

LA EMERGENCIA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL CHILENO

COMENTARIO DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL RELATIVA A LA LEY DE ISAPRES: DE
LA MERA EXPECTATIVA AL DERECHO EN FORMA

CHRISTIAN VIERA ÁLVAREZ*

I. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL Y LOS DERECHOS SOCIALES

Introducción

El derecho constitucional es el más político de las ramas del Derecho, cuya *ratio* no se reduce a la pura dogmática, sino que está en permanente conexión con otros sistemas y disciplinas humanas. Por de pronto, con el sistema político tiene una íntima conexión, pues no solo es Norma sino también Pacto, y en tanto que pacto, fruto de un ejercicio deliberativo en el marco de una sociedad democrática.

Clásica resulta la distinción al interior del Poder Constituyente entre uno originario y otro derivado¹, en que el primero dice relación con el nuevo orden jurídico establecido que nace sin apoyarse en una norma positiva anterior, es decir, cuando surge por primera vez, y el segundo aquel que surge al amparo de un sistema constitucional ya establecido, basado en competencias y mediante procedimientos existentes. Su funcionamiento está previsto en la Constitución, la cual dispone procedimientos para modificación o reforma.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Abogado. Magíster en Estudios Filosóficos, U. Alberto Hurtado. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Viña del Mar. Actualmente cursando Doctorado en la Facultad de Derecho, Universidad de Deusto, Bilbao.

Ponencia presentada en el coloquio sobre derechos sociales, organizado por la Escuela de Derecho de la Universidad de Viña del Mar, Viña del Mar, 24 de septiembre de 2008.

¹ SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 2003, pp. 93-103.

En el caso de la Constitución chilena promulgada en 1980, resulta paradójico su mecanismo de elaboración y aprobación formal. No existe una Asamblea Constituyente ni nada que se le parezca. Por el contrario, la primera construcción de *corpus* dogmático de la Constitución es fruto de una Comisión integrada por abogados y profesores de derecho político y constitucional de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile², que no se caracterizó por la pluralidad política de sus integrantes ni tampoco por postular cosmovisiones diferentes, en circunstancias que la vida en comunidad se caracteriza por ello, la convivencia pacífica, razonable y plural³.

También se debe destacar la sobriedad en líneas con que la doctrina clásica constitucional chilena trata las materias referidas a interpretación y derechos sociales. Por ejemplo, en materia de interpretación constitucional y sin profundizar demasiado, supone que el criterio histórico es el que se desprende de lo que consta en las Actas de la Comisión de Estudios para una nueva Constitución, con las limitaciones propias tanto de su composición como de su legitimidad. Al mismo tiempo, hay autores que, al describir instituciones establecidas en nuestra Carta Fundamental, recurren a las Actas para refrendar con su autoridad la interpretación que emerge de la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución⁴, sin un ejercicio crítico que legitime dicha opción metodológica desde la perspectiva de la disciplina.

² Acta N° 1 de la Junta de Gobierno, de 13 de septiembre de 1973.

³ Cf. BASSA MERCADO, Jaime, *La teoría del poder constituyente en la Constitución chilena vigente*, Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho mención Derecho Público, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, 2007, pp. 35 y ss.; CELIS, Gabriel, "Los derechos económicos, sociales y culturales en la interpretación constitucional chilena", en: *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Escuela de Graduados, N° 1 (2007), pp. 44 y ss.; VIERA ÁLVAREZ, Christian, *La Familia como núcleo fundamental de la sociedad. Una mirada crítica a la formulación constitucional chilena desde la perspectiva del principio de la tolerancia en John Rawls*, Tesis para optar al grado de Magíster en Estudios Filosóficos, Santiago, Universidad Alberto Hurtado, 2007, p. 18.

⁴ Cf., entre otros, CARRASCO DELGADO, Sergio, *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos* -3ª edición-, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002; CEA EGANA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno, tomo II*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004; EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales, tomo I* -3ª edición-, Santiago, Editorial Jurídica, 2004; SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo IV*, Santiago, Editorial Jurídica, 1997; SOTO KLOSS, Eduardo, "La Familia en la Constitución Política", en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 21 N° 2 (1994), pp. 217-225. Asimismo, en jurisprudencia reciente se sigue recurriendo a autores clásicos como referente doctrinario y las Actas como historia, v.g. Sandra Pavez Pavez con Vicaría para la Educación del Obispado de San Bernardo, Ilustrísima Corte de San Miguel, rol 238-2007, 27 de noviembre de 2007, confirmada por la E. Corte Suprema de Justicia, rol 6853-2007, 17 de abril de 2008.

