la que podría justificar el adecuar ciertas reglas legales a cuestiones sustantivas que se encuentran expresadas en términos excesivamente amplios en nuestra Carta Fundamental. Se abre la posibilidad de que la justificación moral no provenga de una moral crítica ni mucho menos objetiva, sino de la moral personal del juez que resuelve la cuestión. Creemos que la justificación de los derechos fundamentales, si bien puede apelar a cuestiones morales, debería recoger las críticas que se le realizan.

c) Los valores de la Constitución como parámetro del control de constitucionalidad.

Otra de las cuestiones problemáticas en esta sentencia es atribuirle a los valores de la Constitución, un mismo estatus que su texto. Para Letelier, *“al TC parece no temblarle la mano cuando afirma que la Constitución está integrada no sólo por normas y principios (lo que ya discute el constitucionalismo positivista con argumentos bastante certeros) sino que además por ‘valores’. Ello unido a que considera que ciertas normas constitucionales en realidad reflejan prerrogativas que ‘preexisten’ a la sociedad misma, lo que constituye una clara apelación iusnaturalista siempre peligrosa en estos tiempos”*¹⁹. Parte de la doctrina no se ha detenido en el análisis crítico de estas ideas, salvo el caso de Viera y Zúñiga. Más

a propósito de los derechos sociales en la Constitución de 1980”, de próxima publicación. Ello, sin embargo, se hace al costo de desnaturalizar la acción de inaplicabilidad.

18 Entre otros argumentos que aluden al iusnaturalismo, el TC señala lo siguiente: *“Que, en torno de la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, se articula el sistema constitucional chileno, siendo menester poner de relieve que si la Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido que preexisten a ella”*.

19 <http://decive.blogspot.com>, Letelier, Raúl, “¡Qué buenos parlamentarios son nuestros jueces constitucionales!”. Desde ya, disculpo al autor citado por esta referencia, pues estas ideas no han sido confrontadas en un plano académico.

aún, algunos, como Aguilar Carvallo, han celebrado este hecho: “*El Tribunal Constitucional, en el fallo de la Ley de ISAPRES, reitera el principio de que la Constitución no es sólo la letra de la misma, mucho más que eso, son sus valores, principios y espíritu, eso es lo que constituye verdaderamente el parámetro pleno de constitucionalidad, y por esta vía, los derechos fundamentales o humanos se configuran en un parámetro objetivo de constitucionalidad, cualquiera sea la fuente que los contiene*”²⁰. El peligro de que los valores de la Constitución se erijan en el parámetro del control de constitucionalidad salta a la vista. Para discernir esos valores, previo a ejercer cualquier atribución del control de constitucionalidad, entraremos en disputas metafísicas (propias de la filosofía iusnaturalista presente en diversas sentencias del Tribunal), acerca de qué es lo que, en cada caso, puede decir la Constitución más allá de su texto. Para otros comentaristas, estas sentencias son una expresión del fenómeno que se ha denominado como ‘inflación de derechos’. De acuerdo a éste, el Tribunal expande sus atribuciones para consagrar derechos o valores no reconocidos explícitamente en la Constitución²¹. Este fenómeno, que parece encajar con un concepto de activismo, se diferencia marcadamente de la excesiva moderación que mostraba la Corte Suprema cuando conocía de los recursos de inaplicabilidad con anterioridad al año 2005. Según algunos, “*en esta nueva etapa de nuestro Derecho Constitucional, todo parece indicar que el TC está decidido a jugar un rol protagónico en el diseño de la sociedad en la que queremos vivir*”²².

d) En términos generales, no hay ninguna referencia importante de las sentencias al derecho internacional de los derechos humanos, que es el foro que más esfuerzos ha realizado por justificar la existencia y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC).

