

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ACERCA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES

Francisco Zúñiga Urbina¹²

RESUMEN: *El autor analiza la naturaleza, garantías en general y justiciabilidad de los derechos sociales, económicos y culturales y los alcances de la primera sentencia del Tribunal Constitucional sobre la materia, recaída en un control concreto de constitucionalidad del artículo 38 ter de la ley N° 18.933, Ley de Isapres.*

DESCRIPTORES: *Amparo constitucional extraordinario de derechos - Control de constitucionalidad - Derechos económicos, sociales y culturales - Poder Judicial - Tribunal Constitucional*

SUMARIO DE CONTENIDOS: *I.- Prolegómenos. II.- Doctrina Jurisprudencial del Tribunal Constitucional. III.- Conclusiones.*

ABSTRACT: *The author analyzes the nature, guarantees and legality of social, economic and cultural rights and the importance of the Constitutional Court's initial judgement as made within the framework of article 38 ter of the law N° 18,933, Law of Isapres.*

¹ FRANCISCO ZÚÑIGA URBINA. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile, Pío Nono N 1, Providencia, Santiago de Chile, zdc@zdcabogados.cl.

² Ponencia al Primer Congreso de Derechos Humanos, Panel "Derechos Económicos, Sociales y Culturales", Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 19, 20 y 21 de agosto de 2008.

KEY WORDS: *Constitutional Court - Control of constitutionality - Economic, social and cultural rights - Extraordinary constitutional protection of rights - The Judiciary*

SUMMARY OF CONTENTS: *I.- Introduction. II.- Jurisprudence of the Constitutional Court.. III.- Conclusions.*

I.- PROLEGÓMENOS

En este panel me propongo tratar brevemente de abordar, sin mayores pretensiones dogmáticas, la naturaleza, garantías en general y justiciabilidad de los derechos sociales, económicos y culturales en particular, cuestiones por lo demás abordadas en otros trabajos, y los alcances de la primera sentencia del Tribunal Constitucional sobre la materia.

El abordaje de esta materia obliga a establecer preliminarmente que el catálogo de derechos fundamentales adscritos tipológicamente a los derechos económicos, sociales y culturales adolece en la Constitución de dos características basales: una debilidad normativo-estructural y una debilidad positivo-procesal.

Tal debilidad normativo-estructural de los derechos sociales, limita su contenido prestacional y las obligaciones positivas y negativas impuestas al Estado, y se verifica en el contexto de una Constitución Económica y Social que arranca de la Constitución originaria, la que es herencia de un régimen político y Poder Constituyente de cuño ideológico autoritario y neoliberal, que congruente con una refundación autoritaria del capitalismo, conlleva un modelo de Estado Subsidiario o mínimo. Sin embargo, es menester reconocer que tal herencia o techo ideológico se ha abierto con las sucesivas reformas constitucionales a la Carta a partir de 1989, a los aportes del constitucionalismo democrático y social. Esta debilidad normativo-estructural conlleva dialécticamente realizar desde la teoría-práctica del constitucionalismo democrático y social una lectura y hermenéutica finalista, evolutiva y progresiva de la Constitución reformada vigente, abriéndose a un modelo de Estado Social.

Asimismo, la debilidad positivo-procesal de los derechos económicos, sociales y culturales en la Constitución, no sólo está asociada al sobrio o sumario catálogo de derechos sociales (derecho a la seguridad social, derecho a una retribución equitativa, derecho a la

salud, derecho a vivir en un medio ambiente sano, derecho a la educación y derecho de sindicación) recepcionado en el artículo 19 de la Carta, sino que a una devaluación de su contenido propio o tradicional (colectivo, prestacional y positivo), producto de la conexión con un modelo de Estado Subsidiario o mínimo fundado en el principio de subsidiariedad (o mejor dicho en lectura de tal principio asilado en su dimensión negativa o pasiva), que limita la naturaleza prestacional de estos derechos, y a una limitada garantía de jurisdiccionalidad que los excluye de una justiciabilidad en proceso de amparo vía recurso de protección, con la calificada excepción del derecho de sindicación y el derecho a vivir en medio ambiente sano (artículo 20 y artículo 19 N° 19 y N° 8 de la Constitución). Incluso más, derechos sociales con obligaciones negativas y trabadas entre sujetos de la sociedad civil (empresa y consumidores o usuarios) para asegurar un equilibrio en las relaciones contractuales forzadas o serviciales, carecen de reconocimiento iusfundamental y protección procesal de amparo.

También congruente con el contexto del régimen autoritario y su Poder Constituyente de cuño ideológico autoritario y neoliberal, la Constitución vigente descarta los tradicionales derechos sociales de contenido laboral, sin alcance prestacional directo frente al Estado como el derecho al trabajo y el derecho de huelga concernientes a la relación capital-trabajo en la empresa y en la economía, derechos que están ausentes del catálogo de derechos fundamentales, y sólo tienen desarrollo legal y en tratados internacionales de derechos humanos.

La dogmática de los derechos fundamentales en sentido estricto y de los derechos humanos en sentido lato nos permiten diferenciar, no sin dificultades y peligros, como paradigmáticamente lo hacen los Pactos de Naciones Unidas de 1966, los derechos de la “primera generación”, en especial los derechos civiles, de los derechos de la “segunda generación” (derechos económicos, sociales y culturales) por su origen histórico-político (y raíces ideológicas), modelo de Estado (Estado Liberal-Estado Social), relaciones economía-sociedad civil, y en cuanto a los derechos mismos por su sujeto individual-colectivo (titulares y condiciones de ejercicio), estructura lógica (derechos de negación-derechos de prestación) y objeto: las obligaciones negativas y positivas que los definen (Estado sujeto de la lesión de derechos, Estado que confiere tutela reintegradora del derecho, reparadora de los sujetos u otra idónea y Estado obligado a prestar satisfactores sociales a los carenciados).

Con todo, esta diferenciación basada en factores tales como: origen histórico, modelo de Estado, naturaleza, estructura lógica y objeto-sujetos de obligaciones negativas y positivas, es tipológica y formalista y al igual que la noción de las “generaciones de derechos” fuente de demasiadas simplificaciones, por lo que su uso dogmático debe hacerse con el debido cuidado y reconociendo los importantes matices que un análisis dogmático impone de suyo³. Esta fractura de generaciones de derechos que se remontan a la formación de los sistemas de protección internacional y supranacional de derechos humanos tiene una fuerte carga ideológica y política internacional en un contexto de relaciones Este-Oeste; aunque en la recepción positiva de derechos civiles, políticos y sociales, se produjeran exigencias de actividad positiva del Estado no circunscrita a derechos prestacionales (derecho a la tutela judicial) o exigencias de actividad negativa del Estado propias de derechos sociales (derecho de huelga o libertad sindical)⁴. Cançado Trindade nos dice: “La fantasía nefasta de las llamadas “generaciones de derechos” histórica y jurídicamente infundada, en la medida que alimentó una visión fragmentada o atomizada de los derechos humanos, ya se encuentra debidamente desmitificada”⁵.