Es cierto que surgen desafíos desde la perspectiva de la interpretación, pero adelanto que tomo distancia del originalismo como escuela interpretativa, porque conlleva el riesgo de petrificación y rigidización del derecho, además de no considerar el carácter evolutivo de los sistemas jurídicos, en tanto que manifestaciones culturales.

1. La interpretación de la Constitución

Cuando se habla de interpretación de las normas jurídicas, la asociación inmediata que se realiza es referirnos a los principios establecidos en el Código Civil. Estos se relacionan con un postulado de la tradición jurídica continental, en que la ley es la principal fuente del derecho, relegando a un plano secundario las otras fuentes jurídicas (jurisprudencia, doctrina, principios).

Se ha sostenido que las reglas de interpretación del CC son las reglas de Savigny, sin perjuicio que algún autor sostiene que estas tienen su origen en otra fuente⁵. En todo caso, las reglas aplicables tienen en la ley su fuente de trabajo y los criterios propuestos en el CC son útiles para solucionar los problemas que la norma genera.

Se puede señalar que estas normas interpretativas son propias del derecho privado y que en la esfera del derecho público, otras son las reglas; el derecho privado tiende a la amplitud en la interpretación, en cambio es criterio del derecho público la interpretación restrictiva de las normas (estricta), sin embargo, en ambos sistemas, el papel de la historia como orientadora hermenéutica cumple un rol significativo.

Para el ámbito del derecho público constitucional, se ha tratado de establecer vía doctrinaria y jurisprudencia algunos principios de interpretación. Por ejemplo, Nogueira señala algunos como los principios *pro cives*, *favor libertatis* o *pro homine*, que llevan a aplicar siempre la disposición más favorable a los derechos de las personas, por lo que siempre debe aplicarse aquella regla o norma jurídica que en mejor forma garantice el derecho, no importando si la mayor garantía se encuentra en la norma interna del Estado o en norma de Derecho Internacional de los derechos humanos incorporada al Derecho Interno, entre otros criterios⁶. En todo caso, creo que esos

⁵ Cf. GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las reglas del Código Civil de Chile sobre interpretación de las leyes*, Santiago, LexisNexis, 2007. Guzmán sostiene que en materia de reglas de interpretación, el Código Civil chileno se apartó del esquema de cuatro elementos de interpretación con que por lo general se expone este tema (las reglas de Savigny), demostrando que ese autor no influyó en la formación de las reglas del código.

⁶ Cf. NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, "Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia", en: *Ius et Praxis*, vol 9 Nº 1(2003), pp. 425 y ss.

paradigmas en estos momentos en Chile se encuentran en reelaboración, bebiendo para ello de otras fuentes que tienen al sistema democrático y el respeto y promoción de los derechos fundamentales como sustrato radical.

La CPE establece la regulación básica del Estado y muchas de sus concepciones no están definidas de antemano, porque se trata de cláusulas abiertas. Conceptos como moral, orden público, buenas costumbres son concepciones dinámicas, cuyo contenido material será determinado por el intérprete, en que a pesar de la claridad de sus palabras, están fuertemente condicionadas por su contexto histórico y cómo la sociedad va evolucionando para comprender estas nociones, v.g. si nos detenemos en lo que pueda significar la moral, existe la tendencia a reducir esta palabra a lo que diga relación con moral individual y más específicamente moral sexual, por tanto, una acción como la existencia de playas “naturistas”, en la década de los 80 era impensable por ser un claro atentado a ella, sin embargo, en el umbral del siglo XXI, en Chile ya existen algunas playas que son aceptadas o al menos toleradas por comunidad y autoridad; lo mismo podría decirse frente a ciertas expresiones de arte que en otros momentos eran calificadas de atentatorias contra principios morales. En el caso del orden público, las manifestaciones callejeras y el ejercicio del derecho de reunión en la década del 80 no solo eran reprimidas sino que además eran causales para decretar estados de excepción constitucional; en la actualidad hay una regulación más estricta para autorizar la aplicación de estos regímenes excepcionales, ya que son mecanismos constitucionales que suspenden o restringen derechos fundamentales que proceden solo en casos graves y no por la mera alteración o violación de normas de policía.

Sin embargo, sobre el tema de la interpretación hay diferentes visiones.

