



Ius et Praxis

ISSN: 0717-2877

revista-praxis@utalca.cl

Universidad de Talca

Chile

Aguilar Cavallo, Gonzalo

Principio de solidaridad y derecho privado: comentario a una sentencia del tribunal constitucional

Ius et Praxis, vol. 14, núm. 2, 2008, pp. 1-14

Universidad de Talca

Talca, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=19714216>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y DERECHO PRIVADO: COMENTARIO A UNA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL *

Gonzalo Aguilar Cavallo**

Con fecha 26 de junio del 2008, el Tribunal Constitucional chileno se pronunció en el caso sobre *Requerimiento de implicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago* (en adelante el caso de la Ley de Isapres), respecto del aumento de precio, por razones de edad o sexo, en el plan de salud de la Isapre de la requirente¹. Este caso, que no ha tenido tanta figuración pública como aquel relativo a la píldora del día después, marca también un hito en la historia jurisprudencial de dicho Tribunal, por seis razones fundamentales que a continuación pasamos a comentar:

I Los hechos

La requirente cuestiona el mérito constitucional del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, en la hipótesis que le sea aplicado en la gestión pendiente invocada en autos, por dos de los aspectos que esa disposición regula, a saber:

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

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

* Trabajo recibido el 5 de octubre de 2008; aprobada su publicación el 25 de noviembre de 2008.

** Profesor de Derecho Internacional Público y Derechos Humanos de la Universidad de Talca (Centro de Estudios Constitucionales), Doctor en Derecho, MA en Relaciones Internacionales, LLM en Derechos Humanos y Derecho Humanitario. gaguilar@utalca.cl. El autor quiere agradecer la valiosa colaboración, la comprensión y el apoyo incondicional prestado por Rébecca Steward en la elaboración de este artículo. Evidentemente, cualquier error en el trabajo es de exclusiva responsabilidad del autor.

¹ Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de implicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago*. Rol 976-2008. Sentencia de fecha 26 de junio de 2008.

niendo que lo ocurrido es contrario a lo asegurado en la Constitución, precisamente, en cuanto vulnera el derecho que le asiste a la libre elección del sistema de salud, garantizado en el artículo 19, N° 9, inciso quinto o final de aquella”².

II Orden público objetivo

La sentencia del Tribunal Constitucional, en el caso de la Ley de Isapres, reitera y consagra el principio de que los derechos fundamentales, respetados y garantizados por la Constitución, conforman un orden público objetivo y esto es así, tanto en el orden jurídico interno como en el orden jurídico internacional, porque, en definitiva, el orden público objetivo de los derechos humanos es uno y el mismo para todos los seres humanos. En este sentido, es absurdo pensar que este orden público objetivo puede variar de comunidad estatal en comunidad estatal, ya que eso atentaría en contra de las características generalmente aceptadas por la comunidad internacional en relación con los derechos humanos, a saber, universalidad, indivisibilidad, interrelación e interdependencia.

En este contexto, el principio de solidaridad forma parte integrante de ordenamiento jurídico de los derechos humanos y como tal, es un componente más del orden público objetivo, que cubre con su manto, la totalidad del Derecho, tanto en su ámbito estatal como en su ámbito extraestatal y supraestatal. En el caso de la Ley de Isapres, la solidaridad humana como principio rector del orden de los derechos fundamentales se vio proyectada en el ámbito de los DESC, particularmente, en el caso del derecho a la salud.

En efecto, en la sentencia de la ley de Isapres, el Tribunal Constitucional señaló que “cabe concluir que las normas que regulan el contrato de salud, sean legales o administrativas, deben ser interpretadas y aplicadas en términos de maximizar el disfrute real y pleno de los derechos que son consustanciales a la dignidad humana, entre ellos, el derecho social relativo a la protección de la salud, en los términos asegurados a todas las personas en el artículo 19, N° 9, de la Constitución, precepto que se erige en base constitucional y de orden público que informa, con calidad de ineludible e inafectable, toda convención de esa índole”³. Una afirmación de la misma índole ya había sido efectuada por el Tribunal Constitucional en el denominado caso de la píldora del día después, al señalar que “[e]n esta perspectiva debe también agregarse que, para el constitucionalismo contemporáneo, los derechos fundamentales –que se aseguran a todas las personas– poseen una doble naturaleza que justifica su rol central en las Cartas Fundamentales y en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Por un lado, constituyen facultades que se reconocen a su titular, dando lugar a su dimensión “subjética”, mientras que, por otro, dan unidad y sentido a todo el ordenamiento jurídico, lo que se conoce como su dimensión “objetiva”. De allí que todo conflicto constitucional que, como el de la especie, tienda a constatar la eventual vulneración de derechos fundamentales tiene

² Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago*. Rol 976-2008. Sentencia de fecha 26 de junio de 2008. Considerando 9°.

³ Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago*. Rol 976-2008. Sentencia de fecha 26 de junio de 2008. Considerando 39°, p. 36.

una especial significación que no puede dejar indiferente a ningún operador del derecho”⁴.