De la mano de una determinada o parcial orientación dogmática de los derechos fundamentales, un lugar común asentado por la crítica liberal-conservadora a los derechos económicos, sociales y culturales conlleva su jibarización o abierta negación. Como hemos sostenido anteriormente se funda tal jibarización o negación sosteniendo que estos derechos sociales carecen de los rasgos propios de un “derecho” o de un “derecho subjetivo”; específicamente resultan distintos en cuanto sujetos, naturaleza, estructura lógica y objeto si se les compara con

³ Consultar a Francisco J. Bastida F. y otros: “Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1948”. Edit. Tecnos, Madrid, 2004, pp. 83-119. También a Miguel Carbonell: “La Constitución en Serio, Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales”, Editorial Porrúa UNAM-III, México DF, 2ª ed., 2002. También es muy provechoso el ambicioso libro de Víctor Abramovich y Cristián Courtis “Los derechos sociales como derechos exigibles” (prólogo de L. Ferrajoli), Edit. Trotta, 2ª edic., Madrid, 2004, en especial Capítulos 1 y 2, pp. 19-116. En la doctrina nacional consultar para la inclusión de los derechos sociales en la categoría de derechos fundamentales a Tomás Pablo Jordán Díaz “La Posición y el Valor Jurídico de los Derechos Sociales en la Constitución Chilena”, Estudios Constitucionales N° 2, año 5, Santiago, 2007, págs. 185-204.

⁴ CANÇADO TRINDADE, António A., *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 93-98.

⁵ CANÇADO TRINDADE, A. A.: Ob. cit. p. 132.

los derechos civiles, y además, poseen una deficiente tutela judicial ordinaria, especial o extraordinaria (jurisdiccionalidad). Esta orientación dogmática se asemeja al mito de Procusto, donde el posadero cortaba las piernas de los más altos o estiraba las de los más bajos si no se ajustaba a las medidas del catre de hierro o esquema dogmático preconcebido en este caso⁶.

Del modo expuesto para la dogmática de los derechos fundamentales de filiación (neo) liberal y (neo) conservadora, los derechos sociales quedan entregados completamente a las políticas públicas y a la fiscalidad del Estado; lo que en el constitucionalismo latinoamericano, dado su escoramiento por el nominalismo constitucional o la proliferación de cláusulas económico-sociales, hace de estos derechos, no derechos o promesas de derechos. Un buen ejemplo de lo arraigado que está este lugar común en nuestro medio es el debate suscitado con motivo de un proyecto de reforma constitucional presentado por el Gobierno el año 2006, respuesta a un amplio movimiento estudiantil enderezado a la universalidad y calidad de los servicios educativos, que pretendía ampliar la tutela del recurso de protección al derecho a la educación y sus contenidos.

Este planteamiento crítico, que no es sino un lugar común, goza en Chile de extraordinario predicamento en la doctrina y en las élites, pero olvida considerar dos elementos básicos al análisis: primero, que todos los derechos son justiciables, pero el nivel de jurisdiccionalidad en procesos ordinarios, especiales y extraordinarios de tutela de derechos o en procesos constitucionales difiere en cuanto al sujeto obligado por los derechos, la determinación y actualización de las obligaciones o deberes por una parte y en cuanto al alcance de las obligaciones negativas y positivas impuestas, y segundo, que la relación de sujetos activo-pasivo, excede el abanico de facultades propias del derecho subjetivo (dar, hacer o no hacer), implicando a la parte creditoris (persona) y parte

⁶ Una crítica, tan dura como el enfrentamiento de Teseo con Procusto, a estas posiciones liberales y conservadoras encarnadas en los aportes de los profesores G. Gómez B. y J.I. Martínez Estay, se realizó en el trabajo "Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Apuntes acerca de la naturaleza y justiciabilidad de los derechos fundamentales", publicado en el último número de la revista *Pensamiento Constitucional*, año 2007, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2008. También un trabajo más breve en la ponencia "Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Naturaleza y justiciabilidad. Elementos para una discusión", en XXXVII Jornadas Chilenas de Derecho Público, P.U.C. de Valparaíso, 2007.

debetoris (Estado), relación que no es privativa de derechos sociales, sino también se extiende a derechos civiles o “clásicos”.

Por otra parte el planteamiento crítico lastra dogmáticamente con un cierto divorcio de derecho positivo cuando se busca fuente de autoridad verbigracia en la doctrina española en que los derechos sociales por regla no son derechos fundamentales, sino principios rectores de contenido económico-social, lo que traslada la cuestión al campo de la actividad prestacional de la Administración (García de Enterría), conservándose la noción de derecho subjetivo público como pivote teórico (Rodríguez Zapata)⁷.

En efecto, el planteamiento crítico desde una dogmática escorada ideológicamente hacia el (neo) liberalismo y (neo) conservadurismo, descansa en último término en un sofisma o lecho procusteano: definir los derechos fundamentales a partir de la noción de “derecho” (derecho subjetivo o derecho subjetivo público), de filiación privatista y liberal individualista, y sobre tal definición emplear un modelo descriptivo o tipológico que permite negar los derechos económicos, sociales y culturales.

No pretendo con lo dicho eludir las dificultades teórico-prácticas que impone el abordaje de los derechos económicos, sociales y culturales, sino matizar y relativizar las conclusiones a las que se arriba empleando el anticuado arsenal de la dogmática de los derechos fundamentales, para así servir ideológicamente a intereses inconfesables. Efectivamente tratándose de derechos económicos, sociales y culturales, su tutela judicial ordinaria, especial o extraordinaria se hace difícil, pero ello no obsta a una exigibilidad indirecta y progresiva, sea imponiendo obligaciones a los poderes públicos o sea otorgando medios de impugnación a la actividad estatal lesiva o contradictoria con estos derechos u otorgamiento discriminatorio de bienes públicos (bienes y servicios). Ciertamente, los tribunales del Poder Judicial o el Tribunal Constitucional llamados a la tutela judicial del Derecho de la Constitución (derechos subjetivos y derecho objetivo), no pueden ordenar o sustituir a los poderes públicos (Legislación, Gobierno y

⁷ Consultar de Eduardo García de Enterría y de Tomás Ramón Fernández su magnífico “Curso de Derecho Administrativo”, 2 vol., Edit. Civitas, 1ª edic. 1977, 3ª edic. 1991, reimpresión, Madrid, 1992, Vol. II, pp. 70-82. De J. Rodríguez Zapata “Teoría y Práctica del Derecho Constitucional”, Edit. Tecnos, Madrid, 1996, págs. 297-309.