El originalismo es una corriente interpretativa que proporciona una especial relevancia al momento constituyente y puede ser clasificada entre una versión moderada y otra radical⁷. La primera orientación, postula la idea que el espíritu de los constituyentes quedó plasmado en el texto, por ello, siempre hay que tenerlo como marco de referencia; la segunda, originalismo radical, es una teoría que responde al activismo judicial de los tribunales norteamericanos, representada principalmente por Bork y sostiene que lo único que ha de regir la interpretación de la Constitución es la voluntad o intención de los constituyentes (*original intent*); en la Constitución no hay más que aquello que los constituyentes quisieron incluir y que, en la práctica, incluyeron⁸.

⁷ Cf. BELTRÁN, Miguel, *Originalismo e interpretación, Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Madrid, Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, Civitas, 1989, p. 51.

⁸ Cf. *Ibid.* pp. 52-53.

El problema que provoca esta corriente interpretativa es que tiende a la petrificación del derecho y a considerar el ordenamiento jurídico como estático, tanto así que el originalismo sostiene que en la labor creativa de los tribunales, lo que hacen los jueces al crear nuevos derechos es imponer sus propias convicciones subjetivas, sin que sea extensible al ordenamiento jurídico general con carácter de precedente.

Creo que un sistema interpretativo debe considerar el carácter evolutivo de la realidad social, por ello, deben aplicarse reglas extensivas y flexibles que permitan su adecuación con el sentido de las normas jurídicas en un contexto histórico/espacial determinado. Una mirada de esta naturaleza no implicaría un desmejoramiento del panorama constitucional o un serio cuestionamiento a la certeza jurídica, sino que actualiza y sincera la relación entre norma y sociedad.

La literatura constitucional chilena ha realizado una labor interpretativa de la actual CPE de manera restringida, bebiendo de los criterios hermenéuticos del CC y asumiendo la historia emanada de las Actas de la Comisión con nula criticidad, llegando a señalar que es ahí donde se encuentra la historia fidedigna del establecimiento de la Constitución⁹. Desde la perspectiva de interpretación restringida, Cea es de la idea de respetar el momento constituyente porque resulta de capital importancia al momento de establecer una correcta interpretación. Señala que “sea que el intérprete esté o no de acuerdo con su contenido, comparta o disienta de lo preceptuado en él, haga o no suyos los valores fundamentales del ordenamiento jurídico articulados en su texto (la buena fe) quiere decir aceptación transparente de lo mandado por la Carta Fundamental, actitud que lleva a respetarla o acatarla, a cumplir fiel y celosamente sus mandatos, sin caer en resquicios, manipulaciones o tergiversaciones movidas por designios ideológicos, partidistas, sectarios, de oportunidad o conveniencia, etc.”¹⁰. Esta afirmación tan categórica podría asociarse con los postulados originalistas, sin embargo, el mismo CEA en escritos posteriores ha relativizado esa afirmación y se ha abierto a considerar la historia y los cambios sociales como una factor relevante que debe ser considerado por el intérprete de la norma constitucional¹¹.

Sin perjuicio de las orientaciones que abogan por destacar el momento constituyente y hacerlo vinculante desde la perspectiva hermenéutica, es

⁹ Entre otros, cf. CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno...*, EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales...*; SOTO KLOSS, Eduardo, *La Familia en la Constitución...*; SILVA BASCUÑAN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional...*; Informe Comisión Nacional de la Familia, p. 46.

¹⁰ CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional chileno...*, pp. 169-170.

¹¹ Cf. CEA EGAÑA, José Luis, “Algo más sobre el intérprete de la Constitución en Chile”, Conferencia Universidad de Antofagasta, mayo 2005, http://www.uantof.cl/cs_juridicas/diplomadomaterial/ceaegana.pdf, pp. 8-11.

fundamental abrir el proceso de interpretación de las normas y aplicar criterios extensivos que favorezcan la comprensión armónica entre norma y realidad. Y esta actualización no solo implica reconocer el carácter evolutivo del contenido de las reglas jurídicas, sino que además se trata de una apertura a los intérpretes de la Constitución; es lo que en lenguaje de Häberle se llama “sociedad abierta de los intérpretes de la Constitución”¹². En qué consiste esta propuesta. Según Häberle “en los procesos de interpretación constitucional están incluidos potencialmente todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos. No hay un *numerus clausus* de intérpretes de la Constitución”¹³. ¿Por qué? Porque las normas jurídicas surgen para que ocupen un espacio vital de la comunidad, en el ámbito que sea, por ello, quien vive la norma debe interpretarla; la interpretación es una actividad encaminada a la comprensión y explicación de una norma, sin perjuicio que siempre, al final del proceso hermenéutico hay un intérprete final de última instancia (CS o TC). Sostener una tesis de esta naturaleza produce una democratización del proceso interpretativo, sintonizando con una teoría democrática¹⁴.