Finalmente, el fallo de la Ley de Isapres afirma tres claras consecuencias que se pueden extraer de la jerarquía constitucional y de orden público objetivo que configura el ordenamiento de los derechos fundamentales. En primer lugar, se extrae un principio general de la normativa constitucional y, particularmente, del orden de los derechos fundamentales, en el sentido de que, siendo un sistema orgánico y coherente de valores, principios y normas, se deben excluir todo tipo de interpretaciones que anulen o priven de eficacia a algún valor, principio o derecho fundamental⁵. En segundo lugar, se extrae el principio de que los derechos fundamentales son la base constitucional y de orden público de todo contrato privado, con plena vigencia en el contexto de dicha convención, “razón por la cual ésta no puede incluir cláusulas que desconozcan o aminoren tales derechos”⁶. En tercer lugar, se concluye el principio de que las normas que regulen el contrato, sean legales o administrativas, deben ser interpretadas y aplicadas en términos de maximizar el disfrute real y pleno de los derechos que son consustanciales a la dignidad humana, lo cual, no hace sino traducir el principio de interpretación en derechos humanos denominado de maximización⁷. Finalmente, fija el principio de que todo acto privado o contrato debe suponerse siempre limitado por los valores, principios y disposiciones constitucionales, deducción lógica [*principio allant de soi*] que, si fuera desconocida o ignorada, sería equivalente a quebrantar el valor de la supremacía que singulariza a la Constitución⁸.

III

Tribunal Constitucional, solidaridad y políticas sociales

El fallo sobre la Ley de Isapres marca la pauta para determinar que el Tribunal Constitucional chileno es un órgano jurisdiccional que decide sobre la preservación del Código Político y como tal, defiende la vigencia y aplicación de los valores y principios que sirvieron como fundamento a la comunidad para organizarse jurídica y políticamente. Sus decisiones, por tanto, en los casos respectivos, deben indicarle al Estado y a sus agentes cuando, por sus acciones u omisiones, se está apartando del compromiso político que representa la Carta Fundamental. Hacer esto forma parte de la responsabilidad

⁴ Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, aprobadas por el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud*. Rol 740-2008. Sentencia de fecha 18 de abril de 2008. Considerando 47°.

⁵ Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago*. Rol 976-2008. Sentencia de fecha 26 de junio de 2008. Considerando 34°, p. 34.

⁶ Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago*. Rol 976-2008. Sentencia de fecha 26 de junio de 2008. Considerando 43°, p. 38.

⁷ Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago*. Rol 976-2008. Sentencia de fecha 26 de junio de 2008. Considerando 39°, p. 36.

⁸ Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago*. Rol 976-2008. Sentencia de fecha 26 de junio de 2008. Considerando 57°, p. 43.

del Tribunal Constitucional y ello puede implicar o repercutir indirectamente en las decisiones políticas, económicas, sociales, ambientales, etc. del Estado, sus órganos o agentes, ya que les señala la senda a legisladores y actores gubernamentales en el proceso de toma de decisiones de políticas públicas.

En este sentido, el principio de solidaridad, traducido –en la sentencia de la Ley de Isapres– en altos componentes de igualdad social, se perfila como uno de los valores y principios constitucionales. Así, desde un punto de vista constitucional, una de las dimensiones de la solidaridad, se encuentra fuertemente presente en el respeto, protección y garantía de los derechos humanos, adquiriendo por esta vía, un valor y naturaleza netamente jurídica. Desde nuestra perspectiva, solidaridad en el diseño, implementación, ejecución y control de las políticas públicas no se traduce en asistencialidad, ya que esto último presupone mantener un estatus de desigualdad, alguien que tiene y alguien que no tiene, y hacer permanecer esta situación en el tiempo. En cambio, desde el punto de vista de los derechos humanos, en virtud de su efecto corrector de las desigualdades que se presentan como dato de la realidad, la solidaridad tiende a igualar, a reconocer y garantizar derechos a las personas, los cuales apuntan a lograr una equiparación. Por tanto, la solidaridad tiende –por la vía de los derechos– a alcanzar la realización de la justicia social. Este intento, mediante el reconocimiento y garantía de los derechos de los individuos, particularmente, de sus derechos económicos, sociales y culturales (en adelante, los DESC), de lograr un bienestar general y generalizado, según un estándar mínimo para todos –individuos y grupos–, protegiendo a los más vulnerables o desprotegidos, se fundamenta en el bien común como fin esencial del Estado. El bien común es un principio fundamental del orden jurídico y es un requisito esencial para la realización plena de todos los individuos, tanto en su existencia en una comunidad estatal como extraestatal.

En consecuencia, desde la óptica de los derechos, el Tribunal Constitucional chileno ha señalado claramente, despejando algunas concepciones doctrinarias aun subsistentes, que los derechos sociales –como todos los derechos económicos, sociales y culturales– son efectivamente derechos, tal y como los derechos civiles y políticos. Ahora bien, el Tribunal Constitucional chileno, en este sentido no está diciendo nada nuevo, simplemente se está poniendo al día en la doctrina sostenida desde hace más de una década por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, el CDESC)⁹.

