



Julio | 13
2013

Serie Informe

JUSTICIA

Activismo Judicial: Teoría y Práctica en el Sector Salud

**José Francisco García G.
Sergio Verdugo R.**

ISSN 0718-4220

José Francisco García G. es doctor y máster en Derecho de la Universidad de Chicago. Abogado, magíster y licenciado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Es profesor de Derecho Constitucional de la misma universidad y coordinador de Políticas Públicas de Libertad y Desarrollo.

Sergio Verdugo R. es máster en Derecho de la Universidad de California, Berkeley. Magíster en Derecho Público de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Abogado, licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad del Desarrollo e investigador del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad del Desarrollo.



Índice

Resumen Ejecutivo	5
1. Introducción	7
2. La Teoría del Activismo Judicial	9
2.1 Origen del Activismo y Acuerdo Terminológico sobre el Concepto	9
2.2 La Defensa del Activismo Judicial	14
2.3 Las Críticas contra el Activismo Judicial	19
2.4 La Negación del Activismo Judicial	25
3. Práctica Jurisprudencial del Activismo Judicial: El Caso del Sector Salud	27
3.1. El Artículo 38 ter de la Ley de ISAPRE	29
3.2. Jurisprudencia del TC	32
3.3 Jurisprudencia de la Corte Suprema	39
4. Conclusiones	50
5. Bibliografía	52

Resumen Ejecutivo

El presente documento busca presentar el fenómeno del activismo judicial tanto desde una perspectiva teórica como aplicada al estudio de un caso: la jurisprudencia reciente y relevante de los tribunales superiores de justicia y del Tribunal Constitucional respecto del alza de los planes de salud privado por parte de las ISAPRE.

Se trata de un tema, el activismo judicial, que pareciera haber tomado fuerza durante el último par de años en nuestro país, siendo el debate en materia de salud un caso ejemplar que permite entender la manera en que los exponentes del activismo entienden el rol de los jueces y el Estado de Derecho. Entender esta filosofía judicial, examinarla críticamente y analizar sus consecuencias negativas para nuestro ordenamiento jurídico y democrático, son el objetivo de este informe.

Activismo Judicial: Teoría y Práctica en el Sector Salud

1. Introducción

A través del lenguaje del “activismo”, el debate público suele reaccionar de manera crítica frente a sentencias que parecen no someterse lo suficiente a las normas jurídicas dictadas por autoridades electas democráticamente y, en algunos casos, contrariando derechamente su voluntad. De esta manera, se suele acusar de activista a aquellos jueces que no siguen las pautas normativas que han entregado los representantes populares, que son quienes gozan de la legitimidad para dictar las reglas que regirán a la sociedad. La crítica contra los jueces activistas tiene, entonces, una naturaleza democrática (los jueces no son electos popularmente) y acusa un desconocimiento en la asignación de roles dentro del sistema político (los jueces reemplazan a los representantes electos).

Esta crítica ha sido invocada para casos de diversa naturaleza. Entre ellos, existen situaciones de excesivo garantismo en materia penal, de extrema falta de deferencia en materia de regulaciones ambientales y energéticas, o en la defensa de intereses de grupos de interés específicos. A veces, estas decisiones judiciales se traducen en dejar de utilizar reglas jurídicas específicas, en la aplicación de alguna moral extrajurídica asociada a la adjudicación de derechos para grupos de interés particulares, y otras veces en la declaración de ilegitimidad de las mismas, como ocurre en algunos casos de control de constitucionalidad de las leyes o en la revisión judicial de decretos del Poder Ejecutivo, o en cualquier otra hipótesis donde, existiendo una respuesta jurídica clara, el juez se aparta de ella para seguir lo que cree personalmente correcto.

Como puede observarse fácilmente, la definición de activismo judicial dependerá del concepto que se tenga de democracia, del rol de los jueces dentro del sistema político, y de teorías jurídicas acerca de la interpretación normativa y la función jurisdiccional.

El debate anterior es interesante a la hora de evaluar la denominada judicialización de la salud, la que estimamos se trata de un caso grave de política pública y en donde, a nuestro juicio, detectamos indicios relevantes de activismo judicial. En

efecto, los recursos de protección contra las alzas en los planes de ISAPRE han aumentado explosivamente desde 2007 a la fecha¹.

En efecto, estamos ante uno de los casos más relevantes de incertidumbre regulatoria que haya existido en un sector. Se trata de un caso paradigmático de judicialización de derechos sociales, generado, como hemos visto, a consecuencia de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia primero, del Tribunal Constitucional (TC) después, y a jurisprudencia reciente de la Corte Suprema que, en definitiva, está “congelando” la facultad –legal– de las ISAPRE de ajustar los planes de salud de sus afiliados. La judicialización de ciertas materias no es lo mismo que la existencia de activismo judicial, pero es, probablemente, un primer paso. El activismo en estos casos se verifica, como explicaremos con más detalle, en aquellas sentencias que, sin entregar mayores criterios para evaluar la arbitrariedad de las alzas, y entregando argumentos del tipo “existencia de integración vertical” o la existencia de “altas utilidades” para impedir las alzas, resuelven los casos sin considerar los méritos individuales de los procesos y utilizando un estilo “maximalista”. En este sentido, tanto el TC, y ahora en mucha mayor medida, la Corte Suprema, están actuando como verdaderos reguladores, tomando en sus manos básicamente las decisiones más relevantes sobre el sistema de salud y la política de precios que debe imperar lo que, no es una función que les competa a ello.

Bajo este contexto, el presente documento busca revisar, en primer lugar, la literatura acerca de la cuestión del activismo judicial, literatura principalmente comparada, buscando conceptualizar los orígenes del concepto y qué se entiende por activismo judicial; cuáles son los argumentos que han entregado sus promotores, cuáles sus críticos e incluso, aquellos que miran con escepticismo este concepto y debate.

En segundo lugar, a modo de caso de estudio, se analizará la jurisprudencia relevante de los tribunales superiores de justicia y del Tribunal Constitucional en la cuestión relativa a las alzas de los planes privados de salud por parte de las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE), dado no solo el contexto de sobre judicialización que actualmente se está enfrentando en esta materia sino, y principalmente, porque, como se verá, ello es consecuencia de la jurisprudencia antes indicada. En este sentido, se describirá el mecanismo legal de reajuste de planes privados de salud (artículo 38 ter de la Ley de ISAPRE) y su paso por el Congreso; se examinarán dos hitos relevantes en la jurisprudencia del TC en la materia: el denominado caso *ISAPRE I* y la sentencia que declara la

¹ Diario U. Chile: “Recursos de protección contra ISAPRE aumentan en un 138 por ciento en primeros meses del año”, de 7 de marzo 2013. Disponible en <http://radio.uchile.cl/noticias/198254/> [Fecha de consulta 2013].

inconstitucionalidad de diversos numerales del artículo 38 ter de la Ley de ISAPRE; se analizará la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema, tanto algunos precedentes previos a las sentencias del TC, como también el más reciente que denominaremos caso *Banmédica*, que llevó la discusión en esta materia a otro nivel.

Finalmente, en las conclusiones, se sintetizarán los principales argumentos expuestos en el documento y algunos lineamientos respecto de cómo enfocar el debate.

2. La Teoría del Activismo Judicial

2.1 Origen del activismo y acuerdo terminológico sobre el concepto

La expresión “activismo judicial” aparece por primera vez en los EE.UU. y ha formado parte importante de la discusión política-jurídica norteamericana, sin perjuicio de que la terminología ha sido utilizada de manera general en muchas otras tradiciones jurídicas.

Desde una perspectiva histórica, el concepto fue introducido por el destacado académico Arthur Schlesinger Jr. en uno de los números de la Revista *Fortune* de 1947². A partir de entonces, es frecuente encontrar alusiones al “activismo” en la literatura, pese a que con anterioridad encontramos antecedentes históricos similares bajo otras denominaciones³.

Tal vez quienes han estudiado el problema del activismo con mayor perspectiva científica son los profesores norteamericanos Cross y Lindquist, quienes señalan que el ataque contra el activismo judicial en Estados Unidos (en particular contra algunos ministros de la Corte Suprema) cobró fuerza durante la era de la denominada “Corte Warren”⁴, la que destacó “por sus numerosas y controversiales

² Ver KMIEC (2004).

³ Un ejemplo en que los problemas del activismo se planteaban, aunque no con idéntico lenguaje, es la filosofía de la auto-restricción o auto-contención judicial (*judicial self restraint*), la que de alguna manera hoy es considerada como antónima del activismo. Sin perjuicio de que más adelante explicaremos esta filosofía, cabe hacer presente que ella tiene como antecedente las tensiones entre los políticos y los jueces federales que existieron desde poco después de la independencia de los EE.UU. En efecto, grandes personajes históricos de la talla de Jefferson, Jackson y Lincoln habrían criticado la labor de la Corte Suprema, mucho antes de que los académicos intentaran explicar la forma correcta en que los jueces deben actuar.

⁴ Sin perjuicio de ello, cabe recordar otra época donde hubo ataques fuertes a jueces-legisladores: la de la era del *New Deal*. Ver un artículo ya clásico que se refiere a la discusión sobre el rol de los jueces en esa época en PRITCHETT (1958).

sentencias⁵. Como sintetizan los autores, un juez activista era aquél que creía que la Corte Suprema podía jugar un rol positivo, promoviendo reformas sociales de tipo progresista⁶.

Generalmente, eran los conservadores quienes se oponían al activismo judicial durante esta etapa, atendido que la Corte Warren tuvo una agenda evidentemente progresista⁷. Como parece lógico, a medida que los conservadores fueron ganando más espacios dentro de la Corte Suprema, los progresistas pasaron a liderar la batalla contra el activismo judicial⁸. Ello demuestra que el activismo es, antes que nada, una lucha política y moral (y no solo jurídica)⁹. Hoy es común encontrar en la literatura afirmaciones en que se concuerda que el activismo puede ser progresista o conservador¹⁰, pese a la existencia de esfuerzos por diferenciar ambos casos¹¹ y a visiones particulares que detectan casos de activismo bajo otras doctrinas como el

⁵ CROSS y LINDQUIST (2012) p. 2. Cabe indicar que la “Corte Warren” fue un periodo que transcurrió entre 1953 y 1969 y en que la Corte fue presidida por el ministro Earl Warren. Fue un polémico período donde los progresistas dominaron la mayoría de la Corte y lograron generar precedentes importantes en materias social y moralmente importantes.

⁶ CROSS y LINDQUIST (2012) p. 2. Otros autores han sostenido (desde hace muchos años) que la eficacia real del activismo es dependiente del apoyo político. De lo contrario, el activismo judicial solo podría tener éxito en un escenario de debilidad política de la autoridad democrática. MENDELSON (1975).

⁷ “Durante la era de la Corte Warren, los conservadores se quejaban amargamente, incluso haciendo llamados a acusar constitucionalmente a algunos ministros de la Corte Suprema. Los conservadores llamaban a la “auto-restricción judicial” o al “construccionismo estricto” en reemplazo del activismo judicial progresista. Ellos sostenían que cuando los jueces progresistas rechazan las leyes democráticamente aprobadas a favor de posiciones progresistas, de manera activista, destruyen el derecho de los ciudadanos a la participación democrática y al autogobierno”. Ver CROSS y LINDQUIST (2012) pp. 4-5. Sobre una explicación conservadora del verdadero rol de los jueces en torno a la labor judicial, ver BARNETT (1987) pp. 274-276.

⁸ Cross y Lindquist sintetizan la posición de los juristas progresistas: “En la actualidad la realidad ha cambiado radicalmente y las acusaciones en torno a que los conservadores de la Corte Rehnquist son los reales activistas judiciales, han pasado a ser comunes. El Director de la ACLU declaró que la Corte Rehnquist era “una corte conservadora que había pasado a ser una de las cortes más activistas de la historia norteamericana”. Muchos profesores destacados han liderado estas críticas. Cass Sunstein sostuvo que estamos ante un “destacado periodo de activismo judicial de derecha”. Erwin Chemerinsky ha criticado a los jueces conservadores por involucrarse en un “activismo judicial conservador agresivo”. Jack Balkin y Sandy Levinson sostuvieron que “el activismo judicial de la Corte Warren ha sido reemplazado por uno más intenso y conservador”. Mientras buena parte de las críticas han estado orientadas a la declaración de inconstitucionalidad de leyes, se critica a los miembros conservadores de la Corte Suprema el no “respetar el precedente”. Sin embargo, los progresistas nunca fueron tan críticos con las sentencias activistas de la Corte Warren”. Ver CROSS y LINDQUIST (2012) pp. 5-6.

⁹ Yendo más allá, incluso ha habido autores que se han auto-declarado activistas para ciertas causas y para otras no. Un interesante ejemplo es el planteado por Randy Barnett, quien construye un término denominado *pragmactivism*, concepto inventado por él para vincular el pragmatismo político-jurídico con el activismo. Bajo este prisma, Barnett distingue diferentes tipos de activismo, algunos de los cuales se encuentran en una suerte de posición híbrida intermedia. BARNETT (1984).

¹⁰ Por ejemplo, HELLMAN (2002) p. 254. En el lado progresista habría activismo de la Corte Warren y la Corte Burger; y el activismo conservador se habría observado en la Corte Rehnquist. Sobre esta última Corte, véase el esfuerzo de RINGHAND (2007).

¹¹ Así, por ejemplo, se ha sostenido que mientras los progresistas tienden a obtener victorias judiciales mediante el activismo, generalmente el actuar de los conservadores es luchar porque los jueces les permitan dar la batalla al interior del proceso político. GRAGLIA (1996) p. 298.

estatismo y el libertarismo¹². Lo anterior ha llevado a académicos vinculados a alguna de estas doctrinas a discutir entre ellos cuál es la mejor manera de enfrentar el problema y cuál debe ser el rol de los jueces¹³.

Parte de la literatura norteamericana asocia el activismo judicial al control judicial de las leyes, asumiéndose que este es el escenario más probable de activismo¹⁴. Esto es normal en EE.UU., atendido a que en dicho país todos los jueces pueden, por sí solos, controlar las decisiones políticas de órganos representativos. Ello ha hecho que cierta literatura “mida” el activismo, utilizando los casos en que los jueces han invalidado legislaciones¹⁵, cuestión que también ha ocurrido para estudios de tribunales de otras partes del mundo, como en tribunales europeos¹⁶, en Canadá¹⁷, e incluso (y con ciertos matices) en Chile¹⁸.

Sin embargo, y como explicaremos, el concepto de activismo judicial es mucho más amplio¹⁹.

En muchos países se ha debatido utilizando el lenguaje del activismo para las más diversas materias e instituciones judiciales. Algunos ejemplos vienen de Europa del Este²⁰ y de cortes constitucionales diversas²¹, además de existir abundante literatura en materia de tribunales internacionales²² y de tribunales ordinarios²³.

¹² CANON (1983) p. 247.

¹³ Interesante resulta, por ejemplo, el debate al interior de los académicos más conservadores. Algunos defienden una suerte de activismo basado en principios constitucionales (sobre la distinción entre la función judicial en un sentido conservador tradicional y un activismo judicial basado en principios conservadores, ver BARNETT - 1985- 1987-2004 - y CALABRESI -2005-); y otros reprochan de la receta judicial y la tildan peyorativamente de activismo. La mayoría de los conservadores prefieren una metodología judicial basada fuertemente en el texto y en el sentido original de la Constitución (ver, por ejemplo, los referentes conservadores SCALIA -1997- y BORK -1991-), pero existen diferencias en torno a si dicho originalismo conduce a un juez activista defensor de un Estado libertario o si ese originalismo lleva a exigir *judicial restraint* (CALABRESI -2005- p. 1083).

¹⁴ Por ejemplo, PERRY (1984), WOLFE (1997), TUSHNET (2003), GRAGLIA (1996), JONES (2001), ROOSEVELT III (2009), HELLMAN (2002) p. 258.

¹⁵ Por ejemplo, en RINGHAND (2007).

¹⁶ Por ejemplo, SMITHEY e ISHIYAMA (2002).

¹⁷ CHOUDHRY y HUNTER (2003).

¹⁸ Ya citábamos el trabajo de ZAPATA (2010).

¹⁹ Un ejemplo interesante resulta lo sucedido en Argentina a propósito del debate sobre el derecho a la protesta y el rol de los jueces satisfaciendo las demandas de los grupos movilizados. Ver, por ejemplo, a quien defiende la utilización de los tribunales para la defensa de grupos de interés específicos. Así, por ejemplo, para defender minorías desventajadas y a diferentes movimientos sociales. Ver GARGARELLA (2007) pp. 57 y 80-82.

Este autor, incluso, confiesa defender derechamente el activismo judicial para corregir situaciones que estima injustas y confiar así en la “buena voluntad de los jueces”. GARGARELLA (2007) p. 169.

²⁰ Se ha dicho que existe un escenario muy propicio para el activismo en estos países, donde la existencia de jueces activistas se explicaría por factores políticos como competencias partidistas y apoyo político, antes que por factores institucionales. SMITHEY e ISHIYAMA (2002).

²¹ Sobre activismo en la Corte Constitucional coreana, ver HEALY (2000); en Cortes Constitucionales de países que pertenecieron a la órbita soviética, ver SADURSKI (2008); en Colombia, ver CEPEDA-ESPINOSA (2004); en Alemania, ver BENVINDO (2010) pp. 31-81; en general, ver HENNIG (2012) y, relacionado con cortes europeas, ver a Ferreres, quien sostiene que el modelo centralizado de justicia constitucional está más propenso al activismo

Como puede verse, si en algún momento algún autor sostuvo que el activismo era una discusión propiamente norteamericana, esa afirmación se encuentra totalmente superada²⁴. Incluso, hoy es posible encontrar literatura que afirma que es más posible encontrar activismo judicial fuera de los tribunales norteamericanos, en tradiciones más cercanas a la europea-continental²⁵.

Como ya lo adelantábamos, en Chile la discusión sobre el activismo ha llegado para quedarse. No solo se han planteado críticas utilizando el lenguaje del activismo, sino que también algunos trabajos han intentado dar explicaciones y realizar distinciones académicas sobre el mismo. Aunque no son muchos trabajos, por ser una literatura relativamente reciente, cabe citar los ejemplos de Miriam Henríquez, Javier Couso, Francisco Zúñiga y Patricio Zapata²⁶, como también un artículo de nuestra autoría²⁷. Por otra parte, también han existido debates en los medios de comunicación²⁸.