En esta misma línea se sitúa Rawls. A propósito de la desobediencia civil como legítimo mecanismo de resistencia pacífica ante situaciones de conflicto, nos da pistas acerca del método para interpretar la Carta Fundamental. Dice que “aunque cada quien haya de decidir por sí solo si las circunstancias justifican la desobediencia civil, de allí no se sigue que cada quien pueda decidir como le plazca. No hemos de tomar nuestras decisiones considerando nuestros intereses personales... para actuar autónoma y responsablemente, el ciudadano debe atender a los principios políticos que subyacen y guían la interpretación de la Constitución. Debe averiguar cómo han de ser aplicados estos principios en las circunstancias presentes”¹⁵.

Pero para interpretar la Constitución no basta establecer que los criterios personales deben abandonarse porque hay que señalar quién interpreta la Carta Fundamental.

Señala Rawls que “la ausencia de una autoridad final que decida, y la de una interpretación oficial que todos deben aceptar no origina confusión, sino que es una condición necesaria para el avance teórico... a la pregunta ¿quién ha de decidir?, la respuesta es: han de decidir todos, preguntándose a sí mismos”¹⁶. Agrega que “en una sociedad democrática, se reconoce que

¹² Cf. HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, México DF, Universidad Autónoma de México, 2003, pp. 149-161.

¹³ Cf. *ibid.*, p. 150.

¹⁴ Cf. *ibid.*, p.151.

¹⁵ *Ibid.*, p. 353.

¹⁶ RAWLS, John, *Teoría de la Justicia* –2ª edición–, México DF, FCE, 2006, p. 353.

cada individuo es responsable de su interpretación (de la Constitución)... no puede haber una interpretación legal o socialmente aprobada... que siempre nos obligue moralmente, ni aunque provenga de un tribunal supremo o de la legislatura. En realidad... la legislatura, el Ejecutivo y los tribunales ofrecen su propia interpretación de la Constitución. Aunque un tribunal tenga la última palabra en la solución de un caso concreto, no es inmune a las influencias políticas que pueden exigir una revisión de su interpretación de la Constitución... el último tribunal de apelación no es un tribunal, sino el electorado en su totalidad.

Por tanto, al igual que tendencias interpretativas que amplían a la comunidad política la calidad de intérpretes, Rawls se muestra partidario de concederles la calidad de sujeto activo, claro está que en la base de un postulado de esta naturaleza existe la comprensión de la sociedad como ordenada, además que sus integrantes están dotados de racionalidad. Esto último es muy importante, porque siempre que se expande el estatuto de derechos están los temores frente a la anarquía o el desorden. Sin embargo, frente a situaciones análogas en la historia, es posible avizorar que la 'razonabilidad' de la comunidad política es mayor de lo que se esperaba, y lo que se impone son posturas personalistas con argumentación afectiva más que racional v.g. cuánto costó en el país otorgar derecho a sufragio a todas las personas y especialmente a las mujeres; y no solo baste recordar las razones que se deban para no establecer un sistema de votación directa en elecciones presidenciales y senatoriales; el temor al pueblo o la irrupción de sectores no educados que no se encontraban preparados para participar de las cosas de la polis, fue algo resuelto recién por la CPE de 1925. En ese sentido, el influjo portaliano y su obsesión por el orden ha sido fuerte y perenne en la tradición jurídica/política chilena¹⁷.