En efecto, el Tribunal Constitucional nos señala que “la naturaleza jurídica de los derechos sociales en el Estado de Derecho Contemporáneo se halla abundante y certeramente configurada”¹⁰. Así, en la sentencia sobre la Ley de Isapres, correctamente a nuestro entender, indica que “la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declamaciones o meras expectativas, cuya materiali-

⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (par. 1 del art. 2 del Pacto): Observación General N° 3, 14/12/90. (Quinto período de sesiones, 1990); Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: *La aplicación interna del Pacto*: Observación General N° 9, 03/12/98, doc. N.U. E/C.12/1998/24.

¹⁰ Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago*. Rol 976-2008. Sentencia de fecha 26 de junio de 2008. Considerando 28°, p. 30.

zación efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica”¹¹.

En el denominado caso de la Ley de Isapres, el Tribunal Constitucional incluso insistió en el carácter jurídico y obligatorio de los derechos sociales, como una manera de borrar definitivamente la idea peligrosa de que los derechos sociales son aspiraciones, lo cual conduciría derechamente al sinsentido de desarticular y desvanecer la Constitución. Así, desde el punto de vista de las obligaciones derivadas de los derechos sociales, el Tribunal Constitucional actúa en total sintonía con los criterios y estándares provenientes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aun cuando, una vez más, le faltó decirlo expresamente, ya que ello le hubiera colaborado en su fundamentación. En este sentido, el Tribunal Constitucional descarta la argumentación de que los derechos sociales se cumplen en lo posible y que su cumplimiento está sujeto a las posibilidades económicas del Estado de darles satisfacción. En efecto, el Tribunal señaló que “resulta ineludible desvanecer la tesis contraria a que los derechos sociales sean realmente tales, aseverando que poner en duda su “practicabilidad” de realización, es una idea confusa, porque esa “reserva de lo posible” lleva a sostener que la Constitución ha de ser “desactivada”, a causa de la imposibilidad económica del Estado de darles satisfacción, convirtiendo así en virtuales las cláusulas fundamentales que aseguran su materialización”¹².

En efecto, en este sentido, el Tribunal Constitucional incorpora los derechos sociales en toda su plenitud a los valores, principios y normas de la Constitución, y les asigna toda la fuerza suprema que estos valores, principios y espíritu constitucional poseen. De esta manera, los derechos sociales son obligatorios tanto para gobernantes, como para gobernados, individuos o grupos. Esta fuerza suprema opera, por supuesto, en todos los ámbitos, incluso entre los particulares en sus convenciones privadas, las cuales se encuentran limitadas, condicionadas y determinadas por los deberes constitucionales para con los individuos y grupos, miembros todos de la comunidad estatal. Así, el Tribunal Constitucional señaló que “siendo la Carta Fundamental un sistema orgánico y coherente de valores, principios y normas, todos los cuales guardan entre sí correspondencia y armonía, excluyendo cualquiera interpretación que anule o prive de eficacia a algún precepto de ella, cabe insistir en que no sólo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares, aunque sea subsidiariamente, puesto que el Código Supremo asegura la intangibilidad de tales atributos en toda circunstancia, cualesquiera sean los sujetos que se hallen en la necesidad de infundir vigencia efectiva a lo proclamado en sus preceptos”¹³. En este último párrafo, el Tribunal Constitucional está, además, aplicando un principio básico de interpretación en derechos humanos como es

¹¹ Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago*. Rol 976-2008. Sentencia de fecha 26 de junio de 2008. Considerando 26°, p. 29.

¹² Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago*. Rol 976-2008. Sentencia de fecha 26 de junio de 2008. Considerando 27°, p. 30.

¹³ Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago*. Rol 976-2008. Sentencia de fecha 26 de junio de 2008. Considerando 34°, p. 34.

el principio del *effet utile*, cuando señala que hay que excluir cualquiera interpretación que anule o prive de eficacia a algún precepto de la Constitución.

En otras palabras, los derechos fundamentales tienen como contrapartida deberes que, en materia de derechos sociales, se manifiestan en el valor y principio de la solidaridad, en el sentido del deber de contribuir al bienestar general de los miembros de la sociedad¹⁴. Así, el Tribunal Constitucional afirmó que “el derecho a la protección de la salud es de índole social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción de tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea”¹⁵.

En la sentencia sobre la Ley de Isapres, el Tribunal Constitucional corona, en forma definitiva, su reconocimiento del valor y principio de la solidaridad, reconociéndolo explícitamente. En efecto, los jueces constitucionales afirmaron que “sin duda, las instituciones aludidas [particulares e instituciones privadas] tienen también asegurados sus derechos en la Carta Política, pero con idéntica certeza, ha de afirmarse que ellos se encuentran sometidos a los deberes correlativos, de los cuales resulta menester realzar aquí su contribución al bien común, haciendo cuanto esté a su alcance, dentro del ordenamiento jurídico, por materializar el goce del derecho a la protección de la salud. Consiguientemente, el desarrollo de sus actividades empresariales y el ejercicio del dominio sobre sus bienes, encuentran límites y obligaciones legítimas, impuestos por la ley en cumplimiento de lo previsto en la Carta Política a propósito de las exigencias derivadas de la función social de la propiedad. Precisamente, entre tales delimitaciones aparece, al tenor del artículo 19, N° 24, inciso segundo, de la Constitución, cuanto exija la salubridad pública, es decir, lo que sea bueno para la salud de sus habitantes”¹⁶. En otras palabras, el derecho humano a la protección de la salud o –desde la perspectiva del Derecho Internacional de los derechos humanos- el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, impone límites y obligaciones tanto a los órganos públicos como a los particulares, en razón del valor y principio constitucional de la solidaridad.