La evolución de los DESC, al amparo del derecho internacional, ha logrado significativos avances respecto a su normatividad. Por ejemplo, y considerando la argumentación a nivel abstracto que realizó el TC, se podrían haber citado las ideas aportadas por el Comité de derechos económicos, sociales y culturales en la observación general n°14 que señalan que la privatización de la provisión de prestaciones sociales no debe implicar una discriminación en

20 Aguilar Carvallo, op. cit.

21 Sierra, Lucas, “Inflación”, *El Mercurio*, 25 de Agosto de 2008.

22 Letelier, op. cit.

el acceso al disfrute de ellas²³. Asimismo, se podría haber hecho referencia a la obligación de no discriminar en el ejercicio de los DESC, en tanto constituye un “*principio fundamental del derecho internacional de los Derechos Humanos aplicable a todo derecho, sea civil, político, económico, social o cultural*”²⁴. Ello, claro está, supone la prohibición de establecer discriminaciones arbitrarias, como aquellas basadas en el sexo o cualquier otra condición social. En particular, tratándose del género, se prohíben no solo las discriminaciones directas (por ejemplo, aquellas contenidas en la legislación, lo que en el caso en discusión sucede de manera explícita), sino también las indirectas: ello exige que los Estados tengan en cuenta “*la manera en que la aplicación de normas y principios jurídico aparentemente neutrales en lo que se refiere al género tenga un efecto negativo en la capacidad del hombre y la mujer para disfrutar de sus derechos humanos en pie de igualdad*”²⁵. En las condiciones de la mujer chilena, es patente la discriminación indirecta en el acceso a prestaciones de salud de mejor calidad²⁶.

e) Los efectos de los fallos del TC en la comunidad.

El Tribunal no considera que sus fallos pueden generar potentes mensajes que alteran la racionalidad de los agentes del sistema. Es decir, más allá de que el Tribunal enfatice que los efectos de la inaplicabilidad se reducen al caso concreto, los diversos actores recogen los argumentos de una acción acogida, haciendo surgir diversas conductas entre los actores, quienes buscan igualar las circunstancias para ser tratados de igual manera por el sistema. Los jueces, de acuerdo a las ideas aportadas por el análisis económico del derecho, “*no pueden omitir el futuro (...) el juez debe considerar el probable efecto de decisiones alternativas sobre el comportamiento futuro de los individuos*”²⁷. El tribunal tiene plena consciencia de

23 Párrafo 4.

24 Espejo, Nicolás, “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Consagración, Contenido y Justiciabilidad”, en *Manual sobre Justiciabilidad de Derechos Sociales para Jueces de Iberoamérica* (OXFAM-Chile), 2009, 38.

25 Comité DESC (n.47), párr. 18.

26 Téngase en cuenta, por ejemplo, la baja participación de la mujer en el mercado del trabajo y la diferencia de ingresos en puestos similares de trabajo. Para ello, véanse los informes sobre Chile de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (www.ocde.org) y la Organización Internacional del Trabajo (www.oit.org).

27 Richard Posner, citado en Soto, Sebastián, “Fallo Isapres: una mirada a los derechos sociales y al rol de los jueces”, en *Sentencias Destacadas 2008*, (Libertad y Desarrollo).

que los fallos generan incentivos para la comunidad jurídica, pues en casos como este es enfático en recalcar los efectos inter partes, cuestión que parece más bien una mera advertencia antes que una reflexión sobre el nuevo diseño de la inaplicabilidad. Como evidencia empírica, se puede citar el aumento de recursos de protección interpuestos en contra de ISAPRES con posterioridad a la fecha de dictación de la primera sentencia, lo que refrenda la idea expuesta aquí²⁸.

f) ¿Son buenos parlamentarios nuestros jueces constitucionales ante la ineficacia del poder legislativo?.