Ya explicado el contexto y el origen del concepto de “activismo judicial”, pasemos a revisar lo que la literatura, en general, entiende por activismo; independientemente de las críticas conceptuales que revisaremos más adelante. Como veremos, existe una multiplicidad de definiciones que, sin perjuicio de su diversidad y aplicación, contienen rasgos comunes que, a nuestro juicio, permiten extraer algunos elementos unitarios.

judicial en el *judicial review* que el modelo descentralizado FERRERES (2004) p. 1730. Si este autor tuviera razón, entonces Chile sería un buen caso para estudiar el activismo judicial.

²² En la Corte Internacional de Justicia, ver MCWHINNEY (2006); en la Corte Europea de DD.HH., ver VOETEN (2007); en la Corte Penal Internacional, ver SCHABAS (2008).

²³ En India, ver CASSELS (1989), VERMA (2001), SATHE (2001); en Canadá, ver CHOUDHRY y HUNTER (2003); en Turquía, ver TEZCUR (2009); en Japón, ver ITOH (1990); en Brasil, ver BENVINDO (2010) pp. 83-131; en el Reino Unido, ver EDWARDS (2002), COHN y KREMNITZER (2005).

²⁴ Así, por ejemplo, Kent Roach argumentó que el debate sobre activismo solo tiene cabida dentro de sistemas de *judicial review* fuerte, y no débiles como el caso de Canadá. ROACH (2001). Tushnet contesta el argumento de Roach, preguntándose si los sistemas de *judicial review* débiles pueden transformarse en sistemas de control fuerte. TUSHNET (2003) p. 90.

²⁵ Ver, por ejemplo, a FERRERES (2004).

²⁶ Miriam Henríquez distingue dos tipos de activismo (moderado y fuerte) y aplica dichas categorías a ciertas sentencias en materia de salud. Ver HENRÍQUEZ (2010). Javier Couso vincula la idea de activismo judicial con el proceso de consolidación de la democracia y la judicialización de la política. Lo interesante de este trabajo es que el autor argumenta que el activismo judicial en este contexto puede ser poco eficaz e incluso contraproducente, poniendo en peligro la propia independencia del Poder Judicial. Ver COUSO (2004). Francisco Zúñiga revisa un autor francés y parte de la literatura norteamericana. Sostiene que el debate sobre el activismo judicial es aplicable a Chile, aunque su análisis parece más centrado en el Tribunal Constitucional. ZÚNIGA (2010). Patricio Zapata, por su parte, distingue los jueces “deferentes” de los “asertivos”, explicando la diferenciación sobre la base del análisis de la filosofía de dos ministros diferentes del Tribunal Constitucional (Mario Fernández y Francisco Fernández). Termina identificando un “eje asertividad-deferencia”. ZAPATA (2010) p. 25. La asertividad se asocia a un concepto de la misión del Tribunal Constitucional como un tribunal que falla de acuerdo no a una lógica del Derecho positivo, sino a una basada en los “principios y la justicia”. ZAPATA (2010) p. 24.

²⁷ VERDUGO y GARCÍA (2013).

²⁸ Por ejemplo, ver el debate que han sostenido VERGARA (2013), VERGARA (2013-A), GARCÍA (2012) y GARCÍA (2013).

Los autores pueden ser clasificados en diferentes grupos. En primer lugar, algunos asumen que el término es propio del debate popular extrajurídico que requiere de respuestas desde la academia legal²⁹. En este contexto, Green sostiene que la mejor manera de entender el activismo judicial es identificar los casos en que los jueces han violado estándares culturales sobre la función judicial³⁰. Esta realidad cultural en EE.UU. se sostiene en una tradición de fuerte discreción judicial, cuestión que no ocurre en Chile, un país mucho más formalista, cuya educación legal se sostiene en los códigos y la interpretación literal. Si Green intentara definir el activismo judicial para el Poder Judicial chileno, probablemente lo asociaría con la falta de aplicación de elementos de nuestra propia tradición jurídica, como la falta de apego a las palabras de las leyes, la existencia de silogismos que no se siguen de manera lógica o que quiebran el principio de no contradicción y la manifestación de opiniones políticas y morales en las sentencias³¹. Todos estos elementos son ajenos, en general, a nuestra cultura judicial, la que suele ser formalista en la manera en que presenta sus sentencias.

Otro grupo de autores indica que existe activismo cuando un juez “no permite elecciones de política a otros funcionarios gubernamentales [...] no prohibidas claramente por la Constitución”³², o cuando las cortes alteran significativamente las preferencias de las mayorías parlamentarias o las concepciones del constituyente³³. Para este grupo de autores, y como ya explicamos brevemente, el activismo se suele oponer al *judicial-restraint*, y el juez actúa discrecional y libremente, sin mayores ataduras a su potestad, con el fin de “hacer justicia” (*do justice*)³⁴. La diferencia entre activismo y *judicial-restraint* no es que uno legisle y el otro interprete, ya que ambos consideran un grado de Derecho y un grado de política. La diferencia, entonces, es más una cuestión de grado (*degree*) que de tipo (*kind*)³⁵. Los actores representativos hacen más política que Derecho, y los jueces deberían hacer más Derecho que política.

Una parte de la literatura ha asociado el activismo con cuestiones relativas a la interpretación de la Constitución, atendido probablemente a que esta es la norma que entrega la mayor cantidad de principios y valores generales que incrementan el campo de acción en que los jueces pueden trabajar. En este sentido, se ha dicho que el activismo supone un “conflicto entre tribunales y poderes políticos en

²⁹ GREEN (2009) p. 3.

³⁰ GREEN (2009).

³¹ Sobre la cultura judicial chilena existen múltiples trabajos. Probablemente uno de los mejores logrados es el de Lisa HILBINK (2007).

³² GRAGLIA (1996) p. 296.

³³ SADURSKI (2008) p. 96.

³⁴ WOLFE (1997) p. 2.

³⁵ WOLFE (1997) p. 2.

cuestiones de política constitucional”³⁶. También, cuando un juez no permite que la democracia prime en casos donde la “aplicación de la Constitución o de la ley es tan clara que posee las cualidades tradicionales del Derecho en vez de la filosofía moral o política. Esto significa implementar los actos del Congreso y las decisiones del Ejecutivo en vez de derrotarlas”³⁷. Si intentáramos usar esta versión del activismo judicial en Chile, probablemente nos acercaríamos al análisis de recursos de protección y, también, a casos donde el TC ha controlado la constitucionalidad de la ley o de decretos supremos (esta parte no será objeto de análisis en este informe).

Por otro lado, una autora que ha escrito entre nosotros ha hecho una interesante distinción entre judicialización y activismo, términos que suelen confundirse y cuya diferenciación puede ayudarnos a entender mejor lo que entendemos por activismo judicial. Para la judicialización, los tribunales adquieren mayor protagonismo³⁸. El activismo, en cambio, se vincula con la actuación de los tribunales, siendo identificado con una “postura proactiva del juzgador”³⁹.

En realidad, todas las definiciones anteriores tienen razón en sus respectivos ámbitos de aplicación⁴⁰.

2.2 La defensa del activismo judicial

2.2.1 Activismo para proteger derechos y lograr reformas sociales

Para este tipo de defensa del activismo, en general, los argumentos descansan en la protección de minorías que se estiman postergadas, a veces en nombre de la igualdad⁴¹. Así, por ejemplo, se ha dicho que los jueces deben “abrir la puerta de la

³⁶ ITOH (1990) p. 169.

³⁷ EASTERBROOK (2002) p. 1404. Por otra parte, y dentro de este grupo de autores, también se ha sostenido que el activismo es “el hábito de no fundamentar el control constitucional (*judicial review*) en las normas de la Constitución escrita”. PERRY (1984) p. 69. También, se ha dicho derechamente que el activismo es “revisar judicialmente una ley mediante una sentencia adversa al resultado del proceso político”. HELLMAN (2002) p. 253.

³⁸ Como ejemplo, para la autora esta centralidad puede deberse a cuestiones como la centralidad de la Constitución, su fuerza normativa, y los derechos fundamentales. HENNIG (2012) pp. 434-437.

³⁹ HENNIG (2012) p. 438. Esto se vincula, para la autora, con el neoconstitucionalismo, aunque puede tener una aplicación mucho más amplia. HENNIG (2012) p. 440.

⁴⁰ Además, sugerimos examinar el concepto, más amplio, dado por el BLACK’S LAW DICTIONARY (2006) p. 391.

⁴¹ COVER (1982); WRIGHT (1968) pp. 26-27. En un sentido similar al de Lovera, se ha dicho que el activismo es útil para invalidar leyes dictadas en gobiernos dictatoriales. Este es el caso de un trabajo que analiza la Corte Constitucional Coreana. HEALY (2000).

justicia a los pobres⁴², o se ha sostenido que el activismo es útil para alcanzar la “justicia social”⁴³.

Este tipo de argumentos son frecuentes en la literatura constitucional latinoamericana, destacando Roberto Gargarella, quien ha sostenido que el derecho acostumbra a hacer lo que no debe: “maltrata a quienes debe cuidar, persigue a quienes debe proteger, ignora a quienes debe mayor atención, y sirve a quienes debe controlar”⁴⁴.

Así, analizando jurisprudencia en materia de protesta social en Argentina –casos de toma o cortes de camino– sostuvo que la primera función de los jueces “es la de proteger a las minorías, y especialmente a las minorías que critican a la autoridad pública, y más todavía a aquellas que lo hacen a partir de una situación de serias dificultades expresivas (...)”⁴⁵; y que estos –los jueces– “en lugar de orientarse a satisfacer las demandas básicas de los grupos más desaventajados, decidieron dificultar la expresión de tales demandas. Actuando de ese modo, dichos magistrados se mostraron más preocupados por preservar la ‘paz social’ que la vitalidad del sistema democrático”⁴⁶.

Para el autor, el activismo judicial encuentra uno de sus fundamentos en una idea deliberativa de democracia. En este sentido, los jueces “se encuentran, en términos institucionales, en una excelente posición para favorecer la deliberación democrática. En efecto, el Poder Judicial es la institución que recibe las quejas de quienes son, o sienten que han sido, tratados indebidamente en el proceso político de toma de decisiones”⁴⁷.

En todo caso, no deja de ser interesante que para el autor no sea razonable esperar que los jueces trabajen en pos de una mejora en el status de grupos minoritarios:

⁴² Ver el trabajo de VERMA (2001) p. 148, sobre las cortes en la India.

⁴³ SWYGERT (1982). OJO, que este autor es un juez federal (que defiende sus poderes, obviamente).

⁴⁴ GARGARELLA (2007) p. 19.

⁴⁵ GARGARELLA (2007) p. 57. También, ver el siguiente ejemplo, donde destacan los trabajos de Fiss y Ely: “(...) en un viejo, pero todavía influyente trabajo (...) Owen Fiss defendió un ‘principio de defensa de los grupos desaventajados’ según el cual los jueces tienen el deber de corregir ‘las injusticias propias del proceso político’. Dicho principio aconsejaba a los jueces tomar un rol activo, orientado a ‘mejorar el status’ de ciertos grupos que no reciben un trato igual por parte del poder público (...). En otro trabajo, también notable pero más reciente, John Ely sugiere que es posible justificar un rol activo por parte de los jueces en tanto y en cuanto dicho activismo se dirija a alcanzar ciertos fines socio-políticos específicos. Particularmente, y en su opinión, los jueces deberían concentrar sus energías en impedir la exclusión del proceso político de determinadas minorías ‘insulares’ ” GARGARELLA (2007) p. 169.

⁴⁶ GARGARELLA (2007) p. 57.

⁴⁷ GARGARELLA (2009), Tomo II, p. 969.

“Decir esto no implica afirmar que no es posible encontrarse con jueces comprometidos con dicha tarea, o –menos aún– que no sería deseable que lo hicieran. Lo que ocurre es, más bien, que no contamos con una estructura institucional que favorezca el logro de dicho resultado, por lo que, de modo habitual, quienes avalamos aquel activismo solo descansamos en la suerte o la buena voluntad de los jueces”⁴⁸.

Es interesante examinar el impacto que este tipo de doctrinas presenta en materia de derechos sociales, los que se conectan con los casos de protesta analizados por Gargarella⁴⁹. Así también, llama la atención la forma en que el autor conecta los problemas judiciales con los sesgos que se producen por el sistema de designación de jueces⁵⁰. Todos estos problemas son analizados bajo una perspectiva asociada a lo que los jueces *deberían hacer en lo posible* y no respecto de lo que el Derecho les ordena hacer. Por eso, esta visión aparece comprometida fuertemente con doctrinas de reforma social y de protección de las ideas que, se estima, son *justas o buenas*.

⁴⁸ GARGARELLA (2007) p. 169.

⁴⁹ Más aún, la distinción entre derechos fundamentales y derechos sociales solo se sostendría para Gargarella, “a partir de una visión clasista del derecho”, donde en realidad los victimarios de derechos de terceros son las víctimas de un sistema injusto: “Según entiendo (y no creo esto sea algo difícil de aceptar), en una amplísima gama de casos las ocupaciones de tierras que se producen, los ‘cortes de ruta’, y otras alteraciones del orden semejantes nos hablan mucho menos de la perversidad de quienes desarrollan tales acciones, o de su odiosa hostilidad hacia los derechos de los demás, que de su grado de desesperación jurídica –en definitiva, de la gravedad de las violaciones de derechos que sufren–. Esta desesperación se debe, de modo habitual, a la falta de satisfacción de sus necesidades más básicas (vivienda, alimentación, trabajo) combinada con la ausencia de remedios institucionales genuinos frente a tamañas y masivas violaciones de derechos. Pedirle a los más afectados que, frente a tales gravísimas violaciones, se ‘muevan’ constitucionalmente sin poner en crisis los derechos de los demás es pedirles algo bastante cercano a lo imposible –imposibilidad que, además, se ha generado a partir de una previa construcción estatal–. En efecto, y para dar algunos ejemplos de lo dicho: si los medios de comunicación los ignoran (salvo que provoquen algún escándalo) es porque los pocos que quedan en manos del Estado no les prestan debida atención, y todos los restantes... no consideran sus demandas como lucrativas para los fines que los rigen... Si ya no existen tierras al alcance de los menos favorecidos es porque el Estado ya las ha repartido... Si los alimentos básicos quedan fuera del alcance económico, es porque el Estado se comprometió antes con la libertad de precios que con el reaseguro de ciertos objetivos constitucionales más básicos (p. ej., la provisión de un mínimo de alimentos para cada uno)”. GARGARELLA (2007) pp. 80-81. Por ello es que para el autor resulta incorrecto identificar a quienes protestan –y con ello lesionan derechos de terceros– “como violadores de derechos y no, fundamentalmente, como víctimas del derecho”. Por ello es que también es incorrecto que “no [se] reconozca que las principales violaciones de derechos cometidas en nuestra sociedad (p.ej., las referidas a la no satisfacción de los derechos vitales más básicos) no son solo responsabilidad del Estado, sino también de aquellos particulares que se benefician con la producción de tales violaciones de derechos (p. ej., a través de la obtención de mano de obra más barata)...”. GARGARELLA (2007) pp. 81-82.

⁵⁰ Así, por ejemplo, Gargarella, ha señalado que la Corte Suprema argentina “haya incumplido tan regularmente con sus deberes más importantes... nos hablan de cuestiones estructurales y no simplemente de problemas en torno a personas”. Tal vez, estos problemas estructurales, sostiene “tengan que ver con sistemas de designación que han permitido que, casi inexorablemente, la Corte haya estado compuesta por integrantes varones, con una formación religiosa similar, y con una común afiliación a la clase media o media alta”. GARGARELLA (2007) pp. 122-23.

En Chile también han existido autores de una línea similar a la de Gargarella, y que reconocen su influencia. Un buen ejemplo se encuentra en el trabajo del profesor Domingo Lovera. Este profesor se pregunta acerca del rol de las cortes en general, bajo el contexto de un “pueblo chileno” “desplazado” “de la definición constitucional”, lo que habría generado muchos “excluidos” de la política constitucional chilena⁵¹. Frente a ello, Lovera propone un nuevo rol para los jueces, que vale la pena detenerse a leer:

“... las cortes pueden desempeñar algún papel. No por el hecho de ser cortes. Sino porque podemos utilizarlas como mecanismos a disposición de la gente; de los excluidos. Mecanismos por medio de los cuales se podrá llamar la atención de la clase política acerca de lo que (erróneamente) hacen. O cómo [sic] ocurre en el caso de los derechos sociales, como mecanismos para llamar la atención por lo que no hacen en absoluto. Para insistir con la idea con la que comencé este trabajo: no confiamos en las cortes en tanto cortes, sino en tanto son instrumentos capaces de causar un impacto en el sistema político que se irá perfeccionando hasta que podamos exigir que las cortes salgan de escena. De hecho el mismo trabajo de las cortes en este sentido debiera ser la semilla de su propia desaparición –en tanto cortes ‘juricéntricas’. Para que ello ocurra... el sistema político debe ser capaz de ‘sentir’ ese golpe. De acusar recibo. Debe ser capaz de entender que ‘algo no está funcionando’ y debe ser mejorado”⁵².

Como puede observarse, el profesor Lovera le pide a las cortes que cumplan un rol que se encuentra fuera de su función. Y lo hace de manera consciente, porque estima que existen razones políticas urgentes que así lo ameritan. Este tipo de posiciones, que de manera directa convocan a los jueces a convertirse en activistas de causas que se estiman importantes, son la mejor confesión de que es posible que exista activismo por parte de ellos. Con ello no solo se demuestra que las posiciones que niegan el activismo adolecen de falencias que pueden ser incompatibles con la realidad, sino que además manifiesta que existe un espacio para que el activismo pueda operar en la judicatura chilena.

Este grupo de argumentos suelen estar muy cargados retóricamente, no quedando claro cuáles son los verdaderos alcances que esos principios les entregan a los jueces en su poder jurisdiccional. Por ello, normalmente este tipo de razones simpatizan con una visión expansiva del Poder Judicial, incluso intrusivas de los otros poderes del Estado. Muchas veces estos autores están conscientes de que su

⁵¹ LOVERA (2010) p. 132.

