



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**FACULTAD DE CIENCIAS FÍSICAS Y MATEMÁTICAS**  
**DEPARTAMENTO DE INGENIERÍA INDUSTRIAL**

**INCIDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO EN POLÍTICAS  
PÚBLICAS: APROXIMACIÓN DESDE LOS CASOS DE LA PÍLDORA DEL DÍA  
DESPUÉS Y DE LA TABLA DE FACTORES DE RIESGOS DE LAS ISAPRES**

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE  
MAGISTER EN GESTIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS**

**ALEXÁNDER CRUZ MARTÍNEZ**

**SANTIAGO DE CHILE**

**2011**



**UNIVERSIDAD DE CHILE**  
**FACULTAD DE CIENCIAS FÍSICAS Y MATEMÁTICAS**  
**DEPARTAMENTO DE INGENIERÍA INDUSTRIAL**

**INCIDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CHILENO EN POLÍTICAS  
PÚBLICAS: APROXIMACIÓN DESDE LOS CASOS DE LA PÍLDORA DEL DÍA  
DESPUÉS Y DE LA TABLA DE FACTORES DE RIESGOS DE LAS ISAPRES**

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE  
MAGISTER EN GESTIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS**

**ALEXÁNDER CRUZ MARTÍNEZ**

**PROFESOR GUIA:  
JUAN ENRIQUE VARGAS VIANCOS**

**MIEMBROS DE LA COMISIÓN:  
JOSÉ CONCHA GÓNGORA  
JAVIER ANDRÉS COUSO SALAS**

**SANTIAGO DE CHILE**  
**2011**

**RESUMEN DE LA TESIS**  
**PARA OPTAR AL GRADO DE MAGISTER EN**  
**GESTIÓN Y POLÍTICAS PÚBLICAS**  
**POR: ALEXÁNDER CRUZ MARTÍNEZ**  
**FECHA DE EXAMEN:**  
**PROF. GUÍA: JUAN ENRIQUE VARGAS V.**

En el 2005 se da una de las reformas más importantes en materia de integración y atribuciones del Tribunal Constitucional chileno, lo que supuso para muchos, un cambio en las relaciones con el Ejecutivo y el Legislativo y un comportamiento más activista en temas de políticas públicas y derechos sociales. Esto conllevó a plantear como pregunta de investigación del presente trabajo académico ¿cuáles son los efectos de su nueva forma de comportarse frente a las políticas públicas y cuáles son sus límites? para lo cual se seleccionaron los casos de la píldora del día después y de la tabla de factores de riesgos de las Isapres.

Estos casos fueron resueltos recientemente y causaron una gran polémica por la forma como se dio la decisión y sus efectos, circunscritos especialmente a las políticas de la salud, aunque en ellos existió colisión con otros de derechos reconocidos en la Carta. En concreto, el estudio pretendió ir más allá de lo puramente jurídico, indagando también en los impactos de tipo constitucional, político y económico.

De esta manera, se presenta cada relato de caso por separado, siguiendo la secuencia temporal de los hechos junto con la posición de los actores, sus intereses y la capacidad para defender y transar en torno a éstos; sin reducir el análisis a exclusivamente a la sentencia, puesto que también se hace referencia a todo el proceso histórico, con énfasis en el *statu quo*, el escenario internacional y los aprendizajes en el campo específico de las políticas públicas. Posteriormente se indaga respecto a las principales teorías políticas, constitucionales y económicas que han estudiado el fenómeno y que sirven para explicar el comportamiento del TC, incluso el de los demás actores y se diserta frente a si es posible que en estos momentos él pueda catalogarse como un actor con poder relevante, si ese poder es de veto, o en caso contrario, cuál es la naturaleza de éste.

Con base en lo anterior se determina el papel que le corresponde frente a políticas públicas en escenarios de captura y de riesgo de captura, para luego explicar el método de ponderación que podría impedir que las políticas lleguen innecesariamente a su conocimiento por los costos que ello implica, o que en su diseño se puedan establecer los valores que se enfrentan y dar soluciones mucho más ajustadas a la Carta Política. En ese mismo capítulo se cuestionan los resultados económicos de su intervención en el que incide el sesgo neoliberal de los derechos humanos que subyace en la norma superior. Todo ello, en el contexto de una indagación documental y de campo, que implicó la realización de entrevistas semiestructuradas a expertos en la materia, con el propósito de obtener información de primera mano. En ese sentido, el análisis se estructuró sobre la base de tres dimensiones: la gubernamental y de políticas públicas; la de política y proceso legislativo; y la constitucional y de derechos humanos.

Luego de esta disertación, que se construyó con base en el análisis de las fuentes mencionadas, el estudio concluyó que el poder del TC frente a las políticas públicas no es de veto sino que está circunscrito a situaciones específicas y coyunturales, por lo que ostenta la calidad de “actor de reserva”, al existir barreras que hacen difícil que estos asuntos lleguen a su conocimiento; por ende, los efectos de su actividad no pueden generalizarse ni derivar una tendencia que permita predecir un patrón de comportamiento a futuro. Sin embargo en ciertos casos, como los escenarios capturados o respecto de aspectos con fuerte sesgo neoliberal, pueden primar los intereses particulares, razón por la cual el TC debe aplicar instrumentos, como el test de constitucionalidad, para ponderar los valores atendiendo a criterios que están enmarcados dentro de lo político, y develar las circunstancias reales al resolverlo.

Finalmente se hacen algunas recomendaciones respecto al programa de la PDD señalando que se debe expedir de forma urgente el reglamento correspondiente para ajustar ciertos detalles que son problemáticos; de igual manera frente al caso de las TFR se insiste en la necesidad de hacer seguimiento por parte de los actores sociales al trámite de los debates de la Ley en el Congreso, atendiendo además los comentarios del panel de expertos y los lineamientos dados por el TC en su sentencia. También se recomienda a los hacedores de políticas públicas incorporar dentro de los análisis correspondientes un pretest de constitucionalidad que revele los valores en juego y el balance establecido, con el propósito de evitar su judicialización. Por su parte, los actores políticos deberían adelantar discusiones sobre la pertinencia de establecer una nueva estructura constitucional; mientras que la academia podría seguir líneas de investigación a futuro que permitan observar el comportamiento del TC, tomando para ello nuevos casos que se resuelvan en esa instancia.

## ABSTRACT

A partir de los casos de la píldora del día después y de las tablas de factores de riesgos de las Isapres y de sus efectos en lo constitucional, lo político y lo económico, este estudio pretende identificar el papel que desempeña el Tribunal Constitucional chileno en materia de políticas públicas y sus límites, con base en las reformas introducidas desde el 2005 respecto a sus atribuciones y composición, con miras a dar un mayor respaldo democrático a la actuación del Estado en su conjunto.

Con tal fin se analiza su comportamiento al incidir en la gobernanza en aras de preservar la integridad del orden constitucional y el respeto a los derechos humanos, encontrándose que si bien es cierto, él ostenta una posición relevante, no puede hablarse de un poder de veto, sino de un activismo coyuntural que se da a pesar de los límites que impone la Carta Política en asuntos muy particulares, los cuales no dan pie a pensar que tales condiciones cambien a futuro de forma significativa, a menos que se produzca una reforma estructural a los dogmas superiores.