Administración) o dictar políticas públicas de protección social; pero sí pueden establecer la mora de los poderes públicos o la inconstitucionalidad de la actividad estatal lesiva o contradictoria con tales derechos, todo ello en estrecha conexión con el valor y eficacia normativa de las normas iusfundamentales relativas a derechos; garantías y normas de principio en general.

En este contexto se hace necesario destacar la indivisibilidad de los derechos humanos, es decir, la realización plena de los derechos civiles y políticos sería imposible sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales, como tempranamente lo proclamó la I Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Teherán 1968). Asistimos a un proceso de expansión, acumulación y fortalecimiento de los derechos humanos (Cançado Trindade), reforzado por la globalización del capitalismo y sus consecuencias. Se une la ciudadanía burguesa del siglo XIX (capitalismo temprano) con la “ciudadanía social” del siglo XX (capitalismo industrial o tardío), cuyo resultado es una ciudadanía plena. Tal ciudadanía plena permite integrar a los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales a la democracia misma y su justificación⁸.

Lo expuesto nos sitúa ante una conocida y discutible distinción de normas iusfundamentales: normas operativas y normas programáticas, las primeras dotadas de valor normativo pleno y eficacia normativa directa e inmediata, y las segundas dotadas de valor normativo restringido y de eficacia normativa indirecta y mediata. Tal distinción es usada para

⁸ MARSHALL, T.H.: “Ciudadanía y Clase Social”, Madrid, Alianza Editorial, 1998, págs. 23 y ss. Consultar el libro “Derechos sociales y ponderación”, editado por Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, que recoge las contribuciones al seminario “La teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy” realizado en Madrid el año 2004, revistiendo especial interés los trabajos de R. Alexy, G. Peces Barba, F.J. Bastida y L. Hierro. En el contexto español Bastida nos recuerda: “En suma, los derechos sociales son derechos fundamentales sólo si el constituyente los configura y organiza con las características y garantías propias de la fundamentalidad de la norma constitucional. De lo contrario, su mención en la Constitución tendrá relevancia como principios rectores de la política social y económica que oriente la actuación de los poderes públicos, pero su contenido para los ciudadanos será el que previamente disponga el legislador y sólo en el marco trazado por éste serán exigibles por los ciudadanos. Los derechos sociales también podrían adquirir ese carácter fundamental por vía jurisprudencial, si su contenido se incluye en la dimensión objetiva de los derechos propiamente fundamentales, pero esto podría entrañar una mutación constitucional tanto de las relaciones constitucionales entre el legislador y los jueces como de la posición de los derechos sociales, si constitucionalmente están concebidos como meros principios rectores de la política social y económica, con exclusión de su eficacia directa” (pp. 148-149).

minusvalorar a las normas “programáticas”, que quedan supeditadas al desarrollo normativo infraconstitucional y a la actividad de los poderes públicos, en especial a la actividad de servicios públicos y de fomento del Gobierno y la Administración del Estado.

Sin embargo, en las coordenadas de esta misma distinción, ésta trae aparejada consecuencias jurídicas en especial frente a la mora de los poderes públicos. Sobre este punto observa Bidart Campos “(...) Es claro que las normas programáticas, aun antes de su reglamentación infraconstitucional, no son inútiles, porque sirven como directiva -las más de las veces obligatoria- para los órganos de poder (especialmente aquel que está dotado de competencia para reglamentarla), valen para la interpretación constitucional, y principalmente son un límite negativo en cuanto impiden emanar normas que estén en oposición o contradicción con ellas. Pero, aun con esa utilidad, si la reglamentación se omite o se dilata, el problema del ejercicio impedido del derecho que la norma programática contiene, subsiste en su aspecto más agudo y grave. Y hay que hallar algún remedio”. Agrega el desaparecido jurista argentino: “Desde hace largo tiempo tenemos elaborada la teoría de que en el caso de tardanza irrazonable en la reglamentación que preste funcionamiento a la norma constitucional programática, se configura lo que llamamos inconstitucionalidad por omisión, o sea, violación a la Constitución por omitir hacer lo que la misma norma programática manda que se haga (salvo el supuesto en que la formulación de la misma norma permita entender razonablemente que el órgano convocado a reglamentarla dispone para ello de discreción temporal suficiente, o que la redacción lexical autorice a inferir que la propia Constitución habilita la postergación del derecho hasta que la reglamentación le depare margen de funcionamiento)”⁹. Luego, fuera de las calificadas excepciones anotadas, las normas “programáticas” que declaran derechos imponen la obligación constitucional de su desarrollo infraconstitucional en un “tiempo razonablemente rápido y breve”, obligación justiciable y que confiere legitimación procesal activa al titular del derecho “demorado, imposible o bloqueado”.

⁹ BIDART CAMPOS, Germán José, *Teoría General de los Derechos Humanos*, México D.F., Editorial UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1ª edición, 2ª reimpresión, 1993, p. 414.

II.- DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Corresponde en este lugar abordar a modo de pretexto sucintamente un comentario crítico a la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en un control concreto de constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, Ley de Isapres (STC Rol N° 976-07 de 26 de junio de 2008).

- 1.- En virtud del artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República, se interpone requerimiento de inaplicabilidad respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 (Ley de Isapres, actual artículo 199 del DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado del DL. N° 2763, de 1979 y de las Leyes N°s 18.933 y 18.469), siendo la gestión pendiente un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago (Rol N° 4972-07), en la que se impugna la decisión de la Isapre ING Salud de aumentar el precio del plan de 7.40 a 9.40 UF, decisión fundada en el aumento del costo promedio de las acciones de salud, variación producida durante la última anualidad en la edad de los beneficiarios.
- 2.- El requerimiento de inaplicabilidad que impugna el citado artículo 38 ter de la Ley de Isapres se funda en la vulneración de los derechos asegurados en los numerales 2°, 9° y 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Se infringe la igualdad ante la ley del artículo 19 N° 2 de la Constitución al establecer la ley que las Isapres podrán ajustar los precios de los contratos de salud previsional considerando factores como edad y sexo de los beneficiarios, circunstancias ajenas a la voluntad del asegurado. Luego la tabla de factores que se pretende aplicar prevista en la ley (artículo 199 DFL N°1, 2005, Minsal) considera a priori un riesgo en base estadística (edad-sexo) propia del seguro-seguridad social, que resulta para la recurrente arbitraria. Además, se infringe el derecho a la protección de la salud del artículo 19 N° 9 de la Constitución que tutela la igualdad de acceso a los sistemas de salud, al permitir el artículo 38 ter una cortapisa por coste económico a la libertad de elegir y permanecer en el plan del contrato. Finalmente,

la vulneración del derecho de propiedad del artículo 19 N° 24 de la Constitución se produce en la medida que el precepto legal impugnado permite el aumento de precio de los planes en base a la edad y consiguientemente priva o puede privar de los beneficios que el plan concede a los beneficiarios, derechos personales incorporados al patrimonio.