Este valor y principio de la solidaridad, por la vía de los derechos sociales, determina, limita y condiciona las actuaciones de los particulares, entre sí y en sus convenciones privadas. Dicho de otro modo, la solidaridad, como valor y principio de orden objetivo con base constitucional, traducido –en este caso- en los derechos sociales, limita y subordina, incluso, la autonomía privada.

¹⁴ “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. Artículo 1° inciso 3° de la Constitución Política de la República; “Los chilenos tienen el deber fundamental de [...] contribuir a preservar [...] los valores esenciales de la tradición chilena”. Artículo 22 de la Constitución Política de la República.

¹⁵ Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago*. Rol 976-2008. Sentencia de fecha 26 de junio de 2008. Considerando 29°, p. 31.

¹⁶ Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago*. Rol 976-2008. Sentencia de fecha 26 de junio de 2008. Considerando 37°, p. 35.

En consecuencia, a través del Derecho, particularmente desde la óptica de los derechos fundamentales, se pueden resolver problemas sociales, indicando y orientando, al mismo tiempo, el diseño y ejecución de las políticas públicas, especialmente, de las políticas sociales implementadas por el Estado.

IV

Espíritu, valores y principios de la Constitución como parámetro de Constitucionalidad

El Tribunal Constitucional, en el fallo de la Ley de Isapres, reitera el principio de que la Constitución no es sólo la letra de la misma, mucho más que eso, son sus valores, principios y espíritu, eso es lo que constituye verdaderamente el parámetro pleno de Constitucionalidad, y por esta vía, los derechos fundamentales o humanos se configuran en un parámetro objetivo de constitucionalidad, cualquiera sea la fuente que los contiene.

En el caso de Ley de Isapres, el Tribunal Constitucional reconoce expresamente que los valores, principios y espíritu de la Constitución gozan de supremacía constitucional, lo cual determina, al menos, dos consecuencias. En primer lugar, el espíritu, los valores y los principios que porta la Constitución forman parte del parámetro de control de constitucionalidad, lo cual significa, evidentemente, mucho más, que la simple sujeción a la letra de la Constitución. Y, en segundo lugar, la consideración del valor de la dignidad humana y de los derechos fundamentales como el *sustratum* y la articulación del sistema constitucional chileno, indudablemente que ello implica reconocerle, al menos, supremacía constitucional a los derechos humanos.

Además, en dicha sentencia, el Tribunal Constitucional ha afirmado que todos los órganos del Estado, grupos e individuos se encuentran lógicamente sujetos a la supremacía de los valores, principios y espíritu de la Constitución. En efecto, el referido Tribunal señaló que “con sujeción al artículo 6º, inciso segundo, de la Constitución, todos los valores, principios y normas articulados en ella gozan de la supremacía que caracteriza a tal ordenamiento jurídico-político, rasgo del cual se sigue que ningún órgano estatal, persona, institución o grupo puede válidamente invocar otras disposiciones de ese texto, ni acudir a su contexto o espíritu para prescindir de tan importante obligación, reputarse eximido de acatarla o dejar de asumir los deberes inherentes a dicha supremacía”¹⁷.

V

Principio de supremacía de los derechos humanos

El fallo de la Ley de Isapres confirma el principio, que nosotros sostenemos, de la supremacía avasalladora de los derechos fundamentales. La supremacía de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico chileno con rango constitucional, no es algo novedoso, ya que ha sido afirmado tanto por el propio Tribunal Constitucional como por la Corte Suprema. Sin embargo, la supremacía hacia la cual debiera tender la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con base en el artículo 5º de la Constitución, pero además, con base en sus valores, principios y espíritu, es a colocar los derechos

¹⁷ Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago*. Rol 976-2008. Sentencia de fecha 26 de junio de 2008. Considerando 25º.

fundamentales en la cúspide del edificio jurídico. ¿Cuál es el razonamiento utilizado por el Tribunal Constitucional en el caso de la Ley de Isapres?

Primero, el Tribunal Constitucional señala que la Constitución en su artículo 1° proclama que “las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. El principio de la dignidad humana es un principio matriz del sistema institucional vigente y que la dignidad es la fuente de los derechos fundamentales.

Segundo, este Tribunal afirma que a partir de la dignidad humana se derivan un cúmulo de atributos que se traducen en los derechos fundamentales y menciona, “por su vínculo directo con la causa a ser decidida, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la protección de la salud cuyo ejercicio legítimo la Constitución exige respetar siempre incluyendo la esencia inafectable de lo garantizado en ellos”¹⁸.