Debido a la ineficacia de nuestro Poder Legislativo para recoger oportunamente las demandas de la población respecto de una mejor cobertura y calidad de las prestaciones de salud, algunos intentaron justificar la judicialización de los reclamos ante el TC: “*Si no hemos podido conseguirlo por la parte legal, esperamos lograrlo por la vía constitucional*”²⁹. Las palabras de Enrique Accorsi representan la ineficacia de nuestro Poder Legislativo para canalizar adecuadamente lo que la opinión pública demanda de su sistema de salud. Ello ha explicado que una situación que goza de poca legitimidad y aceptación entre la ciudadanía, como las discriminaciones por sexo y edad, lleguen al TC después de haber fracasado en la discusión legislativa. Como señala Letelier: “*cabe indicar que el TC ha hecho justo aquello que los parlamentarios temen hacer, regular más y mejor el ‘mercado’ de los servicios de salud haciendo que las ganancias de los prestadores del servicio sean a lo menos un poco menos abultadas y el sistema provea un servicio de salud mucho más justo y solidario. Si eso le corresponde o no hacer al TC es algo de lo cual no nos cansaremos de discutir. Sin embargo, al final del día, y puestos en la situación, siempre paradigmática, de creer que un grupo de abogados interpreta mejor la Constitución que una mayoría democráticamente legitimada, sólo nos queda alabar esta sentencia proclamando: ¡Qué buenos parlamentarios son nuestros jueces constitucionales!*”³⁰.

Estructura básica de la sociedad, arreglos institucionales y deberes individuales: Un considerando que se repitió en los tres fallos que acogieron los recursos de inaplicabilidad, sostuvo “*que, sin duda, las instituciones aludidas tienen*

28 Soto, op. cit. 176-179.

29 *El Mercurio*, 24 de Julio de 2009.

30 Letelier, op. cit.

también asegurados sus derechos en la Carta Política, pero con idéntica certeza, ha de afirmarse que ellos se encuentran sometidos a los deberes correlativos, de los cuales resulta menester realzar aquí su contribución al bien común, haciendo cuanto esté a su alcance, dentro del ordenamiento jurídico, por materializar el goce del derecho a la protección de la salud. Consiguientemente, el desarrollo de sus actividades empresariales y el ejercicio del dominio sobre sus bienes, encuentran límites y obligaciones legítimas, impuestos por la ley en cumplimiento de lo previsto en la Carta Política a propósito de las exigencias derivadas de la función social de la propiedad. Precisamente, entre tales delimitaciones aparece, al tenor del artículo 19, N° 24, inciso segundo, de la Constitución, cuanto exija la salubridad pública, es decir, lo que sea bueno para la salud de sus habitantes”. Lo problemático de este razonamiento es que, para la protección de las garantías constitucionales, no bastaría con un arreglo institucional que se corresponda con el compromiso asumido en el código político. En otras palabras, para el cumplimiento de los valores que la Constitución considera como socialmente valiosos, no solo podríamos exigir modificaciones a la estructura básica de la sociedad, a través de los deberes constitucionales (principalmente mandatos al legislador) sino que también deberes personales, cuyos límites son imprecisos, respecto de las acciones de los particulares. Todo ello redundaría en un problema complejo de resolver y que la filosofía política ha resumido en las críticas que Gerald Cohen realiza a la teoría de la justicia rawlsiana: si queremos hablar de la justicia como un valor, no podemos reducir la discusión a la estructura básica de la sociedad. Así, *“la justicia no puede ser sólo una cuestión de la estructura legal del Estado dentro del que la gente actúa, sino que es también una cuestión que tiene que ver con los actos que la gente elige dentro de esa estructura, con las opciones personales que llevan a cabo en su vida diaria”*³¹. Resumiendo la crítica, podemos decir que Cohen ataca la defensa del principio de la diferencia en torno a proteger los incentivos de quienes están en una mejor posición en la sociedad: en el caso en estudio, de las ISAPRES, quienes justifican su posición en el sistema de salud generando incentivos para una mejor cobertura, un mejor desarrollo tecnológico y una mejor atención de salud, consideradas las cosas integralmente. Serían las propias ISAPRES, y sobre todo sus dueños, quienes hacen que sean necesarias elevadas recompensas *“con su actitud de no querer trabajar, a cambio de las recompensas habituales, con la misma productividad con que lo harían a cambio de recompensas más elevadas y esa falta de disposición por*