- 3.- La sentencia del Tribunal Constitución es un verdadero “leading case” de esta Magistratura en la que por primera vez y de modo explícito se funda una declaración de una inconstitucionalidad material en la infracción de derechos fundamentales de naturaleza social, también conocidos como derechos de la segunda generación.
- 4.- Preliminarmente la sentencia desglosa las reglas contenidas en la norma impugnada (artículo 38 ter):

QUINTO. Que el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, ya transcrito, regula los cinco grupos de materias siguientes:

- A) A las Instituciones de Salud Previsional, en cuanto a la facultad de elaborar la tabla de factores y fijar el precio del plan de salud, puntualizando que para ello deben aplicar, al precio base, el factor que corresponde al beneficiario, con sujeción a la tabla incorporada al respectivo contrato de salud;
- B) A la Superintendencia de Salud, órgano estatal que, mediante instrucciones de aplicación general, fija la estructura de la tabla de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición del cotizante o carga, y los rangos de edad que se deben utilizar, estando obligada a ceñirse para ello a las reglas que previene el inciso tercero del artículo 38 ter;
- C) Nuevamente a la Superintendencia señalada, habilitándola para establecer, cada diez años, la diferencia máxima entre el factor mayor y el menor según el sexo del cotizante;
- D) A las Instituciones de Salud Previsional, esta vez facultándolas para fijar libremente los factores, dentro de las restricciones contenidas en el precepto examinado, no pudiendo variarlos mientras los beneficiarios se encuentren adscritos a la misma tabla, ni alterarlos con relación a quienes se incorporen a ella, a menos que la modificación consista en disminuir los múltiplos o factores con carácter permanente, sea total o parcialmente, cambio que requiere autorización previa de la Superintendencia de Salud; y

- E) A cada plan de salud singular o concreto, precisando que él tendrá incorporado tan solo una tabla de factores;

A continuación la sentencia resume las reglas de la norma impugnada que son relevantes para el caso o gestión pendiente y para la determinación de los extremos fácticos que exige el control concreto de constitucionalidad que activa la acción de inaplicabilidad:

NOVENO. Que, de lo razonado precedentemente, resulta pertinente ahora concluir, en síntesis y prácticamente, que la requirente cuestiona el mérito constitucional del precepto legal impugnado, en la hipótesis que le sea aplicado en la gestión pendiente invocada en autos, por dos de los aspectos que esa disposición regula, a saber:

- A) La parte de dicho precepto que permite a su Institución de Salud Previsional fijarle un nuevo precio del plan de salud, aplicando al precio base el factor de rigor, multiplicado según lo autorizado por la Superintendencia en la tabla correspondiente. Este listado o nómina considera rubros tales como el género y la edad, distinción esta última que, en la situación singular de la requirente, ella estima constitucionalmente insostenible.

Al respecto, útil es recordar la aclaración que la accionante estampó en su requerimiento:

“Si bien en el recurso de protección interpuesto se reclama tanto en contra del aumento del precio base, como del aumento adicional que resulta de aplicar el nuevo tramo de factores, la razón que motiva la interposición del presente recurso es sólo la relativa a la aplicación de la tabla de factores.”(fs. 2);

- B) La parte del precepto que autoriza a su Institución de Salud Previsional a determinar libremente los factores de la tabla homónima, sin otra limitación que la contenida en el inciso tercero de tal norma legal, facultad que, al ser ejercida, específicamente en relación con el contrato de salud de la accionante, se ha traducido en una diferencia desmedida entre el factor menor y el mayor de la tabla incorporada a esa convención. Consiguientemente, al cumplir 60 años de edad, la aplicación de la regla descrita ha permitido un alza desproporcionada del factor que afecta a la requirente y, a raíz de ello, del costo de su plan de salud. Lo expuesto, atendida la disminución lógica de sus ingresos, secuela del envejecimiento natural de la persona,

la ha dejado en la imposibilidad de pagar y, con ello, de mantenerse en el sistema de salud por el cual había optado. Finaliza sosteniendo que lo ocurrido es contrario a lo asegurado en la Constitución, precisamente, en cuanto vulnera el derecho que le asiste a la libre elección del sistema de salud, garantizado en el artículo 19, N° 9, inciso quinto o final de aquélla;

DÉCIMO. Que, de lo expuesto, cabe concluir que el asunto preciso sometido a la decisión de esta Magistratura consiste en determinar si el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, de ser aplicado, en el sentido de la alegación referida a la tabla de factores en los términos explicados en los considerandos anteriores, en la causa rol N° 4972-2007, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago, 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, asegurados en los numerales 2°, 9° y 24° del artículo 19 de la Constitución, respectivamente;

5.- De este modo la sentencia comentada construye la estructura argumentativa a partir de una premisa recogida en el considerando 24°, que indica que es la dignidad humana un valor basal del sistema constitucional, que conlleva el aseguramiento de derechos fundamentales que con una pesada carga iusnaturalística de la sentencia “preexisten” a la Carta Política, lo que está en armonía con el artículo 5° inciso 2° de la misma Carta.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en los fundamentos jurídicos de su sentencia recoge una explicación acerca de los derechos sociales y su naturaleza y que plasma principalmente en los considerandos 26°, 27°, 28°, 29° y 32°, cerrando esta fundamentación de talante iusnaturalista en el enunciado básico de indivisibilidad de derechos en orden a que el derecho a la protección de la salud es un derecho social que conecta directamente al derecho a la vida y a la integridad física o psíquica, citando al efecto una sentencia anterior (Rol N° 220 considerando 9°).

La ligazón o indivisibilidad de los derechos civiles básicos como el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica con el derecho social a la protección de la salud tienen su antecedente en la sentencia de esta Magistratura Rol N° 220, que dispone en lo atinente:

NOVENO. Que, cabe considerar que el legislador tiene plena capacidad para normar situaciones vinculadas a la vida y a la muerte de las personas, como tradicionalmente lo ha hecho.

En lo que se refiere a la muerte, ha regulado su régimen jurídico; sus efectos familiares y patrimoniales; la existencia de la pena de muerte para ciertos delitos tipificados en los Códigos Penal y de Justicia Militar, lo que la propia Constitución legitima en su artículo 19, N° 1°, inciso tercero que expresa: “La pena de muerte sólo podrá establecerse por delito contemplado en ley aprobada con quórum calificado”. O sea, el legislador puede autorizar a los tribunales para imponer la pena de muerte privando legítimamente de la vida a determinadas personas; igualmente establece la legítima defensa como circunstancia eximente de responsabilidad penal. Haciendo uso de ella, una persona, cumpliendo con los requisitos establecidos por el artículo 10, N° 4 del Código Penal, que la consagra, pueda dar muerte lícitamente a otro.