⁵² LOVERA (2010) pp. 136-137. Cabe hacer presente que, en otro trabajo de ese mismo año, el profesor Lovera propone algo parecido relacionado con los derechos sociales. El argumento, resumido, indica que como el Congreso no tiene representatividad debido al sistema binominal, una parte importante de las demandas de la población han sido desoídas. En este contexto, los tribunales deben jugar un papel importante, por lo que propone “resultados políticos de la intromisión judicial”. Ver LOVERA (2010-A) pp. 240-242.

propuesta implica un costo democrático importante, y otras veces lo entienden como parte importante de la democracia. Lo último supone un concepto de democracia diferente de la tradicional. No se tratará de una democracia basada en la regla de mayoría y la separación de funciones estatales, sino en un sistema político donde la participación y los resultados se logran sobre la base de un discurso jurídico con una entonación fuerte en los derechos fundamentales y la justicia. El fantasma del gobierno de los jueces suele aparecerse frente a ellos.

2.2.2 El activismo como corrección orgánica y política-constitucional

Existe un segundo grupo de razones que persiguen proteger el activismo judicial. Estas razones no se basan tanto en los derechos fundamentales, sino en cuestiones orgánicas del sistema político y de fuentes del Derecho. Así, se ha dicho que el activismo es útil para proteger la “estructura de la Constitución”⁵³ o para corregir malas sentencias pasadas y frenar el poder excedido del Congreso⁵⁴.

Aunque es dudoso que estos comportamientos judiciales puedan siempre ser calificados de “activismo” (ello dependerá de un análisis casuístico), es importante precisar que muchas veces ellos tienen más que ver con la independencia del Poder Judicial y la aplicación del Derecho, que con la invasión indebida de funciones no judiciales. Si las respuestas jurídicas preestablecidas son claras, y los jueces responden a ellas, entonces las posibilidades de activismo se reducen notoriamente. En cualquier caso, es probable que sea más fácil encontrar casos de activismo judicial bajo la retórica de los derechos y de los principios que de reglas orgánicas dadas por el constituyente. Lo anterior se debe a que los derechos y los principios normalmente dejan espacios de discrecionalidad que las reglas orgánicas no suelen abrir. Nada obsta, sin embargo, a que puedan existir excepciones.

Los argumentos de defensa del activismo, en general, podrían fortalecerse si se construye alguna teoría que explique que el poder político puede defenderse de las cortes, por ejemplo, mediante una reforma constitucional o mediante el control político de la judicatura⁵⁵. Este grupo de razones, sin embargo, no es suficiente para explicar la legitimidad del activismo judicial. Ellas son, más bien, una manera de atenuar los efectos del activismo que de legitimarlo. Si bien muchas recetas institucionales pueden resultar valiosas, ellas no son suficientes desde una perspectiva puramente democrática. No obstante lo anterior, si se estima que el activismo judicial es, en mayor o menor medida, inevitable en ciertas circunstancias, entonces la existencia de ese tipo de recetas puede resultar saludable en el

⁵³ JONES (2001).

⁵⁴ FRUEHWALD (2000).

⁵⁵ SWYGERT (1982) pp. 443-444. Ver también el texto de BARTON (2003).

sistema. Incluso, pueden ser útiles para desincentivar los casos de activismo. El problema es que ellas, en general, plantean el dilema de equilibrar una regla fuerte de independencia judicial con un control adecuado de la labor de los jueces.

2.3 Las críticas contra el activismo judicial

En la literatura, los críticos del activismo judicial son más comunes que sus defensores. Normalmente, y como ya lo señalamos, el término “activismo” se utiliza para atacar una sentencia, un juez o un grupo de jueces, y no para defender los resultados de dicha sentencia⁵⁶. Pevio a desarrollar las críticas, es importante considerar que el activismo judicial no solo ha generado contra-argumentos, sino que también reacciones doctrinarias que intentan corregirlo o minimizarlo.

Probablemente el ejemplo más importante es la elaboración académica del *judicial self restraint*, que se le suele atribuir a James Thayer, mediante la cual los jueces debían auto-contenerse de tomar decisiones con impactos políticos muy fuertes y ser respetuosos de las decisiones democráticas⁵⁷. Hoy se sigue calificando de *thayerianos* a quienes defienden visiones parecidas acerca de la función judicial⁵⁸, las que se suelen invocar en oposición al activismo, y se las presenta como una alternativa que los jueces deberían seguir. Como veremos, en Chile, varios autores han planteado la necesidad de que los jueces sigan alguna de estas teorías de deferencia o auto-restricción para tratar diversas materias. Como ejemplo de ello, en algunos casos lo han vinculado con el problema de los derechos sociales en las causas de las ISAPRE⁵⁹, y otros lo han desarrollado en relación con las potestades de control del TC⁶⁰. De a poco, la crítica de la academia chilena se ha ido dirigiendo en contra de algunas sentencias de la Corte Suprema y de Cortes de Apelaciones⁶¹.

⁵⁶ Por lo mismo se ha dicho que la expresión “activismo” tiene, en general, una connotación negativa JONES (2001) p. 143.

⁵⁷ Este autor propuso reducir el ámbito de la revisión judicial de la ley sin suprimirla. Así, la inconstitucionalidad solo podría ser declarada si el legislador hubiera incurrido en un error evidente que no deje dudas. Con ello, Thayer promovía la existencia de jueces federales moderados, que ejercieran su rol de control del poder político de forma prudente. THAYER (1893).

⁵⁸ Ver, por ejemplo, a POSNER (2012), quien ha argumentado que las teorías *thayerianas* están muertas. Cabe señalar que el juez Posner viene trabajando en esta posición escéptica del *self-restraint* desde hace muchos años. Por ejemplo, ver algunas respuestas a debates similares en POSNER (1983).

⁵⁹ Ver, por ejemplo, SOTO (2009).

⁶⁰ Tal vez el autor más importante es Patricio Zapata. Ver ZAPATA (1994) pp. 6-22, ZAPATA (2002) pp. 69-33, y ZAPATA (2008) pp. 225-289. Sin embargo, Patricio Zapata no es el único. Incluso ha habido jueces que han promovido estas teorías e incluso las han invocado en sentencias judiciales concretas. Ver, por ejemplo, CARMONA (2012), donde se examina la jurisprudencia del TC al respecto.

⁶¹ Ver, por ejemplo, NÚÑEZ (2012) y MATTE (2013), cuyos trabajos han servido para denunciar casos de activismo en diferentes áreas (en la obediencia de sentencias constitucionales, en el primero, y en el problema de

Como puede observarse, las áreas en que la discusión puede generarse son amplias, y se asocian a cualquier tipo de tribunal, aunque probablemente hay materias más sensibles al respecto, como ocurre en lo relativo a los derechos sociales, donde es normal encontrar casos interesantes de activismo en el Derecho Comparado⁶².

Lo interesante de este tipo de reacciones que apuntan a disminuir el impacto del activismo judicial, es que ellas trabajan bajo un supuesto crítico implícito contra el activismo, el que puede fundamentarse en alguna (o varias) de las críticas que a continuación desarrollamos. Sobre estas, lo primero que debe advertirse que es responden a naturalezas diversas. Simplificando el tipo de crítica que el activismo ha recibido, las resumiremos en tres grupos. Primero, distinguiremos una crítica democrática asociada a la función judicial; luego, una crítica económica o de incapacidad técnica; y, finalmente, una crítica relativa a la (in)eficacia probable de la sentencia dictada por un juez activista.

2.3.1 Crítica democrática contra el activismo judicial

Por un lado existe una crítica asociada a la función de los jueces. Se suele argumentar que el activismo desconoce su verdadera función propiamente judicial⁶³. Así, se identifican dos problemas de legitimidad: la democrática (no respetar lo que deciden los órganos electos por actos de jueces no electos) y la “contra-constitucional”, con sentencias contrarias a la Constitución⁶⁴. Así, la naturaleza de la función judicial se vincula directamente con la manera en que vemos la democracia y el constitucionalismo⁶⁵.

La crítica democrática se relaciona con que el activismo judicial tiene un déficit popular, no solo porque carece de legitimidad electoral⁶⁶, sino porque proviene de

las “tomas” de establecimientos educacionales, en el segundo). Nosotros también hemos aportado a este tipo de literatura. Ver VERDUGO y GARCÍA (2013).

⁶² Un ejemplo interesante al respecto es el argentino. Ver, por ejemplo, algunos documentos electrónicos: GARGARELLA (2007); MARANIELLO (2008).

⁶³ PERRY (1984) p. 71.

⁶⁴ PERRY (1984) p. 72.

⁶⁵ En resumen, “los jueces están simplemente imponiendo sus preferencias políticas sobre la sociedad, sin mayor responsabilidad electoral o fidelidad a la Constitución. Por esta razón, el activismo judicial es generalmente catalogado como un ejercicio inapropiado de poder jurisdiccional”. CROSS y LINDQUIST (2012) p. 3.

⁶⁶ Tampoco sería recomendable que los jueces sean los “intérpretes” de la voluntad de popular, al estilo rousseano del “legislador” que, en palabras del propio Rousseau, era una función más propia de dioses que de hombres. “Para descubrir las mejores reglas sociales que convienen a las naciones, sería preciso una inteligencia superior capaz de penetrar todas las pasiones humanas sin experimentar ninguna; que conociese a fondo nuestra naturaleza sin tener relación alguna con ella; cuya felicidad fuese independiente de nosotros y que por tanto desease ocuparse de la nuestra; en fin, que en el transcurso de los tiempos, reservándose una gloria lejana,

elites morales y políticas que influyen y capturan la judicatura. Normalmente, quienes son exitosos en los procesos judiciales no son precisamente los más necesitados, sino aquellos con suficiente influencia.

Un buen ejemplo de ello, entre nosotros, es lo que ha ocurrido con los casos de las ISAPRE, donde las cortes acogen de manera casi automática (y normalmente sin razonar sobre necesarias bases casuísticas) los recursos de protección en contra de las alzas unilaterales de los precios de los planes de salud. Los beneficiados por esta jurisprudencia no son precisamente las personas afiliadas al Fondo Nacional de Salud (FONASA), sino aquellos que, estando afiliados a ISAPRE, tienen información suficiente como para saber de la posibilidad de reclamar, conocer el camino jurídico disponible y poder contactar a un abogado especialista.

La crítica de la élite que se beneficia por el activismo conduce a un argumento que dice que quienes no son capaces de ganar una elección (o de vencer en la deliberación legislativa), buscan convencer a un grupo de jueces para obtener la satisfacción de sus demandas⁶⁷. El activismo les entregaría una posibilidad menos costosa que el *lobby* parlamentario para satisfacer sus demandas⁶⁸. Desde luego, esto daría pie a la acusación de que el gobierno de una minoría a la que le molestan los resultados electorales es la que en definitiva resuelve los problemas sociales⁶⁹. Si a ello se agregan las teorías que dicen que los tribunales tienen la palabra final (presentes entre nosotros), el problema se agrava⁷⁰.

A mayor abundamiento, esta minoría, representada mediante jueces, tiende a exagerar su propia sabiduría en comparación con los otros, lo que Graglia denomina “la enfermedad ocupacional de los jueces que sirven de por vida” (*the occupational disease of life-tenured federal judges*)⁷¹. Se corre el riesgo, entonces, de que los jueces se perciban a sí mismos como defensores de sus subjetivos conceptos de justicia y no de la voluntad democrática mayoritaria. El paternalismo implícito en esta idea es evidente.

Cabe hacer presente que la crítica expuesta en el párrafo anterior es esencialmente relativa, ya que podrían existir ejemplos contrarios donde los beneficiados por el

podiera trabajar en un siglo para gozar en otro. Sería menester de dioses para dar leyes a los hombres”. Ver el capítulo VII de su clásica obra titulada “El Contrato Social”.

⁶⁷ BORK (1991) p. 17.

⁶⁸ Ver, por ejemplo, ELHAUGE (1991), quien argumenta que los grupos de interés podrían no ser tan influyentes en el proceso político y que las propuestas para expandir el control judicial sufren de la *falacia de nirvana*, ya que el proceso de adjudicación, como el de regulación, son imperfectos y susceptibles a la influencia de los grupos de interés.

⁶⁹ GRAGLIA (1996) p. 294.

⁷⁰ Estas tesis han sido discutidas entre nosotros. Ver, por ejemplo, y aunque asociados a la autoridad del TC, a SILVA (2012) y VERDUGO (2013).

⁷¹ GRAGLIA (1996) p. 294.

activismo son, realmente, mayorías. Sin embargo, creemos, esas mayorías deberían expresarse a través de las elecciones, para que sean sus representantes electos los que en definitiva tomen la decisión, y no un grupo de jueces independientes con bajos niveles de rendición de cuentas y una relativa baja predictibilidad de sus decisiones. En cualquier caso, la crítica de la “elitización” siempre estará presente en la conducta judicial, en tanto se sustenta en jueces (y no en hombres representativos), y a veces en los contenidos sustantivos de sus decisiones judiciales (en tanto no dirigidas a la mayoría).

Con la crítica democrática, el activismo le quita *accountability* a las instituciones representativas, haciéndolas menos responsables de solucionar los problemas que, se dice, se quiere solucionar. El crítico del activismo judicial también puede estar a favor de derrotar la pobreza y de incluir a las minorías, pero elige un camino representativo para ello. Un camino que, en definitiva, es más compatible con un ideal republicano de democracia representativa. Probablemente autores como Lovera responderán (como efectivamente lo han hecho) que estos argumentos son falsos en un contexto de debilidad de las instituciones democráticas⁷². Si el Congreso no es representativo, entonces no da garantías de proteger a las minorías excluidas. Independiente de que este tipo de argumentos sean o no válidos (lo que es muy discutible), es importante precisar que de ellos no se sigue que sean los jueces los que se encuentran en una mejor posición para satisfacer las demandas que se estiman insatisfechas.

En efecto, si se estima que el Congreso tiene un déficit democrático (cuestión, repetimos, altamente discutible), entonces no puede asumirse que ese déficit lo deben sanear los jueces (¿de dónde emana este mandato?), o que ellos tienen la capacidad (son abogados con carrera judicial profesional) o la legitimidad para hacerlo (no han sido electos). De hecho, hay más razones para pensar que los jueces son menos democráticos que los representantes electos, desde el momento que ellos pertenecen a una élite compuesta por profesionales abogados de un cierto nivel social que fueron designados en sus cargos luego de una carrera a la que difícilmente pueden tener acceso las minorías que se dice defender. En este contexto, si la preocupación es la manera en que los representantes electos no dan respuestas políticas a las demandas de la población, sería conveniente discutir algunas reformas que fortalezcan los canales electorales y legislativos, y no debilitarlos, haciéndolos menos responsables de decisiones que se les privan y se les entregan a otros con menos legitimidad (los jueces). Por lo anterior, la receta que los defensores del activismo judicial proponen, puede terminar acentuando los problemas que ellos mismos diagnostican.

⁷² LOVERA (2010), LOVERA (2010-A).

Por otro lado, existe una perspectiva de análisis bastante interesante, desarrollada por Sunstein, quien prefiere hablar de “maximalismo” para referirse a los casos de jueces que expanden sus facultades por sobre los otros poderes del Estado, contestando preguntas que no se han formulado en el caso concreto, resolviendo sobre criterios generales del sistema más que de los méritos particulares y buscando consecuencias expansivas de las decisiones adoptadas. Sunstein argumenta que el “maximalismo” no mejora la deliberación colectiva ni el *accountability* de las instituciones, sino todo lo contrario. Para este autor, el maximalismo que promueve ideales democráticos es un proyecto fácilmente imaginable. Pero los jueces saben que pueden equivocarse y por esta razón son generalmente cautelosos de no entregar la última palabra en procesos políticos en curso⁷³. Lo anterior se debe a que, y aunque estuvieren en lo correcto, decisiones judiciales amplias, tempranas y hasta apresuradas en relación a los tiempos políticos, pueden tener efectos sistémicos desafortunados⁷⁴.

2.3.2 Crítica económica o de incapacidad técnica contra el activismo judicial

Para esta crítica, se sostiene que las formas de activismo judicial que invaden órbitas legislativas o ejecutivas pueden resultar en costos sociales importantes cuando las cortes invaden competencias técnicas o cuando buscan obtener una percepción de la distribución de preferencias en la sociedad⁷⁵. El proceso judicial de toma de decisiones no es eficiente en esta tarea, ya que no ha sido diseñado para ello⁷⁶. Los déficit procesales harían difícil obtener decisiones que aseguren una observancia técnica suficiente, participativa y que se haga cargo de las externalidades que las decisiones producen.

Tal vez una de las áreas donde mayor desarrollo ha habido sobre estas discusiones en EE.UU., la inauguró el caso *Chevron*, donde se plantea el problema de la deferencia que deben tener los jueces con las definiciones técnicas de la autoridad administrativa especialista⁷⁷. En nuestro país esta crítica ha sido central en los

⁷³ SUNSTEIN (2001) p. 26.

⁷⁴ SUNSTEIN (2001) p. 27.

⁷⁵ ANANT y SINGH (2002) p. 4.438.

⁷⁶ Cabe hacer presente que este tipo de críticas han sido desarrolladas entre nosotros a propósito del debate de los derechos sociales. Aunque el problema de los derechos sociales parece estar conectado con el del activismo judicial, ambos conceptos responden a terminologías diferentes. No obstante lo anterior, es valioso examinar de qué manera argumentos similares se cruzan entre ambas temáticas. Entre los críticos, un buen ejemplo puede observarse en SOTO (2009). Entre los defensores, ver un buen ejemplo de respuesta a las objeciones presentadas en FIGUEROA (2009).

⁷⁷ Ver, United States Supreme Court (1984), *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837. Sobre esta materia existe mucha literatura y discusiones jurisprudenciales. Ver una historia completa en HICKMAN y PIERCE (2010) pp. 518-662.

cuestionamientos que han realizado diversos expertos al fallo *Castilla* –crítica que se ha extendido a otras sentencias ambientales de la Corte Suprema–, en la medida en que, habiendo el legislador entregado las decisiones técnicas de evaluación de proyectos con impacto ambiental a la autoridad sectorial –con una legislación reforzada de manera reciente–, se espera que la revisión judicial de las cortes opere bajo el estándar de *deferencia experto*⁷⁸.