Tercero, el órgano jurisdiccional constitucional reitera que en torno a la dignidad humana se articula el sistema constitucional chileno. Además, agrega, que los derechos fundamentales preexisten a la Constitución y todos, órganos públicos y privados, están obligados a respetarlos, protegerlos y promoverlos. La preexistencia de los derechos fundamentales a la Constitución ha sido reconocida y afirmada por los jueces constitucionales chilenos. En efecto, en la sentencia sobre la Ley de Isapres, el Tribunal expresamente señaló que los derechos fundamentales preexistían a la Constitución, cuando afirmó que “en torno de la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, se articula el sistema constitucional chileno, siendo menester poner de relieve que si la Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido que preexisten a ella”¹⁹. Junto con esto, el Tribunal Constitucional chileno ha reconocido esta misma perspectiva ampliamente, en el denominado caso de la píldora del día después²⁰.

Finalmente, los jueces constitucionales concluyen que todos los valores, principios y normas articulados en la Constitución, por tanto, el principio de dignidad y los derechos fundamentales que de ella emanan, gozan de la supremacía que caracteriza a tal ordenamiento jurídico-político.

VI

¹⁸ Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago*. Rol 976-2008. Sentencia de fecha 26 de junio de 2008. Considerando 23°.

¹⁹ Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago*. Rol 976-2008. Sentencia de fecha 26 de junio de 2008. Considerando 24°.

²⁰ “[e]l mandato imperativo de “asegurar” tales derechos, que se contiene en el enunciado del artículo 19 de la Constitución, importa: a) que sólo puede asegurarse lo que existe previamente; b) que la condición de seguridad que el Constituyente desea brindar a los derechos que reconoce importa hacer cesar cualquier transgresión o vulneración que, más allá de los propios límites previstos por la Carta, puedan experimentar tales derechos, como también impedir la amenaza o peligro inminente que pueda afectarlos; y c) que deben diseñarse e implementarse todos los mecanismos necesarios para brindar efectiva protección tanto a la titularidad de tales derechos cuanto a su ejercicio”. Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de algunas disposiciones de las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad”, aprobadas por el Decreto Supremo N° 48, de 2007, del Ministerio de Salud*. Rol 740-2008. Sentencia de fecha 18 de abril de 2008. Considerando 47°.

Eficacia horizontal de los derechos humanos y relaciones jurídico-privadas

La jurisdicción constitucional chilena ha reiterado, en el caso de la Ley de Isapres, el principio orientador de los derechos fundamentales denominado de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. En efecto, este órgano jurisdiccional comienza diciendo que “[...] cabe insistir en que no sólo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares, aunque sea subsidiariamente, puesto que el Código Supremo asegura la intangibilidad de tales atributos en toda circunstancia, cualesquiera sean los sujetos que se hallen en la necesidad de infundir vigencia efectiva a lo proclamado en sus preceptos”²¹. En el fondo, esta no es sino una reiteración del principio elemental en el constitucionalismo contemporáneo relativo al estado de derecho, en el sentido del primado del Derecho al interior de las comunidades, ya sea estatales o extraestatales: todos están sometidos al imperio del Derecho, gobernantes y gobernados. Esta supremacía del Derecho, es singularmente fuerte cuando estamos frente a casos de vulneración de los derechos fundamentales, ya se trate de actos de órganos del Estado o de particulares. En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en el caso de la Ley de Isapres, diciendo que “el deber de los particulares de respetar y promover los derechos inherentes a la dignidad de la persona persiste, inalterado, en las relaciones convencionales entre privados, cualquiera sea su naturaleza. Sostener lo contrario implicaría admitir la posibilidad de que, invocando la autonomía de la voluntad, tales derechos y, a su vez, la dignidad de la persona, pudieran ser menoscabados o lesionados en su esencia, interpretación que, a la luz de lo ya explicado, se torna constitucionalmente insostenible”²². Afortunadamente, en este orden de ideas, el Tribunal Constitucional parece seguir las enseñanzas provenientes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En efecto, esta Corte, *inter alia*, en su Opinión Consultiva sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, señaló que “[e]n una relación laboral regida por el derecho privado, se debe tener en cuenta que existe una obligación de respeto de los derechos humanos entre particulares. Esto es, de la obligación positiva de asegurar la efectividad de los derechos humanos protegidos, que existe en cabeza de los Estados, se derivan efectos en relación con terceros (*erga omnes*). Dicha obligación ha sido desarrollada por la doctrina jurídica y, particularmente, por la teoría del *Dritt-wirkung*, según la cual los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares”²³. En este sentido, es correcto que el Tribunal Constitucional asuma directamente una teoría ampliamente desarrollada tanto por la doctrina del Derecho Constitucional como por aquella del Derecho Internacional, pero es una lástima que el Tribunal Constitucional no lo haga siguiendo expresamente las enseñanzas provenientes del sistema interamericano, sobre todo, tomando en cuenta el principio de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el intérprete supremo en materia de derechos fundamentales.

²¹ Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago*. Rol 976-2008. Sentencia de fecha 26 de junio de 2008. Considerando 34°.

²² Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago*. Rol 976-2008. Sentencia de fecha 26 de junio de 2008. Considerando 40°.

²³ Corte I.D.H.: *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, par. 140, p. 126.