Igualmente, la ley también legitima la actividad de los médicos al practicar intervenciones quirúrgicas tendientes a preservar la vida. Sí como consecuencia de ellas, la persona muere, el médico “no mata a otro” en la definición de homicidio del Código Penal, sino, por el contrario, su conducta está justificada ya que lo hizo para salvarle la vida. Su acción es legítima y, por lo tanto, no está revestida del requisito de antijuridicidad que constituye presupuesto de todo delito.

El Estado debe velar, como se lo exige la Constitución, por la vida de las personas. Lo hace directamente a través de su poder público para cautelarlas de acciones de terceros y reconoce el derecho a la protección de la salud conforme al artículo 19, N° 9°, con el objeto de que, en caso de enfermedades, se preserven sus vidas.

Se desprende así, que la protección de la vida desde el punto de vista de la salud, está en manos de la medicina, cuyos avances han permitido prolongar la vida de personas beneficiadas por trasplantes que, de no habérseles efectuado, habrían muerto;

El Tribunal Constitucional define a partir de una concepción personalista del Estado, a la dignidad como el valor superior del ordenamiento en que descansan los derechos fundamentales, bajo la fórmula siguiente:

VIGESIMOTERCERO. Que de la dignidad que singulariza a toda persona humana se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y que conserva durante toda su vida. Entre tales atributos se hallan los

derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia. De esos atributos se nombran aquí, por su vínculo directo con la causa a ser decidida, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la protección de la salud cuyo ejercicio legítimo la Constitución exige respetar siempre incluyendo la esencia inafectable de lo garantizado en ellos;

- 6.- A continuación la sentencia afirma, con sujeción al artículo 6º de la Constitución, la supremacía formal-material de los “valores, principios y normas” y su vinculación general a todo órgano, persona, institución o grupo. En este marco 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 26º), por lo que no es admisible poner en duda su “practicabilidad” de realización, camino que conduce a que la Constitución sea “desactivada” a causa de la “imposibilidad económica del Estado de darles satisfacción, convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización” (considerando 27º).

Consecuencia de lo anterior, al caracterizar el derecho a la protección de la salud como “derecho social”, se deducen “conductas activas” de los órganos estatales y de los particulares para su materialización, lo que es un rasgo “distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea” (considerando 29º); de suerte que aunque es necesario el desarrollo legislativo de este derecho, habrá siempre un “núcleo esencial” indisponible para el legislador; “esencia” que el Tribunal Constitucional no llega a enunciar o “descubrir-describir”. El derecho a la protección de la salud es conexasiónado a otros “atributos esenciales” tales como: derecho a la vida, integridad física y psíquica, tutela necesaria para infundir legitimidad a la democracia misma.

- 7.- Es menester destacar que la sentencia define criterios de hermenéutica constitucional relativos a la parte dogmática de la Constitución, entendiendo que ésta es un sistema de normas en

la que una posición basal la tienen los derechos “consustanciales a la dignidad humana”, dirigidos tanto al Estado como a los particulares.

El Tribunal recoge estos criterios hermenéuticos en los términos siguientes:

TRIGESIMOCUARTO. Que, aplicando dicho criterio de hermenéutica constitucional y siendo la Carta Fundamental un sistema orgánico y coherente de valores, principios y normas, todos los cuales guardan entre sí correspondencia y armonía, excluyendo cualquiera interpretación que anule o prive de eficacia a algún precepto de ella, cabe insistir en que no sólo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares, aunque sea subsidiariamente, puesto que el Código Supremo asegura la intangibilidad de tales atributos en toda circunstancia, cualesquiera sean los sujetos que se hallen en la necesidad de infundir vigencia efectiva a lo proclamado en sus preceptos;

A partir de este criterio hermenéutico y vinculación estatal y privada a los derechos se pretende definir la fuerza normativa de los derechos, conciliando derechos de contenido patrimonial y el fin del bien común del Estado. La fuerza normativa de la Constitución, conforme a la cual “(...) ésta se irradia al ordenamiento jurídico entero, al punto que ninguna de sus disposiciones puede quedar al margen de o en pugna con la supremacía que es propia de ella” (considerando 35°); permite afirmar que los sujetos privados deben respetar y promover el ejercicio de derechos “consustanciales” a la dignidad humana, y su entidad y exigibilidad son patentes cuando aquellos sujetos -Isapres- “(...) 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” (considerando 36°).

- 8.- De esta forma desde un “fetichismo constitucional”, verdadera patología de la teoría constitucional y que hace suyo el Tribunal en esta argumentación, la sentencia hilvana la ligazón del derecho a la protección de la salud con la vinculación que empeece a las Isapres a sus garantías o reglas del artículo 19 N° 9° (considerandos 37°, 38° y 39°).

Ello exige reproducir los fundamentos jurídicos en que descansa este hilvanado:

TRIGESIMOSEPTIMO. Que, sin duda, las instituciones aludidas tienen 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;

TRIGESIMOCTAVO. Que, en semejante orden de ideas, habiéndoles reconocido el Poder Constituyente a las Instituciones de Salud Previsional, como manifestación del principio de subsidiariedad, la facultad de intervenir en el proceso de satisfacer el derecho constitucional a la protección de la salud de sus afiliados, en los términos contemplados en el precepto respectivo, ellas deben, siempre y en todo caso, procurar que los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, en especial aquél cuya satisfacción les ha sido reconocida y está amparada por la Carta Fundamental, no sean afectados en su esencia o menoscabados por la imposición de condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio, con sujeción a lo previsto en el artículo 19, N° 26, de la Carta Política;

TRIGESIMONOVENO. Que, como consecuencia de lo afirmado, cabe concluir que las normas que regulan el contrato de salud, sean legales o administrativas, deben ser interpretadas y aplicadas en términos de maximizar el disfrute real y pleno de los derechos que son consustanciales a la dignidad humana, entre ellos, el derecho social relativo a la protección de la salud, en los términos asegurados a todas las personas en el artículo 19, N° 9, de la Constitución, precepto que se erige en base constitucional y de orden público que informa, con calidad de ineludible e inafectable, toda convención de esa índole;

Llama poderosamente a la sola lectura de esta fundamentación, el esfuerzo hermenéutico y dogmático constitucional de anclaje ius-naturalista para compatibilizar los principios de constitucionalidad: supremacía, valor y eficacia normativa de la Constitución, con derechos sociales plenamente operativos, y el principio de subsidiariedad, con alguna aislada y sorprendente referencia al “Estado Social”. En este sentido el Tribunal sigue prisionero del techo ideológico de la Constitución de 1980: autoritario y neoliberal.