2. La emergencia de los derechos sociales

En relación a los derechos sociales, el sistema normativo chileno ha bebido de la fuente neoliberal que les rechaza un contenido sustantivo. La Constitución promulgada en 1980, tiene una *ratio* en esta materia, que ha

¹⁷ Cf. PORTALES, Diego (1937), "Carta a José M. Cea (marzo 1822)" en: *Epistolario de don Diego Portales: 1821-1837, tomo I*, Santiago, Ministerio de Justicia, p. 177. En la misma línea, Carrasco recoge una opinión del Presidente Santa María sobre el intervencionismo electoral. Dice que "entregar las urnas al rotaje y a la canalla, a las personas insanas de los partidos, con el sufragio universal encima, es el suicidio del gobernante y yo no me suicidaré por una quimera. Veo bien y me impondré para gobernar con lo mejor y apoyaré cuanto ley liberal se presente para preparar el terreno de una futura democracia. Oiga bien: futura democracia... no puedo dejar a los teorizantes deshacer lo que hicieron Portales, Bulnes, Montt y Errázuriz": CARRASCO DELGADO, Sergio, *Génesis y vigencia...*, pp. 130-131.

influido enormemente en el desarrollo de los derechos sociales, cuestión que en la actualidad está mutando lentamente gracias a un importante caso resuelto por el Tribunal Constitucional.

En la Comisión de Estudios, a Jaime Guzmán le cabe enorme influencia en la consideración de los derechos sociales como meras expectativas. Ello se traduce no solo en un desconocimiento del recurso de protección a los derechos de segunda generación (si se analiza el art. 20 de la Constitución, se excluyen de la tutela los derechos sociales, a saber, derecho a la educación, a la protección de la salud, al trabajo, entre otros), sino que sobre todo en destacar el carácter meramente programático de estos derechos.

Guzmán, sobre la Declaración de DDHH del año 48 tiene una visión crítica, porque a su entender genera confusión al establecer con carácter de derecho las que en rigor son pretensiones o aspiraciones sociales, pues su satisfacción depende más de la capacidad económica de cada sociedad. Señala que “en sentido propio, creo preferible reservar el concepto de derecho a aquellas facultades para cuyo ejercicio por su titular solo se requiere que un tercero no se lo impida... distinto es el caso de las pretensiones o aspiraciones sociales, cuya denominación como derecho (a la salud, vivienda, educación) resulta más bien equívoca, porque sus posibilidades de vigencia dependen de la capacidad económica de cada sociedad y mal podría, por ende, pretender recabarse de un tribunal de justicia. Pienso que llamar derecho a los que son aspiraciones –muy legítimas, nobles y justas–, pero que no siempre se pueden satisfacer aunque haya la mejor voluntad de realizarlo, presenta el riesgo de que todo estado y gobierno sea acusado por ello de no respetar los derechos humanos, privando entonces al juicio de todo valor efectivo o práctico”¹⁸.

Y esta línea de reflexión ha sido predominante en la literatura constitucional chilena. Siendo una postura legítima, también es discutible y ya empieza a surtir en la doctrina y la jurisprudencia un cambio en estos paradigmas¹⁹.

¹⁸ ROJAS, Gonzalo, *et al.*, *Derecho Político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996, p. 148.

¹⁹ Cf. BASSA MERCADO, Jaime, *El estado constitucional de Derecho*, Santiago, LexisNexis, 2008; JORDÁN, Tomás, “La protección de los derechos sociales: modelos comparados de tutela jurisprudencial España y Chile”, en: *Colección de Investigaciones Jurídicas*, N° 10 (2006); CELIS, Gabriel, “Los derechos económicos...”.

II. COMENTARIO A LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL DE 26 DE JUNIO DE 2008, ROL 976-07-INA,
QUE ACOGE REQUERIMIENTO INTERPUESTO POR DOÑA
SILVIA PEÑA WASAFF PARA DECLARAR INAPLICABILIDAD DEL
ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY 18.933, CONOCIDA COMO LEY DE
ISAPRES

1. El 26 de junio de 2008, el Tribunal Constitucional (TC) acogió el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por doña Silvia Peña Wasaff, declarando que acoge el requerimiento “solo en cuanto a la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la ley 18.933, incorporada al contrato de salud de la requirente celebrado por ella y la Isapre de ING Salud S.A.”, norma que no podrá ser aplicada en la causa rol 4972-2007 de la que conoce actualmente la Corte de Apelaciones de Santiago.

El requerimiento tiene como antecedente el recurso de protección interpuesto por la señora Peña. El reclamo se funda en el aumento de 7,4 UF mensual a 9,4 UF en el plan de salud contratado con la Isapre ING. La justificación del alza se funda en el aumento del costo promedio de las acciones de protección de la salud de los afiliados al sistema, pero sobre todo, en la variación de la edad de la requirente, pues al cumplir 60 años se eleva el factor de riesgo; de ahí la aplicación del artículo 38 ter de la Ley 18.933.