Todo el ordenamiento está subordinado al espíritu y a los principios contenidos en la Constitución, incluso el derecho privado y la contratación privada. Exactamente en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional chileno, cuando ha señalado que “lo explicado en el considerando precedente resulta coherente con la fuerza normativa que singulariza la Carta Fundamental, característica conforme a la cual ésta se irradia al ordenamiento jurídico entero, al punto que ninguna de sus disposiciones puede quedar al margen de o en pugna con la supremacía que es propia de ella”²⁴. Esto último se traduce en que incluso en las relaciones entre particulares se deben respetar plenamente los derechos fundamentales de los individuos o grupos. En este sentido, el enfoque de los derechos fundamentales debe ser un enfoque amplio, garante y protector de los derechos de los individuos –individual y colectivamente considerados– tal como lo señala la Constitución chilena en su artículo 5° inciso 2°, incluyendo en la protección proporcionada, la normativa proveniente del Derecho Internacional de los derechos humanos.

Esto debería tener proyecciones relevantes, por ejemplo, en materia de derechos del consumidor. En efecto, la eficacia de los derechos fundamentales alcanza todas las relaciones del orden jurídico ya que configura las bases de un orden público objetivo, al cual se someten todas las normas jurídicas y las conductas de todos los sujetos de derecho. Consecuentemente, las relaciones de consumo quedan, evidentemente, sometidas a este orden público que constituyen los derechos fundamentales y, por supuesto, a la Constitución chilena, por mandato del artículo 6° inciso 2° de la misma.

De hecho, el principio mismo de protección de los derechos de los consumidores debería tener un reconocimiento o consagración constitucional. La protección de los derechos de los consumidores, asegurándoles sobre todo un trato igualitario y digno, es una de las principales reglas para que el mercado funcione y, por sobre todo, porque la protección del consumidor, la parte débil en la relación de consumo, que se proyecta a un principio más general, de protección de los grupos vulnerables, representa una exigencia constitucional que se expresa en que el fin del Estado no es el funcionamiento del mercado ni lograr una economía de mercado, sino en que el fin del Estado es promover y alcanzar el bien común, es decir, el aumento o incremento acelerado del bienestar y calidad de vida de la población, a través de la protección de la supremacía de sus derechos fundamentales²⁵. En efecto, el constitucionalismo contemporáneo se identifica con un movimiento “defensor de la limitación del poder del Estado mediante la incorporación de los derechos humanos a una norma jurídica superior”²⁶. Gros Espiell identifica los derechos humanos con un bien común y señala además, que “el hombre no podría ser una persona humana sin ser titular de estos derechos y que al mismo tiempo la humani-

²⁴ Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago*. Rol 976-2008. Sentencia de fecha 26 de junio de 2008. Considerando 35°.

²⁵ De acuerdo con Valenzuela Somarriva, “la finalidad suprema y última de la norma constitucional es la protección y la garantía de la libertad y dignidad del hombre. Por consecuencia, la interpretación de la Ley Fundamental debe orientarse siempre a aquella meta suprema”. Valenzuela Somarriva, Eugenio: *Criterios de Hermenéutica Constitucional Aplicados por el Tribunal Constitucional*, Cuadernos del Tribunal Constitucional N° 31, Santiago, 2006, p. 28.

²⁶ Escobar, Guillermo: *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Trama, Madrid, 2005, p. 11.

dad no podría concebirse –y no sería una verdadera humanidad- si ella no estuviera compuesta de seres libres, detentores reales de sus derechos”²⁷.

VII

Litigio en materia de DESC

El derecho a un recurso sencillo, rápido y eficaz se encuentra reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la CADH), en su artículo 25, cuando señala que “[t]oda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. Como se sabe, esta Convención forma parte del derecho interno chileno de conformidad con la propia Constitución, por tanto, vincula a todos los órganos y agentes del Estado, como a todo individuo, institución o grupo²⁸. Su infracción genera, en consecuencia, responsabilidad del Estado, tanto interna como internacional. Si bien, es generalmente reconocido el derecho a un recurso efectivo con el fin de procurar una tutela judicial efectiva en el caso de los derechos civiles y políticos, en cambio, en el ámbito de los derechos económicos sociales y culturales, se plantea algo más de debate. Así, por ejemplo, en el caso chileno, la Constitución reconoce el derecho al recurso de protección a casos de derechos económicos, sociales y culturales muy puntuales, que la misma Constitución ampara y reconoce como preexistentes²⁹.

La carencia de un recurso efectivo para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales –como el recurso de protección- implica una vulneración del derecho consagrado en el artículo 25 de la CADH y, en definitiva, del derecho más amplio de acceso a la justicia.

Además, la falta de un recurso efectivo para procurar la protección de los derechos económicos, sociales y culturales –entiéndase el recurso de protección- ha generado que se desarrolle una estrategia moderna de litigación en materia de derechos económicos, sociales y culturales, y el requerimiento de inaplicabilidad sobre la Ley de Isapres, que estamos comentando, es un ejemplo de esas posibilidades de litigio en materia de dichos derechos. Estas nuevas posibilidades de litigio se enfocan, *inter alia*, aprovechando las características propias de los derechos humanos, a saber, universalidad, indivisibilidad, interrelación e interdependencia³⁰. Efectivamente, la falta de un recurso efectivo para

²⁷ Gros Espiell, Héctor: «Droits de l’homme, droits de l’humanité», en René Jean Dupuy, *Une œuvre au service de l’humanité*, Unesco, Paris, 1999, pp. 15-32, especialmente, p. 19.