**Palabras claves:** activismo coyuntural, actor de reserva, escenario de captura, píldora del día después, pretest de constitucionalidad, tabla de factores de riesgo de las Isapres, Tribunal constitucional chileno, veto *player*.

## **Siglas y convenciones**

Aprofa:	Asociación Chilena de Protección a la Familia
BID:	Banco Interamericano de Desarrollo
CDE:	Consejo de Defensa del Estado
CEC:	Comisión de Estudios de la Constitución
CEJIL:	Centro por la Justicia y el Derecho Internacional
Cenabast:	Central de Abastecimiento
Corsaps:	Corporación de Salud y Políticas Sociales
DESC:	Derechos económicos, sociales y culturales
DC:	Democracia Cristiana
DFL:	Decreto con fuerza de Ley
GES:	Garantías explícitas en salud
ICMER:	Instituto Chileno de Medicina Reproductiva
ISP:	Instituto de Salud Pública
LOC:	Ley orgánica constitucional
Minsalud:	Minsalud
OMS:	Organización Mundial de la Salud
ONG:	Organización no gubernamental
PDD:	Píldora del día después
TC:	Tribunal Constitucional
TFR:	Tabla de factores de riesgos
UDI:	Unión Demócrata Independiente
VIH:	Virus de inmunodeficiencia humana

## **Gráficos**

Gráfico número 1. Índice CLAE

Gráfico número 2. Actores relevantes en el caso de la PDD

Gráfico número 3. Actores relevantes en el caso de las TFR

**Introducción**

**Capítulo I:**

**EL CASO DE LA PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS –PDD-**

Las políticas sexuales y reproductivas y la PDD en Chile.....	12
Contexto histórico previo al fallo del TC.....	14
La sentencia del TC.....	19
Hechos posteriores y estado actual.....	22
Actores: posiciones e intereses.....	26
Algunos aprendizajes del caso.....	30

**Capítulo II:**

**EL CASO DE LA TABLA DE FACTORES DE RIESGOS -TFR- DE LAS ISAPRES**

Financiación de los sistemas de salud.....	32
Contexto histórico previo al fallo del TC.....	35
La sentencia del TC.....	37
Hechos posteriores y estado actual.....	40
Actores: posiciones e intereses.....	43
Algunos aprendizajes del caso.....	46

**Capítulo III:**

**EL ROL DEL TC CHILENO EN POLITICAS PÚBLICAS**

El problema de la judicialización de las políticas públicas.....	48
El TC ¿un <i>veto player</i> ?.....	51
Política capturada y riesgo de captura del TC.....	55
La ponderación de valores en el ciclo de las políticas públicas.....	58
El sesgo neoliberal de los derechos y el impacto económico de la intervención del TC.....	61
Comentarios finales.....	64

**Conclusiones y recomendaciones**

**Bibliografía**

### El problema de investigación

La Revolución Francesa es el hito histórico más importante de la democracia occidental ya que sentó las bases de los estados constitucionales modernos, regidos por tres principios cardinales tales como la sujeción de la actividad estatal a la legalidad, la primacía de los derechos fundamentales de la persona y la separación de poderes. Montesquieu (1998, p.350) se refiere a este último como un dogma constitucional de carácter absoluto y rígido implantado en las primeras constituciones francesas que prohibía la injerencia de una rama del poder público sobre la otra, lo cual generó abusos, como por ejemplo el ejercicio excesivo de las facultades de un órgano, o nepotismo. Pero más allá de esto, en la práctica era necesaria la conexión dinámica de cada rama a través de un sistema de “frenos y contrapesos” que propendía por un equilibrio al involucrar diversos mecanismos de control simultáneo y mutuo.

De esta manera, la mayoría de las constituciones políticas consagran el principio de separación de los poderes públicos para efectos de su ejercicio y distinguen como ramas: la legislativa, la ejecutiva, y la judicial; cada una de ellas con una función especializada, sin que exista una jerarquía, amén de que colaboren armónicamente. Así, el Legislativo está encargado de reformar la Constitución, hacer las leyes y ejercer el control político sobre el Gobierno; a su turno, el Presidente se desempeña como jefe del Estado y jefe del gobierno, de la misma forma que los jueces administran justicia. No obstante este esquema, cuando se trata del régimen parlamentario, la separación puede ser atenuada, en cuanto el jefe de gobierno procede del seno del Parlamento, incluso puede ser diferente al jefe de Estado, como suele ocurrir en los sistemas de monarquía constitucional.

Adicional a estas tres ramas existe una serie de órganos independientes, que ayudan a controlar para que no se produzcan excesos o desbordamiento al interior del sistema como por ejemplo las contralorías, las comisiones autónomas, el Banco Central, las agencias, las fiscalías, el Ministerio Público, incluso los mismos tribunales constitucionales, dependiendo de cómo se haya estructurado el andamiaje constitucional de cada Estado. Éstos, han polemizado en torno a la denominación y su legitimidad. Para Cea (2007, p.149) son poderes en sentido pleno, por ende es incorrecto denominarlos minipoderes o extrapoderes y respecto a su legitimidad, ésta se asocia con la designación de sus miembros que está dada por los poderes tradicionales y no de manera democrática, como sucede con el TC.

Así, la mayoría de países cuentan con un tribunal especializado para la guarda de la integridad de la Constitución, con procedimientos propios, y cuyos miembros son designados con participación de las otras ramas. En Chile, es el TC quien se encarga de este trabajo, el cual fue creado a partir de la reforma constitucional de 1970 compuesto por cinco miembros, tres de los cuales correspondía nombrar al Presidente de la República bajo acuerdo con el Senado, y dos por la Corte Suprema de Justicia, entre sus ministros.

Éste sólo duró aproximadamente dos años puesto que fue establecido en septiembre de 1971 y disuelto en noviembre de 1973 por la Junta Militar. Por esta razón, la Constitución de 1981 vuelve a crearlo y permanece inalterado hasta el 2005, cuando se hacen reformas sustanciales que básicamente permiten que los ciudadanos tengan acceso a la acción pública de inconstitucionalidad y adicionalmente se cambia la forma de elección de sus magistrados a efectos de equilibrar la participación de los poderes públicos en su designación.<sup>1</sup>

Esta reforma que establece la dinámica actual del TC se da a través de la Ley N° 20.050, en la cual se amplía su número de integrantes de siete a diez (tres nombrados por el Presidente de la República, cuatro por el Senado y tres designados por la Corte Suprema) para un período de nueve años con prohibición de ejercer la profesión de abogado. Pero es la LOC del TC, Ley N° 20.381, la encargada de disponer su organización, funcionamiento, planta de personal, remuneraciones y procedimientos propios de sus competencias. No obstante la defensa de los derechos fundamentales (recurso de amparo y protección) continúa en cabeza de las cortes de apelaciones y la Corte Suprema.