Asimismo, esta crítica es posible de encontrar en el debate sobre la exigibilidad judicial de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC). El problema que se produce es, precisamente, que cortes, sea en casos de salud o educación, buscando avanzar ciertos ideales de justicia o reforma social, toman decisiones que tienen gran impacto desde la perspectiva de la regulación sectorial o de políticas públicas, decisiones que no han sido evaluadas bajo los estrictos criterios técnicos que suelen acompañar los diseños regulatorios o de política pública⁷⁹.

En efecto, y como sostiene Sunstein, decisiones activistas pueden producir consecuencias adversas no intencionadas ni previstas (tema que es por lo demás recurrente en la obra de Sunstein⁸⁰), lo que agravaría el daño provocado por sus sentencias⁸¹. Los costos del activismo judicial pueden crecer sin que sea fácil medir los verdaderos daños que se provocarán en el futuro. El estímulo que un fallo puede producir en grupos de “lobistas”⁸², los efectos económicos que una decisión puede provocar dentro de un sistema de seguros de salud (como ocurre en materia de “ISAPRE”), los incentivos para litigar que se generan, son solo algunas consecuencias que podrían observarse de exacerbarse el impacto de una sentencia activista.

Así, los buenos jueces tratarán de minimizar la suma de los costos de la toma de decisiones (costos de hacer uso del sistema legal) y los costos por errores judiciales en sentido amplio⁸³. De esta manera, por ejemplo, cualquier decisión judicial relativa a la aplicación de la garantía de la libertad de expresión a controversias relativas a las nuevas tecnologías de información, incluyendo internet, debe ser aplicada de

⁷⁸ Por ejemplo, ver CORDERO (2012).

⁷⁹ Ver FIGUEROA (2009).

⁸⁰ Ver, por ejemplo, SUNSTEIN (1994).

⁸¹ Así, el tribunal “podría no llegar a producir la reforma social apropiada aunque lo busque (...). La decisión del tribunal puede activar a las fuerzas opositoras y desmovilizar a los actores políticos que la favorecen. Puede provocar una intensa y negativa respuesta social, deslegitimándose en el proceso, así como el objetivo perseguido. De manera más modesta, puede impedir la deliberación social, la negociación, el aprendizaje, y la evolución moral en el tiempo” SUNSTEIN (2001) p. 59.

⁸² Sobre una mirada económica crítica acerca del impacto que una corte activista puede tener en los grupos de interés, y las posibilidades que estos tienen en las cortes antes que ante la legislatura, ver una posición escéptica en MERRILL (1997). Como dice este autor, “el activismo judicial (...) agrega picante al sistema político”. MERRILL (1997) p. 226.

⁸³ SUNSTEIN (2001) p. 46. Los costos por errores judiciales pueden provenir tanto de una suma de errores pequeños o bien de pocos errores, pero de gran envergadura.

manera estrecha (*narrow*), porque una decisión amplia, en este momento del tiempo, tiene altas probabilidades de ser errónea⁸⁴. La posibilidad de cometer errores judiciales en decisiones activistas puede generar costos altísimos.

Para Sunstein, una forma de entender los errores judiciales, es reconociendo que al decidir casos difíciles, “los jueces frecuentemente carecen de toda la información relevante, y sus decisiones pueden tener consecuencias no intencionadas. Su interés por decisiones superficiales (*shallow*) y estrechas (*narrow*) es producto de entender las propias limitaciones cognitivas (y motivacionales)”⁸⁵.

2.4 La negación del activismo judicial

Hay un tercer enfoque en materia de activismo judicial, además de los defensores y de los críticos. Este tercer enfoque está dado por aquellos que niegan la idea misma de activismo judicial. Es bueno señalar que, si bien, y como se verá, existen autores importantes que comparten esta visión, para algunos esta puede asociarse a una defensa encubierta de activismo, ya que puede ser utilizada (y normalmente es así) para descalificar los reproches de activismo en casos particulares. En consecuencia, y como señalamos anteriormente, la negación del activismo puede adoptar la forma de una defensa *indirecta* del activismo. Pese a todo, la evaluación de los argumentos de estos autores escépticos es, creemos, necesaria.

De esta manera, hay autores de relativo prestigio que han cuestionado la validez del concepto de activismo judicial. El juez Easterbrook, por ejemplo, indica que es un término “resbaladizo” y “vacío” que depende de los ciclos políticos⁸⁶. Para este autor, en realidad, “activismo” no es otra cosa que “jueces actuando mal”, y todos tienen una posición diferente acerca de cuándo un juez actúa mal, lo que se relaciona con la discusión acerca del rol que debe jugar el precedente judicial y el respeto por la democracia⁸⁷.

Este tipo de críticas son bastante comunes en una parte relevante de la literatura⁸⁸, incluso en la que se ha difundido dentro de Chile⁸⁹. Así, por ejemplo, también se ha

⁸⁴ SUNSTEIN (2001) p. 49. Caso equivalente resulta el diseño de buenas reglas en un mercado tan cambiante como el de las telecomunicaciones SUNSTEIN (2001) p. 49.

⁸⁵ SUNSTEIN (2001) p. 49.

⁸⁶ EASTERBROOK (2002) p. 1401.

⁸⁷ EASTERBROOK (2002) pp. 1402-1403.

⁸⁸ Ver, por ejemplo, el argumento de Roberts, para quien toda conceptualización es esencialmente normativa, porque siempre se presupone una manera dada anteriormente acerca de cómo los jueces deben comportarse. ROBERTS (2007) p. 570.

⁸⁹ Aunque escasa, como veremos más adelante, en Chile existe literatura que examina el activismo judicial desde diversas perspectivas. Hace poco se publicó un artículo de una profesora brasilera, en la revista del Centro

dicho que los significados que los autores dan al concepto son contradictorios y a veces se usa el mismo lenguaje para hacer referencia a cuestiones diferentes⁹⁰. Por ello, se suele indicar que el activismo no es más que una acusación retórica contra decisiones judiciales de las cuales se discrepa⁹¹, siendo incluso tildado de “mito”⁹². Como es difícil determinar los casos y la manera en que los jueces deben ser respetuosos de los otros poderes estatales y evitar expandir sus propias facultades (el denominado *self restraint*), se ha insistido en que es imposible llegar a un consenso acerca del concepto de activismo⁹³.

Para que estas críticas efectivamente cumplan su propósito de destruir el concepto de activismo, deben demostrar que no existen respuestas jurídicas objetivas que los jueces han dejado de obedecer. Si la “mala” sentencia solo puede demostrarse cuando existan claras respuestas jurídicas, entonces lo que negaría la existencia del activismo es la ausencia de estas reglas. El relativismo jurídico detrás de este argumento es evidente, y puede tener asidero, a nuestro juicio, en algunos casos específicos que normalmente serán excepcionales. Lo normal, por el contrario, es que el Derecho entregue respuestas concretas, y lo excepcional es que no lo haga. La prueba de que existen estos casos excepcionales exige un análisis cualitativo que carece de la fuerza suficiente para demostrar que el concepto de activismo es generalmente erróneo.

Por lo demás, en aquellos casos en que el Derecho no entrega respuestas claras, los jueces, lejos de construir reglas generales, deben mostrarse minimalistas, procurar evitar resolver los casos con respuestas que tengan consecuencias más allá de los casos particulares y de los méritos individuales de los casos puntuales. En este ejercicio, deben proponerse seguir alguna metodología para fallar que permita predecir sus resultados con antelación, y guardar la debida coherencia en casos similares, siempre intentando no crear reglas nuevas. Esta actitud judicial se opone al activismo, que suele ser maximalista de la función judicial y entregar respuestas amplias con la construcción de reglas poco predecibles y resultados que

de Estudios Constitucionales, que plantea algunas dudas de naturaleza similar a las que aquí se resumen. Ella alega, entre otras cuestiones, que el activismo carece de un concepto unívoco. Ver HENNIG (2012). Cabe hacer presente, eso sí, que el argumento de Hennig se orienta a la judicatura propiamente jurisdiccional.

⁹⁰ KMEC (2004) p. 1443.

⁹¹ ROOSEVELT III (2009) p. 3.

⁹² Esta es la tesis central del libro de ROOSEVELT III (2009), quien prefiere reemplazar la idea de activismo por una basada en la legitimidad de la justificación de las decisiones, y evalúa (y defiende) diversas sentencias de la Corte Suprema que han sido acusadas de activista. Argumenta que estas sentencias son aceptables en cuanto comportamiento judicial, porque ellas sostienen posiciones razonables en términos de respetar o no la acción revisada. De esta manera, libera a la Corte de responsabilidad.

⁹³ EASTERBROOK (2002) p. 1403, ROBERTS (2007) pp. 574-600. Sin perjuicio de estas ideas, Easterbrook igual propone una definición que para él es más manejable, aunque finalmente dice que todos los jueces pueden caer en ella, por lo que la definición pierde valor y debería, por lo tanto, ser “abolida”. EASTERBROOK (2002) pp. 1409-1410.

se alejan de los méritos particulares de los procesos puntuales. Es en esta actitud maximalista en que es posible identificar casos de activismo.

No obstante lo anterior, creemos que el llamado de atención sobre el supuesto carácter “resbaladizo” o “vacío” del activismo, puede ser útil para exigirle a los académicos que sean rigurosos en las acusaciones que suelen realizar frente a jueces activistas. No basta, creemos, con determinar que un juez se apartó del Derecho para acusarlo de activista. Es importante examinar si el Derecho entregó efectivamente una respuesta suficientemente objetiva y clara, y si el juez podía razonablemente sostener un comportamiento diferente frente al caso que motivó su conducta objetada.

Por otra parte, es importante considerar que los argumentos que niegan el activismo suelen estar presentes entre los principales acusados de ser activistas (los jueces), por lo que no debe extrañarnos encontrar este tipo de respuestas desde el mundo de la judicatura. La defensa (¿corporativa?) de la función judicial parece ser un lugar común⁹⁴.

3. Práctica Jurisprudencial del Activismo Judicial. El Caso del Sector Salud

En marzo de 2011 ingresaba al Congreso Nacional el proyecto de ley denominado “Ley Corta de ISAPRE”⁹⁵, que buscaba reemplazar la tabla de factores que utilizan las ISAPRE para ajustar los precios de los planes de salud de sus afiliados –y que consideraba diferencias máximas de unas 8 a 9 veces, entre el que más paga y el que menos paga por un mismo plan–. La tabla propuesta sería única para todas las ISAPRE y respecto de todos los planes. El proyecto proponía una relación máxima de 5 para hombres, sean cotizantes o cargas. Para las mujeres cotizantes esta relación será 4,44 y para las mujeres carga, de 4,17. Además, se reducía el número de categorías por edad, siendo la primera de los 0 a los 19 años y la última de los

⁹⁴ Estos son ejemplos de algunos jueces que de alguna manera han defendido de manera explícita el activismo judicial o negado la posibilidad de que los jueces sean deferentes o auto-restrictivos en su función: SWYGERT (1982) -juez federal C.A. EE.UU.- defiende explícitamente el activismo; EASTERBROOK (2002) -juez federal C.A. EE.UU.- quiere abolir concepto de activismo; POSNER (1983), POSNER (2012) -juez federal C.A. EE.UU.- es escéptico del *self-restraint*; WRIGHT (1968) -juez federal C.A. EE.UU.- defiende la Corte Warren; JONES (2001) -*law clerk*- defiende un “tipo de activismo” que asocia a “aspectos estructurales de la Constitución”.

⁹⁵ Ver BOLETÍN N° 7539-11 (2011): “Proyecto de ley que Introduce criterios de razonabilidad y solidaridad en lo que respecta a las tablas de factores y a la determinación del precio base de los contratos de salud”, Disponible en http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7930&prmBL=7539-11 [Fecha de consulta 27 de junio de 2013].

65 años en adelante, estimando que las tablas actuales consideran 5 categorías entre los 0 y 19 años y 4 categorías para los mayores de 65 años⁹⁶.

No obstante, la ley corta se vio envuelta en una discusión altamente politizada, y nunca vería la luz.

En diciembre de 2011, el Gobierno presentó en la Cámara de Diputados un proyecto de ley más amplio, que modificaba el sistema privado de salud⁹⁷ (también conocido como “ley larga de ISAPRE”), e introducía un plan garantizado de salud (“PGS”), y que se encuentra en actual tramitación ante el Congreso. Hoy, el debate sobre el sistema de las ISAPRE se ha focalizado en este proyecto de “ley larga”.

El esquema original propuesto por la denominada “ley larga”, introducía un plan de salud que sería definido por la autoridad y las ISAPRE estarían obligadas a ofrecer. En principio, este plan implicaba ampliar las actuales garantías explícitas en salud (“GES”). Las ISAPRE podrían fijar el precio del PGS que ofrecen, pero este deberá ser el mismo para todos sus afiliados, sin hacer distinción por sexo, edad o condición de salud. El proyecto establece que tampoco se podrá rechazar a un afiliado que provenga de otra ISAPRE, pero sí a los del Fondo Nacional de Salud (FONASA). Para evitar que las ISAPRE seleccionen los riesgos a los que pueden someterse al entregar planes de salud a diferentes cotizantes –hay un incentivo natural para que las ISAPRE intenten atraer solo a personas de bajo costo esperado de salud (jóvenes sanos)–, se contempla un fondo “solidario” de compensación de riesgos. Este fondo compensaría la diferencia entre el costo esperado de un afiliado y el valor del PGS. El proyecto contemplaba además, en su versión original, la introducción de índices referenciales de los costos de la salud (denominado el “IPC de la salud”)⁹⁸.

Para algunos (correctamente a nuestro juicio), la “ley larga” avanza en la dirección equivocada –y es obviamente más negativo que el intento menos ambicioso de la “ley corta” que no encontró viabilidad política para ser aprobado precisamente por su minimalismo–, y nos retrotrae al sistema de salud existente en 1981, previo a la introducción de las ISAPRE, el que lamentablemente destacaba por el hecho de que solo las familias de altos ingresos podían acceder a servicios privados de salud, mientras la mayor parte de la población se atendía en un sistema público de menor calidad⁹⁹.

⁹⁶ LIBERTAD Y DESARROLLO (2011-B).

⁹⁷ BOLETÍN N° 8105-11 (2011): “Modifica el Sistema Privado de Salud, incorporando un plan garantizado”, Disponible en http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8504&prmBL=8105-11 [Fecha de consulta 27 de junio de 2013].

⁹⁸ LIBERTAD Y DESARROLLO (2012-B).

⁹⁹ Id.

Si bien el proyecto de ley ha sufrido diversas modificaciones en su tramitación ante el Congreso, algunos de los elementos centrales antes mencionados se mantienen.

¿Por qué era necesario realizar una reforma tan significativa a un sistema que, sin perjuicio de diversos perfeccionamientos necesarios, estaba funcionando bien e incluso, había sido objeto de importantes modificaciones en 2005, bajo un amplio consenso político?

La respuesta es simple: esta iniciativa busca hacer frente a uno de los casos más importantes de incertidumbre regulatoria que haya existido en un sector, por un lado, y a un caso paradigmático de judicialización de derechos sociales, por el otro, generado a consecuencia de la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia y TC –tanto en materia de inaplicabilidad como de inconstitucionalidad¹⁰⁰–, y la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema que, en definitiva, está “congelando” la facultad legal de las ISAPRE de ajustar los planes de salud de sus afiliados, sin entregar mayores criterios para evaluar la razonabilidad de ciertas alzas y evitar los aumentos unilaterales que, en su concepto, serían arbitrarios.

La denominada judicialización de la salud ha llegado a niveles insospechados. En efecto, mientras en 2007, los recursos de protección contra las alzas en los planes de ISAPRE llegaban a 737, en 2008 a 5.193, en 2009 a 6.244, en 2010 a 7.368; en 2011 sumaron 21.497 y en 2012 se duplicaba esta última cifra a 43.407¹⁰¹. Hacia fines de junio de 2013 los recursos ingresados representaban el equivalente de lo presentado durante 2012. Se trata, además, de un debate que se ha politizado en exceso y que se inserta en un contexto técnico complejo: ningún sistema de salud en el mundo ha podido solucionar el aumento de los costos de la salud.

3.1 El artículo 38 ter de la Ley de ISAPRE

¹⁰⁰ Dentro de las numerosas sentencias del TC, hay que mencionar, al menos, la primera sentencia de inaplicabilidad, y la sentencia derogatoria de inconstitucionalidad. Ver Tribunal Constitucional (2008), rol 976, de 26 de junio de 2008 y Tribunal Constitucional (2010), rol 1710, de 6 de agosto de 2010.

¹⁰¹ Diario U Chile: “Recursos de protección contra ISAPRE aumentan en un 138 por ciento en primeros meses del año”, de 7 de marzo 2013. Disponible en <http://radio.uchile.cl/noticias/198254/> [Fecha de consulta 2013].

La regulación de las alzas de los precios de los planes de salud privados surge en el contexto de la antigua “ley larga” de ISAPRE¹⁰², que tiene su origen en un proyecto de ley ingresado al Congreso Nacional en julio de 2001, para modificar diversas regulaciones producto del Plan Auge y que entrará en vigencia en julio de 2005.

Con esta ley, se establece que dichas alzas deben ceñirse a una compleja regulación que detalla la misma. Se trató, por lo demás, de una materia originalmente introducida en la Comisión de Salud del Senado y luego largamente discutida por sus miembros; es más, no solo hubo una propuesta, sino que se presentaron diversas alternativas que fueron complementándose a medida que avanzaba el debate¹⁰³.

El presidente de la Comisión de Salud referida, senador Mariano Ruiz-Eskide sostuvo al respecto:

“Creemos haber aprobado esta iniciativa en la forma que nos parece más útil para el país. Es una materia extremadamente controvertida; la discusión fue muy larga. Y debo reconocer que cada uno de nosotros hizo un esfuerzo por superar sus propias reticencias acerca de algunos puntos, en el ánimo de contar con la cuarta ley necesaria para llevar a cabo la reforma de la salud”¹⁰⁴.

La norma aprobada era la siguiente:

“Artículo 38 ter. Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores.

La Superintendencia fijará mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar.

¹⁰² En oposición a la “Ley Corta de ISAPRES” que fue el nombre con que se conoció a la Ley N° 19.895 que establece diversas normas de solvencia y protección de personas incorporadas a instituciones de salud previsional, Administradoras de Fondos de Pensiones y Compañías de Seguros. (DO 28.8.2003).