- 9.- Colofón del criterio hermenéutico constitucional y de la mencionada “fuerza normativa” de la Constitución es la argumentación relativa a la supremacía de los derechos “inherentes a la dignidad de la persona” sobre las convenciones de particulares, supremacía que impone límites a la autonomía de la voluntad y libertad contractual, para lo cual se recurre al plástico e indeterminado “orden público”. Tal “orden público” es fruto del rol cumplido por las Isapres, merced el “principio de subsidiariedad”, como colaboradoras del Estado en la procura del derecho a la protección de la salud. Precisamente éste es el salto más problemático que la sentencia hace, ya que conecta la “fuerza normativa” de la Constitución y de sus derechos fundamentales con la vinculación de privados y las convenciones celebradas por éstos como, a modo ejemplar para el caso, los contratos de salud previsional; salto dado para fundar la declaración de inaplicabilidad (considerandos 40° y 43°).

Los fundamentos jurídicos de la sentencia acerca de la “fuerza normativa” de la Constitución que se reproducen consignan:

CUADRAGÉSIMO. Que el deber de los particulares de respetar y promover los derechos inherentes a la dignidad de la persona persiste, inalterado, en las relaciones convencionales entre privados, cualquiera sea su naturaleza. Sostener lo contrario 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 esencia, interpretación que, a la luz de lo ya explicado, se torna constitucionalmente insostenible;

CUADRAGESIMOTERCERO. Que, por último, el derecho a la protección de la salud, en los términos en que se encuentra plasmado en el artículo 19, N° 9, de la Carta Fundamental, es, para estos efectos, la base constitucional y de orden público de todo contrato de salud,

con plena vigencia en el contexto de dicha convención, razón por la cual ésta no puede incluir cláusulas que desconozcan o aminoren tales derechos. Consiguientemente, estipulaciones de esa índole devendrían en inválidas por ser contrarias a la Constitución, efecto que tendría contemplar estipulaciones que, directamente o no, signifiquen que la contraparte quede, de facto, impedida de ejercer la plenitud de todos y cada uno de los atributos que le han sido asegurados en esa disposición suprema;

- 10.- A fin de hacer menos traumático el salto de la “fuerza normativa” de la Constitución a la vinculación de privados a ésta y sus convenciones, en la misma sentencia indaga en los basamentos constitucionales y de orden público que los contratos deben respetar. Para ello el contrato de salud previsional adquiere “jerarquía constitucional y de orden público”, por lo que el derecho fundamental a la protección de la salud y sus garantías de acceso libre e igualitario y libertad de elección de sistema, se plasman en tales contratos y exigen del Estado cautele tales garantías y garantice la ejecución de las acciones de salud, y coordine y controle tales acciones.

El hilo argumental de la sentencia admite la legitimidad de la tabla de factores elaborada por las Isapres para fijar precios a los planes de salud para grupos de personas, según edad, sexo y condición de carga o cotizante, y cuya estructura fija la Superintendencia de Salud mediante instrucciones, pero nuevamente da un salto para constitucionalizar los contratos de salud previsional y colegir la inaplicabilidad, a través de los fundamentos siguientes:

CUADRAGESIMOQUINTO. Que tal base constitucional, como se ha dicho, es de orden público, razón por la cual resulta irrenunciable y ha de ser incorporada en todo contrato de salud, desprendiéndose de ella los efectos siguientes:

- A) que la Constitución asegura a todas las personas, con certeza suma y legítima, el derecho a la protección de la salud a través de las acciones respectivas;
- B) que el Estado cautela el acceso libre e igualitario a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo;

- C) que al Estado le corresponde, además, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la protección de la salud;
- D) que es deber del Estado garantizar también la ejecución de tales acciones, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley; y
- E) que cada cotizante puede elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado.

Por supuesto, todas esas secuelas emanan de preceptos vinculantes sea para el Estado o con respecto a los particulares involucrados, como ya fue demostrado;

QUINCUAGESIMOSEXTO. Que el efecto de irradiación del texto, contexto y espíritu de la Constitución en el contrato celebrado entre la requirente y requerida en el caso concreto y singular sub lite significa que, tanto las normas legales como las administrativas o las estipulaciones contractuales, tienen que ser interpretadas y llevadas a la práctica en armonía con el reconocimiento y tutela del derecho a la protección de la salud, asegurado en aquélla;

QUINCUAGESIMOSÉPTIMO. Que, consiguientemente, no cabe sino concluir que toda 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;

QUINCUAGESIMONOVENO. Que, en el ejercicio de la facultad legal señalada en el razonamiento anterior, la Isapre debe observar, entre otros atributos afines asegurados a la requirente, el derecho a la libre elección del sistema de salud, público o privado, al que ella resuelva acogerse. 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;

SEXAGESIMOPRIMERO. Que la evolución de los factores de edad y sexo en el ciclo vital de la requirente, consultada en la tabla incorporada a su contrato de salud, representa una diferencia que, si bien está justificada en cuanto a su existencia en condiciones objetivas y generales de riesgo, no lo está en lo relativo 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. Deviene insostenible, en consecuencia, argumentar que, en la especie, haya sido respetada la proporcionalidad de las prestaciones que exige un contrato válidamente celebrado. Este, por mandato de la Constitución y con sujeción a lo ya demostrado, 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;

SEXAGESIMOSEGUNDO. Que, en el caso concreto y singular sub lite, 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 infundada o distinción carente de justificación razonable y, en esa medida, arbitraria. Aunque amparada en el texto del precepto legal impugnado en esta litis precisa, se torna evidente que tal disposición lesiona la esencia de la igualdad entre las partes asegurada por el artículo 19, N° 2, de la Constitución;

SEXAGESIMOTERCERO. Que, sin perjuicio de lo recién aseverado, es también base constitucional y de orden público del contrato de salud la prevista en el artículo 19, N° 9, de la Carta Política, cuyo inciso final reconoce el derecho de la requirente a elegir el sistema de salud al que desea acogerse. Acorde con la idea de sistema coherente de valores, principios y preceptos ya expuesta, deviene irrefutable que todas las cláusulas del referido contrato deben orientarse a materializar el goce real y legítimo de dicho derecho, 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;

SEXAGESIMOQUINTO [sic]. Que lo señalado en el razonamiento anterior se manifiesta particularmente en el caso sub lite, pues la libertad de elegir el sistema de salud al que se desea estar afiliado queda restringida o impedida si, como en el caso de la señora Peña Wasaff, 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. Así, la aplicación del factor específico objetado en este caso a otro caso diferente, desde el punto de vista previsional, puede no provocar la lesión al derecho fundamental en la protección de la salud que ha sido constatada en estos autos;

- 11.- Finalmente, la sentencia acoge el requerimiento sólo en cuanto la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la Ley de Isapres incorporada al contrato de salud previsional, para determinar el costo del plan de salud, es inaplicable. Tal decisión es fruto de saltos argumentales, realizados a partir de una hermenéutica y dogmática constitucional, que lastrando una adscripción teórica iusnaturalista anclada en la vieja noción del “sistema material de valores”, incurre en un notorio “fetichismo constitucional” bajo pretexto de la manida “fuerza normativa” de la Constitución.