Según la requirente, la aplicación de ese artículo vulnera los siguientes derechos fundamentales: igualdad ante la ley, derecho a la protección de la salud y derecho de propiedad.

Por su parte, la Isapre ING en sus observaciones al requerimiento, junto con solicitar su inadmisibilidad pues el precepto impugnado no resultaría decisivo para resolver el asunto de fondo del recurso de protección, señala que, en cuanto a la inaplicabilidad planteada por la actora, no se estarían vulnerando los derechos fundamentales reclamados ya que, dicho de manera muy genérica, la aplicación de factores es consecuencia de una estimación del riesgo asociado a ellos, todos objetivos, como lo son la edad, el sexo y la condición de cotizante o carga.

Asimismo, el TC solicitó informe a la Superintendencia de Salud, que sostiene la constitucionalidad de las normas legales relativas a la tabla de factores prevista en la legislación vigente, en el entendido que los factores establecidos son objetivos y permiten predecir el riesgo de gasto a las Instituciones de Salud Previsional.

En Chile, los contratos de salud se basan en un modelo de seguros, en que el afiliado transfiere sus riesgos a una Isapre a cambio de una prima y, como todo sistema de seguros, considera necesariamente factores de riesgo.

Este sistema es distinto al de AFP, que se basa en un modelo de capitalización individual. Uno y otro modelo, en todo caso, no tienen presente el principio de solidaridad, cuestión sumamente discutible tratándose de sistemas de seguridad social.

2. En relación a los fundamentos de la sentencia, cabe destacar la apertura a nuevos paradigmas en los que descansa el constitucionalismo moderno, como son el reconocimiento en tanto que derechos de los llamados “derechos de segunda generación o sociales”, y la consideración a criterios de justicia material. Sin embargo, pervive en la sentencia una racionalidad metafísica difícil de fundar en el día de hoy²⁰, como también la referencia a la Comisión Ortúzar como legítima depositaria de la *Historia fidedigna* de la Constitución.

a. Criterios de justicia. Dice el considerando octavo “que cumpliendo lo señalado en la normativa descrita en los considerandos precedentes, la Isapre requerida reajustó el valor del plan de salud contratado con la accionante, elevando el factor 3,0 al factor 3,5, es decir, aumentado la cantidad que multiplicada por el precio base permite determinar el costo a pagar por un cotizante singular y concreto. Síguese que el método de reajuste de tal plan contempla la aplicación de un múltiplo, es decir, de una cantidad que contiene a otras varias veces y exactamente, de modo que la operación matemática respectiva no se efectúa con sujeción a un porcentaje normativamente establecido y delimitado. De la comparación del método fundado en múltiplos con el basado en porcentajes acotados, fluye que el primero habilita a la Isapre para elevar el costo del plan de salud en términos superiores a los que permitiría el segundo”. Agrega el considerando noveno que resultan pertinentes en la práctica el cuestionamiento al mérito constitucional de la norma legal impugnada por la requirente, entre otras razones, porque “la parte del precepto que autoriza a su ISAPRE 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, la aplicación de la regla descrita ha permitido un alza desproporcionada del factor que afecta a la requirente”.

Podemos observar entonces que los considerandos citados permiten concluir que razones de justicia material son invocadas para acoger el

²⁰ HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Editorial Trotta, 2005, p. 329.

requerimiento. Palabras como desmedida o alza desproporcionada, si bien propias del lenguaje de la requirente, el TC las hace suyas al considerarlas calificativos pertinentes. En todo caso, los considerandos más relevantes suponen una aplicación en la praxis de la teoría de los derechos fundamentales.

b. De la mera expectativa al derecho en forma. En la sentencia hay citas de jurisprudencia del TC que suponen un reconocimiento a los derechos sociales, por ejemplo la referencia que se hace a la sentencia rol 237 del TC (considerando 31º)²¹. Con todo, este fallo, a partir del considerando 27º declara expresamente que los derechos sociales son derechos (y no meras declaraciones programáticas o puras expectativas). Señala “que resulta ineludible desvanecer la tesis contraria a que los derechos sociales sean realmente tales, aseverando que poner en duda su practicabilidad de realización es una idea confusa, porque esa reserva de lo posible lleva a sostener que la Constitución ha de ser desactivada, a causa de la imposibilidad económica del Estado de darles satisfacción, convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización” (considerando 27º).