¹⁰³ Un asistente a la discusión del proyecto, en particular a la Comisión de Salud del Senado, en calidad de asesor legislativo da fe: “que el tema exigió un profundo análisis técnico de las diversas variables que se conjugaron en el sistema de ISAPRE. Todo ello consta someramente en el resumen del debate que aparece en el Segundo Informe de dicha comisión. En otras palabras, la fórmula elegida nació de una deliberación pública y democrática en el Congreso Nacional que finalmente, con la ayuda de expertos y la participación de los representantes elegidos por la gente, optó por una fórmula para intentar salvar los desafíos que presentaba la regulación del mercado de la salud privada en relación al aumento de costos”. SOTO (2009) p. 173.

¹⁰⁴ Citado por SOTO (2009) p. 174.

Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:

1. El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad.

2. Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años.

3. La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan.

4. La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo.

5. En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo.

En el marco de lo señalado...”

Así, desde la perspectiva de la historia de la ley, el mecanismo elegido serviría para equilibrar dos bienes en juego que, a juicio de los legisladores, valía la pena resguardar: por un lado, la protección a los denominados cotizantes cautivos y, por el otro la libertad de elección.

Respecto de lo primero, se trata de aquellos afiliados cuya capacidad de elección es reducida por tener una enfermedad preexistente u otra característica que los deja “cautivos” o inmovilizados en la ISAPRE en que están cotizando¹⁰⁵. Al regular el alza de precios, limitando así la autonomía de la voluntad y la libertad para contratar, “disminuía la probabilidad que las ISAPRE aumentaran ilimitadamente los precios de estos cotizantes para forzarlos a salir del sistema”¹⁰⁶.

Respecto de lo segundo, se trataba de la libertad de elección de las demás personas que quieren –o más bien deben– contratar un seguro de salud en aquella institución que más le acomode¹⁰⁷. Como nos recuerda Soto, hoy el mercado ofrece una opción estatal –FONASA– y una diversidad de opciones privadas en las ISAPRE. La competencia también debía resguardarse para lo cual era imperioso no

¹⁰⁵ SOTO (2009) p. 175.

¹⁰⁶ Como sostiene Soto, con la ley, “se argumentó en su momento, las alzas son reguladas lo que constituye un cierto resguardo a dichos afiliados. Adicionalmente, el nuevo fondo de compensación ayudaría a fortalecer la capacidad de elección de estos cotizantes cautivos”. SOTO (2009) p. 175.

¹⁰⁷ SOTO (2009) p. 175.

afectar los mecanismos de negociación de precios entre oferentes y demandantes. Como sostiene Soto, como todo mercado privado, las ISAPRE:

“no dependen de las transferencias del Estado, como ocurre con su competidor público, sino que del traspaso de recursos que le hacen periódicamente todos los afiliados al sistema. De este modo, el precio que pagan los afiliados es esencial pues sin él no habría contraprestación. Por eso la ley tampoco hubiera podido congelar los precios o ignorar totalmente el mercado al fijarlos. La banda de alzas de precios, por tanto, permitiría aumentos que sustentarían económicamente el sistema”¹⁰⁸.

3.2 Jurisprudencia del TC

El TC, tanto en sus sentencias de inaplicabilidad que comienzan en junio de 2008 en *ISAPRE I*¹⁰⁹, como en la declaración de inconstitucionalidad de algunos preceptos del artículo 38 ter de la Ley de ISAPRE¹¹⁰ en agosto de 2010, configuraron de manera decisiva el estado de cosas de la discusión, en la medida en que pasaron a ser centrales sus argumentaciones para los debates en sede de protección.

La jurisprudencia del TC no fue solamente decisiva desde la perspectiva de reconocer la exigibilidad de los derechos sociales y de transformarse en un verdadero órgano decisor de política pública, sino que marcó el inicio del proceso de judicialización que al 2012, como sostuviéramos en la introducción, implicó la presentación de más de 43.000 recursos de protección ante las Cortes de Apelaciones, y, peor aún, generando una verdadero industria del litigio, haciendo realidad algunos de los males anunciados por autores como Frank Cross, respecto de la justiciabilidad de los derechos sociales¹¹¹.

3.2.1 *ISAPRE I (junio de 2008)*

En junio de 2008 el TC, conociendo en sede inaplicabilidad, en la ya famosa sentencia *ISAPRE I*¹¹² declaró contraria a la Carta Fundamental el referido artículo 38 ter de la Ley de ISAPRE. Es interesante analizar esta sentencia con algún

¹⁰⁸ SOTO (2009) p. 175.

¹⁰⁹ Tribunal Constitucional (2008), rol 976, de 26 de junio de 2008.

¹¹⁰ Tribunal Constitucional (2010), rol 1710, de 6 de agosto de 2010.

¹¹¹ Ver CROSS (2001).

¹¹² Tribunal Constitucional (2008), rol 976, de 26 de junio de 2008.

detalle ya que, de manera posterior, será utilizado este precedente en el resto de los casos, incluido el fallo de inconstitucionalidad que se analiza en la sección siguiente.

La recurrente –en sede de protección ante la Corte de Apelaciones– y requirente – en la inaplicabilidad ante el TC– Silvia Peña, sostuvo que la aplicación de dicha norma violaría diversas garantías constitucionales: igualdad ante la ley (19 N° 2 CPR), en la medida en que el legislador habría establecido una diferencia arbitraria al autorizar a las ISAPRE para ajustar los precios de los contratos de salud vigentes considerando como factores la edad y el sexo de los beneficiarios; derecho a la salud (19 N° 9 CPR), dado que la norma supone una “fuerte cortapisa” a la libertad de las personas para elegir y permanecer en el plan de salud elegido, siendo el aumento de precio una forma indirecta de obligarla a salir del sistema privado de salud, vulnerándose además la garantía del libre e igualitario acceso a la protección de ella; y el derecho de propiedad (19 N° 24 CPR), dado que el aumento de precios afecta el derecho a gozar del sistema privado de salud, el cual sería un derecho inmaterial susceptible de apreciación pecuniaria, como también se privaría a los afectados disfrutar de los beneficios que les otorga el respectivo plan de salud, los cuales se encuentran incorporados a su patrimonio, dejando a cada uno de ellos como “cotizante cautivo”, sin que se prevea la existencia de una contraprestación en beneficios, equivalente al aumento del precio referido.

Cada uno de estos argumentos fue desvirtuado no solo por la ISAPRE requerida, sino por la propia Superintendencia de Salud.

El TC parte su análisis de fondo, estableciendo, en primer lugar, que la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también 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”¹¹³ y que la naturaleza jurídica de los derechos sociales en el Estado de Derecho contemporáneo “se halla abundante y certeramente configurada (...) Los derechos sociales permitirían a sus titulares exigir ya no abstención por parte del Estado (...) sino más bien una actuación positiva de este en orden a su consecución. Por ello es más adecuado a su naturaleza la denominación derechos de prestación”¹¹⁴.

Estos fragmentos constituyen por sí solos un giro significativo en nuestra historia constitucional: por primera vez de manera tan explícita el TC establecía las bases para la exigibilidad de los derechos sociales. Cabe hacer presente, eso sí, que las

¹¹³ Considerando 26°, sentencia Tribunal Constitucional (2008), rol 976, de 26 de junio de 2008.

¹¹⁴ Considerando 27°, sentencia Tribunal Constitucional (2008), rol 976, de 26 de junio de 2008.

profundas diferencias que se observaron entre los ministros del TC (hubo 4 ministros disidentes) reflejan de alguna manera la diversidad de opiniones que se encuentran en la literatura¹¹⁵.

El TC fundamenta sus argumentos en dos instituciones importadas desde la doctrina constitucional comparada: la eficacia horizontal de los derechos (*Drittwirkung* alemana) y la fuerza normativa directa de la Constitución.

Para la tesis de la horizontalidad, *“no solo 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”*¹¹⁶; y en relación a la fuerza normativa directa, *“lo explicado en el considerando precedente resulta coherente con la fuerza normativa que singulariza la Carta Fundamental, característica conforme a la cual esta 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”*¹¹⁷.

En segundo lugar, y dado lo anterior, sostiene el TC que:

*“las instituciones aludidas (ISAPRE) 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”*¹¹⁸.

Como corolario de lo anterior, sostiene el TC 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”*¹¹⁹. Sostener lo contrario, señala el TC, *“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 se torna (...) constitucionalmente insostenible”*¹²⁰. Lo anterior, prosigue el TC, resulta más evidente *“en los casos en los que la relación*

¹¹⁵ Por ejemplo, contrastar las opiniones de los profesores MARTÍNEZ (2008) (2010); ATRIA (2004); SOTO (2009) y COVARRUBIAS (2011); con la de JORDÁN (2008); FIGUEROA (2009) y NOGUEIRA (2010).

¹¹⁶ Considerando 34°, sentencia Tribunal Constitucional (2008), rol 976, de 26 de junio de 2008.

¹¹⁷ Considerando 35°, sentencia Tribunal Constitucional (2008), rol 976, de 26 de junio de 2008.

¹¹⁸ Considerando 37°, sentencia Tribunal Constitucional (2008), rol 976, de 26 de junio de 2008.

¹¹⁹ Considerando 40°, sentencia Tribunal Constitucional (2008), rol 976, de 26 de junio de 2008.

¹²⁰ Considerando 40°, sentencia Tribunal Constitucional (2008), rol 976, de 26 de junio de 2008.

convencional entre sujetos de derecho privado halla reconocimiento o amparo constitucional”¹²¹.

Por otro lado, es posible observar una serie de efectos que tendrá el fallo en el mercado de la salud. El Tribunal reconoce que la ISAPRE se atuvo a las normas legales y administrativas para aumentar el precio del plan pero, no obstante ello, el alza sería inconstitucional, pues en estas también *“tienen que ser respetados y promovidos los atributos que integran el derecho a la protección”¹²²*. En otras palabras, no bastaba con cumplir la ley, sino que era necesario considerar otros principios y disposiciones constitucionales al momento de modificar el precio.

Asimismo, el Tribunal consideró que el aumento de precio del plan de salud ponía en riesgo la capacidad de elección del cotizante, pues el nuevo precio le impediría seguir optando por el sistema privado de salud. En este aspecto el TC confunde el derecho a la salud con el derecho a la libertad de elección del sistema que reconoce la Constitución. Además insinúa que este último es un derecho absoluto a elegir ISAPRE sin consideración de ningún otro factor¹²³.

Finalmente, cabe destacar que en este caso, existieron dos votos disidentes. Uno estuvo firmado por los ministros Colombo, Bertelsen y Correa y el otro por Navarro. En el primero de los votos disidentes, se sostuvo, entre otras que la Constitución no prohíbe que los particulares que proveen un bien o servicio esencial modifiquen unilateralmente, dentro de límites fijados por la autoridad competente, el precio que cobran por el bien o servicio que producen –invocándose conceptualmente el principio de subsidiariedad-; que los criterios fijados por el legislador para regular el alza unilateral de los precios no establecen una discriminación arbitraria y que no existe elemento alguno que permita sostener que la magnitud en el alza que autoriza la ley implique una discriminación arbitraria; y, que el precepto legal impugnado no vulnera el derecho a la protección de la salud, como tampoco el derecho de propiedad, ni la libertad de elegir un sistema de salud.

La sentencia del TC sentó un precedente negativo desde diversas perspectivas, como se sostuvo en su momento¹²⁴. Desde el punto de vista institucional, transformó al Tribunal en un verdadero decisor de política pública, generando incentivos para que frente a controversias de evidente sentido contractual sean resueltas en este foro constitucional. Ello fue aplaudido por una parte de la literatura, que vio en este controvertido fallo una oportunidad para avanzar en el reconocimiento de los derechos sociales que algunos autores promueven¹²⁵. Esta

¹²¹ Considerando 41°, sentencia Tribunal Constitucional (2008), rol 976, de 26 de junio de 2008.

¹²² Considerando 55°, sentencia Tribunal Constitucional (2008), rol 976, de 26 de junio de 2008.

¹²³ Considerando 59° y 63°, sentencia Tribunal Constitucional (2008), rol 976, de 26 de junio de 2008.

¹²⁴ LIBERTAD Y DESARROLLO (2008).

¹²⁵ Por ejemplo, JORDÁN (2008).

misma circunstancia fue criticada por otro grupo de autores (entre quienes nos encontramos) que creen que no es el rol de los jueces determinar o condicionar las políticas públicas adoptadas en la legislación democráticamente acordada¹²⁶.

Con este fallo, el TC se pronunció acerca de una regulación que las Cortes de Apelaciones del país ya conocían bien, pues, por la vía de la protección, habían tornado inaplicable para todo aquel que, ante un alza en el precio del plan, recurriera a tribunales¹²⁷.

3.2.2 *Inconstitucionalidad del artículo 38 ter (agosto de 2010)*

En agosto de 2010, y tras 5 inaplicabilidades acogidas por parte del TC, el Tribunal declara la inconstitucionalidad de los numerales 1 a 4 del artículo 38 ter¹²⁸ con lo que, en la práctica, deroga buena parte de la norma que regulaba el reajuste de los precios de los planes privados de salud.

Como sostiene Cordero, existían una serie de razones que explicaban la importancia de esta sentencia y las expectativas que creaba¹²⁹:

- a) La ley que había incorporado la tabla de factores tuvo por objeto limitar la discrecionalidad en los ajustes de precios de los planes, de manera de sustraer esta materia de la mera autonomía de la voluntad y de la auto-regulación de las ISAPRE;
- b) En el mercado de los seguros de salud existen problemas de asimetrías de información que hacen que los precios de cada seguro deban ser diferentes, con la finalidad de acotar la selección adversa y el riesgo moral;
- c) Es una circunstancia conocida que los costos sanitarios públicos tienden a aumentar, por razones tales como la esperanza de vida y la mejora en el acceso a medicamentos (y tecnologías), de modo que cuando alguien “no paga la cuenta” esos costos terminan siendo trasladados; es decir, hay otras personas que sufrirán la menor disponibilidad de los recursos;
- d) Estaba en juego la manera en que un sistema democrático acepta o no, frente a la evidencia, que admitamos la diferenciación por sexo y edad, donde están en juego dos miradas de política pública –tener recursos para prestaciones sanitarias de más personas o garantizar la condición de acceso al sistema sanitario al que lo invoca; y

¹²⁶ Por ejemplo, MARTÍNEZ (2008), SOTO (2009) y COVARRUBIAS (2011).

¹²⁷ SOTO (2009) p. 171.

¹²⁸ Tribunal Constitucional (2010), rol 1710, de 6 de agosto de 2010

¹²⁹ CORDERO (2011) p. 153.

e) El TC debía determinar los alcances y efectos de su declaratoria de inconstitucionalidad considerando, especialmente, la gran cantidad de casos cuya resolución se encontraba pendiente tanto en las cortes como en el propio TC.

Desde una perspectiva institucional, el caso era delicado. Recordemos que antes de esta sentencia, el TC solo había declarado la inconstitucionalidad en virtud del artículo 93, N° 7 de la Constitución, en tres ocasiones desde que se implementó la nueva atribución¹³⁰.

El TC abrió un espacio de audiencias públicas en las cuales todos los interesados pudieron formular sus observaciones y aportar antecedentes¹³¹, incluidas las visiones de las ISAPRE y el Ejecutivo, que defendieron la constitucionalidad de la norma¹³².

En su fallo, el tribunal, tras analizar la naturaleza de la inconstitucionalidad, y refirmando sus potestades en la materia, entró al fondo del asunto haciendo uso del test de proporcionalidad¹³³. En este sentido, el TC señaló:

“Que, consecuentemente con el método descrito, en el caso de autos esta Magistratura ha examinado si el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, objeto de este proceso constitucional: a) cumple con ser adecuado a los fines constitucionales de tutelar la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, de proteger la salud de las personas incorporadas al sistema privado de salud en el cual actúan las Instituciones de Salud Previsional, especialmente en lo que concierne al rol preferente del Estado en garantizar la ejecución de las acciones de salud y en proteger el libre e igualitario acceso a ellas de todas esas personas, y de asegurar que las personas accedan al goce de las prestaciones básicas uniformes de seguridad social, garantizadas por la acción del Estado; b) cumple con ser indispensable para alcanzar los fines señalados; y c) si guarda proporcionalidad con tales objetivos”¹³⁴;

Como corolario del análisis efectuado, el TC concluyó que:

“los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 no cumplen los supuestos descritos en el considerando precedente y, por consiguiente, son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y lesionan, asimismo, el derecho a la

¹³⁰ Se trata de los artículos: 116 del Código Tributario, Tribunal Constitucional (2007), rol 681, de 26 de marzo de 2007; artículo 171 del Código Sanitario, Tribunal Constitucional (2009), rol 134, de 25 de mayo de 2009; y artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, Tribunal Constitucional (2009), rol 1254, de 29 de julio de 2009.

¹³¹ Ver CONTRERAS ET AL (2011).

¹³² CORDERO (2011) p. 155.

¹³³ GARCÍA (2011).

¹³⁴ Considerando 143°, sentencia Tribunal Constitucional (2010), rol 1710, de 6 de agosto de 2010.

*protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en el sentido que todos ellos se encuentran reconocidos y asegurados en nuestra Carta Fundamental*¹³⁵.

Luego, el TC analizó cada uno de estos derechos fundamentales que estimaba infringidos. Entre los argumentos sostenidos por el TC, y distinto del análisis que encontramos en *ISAPRE I*, figura el derecho a la seguridad social garantizado en el artículo 19, N° 18° de la CPR, “en íntima relación con el derecho a la protección de la salud ya analizado”¹³⁶, donde el TC sostuvo que resultaba infringido por los preceptos legales en análisis. Lo anterior ocurre, toda vez que,

*“no estableciéndose en la fijación de la relación máxima entre el más alto y el más bajo de los factores de cada tabla que surge del número 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, ninguna precisión ni regla especial para las personas que se encuentran en situación de obtener las prestaciones de seguridad social, se vulnera su propósito esencial: ‘La Seguridad Social tiene su razón de ser en que los administrados están sujetos a contingencias sociales. La necesidad de proteger de estas contingencias al ser humano y a los que de él dependen emana de su derecho a la existencia; de la obligación de conservar su vida y hacerlo en un nivel digno y acorde con su condición de tal’ [citando a Héctor Humeres]”*¹³⁷.