31 Cohen, Gerald, *Si eres igualitarista, ¿Cómo es que eres tan rico?* (Paidós Ibérica) 2001, 166.

su parte es lo que asegura que los no especialmente dotados obtengan menos de lo que obtendrían en otro caso”³². Con las sentencias que se comentan aquí, los argumentos de Cohen esbozados parecen recibir un reconocimiento institucional, siendo plenamente exigibles ciertas conductas individuales en el cumplimiento de los derechos fundamentales. Que ello es una discusión latente en la filosofía política que ha causado grandes controversias intelectuales, no cabe duda. Que ello sea asumido de manera irreflexiva en foros judiciales, parece, al menos, problemático.

IV. La sentencia Rol No 1444, sobre acción de inconstitucionalidad

De acuerdo a este fallo, la acción de inconstitucionalidad presentada por tres diputados para expulsar del ordenamiento jurídico al artículo 38 ter de la ley de ISAPRES, que contiene la tabla de factores que ha estado en el centro de la disputa, no satisface la exigencia de contener una petición razonablemente fundada, por lo que ni siquiera se acoge a tramitación. En concreto, señala que si bien se citan las sentencias previas de inaplicabilidad que van en apoyo de la pretensión, no se desarrollan los argumentos constitucionales que le sirven de sustento³³.

El conocimiento de la acción de inconstitucionalidad viene a profundizar la confusión que reina entre los ministros del Tribunal Constitucional al intentar distinguir entre control concreto y control abstracto. Para ilustrar ello, presentaremos algunos extractos de los votos de mayoría y de minoría que revelarán los extremos a los que ha llegado la comentada confusión. Por una parte, el considerando 6° del voto de mayoría afirma que *“si bien los requirentes han manifestado expresamente que la inconstitucionalidad que solicitan sea declarada en este proceso se funda en ‘las mismas consideraciones’ contenidas en los fallos de inaplicabilidad dictados por este Tribunal que citan, en la pretensión que se contiene en el libelo se agregan argumentaciones que resultan incompatibles e incluso contradictorias con el control constitucional abstracto que se pide ejercer a este Tribunal en virtud de la atribución que le confiere el numeral 7° del inciso primero del artículo*

32 Ibid., 172

33 El artículo 47 P de la Ley N° 17.997 (Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional), modificada por la Ley N° 20.381 (2009), dispone lo siguiente: *“Si la cuestión de inconstitucionalidad es promovida mediante acción pública, la o las personas naturales o jurídicas que la ejerzan deberán fundar razonablemente la petición, indicando precisamente la sentencia de inaplicabilidad previa en que se sustenta y los argumentos constitucionales que le sirven de apoyo”*.

93”. Por otro lado, para argumentar a favor de la conformidad de la acción con el artículo 47 P de la Ley Orgánica Constitucional del TC, el voto de minoría señala que, “*por una parte, en ella se indican las sentencias de inaplicabilidad previas en las que se sustenta (...) por otra parte, la indicación precisa de los fundamentos que le sirven de sustento es suficiente, ya que los requirentes solicitan a esta Magistratura que tal decisión se adopte ‘por las mismas consideraciones formuladas en los referidos fallos’ aludiendo a las sentencias de inaplicabilidad citadas. Obvio resulta, en consecuencia, que, accediendo a tal solicitud, tanto la fundamentación como lo resolutivo de ambas sentencias de este Tribunal, representen un respaldo sólido para lo reclamado en el requerimiento de autos*”.