Esto ha hecho que actualmente exista un TC mucho más dinámico y con más instrumentos jurídicos para hacer posible la defensa del orden constitucional, que puede comportarse con una lógica un poco diferente a como lo hacía antes de la reforma, lo cual puede verse en algunos fallos que han generado controversias<sup>2</sup>, quedando la idea de un activismo de su parte, o un poder de veto sobre las políticas públicas, entendidas, según Cuervo (2007, p.82) como las actuaciones de los gobiernos y de otras agencias del Estado, en desarrollo del marco constitucional y las demandas ciudadanas, a través de flujos de decisión que resuelven problemas públicos, para lo

---

<sup>1</sup> También se dispone la unificación del control preventivo y posterior de la constitucionalidad de la ley; es decir que el conocimiento y fallo de los recursos de inaplicabilidad pasa desde la Corte Suprema al TC. En ese mismo sentido, el TC asume la posibilidad de declarar inconstitucional, con efectos generales, un precepto legal siempre que previamente haya sido declarado inaplicable, de oficio o mediante el ejercicio de una acción pública. De otra parte, se abre la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de autos acordados dictados por los tribunales superiores de justicia (Corte Suprema y cortes de apelaciones) y por el Tribunal Calificador de Elecciones; se amplía el control preventivo obligatorio de constitucionalidad a las normas de los tratados que versen sobre materias propias de una LOC; se unifica en una sola disposición constitucional la competencia del TC para examinar la constitucionalidad de los decretos supremos (en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución o de la potestad reglamentaria autónoma del Presidente de la República); y se introduce explícitamente el efecto que producen las sentencias del TC que acogen la inconstitucionalidad, que permiten entenderlo como derogado desde la fecha de publicación en el Diario Oficial de la decisión que acoge la solicitud.

<sup>2</sup> Algunos casos son: multas del TAG, tribunales tributarios, postnatal, etcétera.



cual se movilizan recursos institucionales y ciudadanos, representando la sociedad, que potencia o delimita la intervención.

Bajo estas circunstancias cabe preguntarse entonces ¿cuáles son los efectos de la nueva forma de comportarse el TC frente a las políticas públicas y cuáles son sus límites? Es decir que la presente investigación pretende explicar los casos de la PDD y las TFR, más allá de lo puramente jurídico, partiendo del análisis de la lógica interna de las decisiones de los miembros del TC, o sea hasta qué punto están motivadas en interpretaciones jurídicas del texto mismo de la Constitución, para posteriormente indagar en los impactos de tipo político y económico, presentes y futuros, en el campo específico de la gobernanza y las políticas públicas, en el que ciertos actores, públicos y privados, a partir de sus intereses y convicciones también influyen de manera definitiva.

### **Los casos seleccionados en el contexto de las políticas públicas**

La salud pertenece, junto con la educación, el trabajo y la vivienda, a los denominados DESC, cuya justiciabilidad por parte de los jueces ha generado discusiones importantes, no sólo en Chile, sino en muchos otros países. De acuerdo con Figueroa (2009a, p.587) se ha dicho que los tribunales no tienen la capacidad institucional, la información, ni la experticia, para abordar las políticas que los contienen que implican complejos asuntos de administración; en ese mismo sentido, tampoco tienen la legitimidad para incidir en tales políticas bajo pretexto de estar en juego los DESC. Por supuesto que frente a esta discusión también se esbozan argumentos en su favor que podrían desvirtuar tales críticas.

Esta investigación vincula entonces como actor relevante en las políticas públicas al TC, puntualmente en el área de la salud como asunto transversal, que es un terreno pantanoso y bastante amplio, por lo que se delimitó el estudio a dos programas puntuales. Uno, relacionado con la disponibilidad de la PDD en el sistema público dentro del ámbito de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, y el otro referido al derecho de acceso y cobertura de los servicios de salud a personas aseguradas en las Isapres, con base en las TFR.

Frente a ellos, ha habido recientemente pronunciamientos de constitucionalidad por parte del TC en los cuales se observa un papel activo que tiene como telón de fondo la reforma constitucional del 2005 que permitió un mayor dinamismo de la sociedad en su conjunto frente a las acciones constitucionales, siendo en consecuencia un tema no muy estudiado en Chile, especialmente desde la perspectiva aquí planteada.

Tal como se mencionó, inicialmente fueron seleccionados por tener como centro de gravedad el derecho a la salud, aunque sin duda al momento de ser resueltos, la discusión en el caso de la

PDD se inclinó hacia la protección al derecho fundamental a la vida del que está por nacer y que puede verse afectado por su consumo. De forma muy parecida en el caso de las TFR, la discusión más que centrarse en la salud, se afincó en la igualdad y la no discriminación que se da en la forma como éstas se establecieron. Es decir que si bien es cierto se pensó en un momento inicial proteger un DESC, finalmente se terminó salvaguardando derechos civiles, también llamados de primera generación, ya que en el análisis, más que revisar si las políticas salvaguardan el derecho a la salud, lo que efectivamente se hizo fue examinar otros derechos fundamentales que le son conexos.

En el caso de la PDD, se da un proceso a lo largo del tiempo, en el cual a medida en que se va ajustando el programa, los diferentes actores van presionando para que sea el TC quien decida, al punto que a través de una demanda instaurada por un grupo de parlamentarios se logra la anulación como programa estatal de acceso y de disponibilidad universal y gratuita del medicamento. En el otro caso, es el TC, de oficio, quien decide asumir el examen de la constitucionalidad de la norma que crea las TFR como consecuencia de un número significativo de recursos judiciales que se estaban presentando por parte de los ciudadanos a efectos de hallar una protección frente a un sistema que discriminaba con base en factores que se escapaban del control humano como son el género y la edad<sup>3</sup> sin unos criterios racionales establecidos por el legislador.

Ahora bien, en cuanto al derecho a la salud como tal, la OMS la define no sólo como la ausencia de afecciones o enfermedades, sino como un estado de completo bienestar físico, mental y social. Incluso, la Resolución 58.33 de la Asamblea Mundial de la Salud de 2005 señala que todas las personas tienen derecho a acceder a los servicios sanitarios y que nadie debe sufrir dificultades financieras por hacerlo. Esto especialmente por lo que significa para el bienestar humano y para el desarrollo socioeconómico sostenido (Informe sobre la salud en el mundo 2010).

El problema es que la salud no posee actualmente un campo estrictamente delimitado y específico, sino que comprende a su vez muchos escenarios, fines y propósitos, es decir que su contenido no es unívoco y preciso; además cualquier compromiso público sobre su efectividad y su universalidad va de la mano con esfuerzos presupuestales bastante altos. Incluso está fuertemente relacionado con el deber de solidaridad y el autocuidado de los ciudadanos mismos.

Esto lleva a que en muchas situaciones que le son propias, ciertos conflictos que enfrentan derechos fundamentales como la vida, la integridad física, los sexuales y reproductivos, entre

---

<sup>3</sup> Para ilustrar lo anterior, en el informe de cuenta pública del Presidente del TC del 2010, se señala que en ese año las acciones de inaplicabilidad constituyeron el mayor volumen, representando el 85,2% de los ingresos, los cuales fueron de 259 casos, en comparación con 242 en 2009 y 235 en 2008. Cabe resaltar que se presentaron 158 requerimientos durante el 2010 para cuestionar la constitucionalidad de la aplicación de la de las TFR, lo que representó el 61% de los requerimientos de inaplicabilidad presentados y el 51% del total de ingresos del TC durante ese año.

otros, inmersos en asuntos tales como el aborto, la eutanasia, la donación de órganos y las listas de espera, se escapan del ámbito gubernamental y deben definirse en otros escenarios distintos como el judicial o el Legislativo.