A continuación, señaló que:

*“el aumento de los precios al amparo de la norma cuestionada puede traer consigo, y así ocurre en la realidad de muchas personas, una completa imposibilidad de costearlos, ocasionando la indignidad que ello significa para el transcurrir de sus vidas y la evidencia de la falta de concreción de la obligación que el texto de la Constitución le asigna al Estado para dirigir su acción a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes”*¹³⁸.

Al final del día, y como puede observarse del razonamiento del TC, el tribunal se transforma directamente en regulador del sistema privado de seguros de salud, centrando el debate sobre políticas públicas de salud en el 17% más rico de la población.

En este sentido, como sostiene Cordero, la consecuencia de política pública del encarecimiento de los planes de salud será el problema obvio de todo sistema

¹³⁵ Considerando 144°, sentencia Tribunal Constitucional (2010), rol 1710, de 6 de agosto de 2010.

¹³⁶ Considerando 159°, sentencia Tribunal Constitucional (2010), rol 1710, de 6 de agosto de 2010.

¹³⁷ Considerando 159°, sentencia Tribunal Constitucional (2010), rol 1710, de 6 de agosto de 2010.

¹³⁸ Considerando 160°, sentencia Tribunal Constitucional (2010), rol 1710, de 6 de agosto de 2010.

sanitario: “Los que carezcan de recursos utilizarán el sistema público, sistema que se congestionará y afectará precisamente a quienes no pueden elegir un modelo de seguro, porque no están en condiciones ni han estado nunca en condiciones de costearlo”¹³⁹. Porque, la ironía de todo esto, sostiene el autor, consiste en que al “interpretar la Constitución ajustándose a sus valores y principios para proteger un tipo de acceso a la salud, puede tener un efecto regresivo significativo”¹⁴⁰.

3.3 Jurisprudencia de la Corte Suprema

La jurisprudencia de la Corte Suprema, previa a la jurisprudencia del TC antes examinada, era zigzagueante en términos de cómo abordar la protección del derecho a la salud. Como sabemos, este derecho no se encuentra tutelado con la garantía del recurso de protección, por lo que la libertad de elección del sistema de salud (inciso final del artículo 19 N° 9 de la Constitución), entre otros argumentos, se utilizaba como la justificación de la exigibilidad del derecho a la salud.

La protección práctica de la salud era, entonces, limitada. Incluso, en algunos debates relevantes existía deferencia a la autoridad técnica, tratando el problema como un asunto de política pública y, por tanto, resorte del legislador democrático y de las posibilidades materiales de su concreción. El ya clásico caso *VIH/Sida* de 10 de septiembre de 2001¹⁴¹, donde se discutía el acceso a un tratamiento de triterapia, es un buen ejemplo de ello. En dicha sentencia, la Corte Suprema sostuvo que:

[...] corresponde dilucidar, como cuestión previa al análisis de las garantías constitucionales que se han estimado infringidas, si los hechos denunciados tienen efectivamente el carácter de arbitrarios o ilegales, como se ha planteado por los recursos y resuelto por los jueces de primera instancia... El inciso 3° establece que el Ministerio de Salud fijará las normas de acceso, calidad y oportunidad de las prestaciones a los beneficiarios. De lo anterior resulta que lo planteado corresponde a un problema de Salud Pública, cuyas políticas deben ser definidas y aplicadas por las autoridades pertinentes del Ministerio indicado, que constituyen el personal idóneo para la fijación de las normas de acceso a las prestaciones que, como en el caso de autos, se pretenden, habida cuenta que en su otorgamiento han de tenerse en cuenta variados parámetros, entre

¹³⁹ CORDERO (2011) p. 159.

¹⁴⁰ CORDERO (2011) p. 159.

¹⁴¹ Corte Suprema (2001), rol 3599-2001, de 10 de septiembre de 2001.

*otros, como resulta evidente, el relativo a los costos que ellos involucren y los fondos de que se dispongan para ello*¹⁴².

Como sostuviera Figueroa, con fallos como el anterior, y considerando que involucran recursos fiscales, el consenso parecía inclinarse por el que “los jueces no deben ejercer ningún rol de control y la autoridad administrativa posee discrecionalidad fuerte”¹⁴³.

Sin embargo, incluso de forma previa a *ISAPRE I* del TC antes analizado, ya encontrábamos jurisprudencia a nivel de tribunales superiores de justicia que rayaba la cancha de manera exigente a los reajustes de los planes de salud, sosteniendo que aumentos unilaterales del precio vulneraban diversos derechos fundamentales de los afiliados.

Ejemplo de lo anterior lo encontramos en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso de mayo de 2008, que sostuvo que:

*“La revisión de los contratos de salud previsional por las ISAPRE no está concebida como una cláusula de reajustabilidad o de estabilización a favor de ellas, sino para salvar los mayores costos extraordinarios de las prestaciones basadas en aspectos imposibles de prever, que no habilitan modificaciones sin fundamento, como las que se han efectuado en el plan de salud de la recurrente. Las disposiciones introducidas por la Ley N° 20.015 a la Ley N° 18.933, para nada eximen a las ISAPRE de justificar el alza de precio de sus planes... El proceder de la recurrida importa una violación a la garantía de la libre elección del sistema de salud, al derecho de propiedad y a la igualdad ante la ley, desde el momento en que se está estableciendo una situación carente de fundamento, que impide a una persona mantenerse en el plan contratado alterando las condiciones previamente pactadas en el contrato, obligándola a emigrar a otro sistema, lo cual tiene obvia influencia lesiva en su patrimonio*¹⁴⁴.

Tras los fallos del TC, en particular el de inconstitucionalidad de 2010, los tribunales superiores de justicia comenzaron a generar fallos “tipo” acogiendo los mismos, pero sobre la base de jurisprudencia previa como la ejemplificada recientemente. En efecto, como sostiene un medio, al menos el 95% de los más de 50 mil recursos de protección en contra de ISAPRE, fallados entre enero de 2011 y noviembre de 2012, fueron a favor de los afiliados¹⁴⁵.

¹⁴² Considerando 3°, sentencia Corte Suprema (2001), rol 3599-2001, de 10 de septiembre de 2001.

¹⁴³ FIGUEROA (2009) p. 588.

¹⁴⁴ Considerando 7°, sentencia Corte de Apelaciones de Valparaíso, rol 1539-2008, de 28 de mayo de 2008.

¹⁴⁵ El Mostrador: “Ministro Mañalich toma revancha contra la industria y lo califica de “bombazo”, el nuevo golpe del Poder Judicial que esta vez apunta a las ISAPRE” de 9 de enero de 2013, Disponible en

Sin embargo, en enero de 2013 la jurisprudencia de la Corte Suprema incrementó la profundidad de sus intervenciones judiciales, lo que llevaría al propio Ministro de Salud, Jaime Mañalich, a sostener que una sentencia de ella era un “bombazo” al sistema de salud¹⁴⁶.

3.3.1 El “bombazo” de enero de 2013

En enero de 2013, la Corte Suprema, pronunciándose respecto de 30 recursos de protección en contra de las ISAPRE, fue mucho más allá de su jurisprudencia existente, y a pesar del efecto relativo o inter partes de las sentencias de amparo de derechos fundamentales, y para Zuñiga, “sienta una suerte de precedente que pueda operar a futuro como doctrina jurisprudencial, conteniendo la política de alzas de planes de las ISAPRE, por medio de la prohibición, de realizar nuevas alzas en base a los mismos motivos que ya han sido declarados inconstitucionales”¹⁴⁷.

Analizando una de dichas sentencias¹⁴⁸, encontramos que para el máximo tribunal ha de entenderse que la facultad revisora de la entidad de salud exige una razonabilidad en sus motivos, esto es, que la revisión responda a cambios efectivos y verificables de los precios de las prestaciones cubiertas por el plan. Sin embargo, en la carta de adecuación con la cual la recurrida pretende justificar su decisión de adecuar el plan de salud del recurrente se dice:

“[...] no satisface a juicio de esta Corte la exigencia de razonabilidad referida en el motivo anterior. En efecto, esta se circunscribe a afirmar con cifras y criterios generales que los costos de la institución recurrida para otorgar las prestaciones a que está obligada han aumentado, sin que ello se demuestre o justifique de manera cabal, pormenorizada y racional, por lo que no puede pretenderse reajustar los precios con los solos antecedentes que se invocan por quien está obligado a brindar por contrato que reviste características de orden público y jerarquía constitucional, las prestaciones de un bien como la salud”¹⁴⁹.

<http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2013/01/09/el-nuevo-golpe-del-poder-judicial-que-esta-vez-apunta-a-las-isapres/> [Fecha de consulta 27 de junio de 2013].

¹⁴⁶ El Mostrador: “Ministro Mañalich toma revancha contra la industria y lo califica de “bombazo”, el nuevo golpe del Poder Judicial que esta vez apunta a las ISAPRE” de 9 de enero de 2013, Disponible en <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2013/01/09/el-nuevo-golpe-del-poder-judicial-que-esta-vez-apunta-a-las-isapres/> [Fecha de consulta 27 de junio de 2013].

¹⁴⁷ ZÚÑIGA (2011).

¹⁴⁸ Corte Suprema (2012), rol 8443-2012, de 7 de enero de 2013.

¹⁴⁹ Considerando 4°, sentencia Corte Suprema (2012), rol 8443-2012, de 7 de enero de 2013.

En efecto, para la Corte, la interpretación y aplicación restrictiva de las circunstancias que justifican una revisión objetiva “se apoya en el carácter extraordinario de la facultad de la ISAPRE y la particular situación en que se encuentran los afiliados a un plan frente a la nombrada institución a la hora de decidir si se mantienen o no las condiciones de contratación”¹⁵⁰. De este modo se salvaguardan, por una parte, los legítimos intereses económicos de las instituciones frente a las variaciones de sus costos operativos y, por otra, “se protege la situación de los afiliados, en la medida que la revisión de los precios solo resultará legítima por una alteración objetiva y esencial de las prestaciones, apta para afectar a todo un sector de afiliados o, a lo menos, a todos los que contrataron un mismo plan”¹⁵¹.

Así, la facultad revisora de la ISAPRE “debe entenderse condicionada en su esencia a un cambio efectivo y plenamente comprobable del valor económico de las prestaciones médicas, en razón de una alteración sustancial de sus costos”¹⁵² y no por “un simple aumento debido a fenómenos inflacionarios o a la injustificable posición de que la variación pueda estar condicionada por la frecuencia en el uso del sistema, pues es de la esencia de este tipo de contrataciones la incertidumbre acerca de su utilización”¹⁵³.

Que, coherente con lo expuesto, sostiene la Corte,

“[...] es dable colegir que la ISAPRE Vida Tres S.A. actuó arbitrariamente al revisar los precios del plan del reclamante y proponer las modificaciones indicadas en la comunicación que le dirigiera, sin haber demostrado en los términos exigibles las modificaciones de precios del plan de salud en razón de variación sustancial de costos para asegurar la equivalencia de las obligaciones del contrato de salud con un estándar de razonabilidad y justicia que asegure el equilibrio de las prestaciones, variaciones”¹⁵⁴.

Lo anterior vulnera el derecho de propiedad del recurrente desde que lo actuado implica una disminución concreta y efectiva en el patrimonio de este al tener que soportar una injustificada carga derivada del mayor costo de su plan de salud por este motivo¹⁵⁵.

La mayor innovación se produce, no obstante lo anterior, en los considerandos finales, en lo relativo a la reiteración de la conducta de las entidades recurridas, estableciéndose que no puede, en lo sucesivo, readecuarse los planes sobre la

¹⁵⁰ Considerando 5°, sentencia Corte Suprema (2012), rol 8443-2012, de 7 de enero de 2013.

¹⁵¹ Considerando 5°, sentencia Corte Suprema (2012), rol 8443-2012, de 7 de enero de 2013.

¹⁵² Considerando 6°, sentencia Corte Suprema (2012), rol 8443-2012, de 7 de enero de 2013.

¹⁵³ Considerando 6°, sentencia Corte Suprema (2012), rol 8443-2012, de 7 de enero de 2013.

¹⁵⁴ Considerando 8°, sentencia Corte Suprema (2012), rol 8443-2012, de 7 de enero de 2013.

¹⁵⁵ Considerando 9°, sentencia Corte Suprema (2012), rol 8443-2012, de 7 de enero de 2013.

base de los motivos que ya fueron declarados arbitrarios, como sucesos inflacionarios o el eventual aumento en el uso de las prestaciones¹⁵⁶.

En este sentido, la Corte sostuvo:

“Que la materia sometida al conocimiento de los tribunales [...] dice relación con un contrato de salud previsional celebrado entre un cotizante y una Institución de Salud Previsional. Es en relación con ese contrato de salud que se ha declarado que el alza anual efectuada unilateralmente por la ISAPRE vulnera las garantías constitucionales del afiliado, de modo que, según se ha dicho, tal proceder resulta arbitrario, por lo que no es posible que se efectúe nuevamente ante iguales supuestos de hecho. No resulta admisible que la ISAPRE reitere esa misma conducta, puesto que la protección otorgada por la jurisdicción es permanente y no transitoria”¹⁵⁷; y

“Que por los argumentos anteriores se dispondrá expresamente que el contrato de salud previsional, por el que se acuerda un plan de salud determinado, no podrá ser afectado en el futuro por alzas anuales unilaterales de la ISAPRE sustentadas en la causa que ha sido declarada contraria a las garantías constitucionales del afiliado, esto es, la adecuación del precio del referido plan de salud sin atender a los términos de los artículos 197, 198 y 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 del Ministerio de Salud de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763 de 1979 y de las Leyes 18.933 y 18.469¹⁵⁸.”

Los efectos del “bombazo” parecen bastante evidentes. La nueva jurisprudencia venía, en la práctica, a congelar el precio de los planes. Se trató, en suma, no solo de una labor propia de alguien que actúa como regulador en determinados mercados, sino que, de un caso de facto de fijación de precios, lo que es aún más grave.

3.3.2 Banmédica (abril de 2013)

Siguiendo el dicho de “todo siempre puede ser peor”, la Corte Suprema avanzaría todavía un paso más en esta materia a fines de abril de 2013¹⁵⁹. En una sentencia que pasó bastante inadvertida para la comunidad jurídica¹⁶⁰, la tercera sala de la Corte Suprema, profundizando en la jurisprudencia de enero antes analizada no

¹⁵⁶ ZÚÑIGA (2011).

¹⁵⁷ Considerando 13°, sentencia Corte Suprema (2012), rol 8443-2012, de 7 de enero de 2013.

¹⁵⁸ Considerando 14°, sentencia Corte Suprema (2012), rol 8443-2012, de 7 de enero de 2013.

¹⁵⁹ Corte Suprema (2013), rol 9051-2012, de 29 de abril de 2013.

¹⁶⁰ LIBERTAD Y DESARROLLO (2013); GARCÍA (2013).

solo no entregó parámetro alguno para definir qué debía entenderse por un alza no arbitraria o por el hecho de que, en la práctica, esté impidiendo toda alza –atribución que está autorizada expresamente por el legislador–, sino que, a diferencia de las sentencias de enero, la Corte emite una serie de cuestionamientos tanto a los órganos administrativos expertos en materia estadística referidos a la cuestión del denominado “IPC de la salud” –INE y Superintendencia de Salud–, como, a la industria misma de las ISAPRE.

En efecto, la Corte sostiene que la existencia de integración vertical del sector podría ser utilizada para controlar el indicador de su costo operacional, los cuales podrán incrementar sus precios y luego estos ser traspasados por las ISAPRE en sus reajustes anuales, convalidando el aumento a través de ese mecanismo; especulación que es inaceptable en un tribunal de Derecho, pero afortunadamente condenada por el voto disidente del abogado integrante Emilio Pfeffer. Más aún, la sentencia cuestiona los aumentos de los planes sobre la base de las grandes utilidades obtenidas en los últimos años.

Veamos con más detalles este caso¹⁶¹. Se dedujo un recurso de protección en contra de la ISAPRE Banmédica S.A., acusando una ilegalidad y arbitrariedad en el aumento unilateral del precio base del plan de salud del recurrente. El recurrente argumentó que el precio base de su plan de salud aumentó en un 1,7%, lo que no se sustentaría en antecedentes efectivos o verificables.

La ISAPRE, por su parte, sostuvo que la facultad legal de incrementar anualmente los precios base de sus planes de salud no constituye una regla injusta, sino que es la consecuencia inevitable de la vigencia indefinida de los contratos de salud. El objetivo de este mecanismo es actualizar los precios a las nuevas realidades de costos, los que en la provisión de salud suelen ser mayores que en otro tipo de bienes y servicios, razón por la cual la utilización de la unidad de fomento (UF) no es un reajuste suficiente para reflejar los incrementos reales de los costos (lo mismo sucede con el Índice de Precios al Consumidor -IPC). La necesidad de actualizar los costos de los planes se ha estado realizando de una manera pre-determinada mediante un instrumento denominado coloquialmente como “IPC de la salud”. En la defensa de la ISAPRE se señaló que ha sido la Superintendencia de Salud quien ha estimado la variación de este índice de precios en un 2,15% por sobre la variación del IPC y, por ende, por encima de la fluctuación de la unidad de fomento. Para la ISAPRE, entonces, estaría reconocida la norma legal que faculta la adecuación de los contratos de salud, acreditado que los costos de la canasta de salud se incrementan por sobre el IPC; y determinado este aumento por un ente público independiente y a cargo de la fiscalización de las instituciones de salud previsual.

¹⁶¹ En esta parte nos hemos basado en LIBERTAD Y DESARROLLO (2013).

Debido a lo anterior, entonces, no sería procedente reprochar de arbitrario e ilegal el incremento del plan.

La sentencia de la Corte, –de los ministros Sergio Muñoz, Héctor Carreño y Pedro Pierry–, declaró que las ISAPRE deben procurar que su participación en el sistema “[...] no implique la imposición a sus cotizantes y beneficiarios de condiciones que afecten el legítimo ejercicio de un derecho esencial como es el acceso a los sistemas de protección de la salud, de forma igualitaria y no discriminatoria, por cuanto ello contraría la garantía del artículo 19 N° 2 de la Constitución Política”¹⁶². Además, sostuvo que:

“[...] resulta palmaria la mayor vulnerabilidad en que se hallan los afiliados frente a las Instituciones de Salud Previsional al momento de decidir si perseveran o no en sus contratos de salud ante las nuevas condiciones de contratación que les imponen las entidades privadas de salud”.