En el fondo la sentencia del Tribunal Constitucional, a mi juicio innecesariamente, para armar el control concreto de constitucionalidad en sede de inaplicabilidad a partir de identificar los extremos fácticos, constitucionaliza el contrato de salud previsional, disponiendo como un tribunal del fondo, un tribunal de amparo ordinario de derechos fundamentales vía recurso de protección.

- 12.- De esta manera, nuevamente el Tribunal Constitucional al ejercer el control concreto de normas, decide como un tribunal de amparo, transformando el recurso de inaplicabilidad en un seudo-amparo bajo el pretexto de dotar de “fuerza normativa” al Derecho de la Constitución, al derecho subjetivo público de la Constitución.

Finalmente, no deja de ser una paradoja que la disidencia de los ministros señores Colombo Campbell, Correa Sutil y Bertelsen Repetto, igualmente se estructure argumentalmente como

una sentencia en proceso de amparo, reservando al margen de discreción legítima del legislador a sumarios fundamentos jurídicos, destacando el siguiente:

- 14°. Que los particulares que proveen un bien o servicio que resulta, como el de la especie, esencial para el goce de un derecho constitucional, están obligados a hacerlo en conformidad a la ley. El legislador está llamado a regular estas actividades económicas de manera más intensa que otras a fin de asegurar los derechos del consumidor y particularmente el goce de sus derechos fundamentales. En la especie, el legislador lo ha hecho. Precisamente el artículo 38 ter limita la autonomía de la voluntad de la parte poderosa en este contrato, estableciendo reglas precisas para la determinación del precio del contrato;
- 15°. Que, a no dudar, estas regulaciones legislativas son siempre perfectibles, pero esa es tarea del legislador y no de los jueces. A los encargados del control constitucional de las normas nos corresponde invalidar o inaplicar esas regulaciones legales cuando las existentes violan la Constitución, y las impugnadas, según creemos haber demostrado, no lo hacen. A juicio de estos disidentes, no es tarea de esta Magistratura enjuiciar cuán equitativo resulta que los particulares produzcan y provean bienes esenciales, tampoco que el legislador haya decidido que el sistema privado de Isapres, siempre voluntario para el usuario, no contenga reglas de solidaridad, más allá de la típica de los seguros. El alza que produce en los costos de salud el envejecimiento de las personas es un hecho inevitable. Así, no estamos llamados por esta vía a juzgar la sabiduría del resultado que han producido tales opciones políticas y hechos inevitables, cual es que el legislador, dentro de ciertos márgenes, permita al proveedor de seguros de salud alzar los precios de ellos sin consentimiento de su contraparte. Todas esas decisiones ya fueron adoptadas por el legislador, quien autorizó expresamente a esas entidades a subir esos precios, sin la voluntad del afiliado. Consta en el debate de la ley impugnada que, para decidir del modo en que lo hizo, tuvo presente un conjunto de consideraciones relativas a la variación de los costos de la salud, mercados de seguros y desarrollo nacional, que corresponden típicamente a un análisis de mérito que el sistema democrático que nos rige radica en el legislador y que este

Tribunal no está llamado a revisar y menos a sustituir. Tampoco está llamado este Tribunal a juzgar si las específicas alzas que ha padecido la requirente se ajustan o no a la ley, pues ello es tarea de los jueces del fondo;”

Con tales sumarios argumentos de la disidencia, la conclusión acerca del desarrollo legislativo de la Constitución o de derechos fundamentales, es un vaciamiento o desconstitucionalización vía legislativa. Es menester tener presente que, aun prescindiendo de la muy metafísica garantía de contenido esencial de derechos del artículo 19 N° 26 de la Constitución, el control de constitucionalidad del desarrollo legislativo de derechos fundamentales importa medir la reserva legal a la luz de ciertos estándares garantísticos y de racionalidad de la producción de normas legislativas.

III.- CONCLUSIONES

La sentencia del Tribunal Constitucional antes comentada críticamente, es la primera sentencia sobre derechos económicos, sociales y culturales, y antes de ella la jurisprudencia constitucional era terreno feraz de los derechos civiles, en especial de contenido patrimonial, lo que no es casual dado que el Tribunal es una pieza del arreglo institucional de la Constitución de 1980 con su carga autoritaria y neoliberal, y además es un enclave autoritario primero, y más tarde una institución contramayoritaria. Incluso más, antes de la reforma constitucional de 2005 en que el control de constitucionalidad del Tribunal se limitaba al control abstracto, toda la abundante y sinuosa jurisprudencia acerca de la relación ley - reglamento está marcada por la delimitación de competencias normativas a la luz de los derechos fundamentales de contenido patrimonial y sus garantías.

El control concreto de constitucionalidad incorporado a la competencia del Tribunal Constitucional por la reforma constitucional de 2005, no sólo ha transformado a esta Judicatura, estableciendo nuevas relaciones con el Poder Judicial, sino que además abre aún tímidamente el control concreto a un pseudo-amparo constitucional extraordinario de derechos.

Hemos de concluir esta ponencia en el panel relativo a derechos sociales retomando una verdadera paradoja: abordar la jurisprudencia

constitucional reciente acerca de los derechos económicos, sociales y culturales emanada del Tribunal Constitucional tropieza con dos rasgos característicos de nuestra Constitución, no casual dado su origen autoritario y neoliberal, una debilidad normativo-estructural y una debilidad positivo-procesal de la recepción iusfundamental (reconocimiento y garantía) de estos derechos en nuestro país y por ello, junto a la lectura y hermenéutica finalista, evolutiva y progresiva de la Constitución reformada, no debemos prescindir de una perspectiva de *Constitutione ferenda*, una mirada de futuro o por-venir conducente a superar tal debilidad normativo-estructural y debilidad positivo-procesal, y que aquilate en la fórmula del Estado Social.