Estos argumentos contradictorios son dignos de consideración. Muestran la confusión en que se encuentran los ministros del Tribunal Constitucional y la comunidad jurídica al no distinguir, en forma real, entre ambos tipos de control. En efecto, de la lectura de los mismos queda en evidencia la falta de coherencia del sistema de control constitucional en manos del TC. Por una parte, los diputados que interponen la acción pública de inconstitucionalidad se limitan a indicar las sentencias previas de inaplicabilidad y a incorporar como argumentos adicionales las ‘mismas consideraciones’ formuladas en aquellas sentencias. Ello indica, al menos a simple vista, que los usuarios del sistema no distinguen entre control concreto y abstracto, pensando, más bien, que se trata de dos etapas de un mismo proceso. En otras palabras, la comunidad jurídica es incapaz de distinguir que entre ambos tipos de control hay una diferencia significativa. Como hemos visto, a ello ha colaborado un inadecuado diseño del sistema de control de constitucionalidad y una deficiente y cambiante jurisprudencia en torno a esta distinción³⁴. Por otra parte, los ministros del voto de mayoría de esta sentencia argumentan que la acción de inconstitucionalidad se distingue de la acción de inaplicabilidad justamente por su carácter abstracto. Fundados en ello, señalan que la acción no se encuentra suficientemente motivada pues los requirentes esgrimen los mismos argumentos que en sede de inaplicabilidad: “*argumentaciones que resultan incompatibles e incluso contradictorias con el control constitucional abstracto que se pide ejercer a este Tribunal en virtud de la atribución que le confiere el numeral 7º del inciso primero del artículo 93*”. Lo increíble de este argumento es que estos ministros olvidan (o, al menos, no advierten) que en los fallos de inapli-

34 Fernandois, op. cit.

cabilidad comentados el voto de mayoría era de un carácter marcadamente abstracto, como ya se ha señalado aquí. Por su parte, los ministros del voto de disidencia (Carmona, Cea y Fernández) de este fallo pretenden negar toda diferencia entre ambos tipos de control. En efecto, ellos entienden que los dos requisitos exigidos por el artículo 47P de la Ley Orgánica Constitucional del TC se encuentran perfectamente cumplidos al ‘indicarse’ las sentencias previas de inaplicabilidad (las que, en palabras de la misma ley, le ‘sirven de sustento’ a la acción) y al esgrimirse los ‘mismos’ argumentos que se habían expuesto en las sentencias estimatorias de inaplicabilidad. Con este argumento, bastaría fundar las acciones de inconstitucionalidad en una sola página: indicando las sentencias previas de inaplicabilidad más una referencia general a las ‘mismas consideraciones anteriores’ contenidas en las sentencias de inaplicabilidad.

En nuestra opinión, en esta sentencia yerran todos los ministros del TC. Unos, al usar la distinción entre control concreto y control abstracto de manera arbitraria (esta distinción, manipulada arbitrariamente, puede servir, por ejemplo, para negarse al conocimiento de cuestiones conflictivas, o para generar legitimidad en áreas de alto impacto mediático; en otras palabras, de acuerdo al caso que se enfrenta, esta distinción puede servir para un ‘activismo soterrado’ o para una ‘deferencia aparentemente razonada’ con el legislador). Los otros, al negar cualquier distinción significativa entre control concreto y control abstracto.

En el voto disidente de Mario Fernández, quien agrega argumentos de fondo en una sentencia de trámite, esta confusión llega a sus extremos. En efecto, en el considerando 10° se señala que *“no puede entenderse (...) que el requisito de la inaplicabilidad previa del precepto legal impugnado para declarar la inconstitucionalidad, sea una fase secuencial de ésta, pues se trata de una acción de naturaleza jurídica completamente distinta”*, para después, en el considerando 19°, agregar que la acción de inconstitucionalidad presentada *“indica con precisión los argumentos constitucionales en los que se funda la pretensión, que coinciden con los que este Tribunal tuvo a la vista para dictar los fallos citados”*. Estos dos argumentos son, a primera vista, contradictorios, pues si se trata de acciones que contienen pretensiones jurídicas completamente distintas, no se entiende por qué la acción de inconstitucionalidad se encuentra suficientemente motivada

al hacer referencia a los mismos argumentos que se tuvieron en vista en las sentencias previas de inaplicabilidad.