Podemos observar entonces que cobra fuerza la superación de los postulados que señalan que los derechos sociales son meras expectativas y que han tenido tanta influencia para el precario desarrollo en su protección. Esta sentencia del TC se enmarca en línea propuesta por Bobbio en cuanto al que el problema de fondo en materia de derechos humanos no es tanto justificarlos como el de protegerlos²².

Señala el considerando 28º que la naturaleza jurídica de los derechos sociales en el estado de derecho contemporáneo se halla certeramente configurada; también que el derecho a la protección de la salud es un derecho social (considerando 29º) y, cuando la Constitución establece en relación a los derechos un núcleo esencial, este es indisponible para el legislador (30º).

Por su parte, siendo abierto el contenido de los derechos, deviene todo en un problema de interpretación. Entonces, “aplicando dicho criterio de hermenéutica constitucional (que la interpretación de la Constitución debe orientarse en garantizar y proteger la dignidad y libertad de las personas), cabe insistir en que no solo los órganos del Estado deben respe-

²¹ Ya en otras ocasiones también el TC ha señalado que los derechos consagrados en el artículo 19, relacionándolo con los artículos 1, 4 y 5 de la Constitución, están dotados de carácter operativo y no son puras declaraciones programáticas: “Que estos preceptos no son meramente declarativos sino que constituyen disposiciones expresas que obligan a gobernantes y gobernados tanto en sí mismas, como también, en cuanto normas rectoras y vitales que coadyuvan a desentrañar el verdadero sentido y espíritu del resto de las disposiciones de la Constitución (sentencia rol 46 de 21 de diciembre de 1987, considerando 21).

²² BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991, p. 61.

tar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares” (considerando 34°). Siendo el derecho a la protección de la salud la base constitucional y de orden público de todo contrato de salud, en ellos no se pueden incluir cláusulas que desconozcan o aminoren los derechos. Estipulaciones de esa índole devendrían en inválidas porque pueden significar que una de las partes quede impedida de ejercer la plenitud de todos y cada uno de los atributos que le han sido asegurados por la Constitución (considerando 43°).

Este razonamiento supone la encarnación de una teoría de los derechos fundamentales que reconoce la vigencia y praxis de los derechos de segunda generación. Tanto así que señala 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. 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, queda obligado a abandonar el sistema privado de salud. 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” (considerando 64°).

c. ‘Historia fidedigna’ y metafísica. La resolución es larga y detallada, pero hay elementos que merecen una observación crítica de mi parte.

Por un lado, persiste en nuestra jurisprudencia, cuando se pretende justificar o explicar el contenido de conceptos abiertos y radicales, la referencia a criterios metafísicos en relación a lo que deba entenderse por dignidad humana. Un razonamiento de esa naturaleza tiene un fuerte componente iusnaturalista, lo que *a priori* no genera ninguna dificultad, a menos que el lenguaje sea metafísico, y tal es el caso en los considerandos 23° y 24°: “que en torno a 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”, es decir, el TC nos quiere persuadir que existirían derechos naturales anteriores a cualquier manifestación cultural. Como ya había sugerido, una afirmación de esa naturaleza difícilmente puede ser sostenida en la actualidad, porque el escenario en la cual se ha ido desarrollando el derecho en los últimos decenios es posmetafísico, heredero de la ilustración, racionalista y positivista, datos frente a los cuales los cultores de la ciencia jurídica deben hacerse cargo. Comparto la *ratio* del TC, que los derechos, cualquiera sea su naturaleza deben ser protegidos, pero en este caso concreto, la argumentación debería

fundarse en postulados contemporáneos. Al respecto, se pueden revisar las interesantes aportaciones de Alexy, Bassa o Cortina²³.

Por otro lado, aún se recurre a las Actas de la Comisión Ortúzar para refrendar con su autoridad lo que dice la Constitución (considerando 48º). Acudir a ellas es manifestación del originalismo en cuanto a sistema hermenéutico, con todo el peligro que una escuela de esa naturaleza ocasiona para el progreso del derecho: petrificación y rigidez. Asimismo, con Celis, estimo que tales actas no son historia, no solo porque en ellas consta un anteproyecto, sino que además porque su utilización supone recurrir a un instrumento con serios vicios que permiten poner en duda la legitimidad de origen de la Carta promulgada en 1980. Se puede dar la misma orientación que la sentencia está dando, pero acudiendo a otros criterios de interpretación y otras fuentes bibliográficas²⁴.