El ordenamiento jurídico chileno atribuye a la salud un rango de derecho fundamental al incorporarlo dentro del catálogo establecido en el artículo 19 de la Constitución Política, que fija, como es natural, un marco general que deja un alto grado de libertad de configuración de su contenido al legislador, para que de manera abstracta lo instrumentalice en favor del libre e igualitario acceso a las acciones de salud, a través de entes privados o públicos. De esta forma, la norma constitucional, la legislación derivada de ésta, los actos administrativos, y los pronunciamientos judiciales son los principales insumos jurídicos para el diseño y análisis de las políticas de salud.

### **Desarrollo de la investigación**

Con el propósito de abordar el problema de investigación, en los capítulos 1 y 2 se presenta cada relato por separado, siguiendo la secuencia temporal de los hechos junto con la posición de los actores, sus intereses y la capacidad para defender y transar en torno a éstos; lo cual da cuenta que este estudio de caso tiene un carácter instrumental y procesual (Barzelay y Cortázar 2004, p.8) que permite, a partir de estas experiencias, hacer inferencias que contribuyan a la teoría general de las políticas públicas, en cuanto describe y analiza la intervención de un actor no considerado tradicionalmente como lo es el TC.

Cabe advertir que este estudio no se reduce al análisis de las sentencias del TC, sino que también hace referencia a toda la secuencia histórica. En el relato se produce una concatenación de hechos que se analizan desde una perspectiva holística, que responde no sólo al proceso de diseño e implementación de las políticas, sino al contexto en el cual se dieron las interacciones de los actores, las negociaciones en torno a sus intereses y los factores claves que llevaron a que éstos siguieran la trayectoria que los condujo a su estado actual. Todo ello, sin dejar de considerar que el proceso es complejo y más aún extrapolar aprendizajes hacia la teoría de las políticas públicas.

En el capítulo 3 se insertan los casos en las teorías que existen frente a la incidencia de los jueces en las políticas públicas. A partir de ello, se diserta respecto a si es posible que en estos momentos el TC chileno pueda catalogarse como un actor con poder relevante, si ese poder es de veto, o en caso contrario, cuál es la naturaleza de éste. Con base en lo anterior se determina el papel que le corresponde frente a políticas en escenarios de captura o riesgo de captura, para luego explicar el método de ponderación que podría impedir que las políticas lleguen innecesariamente a conocimiento del TC, o que en su diseño se puedan establecer los valores que

se enfrentan y dar soluciones mucho más ajustadas a la Carta Política. En ese mismo capítulo se cuestionan los resultados económicos de su intervención puesto que el TC debe tener en cuenta el sesgo neoliberal de los derechos humanos que subyace en la norma superior.

Todo lo anterior se realizó en el contexto de una indagación documental y de campo, para lo cual se realizaron entrevistas semiestructuradas a expertos en la temática puntual de los casos, con el propósito de obtener información de primera mano sobre la base de tres dimensiones de análisis que son: la gubernamental y de políticas públicas, la de política y proceso legislativo, y la constitucional y de derechos humanos.

La primera referida a la conceptualización de las políticas públicas desde los procesos de diseño e implementación, el rumbo que tomaron a partir de la sentencia y lo que eso significó para la institucionalidad y la gobernanza. La segunda, entendida como el conjunto de elementos ideológicos y partidistas que produjeron tensión de manera previa, concomitante y posterior a la intervención del TC, originados al interior del Congreso Nacional. Finalmente, la tercera, elaborada con base en la teoría general del funcionamiento del Estado y del enfrentamiento entre los derechos que conllevaron al pronunciamiento del TC en cada caso.

Se espera entonces que este estudio sea un importante aporte a la conceptualización de las políticas públicas, especialmente en la comprensión de los componentes propios de la realidad chilena, que no tienen una causa o explicación única sino que son producto de un cúmulo de elementos producto de su historia, sus instituciones y su tradición económica.

## EL CASO DE LA PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS –PDD–

### Las políticas sexuales y reproductivas y la PDD en Chile

Junto con el actual movimiento que busca un cambio en la educación, este caso constituye en Chile uno de los hitos recientes más importantes de movilización ciudadana en torno a la reivindicación de derechos por parte de grupos sociales. En éste, como se explicará más adelante, según algunos se creó un conflicto entre principios y valores irreconciliables tales como la vida y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Estos últimos fuertemente marcados por los contextos sociales, económicos, políticos y culturales.

En Chile, durante los últimos años y pese al desarrollo significativo que se ha dado en el ámbito internacional, los derechos de la mujer han evolucionado de forma lenta, producto de la influencia de ciertos grupos minoritarios de carácter político y religioso, que han irrumpido de forma poderosa en el modelamiento de las acciones públicas de esta naturaleza. En ese sentido, los avances en la aplicación de métodos anticonceptivos, y en especial el de la PDD, no ha escapado a las polémicas.

La OMS ha señalado que son múltiples los beneficios de estas acciones, entre los cuales se enlistan la mitigación de los riesgos para la salud relacionados con el embarazo en las mujeres, la reducción de la mortalidad de los menores de un año, la prevención de la propagación del VIH, la disminución de la necesidad de recurrir al aborto peligroso, el poder de decisión de las personas respecto a su salud sexual y reproductiva, la reducción del embarazo de adolescentes y el bajo crecimiento de la población.<sup>4</sup>

Con este fin se han desarrollado una serie de métodos anticonceptivos, que la ciencia ha ido avalando, todos ellos con un nivel de eficacia diferente buscando que las personas los conozcan y los apliquen de acuerdo con sus convicciones y posibilidades. Sin embargo, existen obstáculos entre los cuales se encuentran la poca variedad de mecanismos e información; el acceso limitado a la anticoncepción particularmente en jóvenes y segmentos más pobres de la población; el temor a los efectos colaterales; servicios de mala calidad; y barreras de género, entre otros.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Ver <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs351/es/index.html> [Consultado: 10 de mayo de 2011].

<sup>5</sup> La OMS sostiene que "A escala mundial, el uso ha aumentado desde un 54% en 1990 a un 63% en 2007. A escala regional, la proporción de mujeres casadas de entre 15 y 49 años de edad que usan algún método anticonceptivo ha aumentado mínimamente entre 1990 y 2007, de 17% a 28% en África, de 57% a 67% en Asia, y de 62% a 72% en América Latina y el Caribe [...]". Ver <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs351/es/index.html> [Consultado: 10 de mayo de 2011].

Particularmente, este entorno ha estado fuertemente marcado por obstáculos culturales y de información que atienden a discursos conservadores *versus* progresistas, por enfrentamientos en torno a la vida y a los derechos de las mujeres y de los adolescentes, y por un grado de incertidumbre sobre las consecuencias reales de la anticoncepción, que opacan sus avances. Todo ello en medio de múltiples intereses políticos, económicos, científicos y religiosos. No obstante, el punto que ha generado más debate, tiene que ver con la autonomía de la mujer a decidir el número de hijos y los métodos de planificación que más le convienen.