V. Una adecuada justificación de la revisión judicial respecto de derechos sociales

En medio de tantas críticas, quisiera aventurar, basado en las ideas de otros autores, una justificación del control de constitucionalidad relativo a derechos sociales. Entendiendo que existen sistemas de revisión judicial fuertes y débiles, me inclino por estos últimos a la hora de configurar un sistema de control constitucional que sea respetuoso de la legitimidad democrática. La característica de los sistemas débiles *“no radica en que el alcance de la revisión judicial sea reducido. En su forma débil, estos sistemas tienen el poder de evaluar toda la legislación con el fin de determinar si es o no consistente con las disposiciones constitucionales. Antes bien, la característica principal de la revisión judicial débil descansa en que son las mayorías legislativas ordinarias las que pueden desplazar ciertas interpretaciones judiciales de la Constitución en el relativo corto plazo”*³⁵. En resumen, los tribunales de estos sistemas no se conciben a sí mismos como los únicos y exclusivos intérpretes de la Constitución, sino como uno más de los entes llamados a realizar aquello. En esa tarea, sin embargo, pueden servir como mecanismos de control democrático. En otras palabras, la revisión judicial puede servir para la democracia, evitando, de algún modo, la objeción contramayoritaria (aquella que cuestiona la legitimidad de los jueces para resolver asuntos que debieran ser resueltos en el Poder Legislativo). Para ello, sin embargo, debemos hacer referencia a un concepto de democracia que vaya más allá del principio mayoritario, a un concepto que incluya la deliberación pública como parte esencial de su contenido. De ahí que, en nuestro contexto latinoamericano, carente de discusión o deliberación pública, se justifique, en algún sentido relevante, la existencia de cortes o tribunales constitucionales que controlen que el proceso democrático se haya llevado a cabo de acuerdo a estándares mínimos de deliberación. Así, un rol alternativo de las cortes, distinto a la adjudicación de derechos fundamentales en términos definitivos, es el de *“servir como mecanismos de control de la inactividad legislativa”*³⁶. Otras perspectivas del rol que debieran jugar las cortes, una defe-

35 Tushnet, Mark, “Alternative forms of Judicial Review”, en Michigan Law Review, vol. 101, n°8, Symposium: Judging Judicial Review: Marbury in the Modern Era, 2781-2802.

36 Lovera, Domingo, “Políticas Públicas y Derechos Sociales: en busca de un lugar adecuado para las cortes”, de próxima publicación.

rente o una activista, no ayudan a responder la objeción democrática. Las cortes (excesivamente) deferentes, debilitan la participación democrática o colaboran a solventar una democracia de elites. Las cortes activistas, debilitan el respeto que le debemos al sujeto principal de la democracia: el pueblo.

En palabras de Gargarella, *“si tomamos como punto de partida el hecho que todos somos falibles, tenemos una primera razón para promover, en principio, todos aquellos mecanismos que nos ayuden a corregir nuestras decisiones. Nuestras decisiones son, y siempre estarán abiertas a incluir errores fácticos y lógicos, así como serán vulnerables frente a la falta de información y a los prejuicios. Además, como todos sabemos, el sistema político sufre de numerosos problemas, que permiten frecuentemente la aprobación de decisiones parciales. Existe una extensa literatura, tanto teórica como empírica, que menciona y documenta la influencia excesiva de los grupos de interés y de los intereses más poderosos sobre el proceso político. De acuerdo con dicha literatura, el sistema político tiende a sesgarse indebidamente o a resultar demasiado sensible a la presión de ciertos grupos, lo cual afecta tanto su carácter mayoritario, como su ambición de promover la imparcialidad”*³⁷.

Lo que pasó en el caso de las ISAPRES en el TC puede ser sintomático de esta discusión desarrollada al nivel de la teoría democrática³⁸. En efecto, el artículo impugnado en estos casos, que contempla la tabla de factores que utiliza, entre otros criterios, al género y la edad para aumentar los precios de los planes de salud, genera numerosos críticos entre la ciudadanía. Difícilmente pasa los controles de razón pública y de universalidad sobre los que tanto se pregona en la teoría política. En efecto, los demócratas deliberativos debieran resistir decisiones que *“son el resultado circunstancial de un proceso de toma de decisiones que no tomó en consideración ciertos argumentos relevantes, o que de otra manera no aseguró la justificación pública de sus conclusiones (decisiones basadas en una deliberación imperfecta)”*³⁹. Que dos cuestiones que no dependen de nosotros, como el género y el envejecimiento, sean determinantes a la hora de recibir una mejor o peor atención de salud son cuestiones, a primera vista, problemáticas para un país que considera odiosas las discriminaciones arbitrarias.