De este modo,

“[...] no es aceptable que se invoque por uno de los contratantes la autonomía de la voluntad para defender estipulaciones o el simple uso de una facultad que la legislación les ha entregado si, en los hechos, ello significará para la contraparte no acceder con plenitud a un derecho que le está garantizado por la Carta Fundamental, puesto que se está ante un contrato doblemente limitativo de la autonomía de la voluntad del afiliado, por tratarse de un acuerdo por adhesión y dirigido”¹⁶³.

En el contexto expuesto, continúa la Corte, y volviendo sobre el núcleo de la jurisprudencia existente en esta materia desde enero:

“[...] queda claro que la facultad revisora de la ISAPRE para efectuar la denominada adecuación del precio base del plan de salud, que por ley se le otorga, solo estará revestida de legitimidad si existe razonabilidad en sus motivos, esto es, que la revisión obedezca a cambios efectivos y verificables de los precios de las prestaciones cubiertas por el plan en razón de una alteración significativa de sus costos y cuyo ejercicio no persiga solo un mayor lucro para una de las partes”¹⁶⁴.

Y es que para la Corte:

“[...] la interpretación y aplicación restrictiva de las circunstancias que justifican una revisión objetiva se apoya en el carácter extraordinario de la facultad de la

¹⁶² Considerando 6°, sentencia Corte Suprema (2013), rol 9051-2012, de 29 de abril de 2013.

¹⁶³ Considerando 6°, sentencia Corte Suprema (2013), rol 9051-2012, de 29 de abril de 2013.

¹⁶⁴ Considerando 7°, sentencia Corte Suprema (2013), rol 9051-2012, de 29 de abril de 2013.

ISAPRE y la particular situación en que se encuentran los afiliados a un plan frente a estas instituciones a la hora de decidir si se mantienen o no las condiciones de contratación”.

De esta manera se salvaguardan, por una parte,

“[...] los legítimos intereses económicos de las instituciones frente a las variaciones de sus costos operativos” y, por otra, “se protege la situación de los afiliados, en la medida que la revisión de los precios solo resultará válida por una alteración esencial de las prestaciones, apta para afectar a todos los afiliados de una ISAPRE o, a lo menos, a todos los que contrataron un mismo plan”¹⁶⁵.

Pronunciándose respecto de la alegación de la ISAPRE respecto de que estaría efectuando un reajuste inferior al “IPC de la salud” –para lo cual la ISAPRE acompaña una minuta de la Superintendencia de Salud de marzo de 2012 que busca elaborar una primera aproximación al cálculo de los Indicadores Referenciales de Costos en ISAPRE (IRCI) o “IPC de la salud” –, la Corte sostuvo que los “precios de bienes y servicios en el ámbito de la salud se encuentran actualmente incorporados en dicha medición general”¹⁶⁶. De este modo, dice la Corte, “no es posible dejar de destacar que el aumento del costo de la salud, que se calcula mediante el Índice de Precios al Consumidor nacional, se va recogiendo mensualmente en el precio de los contratos de salud al estar pactados en unidades de fomento, equivalente monetario que, además, incorpora mensualmente el reajuste acumulativo y no lineal del Índice de Precios al Consumidor”¹⁶⁷.

Para la Corte, el argumento de la ISAPRE en torno a que el IPC general no constituiría un mecanismo idóneo de reajuste desde que el “costo de la salud” sería más alto que el costo del conjunto de los bienes y servicios de la economía chilena,

“[...] no puede ser aceptado, porque se está pretendiendo un tratamiento diferenciado de reajuste cuyo solo efecto será que los afiliados deberán soportar un mayor precio para sus planes de salud sin que ello les vaya a reportar nuevos beneficios, desde que lo buscado por la ISAPRE es asegurar un determinado nivel de rentabilidad”¹⁶⁸.

Para la Corte, propugnar un mecanismo de incremento de precios únicamente para los contratos de salud, adicional del establecido para la generalidad de los bienes y servicios –que para la Corte ya comprende las prestaciones de salud–:

¹⁶⁵ Considerando 7°, sentencia Corte Suprema (2013), rol 9051-2012, de 29 de abril de 2013.

¹⁶⁶ Considerando 10°, sentencia Corte Suprema (2013), rol 9051-2012, de 29 de abril de 2013.

¹⁶⁷ Considerando 10°, sentencia Corte Suprema (2013), rol 9051-2012, de 29 de abril de 2013.

¹⁶⁸ Considerando 11°, sentencia Corte Suprema (2013), rol 9051-2012, de 29 de abril de 2013.

“[...] desafía la garantía constitucional de igualdad ante la ley, pues la instauración de una medición propia implica constituir un privilegio injustificado a favor de las ISAPRE respecto de quienes deben sujetarse a un índice de reajustabilidad común, toda vez que estos últimos también podrían alegar las mismas razones esgrimidas por la recurrida para requerir en esta materia un trato más acorde con sus necesidades específicas”¹⁶⁹.

Además, dado que el contrato de salud no da origen a una cuenta de capitalización individual, y “sin dejar de reconocer la validez de buscar una ganancia razonable”, las ISAPRE, sostiene la Corte “no pueden subordinar el cálculo del precio a pagar a la consecución de un fin de lucro que no revista la característica recién descrita”¹⁷⁰.

Analizando el documento de la Superintendencia de Salud, la Corte concluye que: “no existe entonces la suficiente claridad acerca de la manera en que se construyó este ‘IPC de la Salud’ por parte de la Superintendencia del ramo, herramienta cuya aspiración debe ser la de regular –y no simplemente justificar- las alzas anuales de los contratos de salud, el que arribó a un 2,15% sobre el Índice de Precios al Consumidor y que, como se consignara precedentemente, ya recoge la variación de los costos de la salud en los términos que antes se señalara”¹⁷¹.

Adicionalmente para la Corte es relevante, “un dato” que no es posible desechar: “la integración vertical de la mayoría de las ISAPRE abiertas con los proveedores de salud, sean clínicas o redes ambulatorias”. Dado que el indicador del costo operacional de las ISAPRE solo considera la variación del valor de las prestaciones del sector privado,

“[...] surge el reparo de que dicho índice pueda ser controlado por las propias instituciones de salud previsional a través de la propiedad de los prestadores, los cuales podrán incrementar sus precios y luego estos ser traspasados por las ISAPRE en sus reajustes anuales, convalidando el aumento a través de ese mecanismo”¹⁷².

A lo anterior se suma, “el planteamiento persistente” de las ISAPRE de vincular estos incrementos periódicos del precio base de los planes de salud “con la supervivencia del sistema de salud privada en Chile”, lo que “aparece absolutamente alejado de la realidad si se revisa el aumento de las utilidades que dichas empresas han obtenido en los últimos años”¹⁷³.

¹⁶⁹ Considerando 11°, sentencia Corte Suprema (2013), rol 9051-2012, de 29 de abril de 2013.

¹⁷⁰ Considerando 11°, sentencia Corte Suprema (2013), rol 9051-2012, de 29 de abril de 2013.

¹⁷¹ Considerando 14°, sentencia Corte Suprema (2013), rol 9051-2012, de 29 de abril de 2013.

¹⁷² Considerando 15°, sentencia Corte Suprema (2013), rol 9051-2012, de 29 de abril de 2013.

¹⁷³ Considerando 15°, sentencia Corte Suprema (2013), rol 9051-2012, de 29 de abril de 2013.

Todo lo anterior, concluye la Corte, importan una “falta de motivación” en el accionar de la ISAPRE, que, en definitiva, “priva al afiliado de uno de sus derechos esenciales y por lo tanto la actuación deriva en arbitraria, por estar desprovista de sustento”¹⁷⁴, afectando no solo la garantía de la igualdad ante la ley, sino su derecho de propiedad, ante la disminución concreta y efectiva de su patrimonio al tener que soportar una injustificada carga derivada del mayor costo de su contrato, circunstancia que afectan, además, en el que el derecho de afiliación se torne de difícil materialización, puesto que si los aumentos hacen excesivamente gravosa la permanencia en el sistema, el interesado puede verse compelido a abandonarlo¹⁷⁵.

Concurriendo a la decisión, pero mediante una prevención basada en otros argumentos, la Ministra Sandoval sostuvo que la facultad revisora de las ISAPRE exige una razonabilidad en sus motivos, la que no se satisface con la información entregada en la carta de adecuación –la que solo afirma con cifras y criterios generales que los costos de la institución han aumentado, “por lo que no puede aceptarse dicho reajuste de precios sobre la base de tales antecedentes que aduce quien está obligado a brindar, por un contrato que reviste características de orden público y jerarquía constitucional, prestaciones concernientes a un bien como la salud”¹⁷⁶.

La sentencia fue acordada con el voto en contra del abogado integrante señor Pfeffer, quien estuvo por desestimar la acción de protección deducida al estimar que el reajuste se adoptó razonadamente sobre la base de aplicar como factor de adecuación al precio base del plan de salud el denominado “IPC de la salud” construido por la Superintendencia de Salud, ajustándose en su rango inferior. Justifica su disidencia en el hecho que las ISAPRE están facultadas por mandato legal para revisar al término de la anualidad respectiva, el precio base del plan de salud de sus afiliados, y eventualmente adecuarlo a la nueva realidad de costos¹⁷⁷; basado en que no habría tenido sentido dotarlas de tal atribución si no fuera cierto que en el ámbito de la salud el costo de las prestaciones crece por sobre la variación del IPC o de la UF, tendencia por demás internacional que se explica, entre otros, por el envejecimiento de la población, el aumento del gasto en licencias médicas, el mayor número y frecuencia de las prestaciones que se demandan, etc.¹⁷⁸.

Asimismo, justifica la creación del “IPC de la salud” en un doble sentido. Primero, y en lo que puede calificarse en una crítica a la jurisprudencia de la Corte en esta

¹⁷⁴ Considerando 16°, sentencia Corte Suprema (2013), rol 9051-2012, de 29 de abril de 2013.

¹⁷⁵ Considerando 16°, sentencia Corte Suprema (2013), rol 9051-2012, de 29 de abril de 2013.

¹⁷⁶ Considerando 2°, sentencia Corte Suprema (2013), rol 9051-2012, de 29 de abril de 2013.

¹⁷⁷ Considerando 1°, sentencia Corte Suprema (2013), rol 9051-2012, de 29 de abril de 2013.

¹⁷⁸ Considerando 3°, sentencia Corte Suprema (2013), rol 9051-2012, de 29 de abril de 2013.

materia –en particular a la falta de un estándar preciso de razonabilidad–, para “limitar el ejercicio de una prerrogativa legal que ha sido sistemáticamente cuestionada en su ejercicio y que tiende a evitar alzas consideradas desmedidas e inmotivadas que han originado una alta litigiosidad, racionalizándolas”, tanto más si es un hecho público y notorio “que las sucesivas explicaciones proporcionadas por las ISAPRE en sede de recursos de protección para justificar el uso de esa prerrogativa ha sido estimada siempre insuficiente por la jurisdicción –sin que esta a su turno haya indicado lo exigido–, impidiéndoseles así, en el hecho, adecuar el precio base de los planes de salud”¹⁷⁹. Segundo, cuidar que “no se invalide o deje sin aplicación un mandato legal claro y específico, que integra el estatuto jurídico conforme al cual dichas instituciones deben llevar adelante su actividad y que las faculta para revisar el precio de los planes de salud anualmente, en reconocimiento del insoslayable fenómeno alcista que se observa a nivel mundial en el ámbito de las atenciones o prestaciones de salud”¹⁸⁰.

Finaliza el disidente su voto con un duro reproche a la mayoría que concurre en el considerando 15°. Sostiene que

“[...] no puede silenciar su opinión frente a la gravedad de lo que se afirma en el motivo décimo quinto del fallo en alzada, en cuanto parte de la premisa de que la integración vertical de la mayoría de las ISAPRE abiertas con los proveedores de salud, sean clínicas o redes ambulatorias, envolvería el riesgo de que aquellas controlaran el indicador de su costo operacional, desde que podrían hacer incrementar los precios de los proveedores relacionados y luego ser estos traspasados vía reajustes anuales a sus afiliados alterando a través de ese subterfugio el Índice del IPC de la salud. Una afirmación tal, en mi opinión, se construye en base a supuestos no comprobados. Desde luego presupone que existe integración vertical y que las prácticas de los actores podrían estar guiadas por acciones concertadas para manipular los precios de las prestaciones de salud. De ello este disidente no tiene antecedentes –al menos no constan en estos autos–, y en cualquier caso si ello fuere efectivo la institucionalidad consulta los órganos y procedimientos destinados a poner pronto remedio a situaciones tan anómalas como aquellas”¹⁸¹.

Este voto disidente es importante, porque sirve como denunciante del activismo en que la Corte habría incurrido. Los duros términos en que está redactado este voto, son la primera luz de alerta que debe llamar la atención. Con ello, se constata el ánimo maximalista de la Corte, la que funda sus razones en opiniones generales sobre el sistema de salud que se alejan de los méritos individuales del proceso en

¹⁷⁹ Considerando 4°, sentencia Corte Suprema (2013), rol 9051-2012, de 29 de abril de 2013.

¹⁸⁰ Considerando 4°, sentencia Corte Suprema (2013), rol 9051-2012, de 29 de abril de 2013.

¹⁸¹ Considerando 10°, sentencia Corte Suprema (2013), rol 9051-2012, de 29 de abril de 2013.

cuestión y de las pretensiones alegadas. Los argumentos de la Corte van mucho más allá de esas pretensiones, y se sustentan en hechos no demostrados, que parecen convertirse, para la Corte, en una suerte de obvios supuestos de lo que está ocurriendo en materia de políticas públicas en salud. El hecho de que este tipo de decisiones sea, además, utilizada en un formato “tipo”, es un reconocimiento implícito al hecho de que los méritos del proceso importan poco, y que los recursos se acogen de manera casi automática, sobre la base de fundamentos genéricos críticos del diseño del sistema de salud.

Estas críticas pueden o no ser correctas. Lo grave de este tipo de activismo no es el diagnóstico sobre el sistema de salud, sino el hecho de que los jueces (i) perciban que ellos están en condiciones técnicas de realizar dicho diagnóstico con precisión y (ii) que estimen que ello es un fundamento jurídico suficiente como para resolver casos concretos. Las luces de alerta se encuentran muy presente en este comportamiento, en tanto los jueces aspiran a que el sistema sea corregido mediante la impulsión de decisiones que no respetan la decisión de los órganos democráticamente electos y que, más todavía, alteran las bases mismas de las políticas sobre las cuales dicho sistema está construido.

Esta posición, válida en un sistema democrático, no debe ser defendida por jueces, sino por la autoridad correspondiente.

4. Conclusiones

El presente documento ha buscado presentar el tema del activismo judicial tanto desde una perspectiva teórica como aplicada al estudio de un caso, relativo a la jurisprudencia reciente y relevante de los tribunales superiores de justicia y del TC respecto del alza de los planes de salud privados por parte de las ISAPRE.

Desde la perspectiva teórica, hemos presentado los orígenes del concepto y los principales lineamientos sobre los cuales se ha desarrollado el debate en la literatura especializada. Hemos repasado, asimismo, los principales argumentos entregados por los defensores y, para efectos de nuestro estudio de caso, especial interés ha sido el primero vinculado a la idea de reforma social y de garantizar derechos sociales. Hemos analizado asimismo las principales críticas –el argumento democrático, el económico o de capacidad técnica y el de exigibilidad de las sentencias– y también la posición de quienes se declaran escépticos.

Enseguida hemos analizado jurisprudencia reciente y relevante de los tribunales superiores de justicia y del TC en materia de salud. Estamos ante uno de los casos

más relevantes de incertidumbre regulatoria que haya existido en un sector, por un lado, y un caso paradigmático de judicialización de derechos sociales, por el otro, generado, como hemos visto, a consecuencia de esta jurisprudencia que, en definitiva, está “congelando” la facultad –legal– de las ISAPRE de ajustar los planes de salud de sus afiliados, sin entregar mayores criterios respecto de que alzas no serían arbitrarias, y entregando argumentos del tipo “existencia de integración vertical” o la existencia de “altas utilidades” para impedir las alzas.

En este sentido, tanto el TC, y ahora en mucha mayor medida, la Corte Suprema, están actuando como verdaderos reguladores, tomando en sus manos básicamente las decisiones más relevantes sobre el sistema de salud y la política de precios que debe imperar lo que no es una función que les competa a ello.

Todos estos casos presentan luces de alerta acerca de la existencia de activismo judicial, que comienzan con las denuncias planteadas en las disidencias citadas, tanto en los casos del TC como en los de la Corte Suprema. El caso de la Corte Suprema es probablemente el más problemático. En él, se remueven obstáculos procesales para poder entrar al fondo del asunto (en circunstancias que el recurso de protección no cautela el derecho a la salud) y se entregan respuestas maximalistas mucho más amplias que las pretensiones establecidas por las partes. En estas respuestas, hay opiniones generales sobre los defectos del sistema de salud y se realiza un diagnóstico que no es necesario para la solución del caso (por ejemplo, acusando una integración vertical). Se descartan las opiniones técnicas sin ponderarlas con las razones invocadas por las ISAPRE y por la Superintendencia de Salud, basadas en creencias relativas a los costos de salud que se entregan sin mayores antecedentes. No se explica realmente en qué consiste la arbitrariedad, y en este ejercicio no se generan estándares que les permitan a las ISAPRE ajustar con precisión sus conductas en el futuro. Ello contribuye a crear un clima de incerteza que escapa a los fines del sistema de salud.

Como puede observarse, todo lo anterior conduce a que las cortes incrementen sus poderes de vigilancia sobre el sistema, buscando dar respuestas directas a problemas mayores que los planteados en las contiendas precisas. En este ejercicio, se invocan principios generales como la igualdad, sin un mayor desarrollo asociado a alguna metodología de análisis o a ataduras interpretativas. Los casos son resueltos con un formato que se entrega de manera casi automática, promoviendo con ello una industria del litigio en materia de salud que parece no tener fin.

5. Bibliografía

5.1 Artículos y libros

ANANT, TCA - SINGH, Jaivir (2002): "An economic analysis of judicial activism", *Economic and political weekly*, vol.37, N°43: pp. 4433-4439.