Aunque la ciencia ha avalado métodos naturales y ha desarrollado procedimientos como la esterilización voluntaria tanto para hombres como para mujeres, píldoras, inyecciones, implantes, dispositivos, etcétera; ninguno ha escapado de ser cuestionado, pero nunca tanto como la PDD o anticoncepción de emergencia que fue la respuesta médica, originada en los años sesenta frente a embarazos producto de agresión sexual. Como tal no existe una política pública que se denomine píldora del día después; se trata más bien de un conjunto de acciones articuladas con otros subsistemas de políticas, que buscan proporcionar el medicamento y la información suficiente, sin obstáculo alguno, a las mujeres adolescentes y mayores, a través del sistema de salud público.

En sus inicios se suministraban altas dosis de estrógenos, pero después se reemplazó por anticonceptivos orales combinados que contienen Etinil-estradiol y Levonorgestrel, conocido ampliamente como método Yuzpe. Actualmente se usa el Levonorgestrel solo porque es considerado más efectivo e incluye la toma de una o dos dosis por vía oral dentro de las 72 horas posteriores a la relación sexual.

Los sectores que cuestionan la PDD piden explicación sobre dos aspectos principalmente. En primera instancia sobre cuáles son las verdaderas consecuencias de la acción de la píldora; esto es, si impide o retarda el tránsito de las espermias hacia la trompa de Falopio; o por el contrario, si el medicamento lo que hace es evitar que el óvulo fecundado se implante (antimplantación o antianidación), lo que significaría la destrucción del cigoto humano ya listo.<sup>6</sup> La comunidad científica ha estado investigando mucho sobre el tema y ha precisado, aunque no de manera unívoca, sobre su efecto antiovulatorio.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Hay que tener en cuenta que para que ocurra una fecundación tiene que unirse una célula de origen femenina llamada óvulo que se libera una vez al mes, con el espermatozoide que es entregado mediante el encuentro sexual, a través del cual ingresan al cuerpo de la mujer millones de espermatozoides que suben por las paredes del útero hacia la trompa de Falopio. Allí, el espermatozoide penetra el óvulo, y ocurre la fecundación; de tal manera que el cigoto sigue su desarrollo dentro de la trompa, creciendo en un plazo aproximado de cinco a siete días hasta llegar a la cavidad del útero donde se implanta. A partir de ese momento se llenan las paredes del útero y empiezan a generar señales químicas que son las que permiten probar externamente el embarazo.

<sup>7</sup> Al respecto hay que considerar el comunicado de marzo de 2011 de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO) y Consorcio Internacional sobre Anticoncepción de Emergencia (ICEC) Ver [www.emergencycontraception.org](http://www.emergencycontraception.org) [Consultado: 10 de octubre de 2011].

El segundo aspecto atiende a que si llegara a demostrar el efecto antianidatorio, esto podría contradecir el ordenamiento jurídico chileno, lo que plantearía una disertación compleja respecto al inicio de la existencia humana, es decir si se da en el momento en el que el óvulo fecundado se ancla en el endometrio, o si por el contrario se considera que existe una nueva vida desde el instante mismo de la unión del óvulo y el espermatozoide, adicionando qué derechos le corresponden a ese ser humano y cuál es la jerarquía de éstos frente a los de su madre.

Con base en tales dudas, se generó una discusión consecuencial respecto a si es posible el suministro del medicamento a menores de edad y a las mujeres en general, si está restringido sólo a casos de violación y si además, en situación normal le corresponde al Estado proveer el fármaco a mujeres de escasos recursos, directamente, o eliminando barreras de acceso a través de agentes privados. Para la OMS, el método no tiene problema alguno y por ello recomienda su consumo, cuando no se haya empleado otro mecanismo, cuando haya fallado el sistema utilizado o cuando exista agresión sexual, e insiste en su efecto antiovulatorio, y en que no es abortiva ni daña la formación del feto, además advierte que debe ser usada sólo en situaciones de emergencia y no como dispositivo de uso regular, pues existen para esos eventos métodos más apropiados.<sup>8</sup>

Explicado lo anterior, a continuación se procederá a hacer el recuento histórico del desarrollo del accionar público relacionado con la distribución pública de la PDD y de la aceptación del medicamento en la sociedad, para lo cual se ha dividido la secuencia anecdótica en tres momentos, es decir, antes del fallo, durante el fallo como tal, y lo que ha ocurrido con posterioridad a éste, lo que nos lleva al escenario actual, en el cual se han introducido algunos elementos del ámbito comparado. También se hace un breve análisis de los actores que incidieron y finalmente se presentan algunos aprendizajes referidos al panorama de la política pública.

### **Contexto histórico previo al fallo del TC**

La visión progresista de la planificación familiar implementada en los años sesenta en Chile dio un giro drástico durante el gobierno de Pinochet puesto que en éste se buscó la promoción de la natalidad basada en la doctrina de seguridad nacional<sup>9</sup> (Faúndez 1997, p.16); por ende, generar el escenario para la introducción de la PDD en el sistema de salud pública, no fue una tarea fácil. En este proceso coadyuvaron de manera definitiva la sociedad civil y el área biomédica,

---

<sup>8</sup> La OMS soporta sus recomendaciones en literatura médica y científica importante como Marions (2002), Durand (2001), Croxatto (2004) y von Hertzen (2002). Ver [http://ec.princeton.edu/references\\_es/index.html](http://ec.princeton.edu/references_es/index.html) [Consultado: 15 de agosto de 2011].

<sup>9</sup> Un ejemplo de ello es que sólo hasta el año 2000, durante el gobierno del Presidente Lagos, se dio uno de los avances más importantes en materia de derechos y autonomía de la mujer, que fue la derogatoria de la Resolución 3 de 1975, que requería para efectos de poderse esterilizar, tener una condición médica que lo justificara, más de 32 años, cuatro hijos vivos, y el consentimiento del marido; por lo cual, el único requisito que hoy en día se exige es su voluntad. No obstante, aún existe resistencia por algunos encargados de asuntos de ginecología y obstetricia.

especialmente el ICMER, que abrió espacios para la discusión pública en torno al desarrollo de alternativas frente a embarazos no deseados, dada la prohibición del aborto y la fuerte influencia de la iglesia católica.

En 1996 el ICMER realizó un estudio cualitativo que evaluó la aceptabilidad de la PDD en la sociedad; éste dio como resultado un alto grado de acogida y se expresó que sería un mal menor frente a la elevada tasa de abortos inducidos y embarazos no deseados. Sin embargo, una parte minoritaria consideró que su uso podría traer consecuencias negativas, como sería el aumento del libertinaje que haría disminuir la utilización de preservativos, incrementando por ende enfermedades de transmisión sexual (Dides 2006, p.36).

A partir de lo anterior, en 1998 a través del protocolo de intervención en los servicios de urgencias del Minsalud se adoptó la PDD para casos de agresiones sexuales; sin embargo meses después este mismo Ministerio se retractó y excluyó su suministro, mediante una fe de erratas, hecho en el que, a decir de Casas (2011) tuvo una influencia directa la facultad de medicina de la Universidad Católica, lo cual significó que un programa gubernamental tan importante fuera bloqueado desde afuera.<sup>10</sup>

En el 2001 el ISP dio autorización<sup>11</sup> al laboratorio Silesia para distribuir la PDD, bajo la denominación de Postinal, con receta médica, lo cual constituía un gran avance, pero se trataba de un acto de discriminación contra aquellas mujeres de menos recursos que no disponían de lo necesario para adquirirlo.<sup>12</sup> Desde este año, la polémica en medios de comunicación se agudizó y de paso, polarizó a la ciudadanía en conjunto a favor o en contra de su comercialización.