²⁸ “Artículo 6º.- Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”. Constitución Política de la República; La Convención Americana de Derechos Humanos fue ratificada por Chile el 8 de octubre de 1990.

²⁹ “Nº 9º inciso final: “Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”; Nº 16º En lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y al derecho de negociación colectiva; Nº 19º Derecho de sindicarse y la libertad sindical”.

³⁰ “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa

procurar la tutela judicial de los derechos económicos, sociales y culturales –como el recurso de protección o el de amparo- implica que el requerimiento de inaplicabilidad se convierta en una alternativa cierta para promover y solicitar la protección judicial de dichos derechos. El requerimiento de inaplicabilidad es un instrumento cierto de defensa de los derechos económicos, sociales y culturales, ya que, en este caso, el requerimiento no está restringido a un grupo determinado de derechos fundamentales violados, tal como sí ocurre en el caso del recurso de protección. Todo ello, sin perjuicio de que en caso de agotar los recursos internos, eficaces y conducentes, la víctima, individual o colectiva, tiene siempre disponible el acceso a la jurisdicción interamericana, debiendo en estos casos, escoger la mejor estrategia o fundamentación para procurar la protección de sus derechos económicos, sociales o culturales.

Con todo, al margen del requerimiento de inaplicabilidad como herramienta posible de defensa de los derechos económicos, sociales y culturales, se erige asimismo, como una vía posible que debe necesariamente ser más explotada, el propio recurso de protección. ¿De qué manera? En muchos sentidos el recurso de protección es el instrumento procesal que ha sido diseñado en Chile para la protección judicial de los derechos humanos, y así, parece resultar más idóneo que el requerimiento de inaplicabilidad contemplado en el artículo 93 N°6 de la Constitución chilena. El problema es que este recurso se encuentra restringido en su procedencia a ciertos derechos determinados por la propia Constitución. ¿Una pregunta que surge, pero que no pretendemos contestar en este acto, es por qué reconocer derechos fundamentales de cuya vulneración no se puede solicitar protección al juez? ¿Qué sentido tiene? ¿Qué sentido tiene hoy -los albores del siglo XXI- donde el foco de atención, en el desarrollo y protección de los derechos humanos, se encuentra puesto en los derechos económicos, sociales y culturales?

En consecuencia, si bien el recurso de protección se encuentra restringido en su procedencia, una estrategia posible de litigación es explotar las características de los derechos fundamentales, a saber, universalidad, indivisibilidad, interrelación e interdependencia. Por tanto, sería posible fundar la protección de los derechos económicos, sociales y culturales que no se encuentran cubiertos directamente por el recurso de protección esgrimiendo la vulneración de otros derechos fundamentales, que sí se encuentran amparados por el recurso de protección, esgrimiendo y demostrando la indivisibilidad, interdependencia e interrelación entre los derechos. En definitiva, el principio elemental que se encuentra a la base es que si los individuos no ven respetado y satisfecho un derecho humano, no pueden ver satisfechos íntegramente los demás. Esta suerte de protección indirecta de los derechos humanos es lo que el profesor Sudre denomina *protection par ricochet*³¹. El Tribunal Constitucional ha reconocido expresamente esta indivisibilidad, interrelación e interdependencia entre los distintos derechos humanos cuando ha señalado que “de la dignidad que singulariza a toda persona humana se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y que conserva durante toda su vida [...]. De esos atributos se nombran aquí, por su vínculo directo con la causa a ser decidida, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica y a la protección de la salud cuyo ejercicio legítimo la

y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. Debe tenerse en cuenta la importancia de las particularidades nacionales y regionales, así como de los diversos patrimonios históricos, culturales y religiosos, pero los Estados tienen el deber, sean cuales fueren sus sistemas políticos, económicos y culturales, de promover y proteger todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”. Declaración y Programa de Acción de Viena. Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Doc. N.U. A/CONF.157/23, 12 de julio de 1993, par. 5.

³¹ Sudre, Frédéric: *Droit international et européen des droits de l'homme*. PUF, Paris, 5^e édition, 2001, pp. 182-189.

Constitución exige respetar siempre incluyendo la esencia inafectable de lo garantizado en ellos”³².