CONCLUSIÓN

La sentencia del TC es un reconocimiento expreso y categórico de los derechos de segunda generación (aunque se les llame derechos de prestación) y, por ende, con implicancias normativas. Esto implica superar la interpretación originalista que hasta el momento se da a los derechos sociales, corriente interpretativa que busca sus cimientos en las opiniones de los miembros de la Comisión de Estudios, principalmente Jaime Guzmán. Aún persisten desafíos desde la perspectiva del abandono de supuestos para justificar los considerandos de la sentencia, v.g. derecho natural e historia en la Comisión de Estudios. Con todo, el fallo es muestra elocuente del carácter evolutivo del derecho y como este progresa cuando se acuden a sistemas de interpretación teleológica.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

BASSA MERCADO, Jaime, *La teoría del poder constituyente en la Constitución chilena vigente*, Tesis para optar al grado de Magister en Derecho mención Derecho

²³ Cf. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007; BASSA, Jaime, *El estado constitucional...*; CORTINA, Adela, "Jürgen Habermas: luces y sombras de una política deliberativa", en: *Revista de Ciencias Sociales*, Nº 52 (2007), Edeval, pp. 49-73.

²⁴ Cf. CELIS, Gabriel, "Los derechos económicos, ...", pp. 46-47.

- Público, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Graduados, 2007.
- BASSA MERCADO, Jaime, *El estado constitucional de Derecho, Efectos sobre la Constitución vigente y los derechos sociales*, Santiago, LexisNexis, 2008, 220 pp.
- BELTRÁN, Miguel, *Originalismo e interpretación, Dworkin vs. Bork: una polémica constitucional*, Madrid, Publicaciones de la Facultad de Derecho Universidad Complutense, Civitas, 1989.
- BOBBIO, Norberto, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991.
- CARRASCO DELGADO, Sergio, *Génesis y vigencia de los textos constitucionales chilenos* –3ª edición–, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2002.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno, tomo II*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2004.
- , *Algo más sobre el intérprete de la Constitución en Chile*, Conferencia Universidad de Antofagasta, Antofagasta, 2005, en http://www.uantof.cl/cs_juridicas/diplomadomaterial/ceaegana.pdf
- CELIS, Gabriel, “Los derechos económicos, sociales y culturales en la interpretación constitucional chilena”, en: *Revista del Magíster y Doctorado en Derecho*, N° 1 (2007), pp. 43-74.
- CORTINA, Adela, “Jürgen Habermas: luces y sombras de una política deliberativa” en: *Revista de Ciencias Sociales*, N° 52 (2007), Edeval, pp. 49-73.
- EVANS DE LA CUADRA, Enrique, *Los derechos constitucionales, tomo I* –3ª edición–, Santiago, Editorial Jurídica, 2004.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las reglas del Código Civil de Chile sobre interpretación de las leyes*, Santiago, LexisNexis, 2007.
- HÄBERLE, Peter, *El Estado constitucional*, México DF, Universidad Autónoma de México, 2003.
- HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Editorial Trotta, 2005.
- JORDÁN, Tomás, “La protección de los derechos sociales: modelos comparados de tutela jurisprudencial España y Chile”, en: *Colección de Investigaciones Jurídicas*, N° 10 (2006).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Los derechos esenciales o humanos contenidos en los tratados internacionales y su ubicación en el ordenamiento jurídico nacional: doctrina y jurisprudencia”, en: *Ius et Praxis*, vol 9 N° 1(2003), p. 403-466.
- PORTALES, Diego (1937), “Carta a José M. Cea (marzo 1822)”, en: *Epistolario de don Diego Portales: 1821-1837, tomo I*, Santiago, Ministerio de Justicia.
- RAWLS, John, *Teoría de la Justicia*, 2ª edición, México DF, FCE, 2006.
- ROJAS, Gonzalo et al, *Derecho Político. Apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1996.

- SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Universidad, 2003.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional Tomo IV*, Santiago, Editorial Jurídica, 1997.
- SOTO KLOSS, Eduardo, “La Familia en la Constitución Política” en: *Revista Chilena de Derecho*, vol 21 Nº 2 (1994).
- VIERA ÁLVAREZ, Christian, *La Familia como núcleo fundamental de la sociedad. Una mirada crítica a la formulación constitucional chilena desde la perspectiva del principio de la tolerancia en John Rawls*, Santiago, Tesis para optar al grado de Magíster en Estudios Filosóficos, Universidad Alberto Hurtado, 2008.