Fue así como el debate político y mediático transmutó a una controversia jurídica ante los tribunales nacionales; de manera tal que las ONG, que se denominaron “pro-vida”, presentaron un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago contra el ISP, el Minsalud y el laboratorio mismo, para impedir su distribución y comercialización (Dides 2006, p.38), el cual fue admitido por esa instancia. Finalmente ese mismo año, la Sala Tercera de la Corte Suprema,<sup>13</sup> al resolver la impugnación, ratificó la prohibición del Postinal.

---

<sup>10</sup> Para contener un poco la presión de los grupos a favor de introducir el tema en la discusión pública, en el 2001 se adelantó un programa de paternidad responsable, que se concretó en un acuerdo para promover servicios y dotar de información a la población a través de centros de atención primaria, lo cual no produjo mayores resultados puesto que parte de estos debían ser financiados con recursos de los presupuestos municipales quedando a discreción de las autoridades locales.

<sup>11</sup> Resolución N° 2.141 del ISP del 21 de marzo de 2001.

<sup>12</sup> Según Castro (2011), la solicitud de registro de la PDD se había hecho diez años antes y en su momento fue denegada por no existir información suficiente.

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia: Recurso de Protección. Rol N° 2.186-2001. Sentencia de fecha 30 de agosto de 2001.



Posterior a esto, el ISP autorizó al laboratorio Grünental<sup>14</sup> la distribución de una nueva PDD, bajo la denominación Postinor 2. Frente a ello, en el 2002, se presentó otra demanda de derecho público contra el ISP por la aprobación de la comercialización del producto. En esta acción intervinieron en su defensa mujeres que intentaban proteger su derecho a acceder a un método seguro y eficaz de prevención de embarazos. Hubo argumentos de parte y parte, por ejemplo los médicos alegaron que no podrían recetar el anticonceptivo en su formato de dosis única, que sería más efectivo y que produciría menos efectos colaterales el método combinado.

Extrañamente, la Corte de Apelaciones de Santiago rechazó lo que pedían estas organizaciones de individuos a favor de la PDD, sin un fundamento mayor; sólo se dijo que estas agrupaciones no tenían un interés jurídico relevante y derechos dignos de protección, únicamente expectativas, por lo cual fue necesario tramitar una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Informe de derechos humanos 2004, p.224).

En el 2003, la Primera Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió permitiendo la intervención en juicio de quienes habían sido excluidos en la instancia previa. Es importante anotar que este mismo año el caso de una niña de catorce años sordomuda que fue secuestrada y violada por un grupo de hombres, a la salida de su escuela, llamó la atención respecto a la necesidad de utilizar el método en estos casos, pues la madre de la menor tuvo que solicitar al servicio médico legal el suministro del anticonceptivo, ya que en los hospitales a los cuales fue llevada lo habían denegado bajo el argumento de existir ambigüedad al interior del Minsalud y de los protocolos de las entidades y consultorios para su prescripción.

A partir del trabajo de la comunidad científica, en el 2004 se elaboró una nueva guía de atención a víctimas de agresión sexual puesto que ese era un tema pendiente ya que la expedida desde 1998 había sido censurada (Informe de derechos humanos 2005, p.271). En ésta se dieron los lineamientos de intervención de las autoridades públicas y del personal de salud frente a casos en que se debería entregar la anticoncepción de emergencia, incluyendo la posibilidad de que quien tuviera reparos de conciencia no se inmiscuyera y permitiera que otros efectivamente lo hicieran.

Como todo lo relacionado con la PDD, esta guía también generó polémica en muchos sectores, especialmente al interior de la iglesia,<sup>15</sup> la cual hizo un llamado público a los alcaldes a desacatar la medida. Por esta razón, algunos de ellos vetaron su distribución por ser contraria a sus creencias, rechazando así las dosis que se estaban repartiendo en los municipios por parte del Minsalud. Inicialmente se anunciaron sanciones en contra de funcionarios que se rehusaran, pero posteriormente no se hizo nada pues igualmente existió presión de los partidos políticos a favor o

---

<sup>14</sup> Resolución N° 7.224 del ISP del 24 de agosto de 2001.

<sup>15</sup> Entiéndase por iglesia, todos los credos religiosos con poder relevante en Chile, en especialmente el católico.

en contra, por lo que luego se dejó en libertad a los mandatarios locales, y éstos a su vez, consideraron que eran las familias quienes debían decidir al respecto.

Además de la expedición de la guía en comento, y como se mencionó anteriormente, este año se demandó ante el Juzgado 20 Civil de Santiago por parte del Centro Juvenil AGES el registro del fármaco Postinor-2. La petición fue admitida y se ordenó retirar el medicamento de las farmacias nacionales y servicios de salud. Tal fallo fue apelado por parte del ISP, y en diciembre de 2004, la Corte de Apelaciones de Santiago<sup>16</sup> revocó la sentencia de primera instancia lo cual fue ratificado posteriormente por la Corte Suprema de Justicia.

Sobre el fondo del asunto, la Corte de Apelaciones señaló, entre otros fundamentos, que al no existir evidencia científica del carácter abortivo de la PDD no podría considerársele como tal, por ende revocó la decisión anterior y volvió a permitir nuevamente su comercialización. Como reacción al fallo, los demandantes interpusieron ante la Corte Suprema el recurso de casación mencionado en el cual se hizo hincapié en el efecto abortivo de la PDD.

En el 2005, el Subsecretario de Salud anunció que se entregaría el anticonceptivo de emergencia a todas las mujeres que lo necesitaran, incluso sin haber mediado una agresión sexual y sin receta médica en el sistema público, para lo cual se haría una modificación a la Guía de Clínicas y Normas Técnicas de Regulación de la Fecundidad. Como reacción y haciendo caso a la presión de grupos de oposición, el ministro de salud de la época tuvo que informar que la medida no sería aplicada, con la consecuente renuncia del subsecretario. Esta situación refleja la postura ambigua de la política al interior del Gobierno, quien en una pasada oportunidad (en el 2001) había enviado una nota a la Comisión Interamericana Derechos Humanos respaldando la solicitud de investigación por denegación de justicia, frente al primer fallo que sacó al Postinor del mercado (Informe de derechos humanos 2006, p.353).

Durante el 2005 fue difícil que el Ministerio avanzara con la expedición de las normas técnicas que eran necesarias para la distribución pública de la PDD, pese a que estaban listas y habían sido concertadas con algunas organizaciones de la sociedad civil. Además la Corte Suprema ya había rechazado la casación interpuesta, lo que dejó al Minsalud sin argumentos para seguir postergando la decisión de volver a la distribución pública de la PDD. No obstante, el Minsalud mantuvo su decisión de suministrarla exclusivamente a mujeres víctimas de violencia sexual mediante su incorporación en el listado de medicamentos esenciales de acuerdo con los lineamientos de la OMS, pero sólo para esos casos.

---

<sup>16</sup> Corte de Apelaciones de Santiago: Requerimiento de nulidad de registro. Rol 4200-03 (D-6955-04). Sentencia de fecha 10 de diciembre de 2004.