Un ejemplo patente de esta posibilidad de protección *par ricochet* se ha visto reconocido expresamente por la Corte Suprema en dos casos vinculados con los derechos económicos, sociales y culturales, particularmente, con el derecho a alcanzar el nivel más alto posible de salud. En efecto, en el recurso de protección *Celis con Colmena Golden Cross*, sobre la negativa de la Isapre a cubrir un tratamiento relativo a la implantación de un marcapasos desfibrilador, necesario para mantener la salud de la interesada. En este caso, la Corte Suprema acogió el recurso, fundando para ello en que “la decisión de la Isapre recurrida de no dar cobertura al implante de un marcapasos desfibrilador, pese a que admite la de un marcapasos según se dijo en el motivo tercero, importa una serie de medidas fácticas arbitrarias destinadas a no pagar el tratamiento de la recurrente portadora de una arritmia compleja originada en un corazón con daño severo ventricular, según se informa a fojas 3 por su médico tratante. Con tales medidas, según aparece de los antecedentes, se ha puesto en riesgo su vida por la eventualidad cierta de un desenlace fatal o de un deterioro orgánico importante por falla en su sistema cardiovascular, luego de desestimar como marcapasos el dispositivo “marcapasos desfibrilador”, cuya homologación ha aceptado la Superintendencia de Salud en su Resolución Exenta 474 de 30 de julio de 2006, que reclamada ante esta Corte, se confirmó por sentencia ejecutoriada de 4 de diciembre de 2006, rol N°5798-06, acompañada a fojas 7”³³. En este caso, el interesado vinculó –en virtud del principio de indivisibilidad- la violación del derecho a alcanzar el nivel más alto posible de salud con el derecho a la vida, lo cual fue admitido por la Corte Suprema cuando señaló en su sentencia que “con tales medidas, según aparece de los antecedentes, se ha puesto en riesgo su vida por la eventualidad cierta de un desenlace fatal o de un deterioro orgánico importante por falla en su sistema cardiovascular”.

Además, en el recurso de protección *González Campano con Isapre Consalud*, la Corte Suprema de Chile acogió la acción fundándose en que “de la garantía a la vida que asiste a la actora, reconocida en la Constitución Política de la República, deriva el derecho de que es titular de acceder al tratamiento médico necesario para prolongar su vida de acuerdo a las condiciones pactadas en su contrato de salud, entre las que se incluyen las referidas a la Cobertura Adicional para Enfermedades Catastróficas”³⁴. En este caso, el interesado utilizó la estrategia de vincular –como es lógico y coherente- el derecho a la vida (amparado por el recurso de protección) y el derecho a acceder al tratamiento médico necesario, que no es sino un aspecto del derecho a alcanzar el nivel más alto posible de salud.

En consecuencia, el caso de la Ley de Isapres, marca la pauta para perseguir la justicia-bilidad futura en materia de derechos económicos, sociales y culturales y ofrece una alternativa para el litigio en el ámbito de estos derechos.

³² Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago*. Rol 976-2008. Sentencia de fecha 26 de junio de 2008. Considerando 23°, p. 28.

³³ Corte de Apelaciones de Santiago: *Caso Celis, María Eugenia con Isapre Colmena Golden Cross*. Recurso de Protección. Sentencia confirmatoria Corte Suprema, Rol N° 5891-2007, de fecha 5 de diciembre de 2007. Considerando 5°.

³⁴ Corte Suprema de Chile: *Caso González Campano con Isapre Consalud*. Recurso de protección. Rol 1703-2008. Sentencia de fecha 29 de julio de 2008. Considerando 4°.

VIII

Valoraciones finales

1. La sentencia del Tribunal Constitucional relativa a la Ley de Isapres ha reiterado y confirmado, como no podía ser de otro modo, la existencia de un orden público objetivo configurado por los derechos fundamentales. Estos derechos fundamentales preexisten al orden jurídico, tanto estatal como extraestatal, por lo que la globalidad del sistema, está ordenado en base a estos derechos humanos.
2. La sentencia de la Ley de Isapres acoge expresamente el principio de solidaridad, esta vez, manifestado a través de la protección y garantía de los derechos sociales, concretamente del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Esta actuación jurisdiccional marca la pauta y orienta a los generadores de políticas legislativas y de políticas públicas –especialmente en lo social- para que, en su proceso de toma de decisiones, se aborde una óptica de protección de los derechos humanos.
3. Una vez más, la sentencia del Tribunal Constitucional resalta, en base a un principio de coherencia (*allant de soi*), el espíritu, los valores y principios de la Constitución, además de su letra, como elementos componentes del parámetro de constitucionalidad. Esto último, no hace sino destacar la importancia de los valores y principios como factores determinantes –a los cuales se deben someter- de las conductas y de las decisiones, tanto de gobernantes como de gobernados.
4. El Tribunal Constitucional reitera el principio de supremacía de los derechos fundamentales, en una evolución que tiende a situar estos derechos en la cúspide del edificio jurídico.
5. Uno de los elementos más destacables de la sentencia mencionada es la tranquilizante señal enviada a los individuos en el sentido de que ellos no están solos en la sociedad. En efecto, el Tribunal Constitucional les ha asegurado a los individuos que la Constitución establece un orden que importa ante todo, proteger sus derechos, limitando las actuaciones desproporcionadas del más fuerte e imponiéndole a los órganos del Estado el deber de velar porque la justicia sea hecha, en términos de respeto y garantía de los derechos fundamentales.
6. Finalmente, la sentencia del Tribunal Constitucional marca la pauta en términos de alternativas de litigio en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Las estrategias de defensa de estos derechos deberían ser planteadas en términos prácticos, debido a las actuales limitaciones al derecho de acceso a la justicia respecto de estos derechos. Así, recurrir al requerimiento de inaplicabilidad, en los casos que corresponda, ante el Tribunal Constitucional, y utilizar la vía de la *protection par ricochet*, a través del recurso de protección, pueden ser caminos posibles para alcanzar la justicia en el ámbito de los derechos económicos, sociales y culturales.