Por lo demás el difícil camino seguido por los Pactos de ONU de 1966, y que provocó un divorcio entre derechos civiles y políticos por una parte, y derechos económicos, sociales y culturales por otra, debidamente documentado (A. García Morales), y que se proyecta hasta hoy a propósito de los mecanismos y órganos de protección internacional, dan cuenta de las dificultades de armonizar o unir los derechos humanos, en la perspectiva de un consenso ético universal, más allá de las visiones ideológicas y teorías-metateorías. Asimismo se hace necesario descartar definitivamente el uso de una aproximación teórico-dogmática que reduce los derechos fundamentales a derechos subjetivos o a la necesaria justiciabilidad de éstos, por una parte, y la reducción de derechos económicos, sociales y culturales a una “segunda generación” de derechos devaluados, poniendo de relieve que la componente prestacional no es exclusiva de este tipo de derechos y que estos derechos sociales no son homogéneos (Baldassarre), admitiendo un abordaje de su “naturaleza jurídica” que dé cuenta de su complejidad, la que se trasunta en fijar el alcance preciso de su eficacia y valor jurídico¹⁰.

¹⁰ García Morales, Aniza F: “La Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales”. Madrid, Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense, Madrid, págs. 14-19; 26-31. También sobre escenario internacional de la Declaración Universal de los Derechos Humanos e instrumentos posteriores consultar el libro de Antonio Cassese: “Los derechos humanos en el mundo contemporáneo” (trad. A. Pentimalli M. - B. Ribera de Madariaga) Edit. Ariel, 1ª edic. 1991, 1ª reimp., Barcelona, 1993, págs. 36-54. El excelente libro de Antonio Baldassarre analiza críticamente la naturaleza de los derechos sociales en su conexión con el Estado social y la distinción entre libertades sociales, derechos “incondicionados” y derechos “condicionados”, en: “Los derechos sociales” (Presentación L. Villar Borda y trad. S. Perea L.) Edita Universidad del Externado de Colombia, Colombia, 2001, págs. 183- 207.

En suma, esta conclusión de *Constitutione ferenda* está unida a la necesidad de una mirada o aproximación de por-venir o futuro, que exige plantear un discurso político constitucional coherente con miras a la Constitución del Bicentenario, en que el consenso en torno a las “reformas de segunda generación” se verifique en la sociedad política y sociedad civil, en el seno de los partidos y del Poder Constituyente derivado, de suerte que el quórum extraordinario del iter *Constitutione* no opere como mecanismo contramayoritario de bloqueo para poner a salvo del poder democrático a los derechos individuales o clásicos, sino sólo como mecanismo contramayoritario en función del pacto político que subyace a la Constitución democráticamente gestada.

Pero, debemos cerrar esta ponencia con una segunda paradoja: la Constitución Económica y Social de filiación ideológica neoliberal en su origen se ha abierto paulatinamente merced el ciclo de reformas constitucionales iniciado en 1989, por lo que hoy, a pesar de la debilidad normativo-estructural y debilidad positivo-procesal, admite una lectura y hermenéutica finalista, evolutiva y progresiva, que le confiere a las normas acerca de derechos fundamentales de contenido económico social (y a las normas de principio) todo su valor normativo y eficacia normativa abriendo el modelo de Estado, y de relaciones economía-sociedad civil al Estado Social o solidario.

Lo anotado confluye a un orden político institucional y económico social favorable a los derechos económicos, sociales y culturales y un nuevo modelo de Estado. Es un orden concreto de cosas en que el desarrollo infraconstitucional de derechos fundamentales y políticas públicas hacen posible una red de protección social universal en relación a algunas necesidades públicas, red de protección orientada con limitaciones al asentamiento del Estado de Bienestar¹¹.

Para concluir es menester consignar que tratándose de la primera sentencia del Tribunal Constitucional sobre derechos sociales la antes comentada, es loable la apertura de esta Magistratura a conferirle un grado de justiciabilidad a estos derechos, derechos precisamente deficitarios en este campo, y que se proyecta al control concreto de

¹¹ Es muy útil el reciente libro del joven profesor Jaime Bassa Mercado “El Estado Constitucional de Derecho. Efectos sobre la Constitución vigente y los Derechos Sociales”, Lexis Nexis, Santiago, 2008, y de la tesis de maestría del colega Gabriel Celis: “Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Interpretación Constitucional”, Revista del Magister y Doctorado en Derecho N° 1, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2007, pp. 43-74.

constitucionalidad. Sin embargo, la anudación entre la Constitución como subsistema de normas iusfundamentales revestidas de supremacía y dotadas de valor y eficacia normativa, con un contrato de salud previsional constituye un salto argumental traumático y a nuestro juicio digno de una crítica. Primero porque tal anudación reflejada en el decisum de la sentencia es innecesaria para la inaplicación del precepto legal impugnado (artículo 38 ter de la Ley de Isapres), reflejando la argumentación o ratio decidendi no sólo un escoramiento iusnaturalista sino de un acentuado “fetichismo constitucional”, y segundo porque 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 previsional, todo lo cual es propio del proceso de amparo de estos derechos¹².

Por lo demás en diversas sentencias de los tribunales superiores de justicia dictadas en recursos de protección en materia sanitaria, la tutela de amparo opera por la vía de la indivisibilidad de derechos: derecho a la vida, integridad física y psíquica del artículo 19 N° 1 de la Constitución revestida de la tutela diferenciada del amparo y derecho a la protección de la salud del artículo 19 N° 9 de la misma Carta, desprovista de esta tutela excepto en relación al derecho a elegir el sistema de salud. En la nutrida jurisprudencia de amparo los conflictos cotizante-Isapre por modificación de precio del plan de salud, son resueltos por los tribunales superiores de justicia por la vía de constatar que la modificación de precios de los planes por Isapres se fundamente en un cambio efectivo y variable del valor de las prestaciones médicas, en razón de variación sustancial de costos, para asegurar la equivalencia de las obligaciones del contrato de salud previsional, sometiendo así la facultad de la institución privada a un estándar de razonabilidad y justicia que asegure el equilibrio de las prestaciones (Sentencia Corte Suprema Rol N° 3902-2007, ídem Sentencia Rol N° 4321-2002). El abordaje de esta doctrina jurisprudencial acerca del derecho a la protección de la salud en recursos de protección se hará en otro lugar.

Nuevamente el Tribunal Constitucional en sede de inaplicabilidad transforma anómalamente el control concreto de constitucionalidad,

¹² Un agudo y breve comentario a esta sentencia del joven profesor Cristián Viera Álvarez en “La Semana Jurídica” N° 379, Año VIII, 6 al 19 de agosto de 2008.

dada su ligazón a los extremos fácticos de la gestión que sirve de presupuesto procesal, en un seudo amparo-constitucional extraordinario de derechos fundamentales con el efecto explícito revocatorio o supercasatorio de sus sentencias.

La aludida transformación anómala del control concreto de constitucionalidad en un seudo-amparo extraordinario es una fuente potencial inagotable de conflictos de poder (competencia y decisiones) entre Judicaturas, poniendo en tensión, paradójicamente, el caro principio de separación de poderes.