En el 2006, bajo el gobierno de la Presidenta Bachelet todo cambia y finalmente se permite la entrega de la píldora, incluso a menores, desde los 14 años sin el consentimiento de los padres. Fue así como mediante la Resolución Exenta 584 de 2006, emanada del Minsalud, se ordenó la distribución obligatoria en el sistema público del Levonogrestrel como medicamento de emergencia. La idea era que las beneficiarias accedieran gratuitamente a los métodos anticonceptivos ofrecidos eliminando cualquier barrera que les dificultara tener estos servicios (Casas *et al.* 2007, p.326).

Esta medida igualmente fue objeto de un recurso de protección impetrado por algunos ciudadanos, el cual fue rechazado por la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el argumento de no hallarse vulneración a derecho alguno. Concomitante con lo anterior, un grupo de diputados presentaron ante el TC un requerimiento de declaratoria de inconstitucionalidad contra la resolución mencionada. En el petitorio se alegó que ella, por poseer el rango más bajo de acto administrativo dentro del ordenamiento jurídico, no era susceptible de ser revisada por la Contraloría General de la República a través del procedimiento de toma de razón, impidiendo que el TC pudiera llegar a conocer del asunto.

Después de analizar esa y otras razones, se admitió el requerimiento, por seis votos contra cuatro. La decisión causó polémica ya que por primera vez una resolución ministerial era examinada en sede de control de constitucionalidad por el TC. El Minsalud defendió su norma para impedir que fuera revisada, bajo el argumento de que este tipo de actos administrativos están exentos del control constitucional que le corresponde al TC. No obstante, él procedió entonces a calificarle su carácter reglamentario para poder manifestar su inexecutable por vicios formales, sin pronunciarse sobre el contenido de la misma, alegando que la regulación de estos asuntos debe hacerse mediante Ley o Decreto Supremo, y no bajo el mecanismo de Resolución Exenta (Informe de derechos humanos 2007, p.273).

Con tal pronunciamiento tuvo el Minsalud que expedir el Decreto Supremo N° 48 de 2007 que daba nuevamente viabilidad jurídica a la distribución por instancia pública de la PDD. Como reacción, los parlamentarios iniciaron otra acción judicial ante el TC para que se declarara inconstitucional considerando que frente a ella existe evidencia científica que hace pensar que en ciertos casos puede interrumpir el desarrollo intrauterino del óvulo fecundado al alterar las condiciones del endometrio frenando su implantación.

Esto, teniendo en cuenta que desde el momento de la concepción todos los embriones humanos son personas, titulares de derechos fundamentales como la vida y la integridad física garantizados por la Carta Política. Dentro la petición hecha por los parlamentarios también se solicitó el rechazo de otros métodos como el dispositivo intrauterino (de cobre) y los anticonceptivos

hormonales combinados, y la consejería y entrega de éstos a los adolescentes sin el consentimiento de sus padres.

Otro hecho importante durante ese año fue que las farmacias Ahumada, Salcobrand, y Cruz Verde se rehusaron a comercializar el Levonorgestrel 0,75 mg., por lo cual el Gobierno las multó. Dentro del proceso de investigación estas argumentaron que el medicamento no tenía registro sanitario definitivo (sólo provisional) expedido por el ISP; también se indicó la posibilidad de que éste no fuera seguro para la salud de las mujeres, y por supuesto, razones de objeción de conciencia por cuanto se consideró que la píldora podría ser abortiva. Ante la negativa, el Minsalud importó directamente desde Colombia una cantidad considerable de dosis a fin de contar con la PDD (Informe de derechos humanos 2008, p.343).

### **La sentencia del TC**

En el 2007, treinta y seis diputados formularon un requerimiento de inconstitucionalidad ante el TC contra algunos apartes referidos a la anticoncepción<sup>17</sup> contenidos en el Decreto Supremo N° 48 del Minsalud. En su decisión<sup>18</sup> el TC desestimó de forma unánime la declaratoria de inconstitucionalidad de los dispositivos intrauterinos y las normas sobre confidencialidad de la orientación y consejería de menores de edad acerca del uso de métodos de fertilidad, puesto que consideró que éstas no vulneran el derecho de los padres de educar a sus hijos previsto en la Carta Política; pero sí dijo que los prestadores de salud pública, dentro del marco de la legislación nacional, no podrían aconsejar, prescribir o distribuir la anticoncepción de emergencia.<sup>19</sup>

La solicitud se fundamentó en la violación al artículo 19 de la Constitución Chilena que asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, en especial frente al que está por nacer. Además, se basó en tratados internacionales suscritos por el Estado tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que también protege la vida desde el momento mismo de la concepción, y la legislación civil que define como persona a todo individuo de la especie humana independiente de su sexo, raza o condición. Esto, en teoría, se vulnera con la distribución pública del medicamento dado el presunto efecto antimplantatorio expuesto en el

---

<sup>17</sup> Particularmente la sección C (tecnología anticonceptiva) específicamente puntos 3.3 (anticoncepción hormonal de emergencia), párrafo 4 (anticoncepción no hormonal) y punto 4.1.1 (dispositivos intrauterinos); y sección D (anticoncepción en población específica). Esto último referido a la consejería a adolescentes sin el consentimiento o conocimiento de los padres.

<sup>18</sup> Tribunal Constitucional: *Requerimiento de inconstitucionalidad contra el Decreto Supremo N° 48 del Minsalud*. Rol 740. Sentencia de fecha 18 de abril de 2008.

<sup>19</sup> No sólo el Levonorgestrel sino además el método Yuzpe.

proceso,<sup>20</sup> que hace que en el 99,9% de los casos se evite la anidación del óvulo fecundado (Casas *et al.* 2007, p.314).

Figueroa (2010, p.144) analiza el fallo e identifica como argumentos principales de la decisión: la protección constitucional a la vida; la condición de ser humano que se inicia desde la concepción y que coincide con el principio de ésta; el derecho a la vida que también significa el mantenerla y conservarla; la vulneración que se da con el aborto porque atenta contra la vida del que está por nacer; las dudas que existen sobre los efectos de la PDD; y la abstención de distribuir la píldora ante la incertidumbre.

Para este autor estos razonamientos tienen deficiencias y ello se refleja en el resultado final producto de cinco votos favorables frente a cuatro desfavorables, teniendo en cuenta que algunos ministros de la posición mayoritaria debieron inhabilitarse.<sup>21</sup> En especial, asegura que el TC no fundamentó que el *nasciturus* fuera persona desde la concepción misma, tampoco se debatió lo relacionado con el aborto. Además, la falta de pruebas terminó siendo el argumento principal, omitiendo el tema de los derechos de la mujer y su autonomía.

Para Casas (2011) el fallo del TC fue positivo en el sentido de que avaló el apartado sobre adolescentes, aunque negativo en cuanto las mujeres y sus derechos están ausentes, dándosele un rango superior al derecho a la vida del que está por nacer, ya que el manejo de la evidencia científica fue inapropiado. Esta jurista también opina respecto al fallo disidente en el que asertivamente se hizo un análisis sobre la política pública y los derechos de las personas, pero especialmente se hizo un trabajo riguroso frente a la prueba técnica.