ATRIA, Fernando. (2004): ¿Existen derechos sociales?, *Doxa*, N°4, pp. 15-59.

BARNETT, Randy (1985): "Judicial Pragmactivism: A Definition", *Cato Journal*, vol. 4, N°3: pp.853-864.

BARNETT, Randy (1987): "Foreword: Judicial Cconservatism v. A Principled Judicial Activism", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 10, N°2: pp. 273-294.

BARNETT, Randy (2004): *Restoring the Lost Constitution: The Presumption of Liberty* (Princeton, Princeton University Press) 366 p.

BARTON, David (2003): *Restraining Judicial Activism* (Aledo, Texas, Wall Builder Press) p. 62.

BENVINDO, Juliano Zaiden (2010): *On the Limits of Constitutional Adjudication. Deconstructing Balancing and Judicial Activism* (New York, Springer) p. 421.

BORK, Robert H. (1991): *The Tempting of America. The Political Seduction of the Law* (New York, Touchstone) p. 440.

CALABRESI, Steven (2005): "The Originalist and Normative Case against Judicial Activism: a Reply to Professor Randy Barnett", *Michigan Law Review*, vol.103, N°6: pp.1081-1098.

CARMONA, Carlos (2012): "Autorrestricción en el Tribunal Constitucional Chileno", *Derecho y Humanidades*, N° 19, pp. 75-128.

CHOUDHRY, Sujit y HUNTER, Claire (2003): "Measuring Judicial Activism on the Supreme Court of Canada: A Comment on Newfoundland (treasury board) v. NAPE", *McGill Law Journal/Revue de Droit de McGill*, vol. 48: pp. 525-562.

CROSS, Frank (2001): "The Error of Positive Rights", *UCLA Law Review*, vol. 48, pp. 857-924.

CROSS, Frank y LINDQUIST, Stefanie (2012): "The Scientific Study of Judicial Activism", *University of Texas Law, Law and Econ. Research Paper*, N° 93.

Disponible en línea en: <http://ssrn.com/abstract=939768>

CROSS, Frank y TILLER, Emerson (1998): “Judicial Partisanship and Obedience to Legal Doctrine: Whistleblowing on the Federal Courts of Appeals”, *Yale Law Journal*, vol. 107: pp. 2155-2176.

COHN, Magrit- KREMNITZER, Mordechai (2005): “Judicial Activism: a Multidimensional Model”, *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, vol. XVIII, N°2: pp. 333-356.

CORDERO, Luis (2011): “Comentario a la sentencia de inconstitucionalidad de la tabla de factores de ISAPRES: un aparente triunfo de los derechos sociales”, en Medina (directora.), *Anuario de Derechos Humanos Universidad de Chile 2011* (Santiago, Edición propia Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile) pp. 151-159.

CORDERO, Luis (2012): “Corte Suprema y Medio Ambiente. ¿Por qué la Corte está Revolucionando la Regulación Ambiental?”, en *Anuario de Derecho Público 2012* (Ediciones Universidad Diego Portales) pp. 359-375.

COUSO, Javier (2004): “Consolidación Democrática y Poder Judicial. Los Riesgos de la Judicialización de la Política”, *Revista de Ciencia Política*, vol. XXIV: N°2: pp. 29-48.

COVARRUBIAS, Ignacio. (2011): “Sentencia de Inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 38 ter de la ley N°18.933”, *Actualidad Jurídica*, Universidad del Desarrollo, Año XII, N° 23, pp. 463-490.

COVARRUBIAS, Ignacio (2011-A): “Un Derecho a la Salud que Pretende Garantizar el Punto de Llegada antes que el de Partida”, en DELAVEAU, Rodrigo (editor) *Sentencias Destacadas 2010* (Libertad y Desarrollo) pp. 67-99.

COVER, Robert (1982): “The Origins of Judicial Activism in the Protection of Minorities”, *The Yale Law Journal*, vol.91, N°7: pp.1287-1316.

EASTERBROOK, Frank (2002): “Do Liberals and Conservatives differ in Judicial Activism”, *University of Colorado Law Review*, vol. 73: pp. 1401-1416.

ELHAUGE EINER (1991): "Does Interest Group Theory Justify More Intrusive Judicial Review?" 101 *Yale Law Journal*, pp. 31-75.

FERRERES COMELLA, Víctor (2004): “The Consequences of Centralizing Constitutional Review in a Special Court: Some Thoughts on Judicial Activism”, *Texas Law Review*, vol. 82: pp. 1705-1736.

FIGUEROA, Rodolfo. (2009): “Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Discusión teórica”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, N°3, 587-620.

FRUEHWALD, Scott (2000): "If Men were Angels: the New Judicial Activism in Theory and Practice", *Marquette Law Review*, vol. 83, N°2: pp.435-496.

GARCÍA, José Francisco (2011): "El Tribunal Constitucional y el Uso de 'Tests': una Metodología Necesaria para Fortalecer la Revisión Judicial Económica", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38 N° 1, pp. 101-138.

GARGARELLA, Roberto (2007): *El Derecho a la Protesta* (Buenos Aires, Adhoc).

GRAGLIA, Lino (1996): "It's not Constitutionalism, it's Judicial Activism", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol.19, N°2: pp. 223-293.

GREEN, Craig (2009): "An Intellectual History of Judicial Activism", *Emory Law Journal*, vol.58, Issue 5: pp. 1195-1264.

HEALY, Gavin (2000): "Note: Judicial Activism in the new Constitutional Court of Korea", *Columbia Journal of Asian Law*, vol. 14, N°1: pp.213-234.

HELLMAN, Arthur (2002): "Judicial Activism: The Good, the Bad and the Ugly", *Mississippi College Law Review*, vol. 21: pp. 253-265.

HENNIG LEAL, Monia Clarissa (2012): "La Jurisdicción Constitucional entre Judicialización y Activismo Judicial: ¿Existe realmente un 'Activismo' o 'él' Activismo?", *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 2: pp. 429-454.

HICKMAN, Kristin E. y PIERCE JR., Richard J. (2010): *Federal Administrative Law* (New York, Foundation Press) p. 901p.

HILBINK, Lisa (2007): *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship. Lessons from Chile* (Cambridge Studies in Law and Society, Cambridge University Press) p. 299.

ITOH, Hiroshi (1990): "Judicial Review and Judicial Activism in Japan", *Law and Contemporary Problems*, vol. 53, N°1: pp. 169-179.

JONES, Greg (2001): "Proper Judicial Activism", *Regent University Law Review*, vol. 14: pp. 140-179.

JORDÁN, Tomás (2008): "Algunos Comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 976/2008", en *Nomos, Universidad de Viña del Mar*, N° 2, pp. 263-274.

KMIEC, Keenan (2004): "The Origin and Current Meanings of Judicial Activism", *California Law Review*, vol.92: pp.1141-1478.

LOVERA, Domingo (2010): “¿A Quién pertenece la Constitución en Chile? Cortes, Democracia y Participación”, en *Revista Jurídica Universidad de Palermo*, Año 11, N°1: pp. 119-142.

LOVERA, Domingo (2010-A): “Derechos Sociales en la Constitución del 80 (y de 89 y de 2005)”, en Fuentes (editor), *En nombre del pueblo*, (Santiago, Heinrich Böll Stiftung) pp. 217-244.

MARANIELLO, Patricio (2008): “El Activismo Judicial, una Herramienta de Protección Constitucional”, en *Pensar en Derecho*, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf> [Fecha de consulta: 5 de junio de 2013]

MARTÍNEZ, José I. (2008): “Los Derechos Sociales: una Reflexión a propósito de la sentencia rol 976 del Tribunal Constitucional”, *Nomos*, Universidad de Viña del Mar., N°2, pp. 275-290.

MARTÍNEZ, José I. (2010): “Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena”. *Revista de Estudios Constitucionales*, Año VIII, N°2, pp. 125-166.

MATTE, Arturo (2013): “Recursos de Protección y Movilizaciones Estudiantiles”, en Fernando y García (editores), *Sentencias Destacadas 2012* (Santiago, Ediciones Libertad y Desarrollo) pp. 367-400.

MCWHINNEY, Edward (2006): “The International Court of Justice and International Law-making: The Judicial Activism/Self-Restraint Antinomy”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 5, N° 1: pp. 3-13.

MENDELSON, Wallace (1975): “The Politics of Judicial Activism”, *Emory Law Journal*, vol.24: pp. 43-66.

MERRILL, Thomas (1997): “Does Public Choice Theory justify Judicial Activism after all?”, *Harvard Journal of Law & Public Policy*. Vol. 21, Issue 1: pp. 220-230.

NOGUEIRA, Humberto. (2010): “Los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales efectivos en el constitucionalismo democrático latinoamericano”, en Nogueira (editor), *Dogmática y aplicación de los derechos sociales* (Santiago, Centro de estudios constitucionales de Chile, Librotecnia, pp. 9-88.

NUÑEZ, Manuel (2012): “Se acata pero no se cumple. Los efectos de la inaplicabilidad en el caso por no pago de bono por desempeño institucional: Gómez

Montoya con Corporación Administrativa del Poder Judicial”, en Fernandois, Delaveau y Baeza (editores), *Sentencias Destacadas 2011* (Santiago, Ediciones Libertad y Desarrollo) pp. 153-171.

PERRY, Michael (1984): “Judicial Activism”, *Harvard Journal of Law and Public Policy*, vol. 7, N°1: pp. 69-75.

POSNER, Richard (2012): “The Rise and Fall of Judicial Self-Restraint”, *California Law Review*, vol. 100: pp. 519-556.

POSNER, Richard (1983): “The Meaning of Judicial Self-Restraint”, *Indiana Law Review*, Vol.59, N°1: pp. 1-24.

PRITCHETT, Herman (1958): “The Supreme Court today: Constitutional Interpretation and judicial Self-Restraint”, *South Dakota Law Review*, vol. 3: pp. 51-79.

RINGHAND, Lori (2007): “Judicial Activism: An Empirical Examination of Voting Behavior on the Rehnquist Natural Court”, *Constitutional Commentary*, vol. 24, N°1: pp. 43-102.

ROACH, Kent (2001): “*The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*” (Toronto, Irwin Law) p. 378.

ROBERTS, Caprice (2007): “In search of Judicial activism: dangers in quantifying the qualitative”, *Tennessee Law Review*, vol. 74: pp. 567-621.

ROOSEVELT III, KERMIT (2006): “*The Myth of Judicial Activism*” (New Haven, Yale University Press) p. 262.

SADURSKI, Wojciech (2008): “*Rights Before Courts. A study of Constitutional Courts in Postcommunist States of Central and Eastern Europe*” (Netherlands, Springer) p. 376.

SCALIA, Antonin (1997) “*A Matter of Interpretation. Federal Courts and the Law*” (Princeton, Princeton University Press) p. 159.

SCHABAS, William (2008): “Prosecutorial Discretion v. Judicial Activism at the International Criminal Court”, *Journal of international criminal justice*, vol.6: pp. 731-761.

SMITHEY, Shannon y ISHIYAMA, John (2002): “Judicial Activism in Post-Communist Politics”, *Law & Society Review*, vol.36, N°4: pp. 719-742.

SOTO, Sebastián (2009): “Fallo Isapres: Una mirada a los Derechos Sociales y al rol de los Jueces”, en FERNANDOIS Arturo y DELAVEAU, Rodrigo (editores) *Sentencias Destacadas 2008* (Libertad y Desarrollo) pp. 171-213.

SUNSTEIN, Cass (2001): “*One case at a time, judicial minimalism on the Supreme Court*” (Cambridge, Harvard University Press) p. 290.

SUNSTEIN, Cass R. (1994): “Political equality and Unintended cConsequences”, *Columbia Law Review*, Vol. 9 XCIV No.4. Disponible en línea en: <http://www.jstor.org/stable/1123288>

SWYGERT, Luther (1982): “In Defense of Judicial Activism”, *Valparaiso Law Review*, vol. 16, N°3: pp. 439-458.

THAYER, James (1893): “*The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*” (Boston, Little brown), p. 30.

TUSHNET, Mark (2003): “Judicial Activism or Restraint in a section 33 world” *University of Toronto Law Review*, vol. 52: pp. 89-100.

VERDUGO, Sergio y GARCÍA, José Francisco (2013): “De los Principios Constitucionales al Activismo judicial. El Voto de Minoría en el Caso ‘Municipalidad de Pucón’”, en FERNANDOIS Y GARCÍA (editores) *Sentencias Destacadas 2012* (Santiago, Ediciones Libertad y Desarrollo) pp. 219-258.

VERMA, Arvind (2001): “Taking Justice outside the Courts: Judicial Activism in India”, *The Howard Journal*, vol. 40, N°2: pp. 148-165.

VOETEN, ERIK (2007): “The Politics of International Judicial Appointments: Evidence from the European Court of Human Rights”, *International Organization*, vol. 61: pp. 669-701.

WOLFE, Christopher (1997): “*Judicial Activism*” (Laham, Maryland, Rowman & Littlefield Publishers) p. 184.

WRIGHT, James (1968): “The Role of the Supreme Court in a Democratic Society- Judicial Activisms or Restraint?”, *Cornell Law Review*, vol.54, N°1: pp.1968-1969.

ZAPATA, Patricio (2008): “*Justicia Constitucional*” (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), p. 623.

ZAPATA, Patricio (1994): “*La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*” (Santiago, Corporación Tiempo 2000) p. 250.

ZAPATA, Patricio (2002): “La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional” (Santiago, Biblioteca Americana Universidad Andrés Bello) p. 200.

ZAPATA, Patricio (2010): “Rayando su propia cancha. Comentarios a la sentencia del Tribunal Constitucional sobre su ley orgánica”, en Nogueira (coordinador) *Temas de Derecho Procesal Constitucional* (Santiago, Librotecnia) pp. 11-25

ZÚÑIGA, Francisco (2010): “Judicatura y Activismo Judicial”, *Revista de Derecho Público*, vol. 73, pp. 59-77.

5.2 Columnas de opinión

GARCÍA, José Francisco (2012): “Fallo Castilla y Activismo Judicial”, en *El Mercurio Legal*: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2012/09/12/Fallo-Castilla-y-activismo-judicial.aspx> [Fecha de consulta: 17 de junio de 2013]

GARCÍA, José Francisco (2013): “Inauguración año judicial 2013”, en *El Mercurio*: <http://www.elmercurio.com/blogs/2013/02/20/9438/Inauguracion-Ano-Judicial-2013.aspx> [Fecha de consulta: 17 de junio de 2013]

GARCÍA, José Francisco (2013): “El nuevo “Bombazo” de la Suprema, en *El Mercurio*, <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2013/06/13/El-nuevo-Bombazo-de-la-Suprema-en-Salud.aspx> [Fecha de consulta: 27 de junio de 2013]

VERGARA, Alejandro (2013): “Activismo Judicial pero con Razonabilidad y Principios”, columna publicada en *El Mercurio*: <http://www.elmercurio.com/blogs/2013/02/23/9512/Activismo-judicial-pero-con-razonabilidad-y-principios.aspx> [Fecha de consulta: 6 de junio de 2013]

VERGARA, Alejandro (2013-A): “El Legislador Crea Reglas y no Principios”, columna publicada en *El Mercurio Legal*: <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2013/02/28/El-legislador-crea-reglas-y-no-principios.aspx> [Fecha de consulta: 6 de junio de 2013]

ZÚÑIGA, Francisco (2011): “Fallo Corte Suprema en contra ISAPRE”, en *El Mercurio Legal*, Disponible en <http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/AnalisisJuridico/2013/01/17/Fallo-Corte-Suprema-en-contra-isapres.aspx> [Fecha de consulta 27 de junio de 2013].

5.3 Informes y otros documentos

BOLETÍN N° 8105-11 (2011): “Modifica el Sistema Privado de Salud, incorporando un Plan Garantizado”, Disponible en http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=8504&prmBL=8105-11 [Fecha de consulta 27 de junio de 2013].

BOLETÍN N° 7539-11 (2011): “Proyecto de Ley que Introduce Criterios de Razonabilidad y Solidaridad en lo que respecta a las Tablas de Factores y a la determinación del Precio Base de los Contratos de Salud”, Disponible en http://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=7930&prmBL=7539-11 [Fecha de consulta 27 de junio de 2013].

CONTRERAS, Pablo; GARCÍA, Gonzalo; JORDÁN, Tomás y VILLANUEVA, Álvaro (2010): “Informe en Derecho presentado ante el Tribunal Constitucional en el Proceso de Inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la ley N° 18.933”, en *Estudios Constitucionales*, año 8, N°2: pp. 633-674.

GARNER, BRYAN Y CAMPBELL BLACK, HENRY (2006): “*Black’s Law Dictionary*” (Eagan, Thomson/West), p. 810.

LIBERTAD Y DESARROLLO (2008): “Caso ISAPRE. Jueces: ¿Reformadores sociales?”, Fallos Públicos N°17, 1 de Agosto de 2008. Disponible en http://www.lyd.org/wp-content/files_mf/fp17casoisapresjuecesreformadoressociales01082008.pdf [Fecha de consulta 27 de junio de 2013].

LIBERTAD Y DESARROLLO (2011): “*Ley Corta de ISAPRE: Una Reforma Necesaria, pero no Definitiva*”, Temas Públicos N° 1.005, 18 de marzo de 2011. Disponible en http://www.lyd.com/wpcontent/files_mf/tp1005leycortadeisapresunareformanecesariaperonodefinitiva18032011.pdf [Fecha de consulta 27 de junio de 2013].

LIBERTAD Y DESARROLLO (2012): “*Los Riesgos de la Nueva Reforma al Sistema de ISAPRE*”, Temas Públicos N° 1.049, 20 de enero de 2012, Disponible en http://www.lyd.com/wp-content/files_mf/tp1049pgsalud.pdf [Fecha de consulta 27 de junio de 2013].

Serie Informe Judicial

Últimas Publicaciones

- N° 12** **Cárceles Concesionadas.
Revitalizando el Modelo**
Eliana Claro E.
Noviembre 2012
- N° 11** **Resultados ENUSC 2005-2011.
Bases para Descentralizar el Combate a la Delincuencia**
Eliana Claro E.
Agosto 2012
- N° 10** **Radiografía al Instituto Nacional
de Derechos Humanos**
José Francisco García G. y Sergio Verdugo R.
Julio 2012