37 Gargarella, Roberto, “Democracia deliberativa y el papel de los jueces frente a los derechos sociales”, 19-20. Disponible en <http://cablemodem.fibertel.com.ar/seminario/rg-delibsoc.doc>

38 Para Sunstein, una concepción deliberativa de la democracia exigirá que el sistema institucional se organizara de modo que “favorezca una deliberación no distorsionada por el poder privado”, citado en *Ibid.*

39 *Ibid.*

De este modo, creo que solo esgrimiendo este tipo de justificaciones previas, es decir, con referencias a una idea deliberativa de la democracia, los jueces podrían reproducir los argumentos que utilizó Mario Fernández, en su voto de minoría, para acoger a tramitación la acción de inconstitucionalidad que se comenta (en lo principal, los argumentos del ministro Fernández descansan en la igualdad de género en tanto valor superior de todo el ordenamiento jurídico; para ello, hace referencia a la Convención de Naciones Unidas sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, para sostener que la tabla de factores impugnada lesiona tanto la igualdad de iure como de facto). De otro modo, una democracia imperfecta, incapaz de recoger las demandas de la ciudadanía y de someter sus discusiones a una idea mínima de razón pública, se queda sin control alguno. Considerando las deficientes condiciones de participación política que subsisten en nuestro sistema político⁴⁰, es posible justificar un rol innovador de las cortes en este sentido. Para ello, sin embargo, el TC debería hacer dos cosas: primero, abandonar la idea de que él es el único y exclusivo intérprete final de lo que dice la Constitución; segundo, explorar otros mecanismos de adjudicación propios de un sistema débil de revisión judicial⁴¹.

VI. Conclusiones

Si bien hay cuestiones loables en la reciente jurisprudencia del TC sobre derechos sociales, los aspectos críticos de la misma pueden colaborar a generar un debate mucho más fructífero al respecto. Se convierte en un imperativo leer críticamente las sentencias, con el objeto de que la dogmática constitucional pueda constituir, en efecto, un marco de aceptabilidad para la jurisprudencia constitucional, aspirando a “*servir de límite eficaz a la discrecionalidad del intérprete*”⁴². Solo así, podremos canalizar de manera adecuada uno de los

40 Atria, Fernando, “Participación y Alienación Política en Chile”, en Vol. n°57, 575 Revista Mensaje, 8-II.

41 Para Gargarella, las cortes “tienen amplias posibilidades de actuar de manera respetuosa hacia a la autoridad popular: ellos poseen suficientes técnicas y medios procedimentales a su alcance para actuar en consecuencia. Pueden bloquear la aplicación de una cierta norma y devolverla al Congreso, forzándolo a pensar de nuevo sobre ella; pueden declarar que algún derecho fue violado, sin imponer a los legisladores una solución concreta; pueden establecer que una violación de derechos debe ser corregida en un tiempo límite, sin ponerse en el lugar del legislador ni decidir cuál remedio particular debería ser aprobado; pueden sugerir al legislador una serie de remedios alternativos, dejando la decisión final en las manos del último”, op. cit.

42 Zapata, op. cit. P. 41.

debates inconclusos en nuestra sociedad: la discusión acerca del desarrollo y el bienestar de nuestros ciudadanos, cuestiones que subyacen al reclamo que contienen los derechos sociales. La necesidad de discutir estas cuestiones nos debe llevar, al mismo tiempo, a una reflexión de los lugares adecuados en los que ello debe suceder. Si las cortes o los parlamentos son los adecuados, dependerá de las condiciones de nuestra democracia.