Aguilar (2008, p.8) valora la sentencia desde el ámbito de los derechos humanos más que desde el resultado final. Señala que en este caso se da un cambio de paradigma pues a partir de él, el TC empieza a verse en la obligación de aplicar todo el plexo normativo de valores y principios que rigen el derecho internacional de los derechos humanos, creando así una cultura que debe calar en todos los actores públicos y que hace que el enfoque se traduzca en una práctica judicial permanente, y de políticas legislativas y judiciales.

Según Castro (2011) la línea de argumentación seguida para descalificar el uso de la PDD, no fue coherente, y menos aún la duda razonable esgrimida por el TC, que sólo sirvió de fundamento para atacar la distribución pública, pero no la privada en cabeza de las farmacias con receta médica retenida. Esto, en concordancia con la posición de la iglesia que más que poner en tela de juicio el presunto carácter abortivo, se preocupó por poner fin a su entrega mediante el sistema público.

---

<sup>20</sup> Puede citarse entre otros, el médico de la Universidad de los Andes Patricio Mena, quien se desempeñaba para la época como Presidente del Centro Internacional de Estudios de la Vida Humana.

<sup>21</sup> Concretamente se refiere a los ministros Raúl Bertelsen Repetto y Enrique Navarro Beltrán.

Para Marshall (2008, p.155) la sentencia no resuelve la pregunta central que consiste en si la distribución del fármaco está prohibida o permitida por la Constitución. Con este fin, se debió haber hecho un análisis que considerara, por ejemplo, las normas penales que regulan la protección de esos bienes jurídicos. Tampoco se reflexionó sobre las garantías con las que el ordenamiento jurídico superior protege la autonomía de los ciudadanos de acuerdo con sus capacidades.

En consecuencia, la mayoría de los magistrados votaron sobre la base de que el feto es persona y por ende se exige un deber correlativo del Estado respecto a prohibir de forma absoluta darle muerte, como principio máximo. En todo caso, las explicaciones para eliminar la distribución pública de la PDD son insuficientes pues el TC no da cuenta acertadamente de todos los factores normativos involucrados y eso hace que se erosione la legitimidad de la decisión, de los principios subyacentes, y de la naturaleza y rol de éste.

De otra parte, Yanira Zúñiga (2008, p.159) examinó la sentencia desde el tema de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer señalando que históricamente se ha luchado por reivindicar su posición como sujeto de derechos acorde con corrientes del ámbito internacional que pregonan la protección de la maternidad voluntaria, el libre acceso a la contracepción y la despenalización del aborto. Sin embargo, asegura que esto no es relevante para el TC cuyo foco de análisis fue determinar si la PDD era abortiva o no, excluyendo de tajo otros intereses muy importantes para resolver. Afirma que ni siquiera se planteó un conflicto o colisión entre valores que permitiera utilizar el método de ponderación para decidir el caso.

Advierte además que el TC es acomodaticio en el sentido de que para fundamentar el asunto echa mano a las actas de la CEC, lo cual es altamente controversial e incluye instrumentos supranacionales que incluso suponen una prohibición absoluta del aborto. Dice esta jurista que en el ámbito internacional esta cuestión se ha abordado desde dos ópticas: una primera que establece un conflicto de derechos entre los de la madre y los del feto, en cuanto al neonato se le tenga como persona en la legislación interna; y una segunda que plantea un problema de límites a los derechos reproductivos de la mujer, cuando al feto se le considera sólo como objeto de protección por parte del ordenamiento jurídico interno.

Sostiene que prohibir la distribución pública lesiona el derecho de las mujeres más vulnerables a decidir sobre el número de hijos y el momento en el que los va a tener, más aún si han sido víctimas de violación, en cuyo evento, están obligadas a sufrir un trato aún más degradante por parte del Estado. La duda razonable planteada por el TC parte del respeto irrestricto al embrión, por encima de los derechos mismos de las mujeres, lo cual puede resumirse en dos premisas: “1) la maternidad es sólo un deber y no constituye nunca un derecho para las mujeres y 2) el cuerpo de las mujeres no les pertenece a éstas sino a un tercero, en este caso al Estado”.

Accatino (2008, p.162), por su parte, se enfoca en el tema de la duda razonable que plantea el TC como premisa fundamental al no existir elementos que convenzan a los magistrados, de manera definitiva, que la anticoncepción hormonal de emergencia afecta la vida del ser humano concebido y no nacido. Según su punto de vista, el voto de la mayoría está fundado en la opinión de expertos en la ciencia médica, quienes difieren considerablemente creando una incertidumbre que no debió haber llevado a ese resultado.

La crítica se centra principalmente en que en materia penal, por ejemplo, cuando se aportan por las partes declaraciones periciales que son contradictorias, el juez trata de valorarlas, antes de tomar una decisión y en caso de no poder resolver la duda se procede a la absolución. Por ende el TC debió haber ponderado de forma minuciosa los informes que se oponían y evaluarlos, y no excluirlos ante la ambigüedad.

Nogueira (2008, p.370) reconoce que el pronunciamiento tiene aspectos positivos y negativos. En primera instancia señala que se trata de un fallo “*leading case*” puesto que determina que el derecho a la vida se protege desde el instante mismo de la concepción, conclusión a la cual llega a partir del examen de todas las fuentes del ordenamiento jurídico internacional asumiendo la práctica del bloque de constitucionalidad, que hasta el momento el TC no había hecho, junto con la aplicación del principio *pro homine* o a favor de la persona.

Para este autor no queda claro si el fallo quiere establecer una jerarquía de derechos en el que la vida predomina sobre los demás, dejando sin efecto a los menos importantes; lo cual es discutible pues la teoría de los derechos humanos propende por optimizarlos y no por anularlos. Tampoco se resuelve respecto a la tensión entre los derechos de la madre y los del feto, y se cae en el error de tomar como incuestionables las actas de la CEC, olvidando el sentido actual y los cambios sociales. Un último elemento que se critica es que la duda razonable no quedó plenamente fijada, y se aplicó el principio precautelatorio sin un basamento adecuado.

### **Hechos posteriores y estado actual**

Como era de esperarse, con el fallo se desataron polémicas al interior de la sociedad, incluso se dijo que se acudiría a instancias internacionales de derechos humanos. De otra parte, algunos alcaldes pidieron la realización de plebiscitos para decidir sobre la entrega del medicamento en su comuna pues existía un descontento en la ciudadanía a raíz de dicha resolución; sin embargo ello no fue posible, en razón a que tal como lo dijo el mismo TC en su sentencia “Fluye de lo expuesto que tanto los órganos del Estado, como toda persona, institución o grupo se encuentran en el imperativo de acatar la decisión [...] porque ha ejercido la tarea que el propio constituyente le ha confiado de velar por la supremacía, sustantiva y formal, de la Carta Fundamental”.

Ante la duda respecto a la aplicación del fallo algunos alcaldes solicitaron a la Contraloría<sup>22</sup> que sentará posición sobre el asunto, para lo cual se expidió el dictamen 31.356 del 2009. A través de éste y con base en el pronunciamiento del TC, se dejó en claro que los establecimientos de salud municipal no podían repartir a sus usuarias la PDD. Este dictamen fue cuestionado ampliamente. En esa línea, Jiménez y Marshall (2010, p.63) sostienen que si bien es cierto este ente de control puede manifestarse sobre determinadas normas a través del procedimiento de “toma de razón”, no tiene una potestad legal que le permita aclarar, interpretar o dar alcance a las sentencias constitucionales con ocasión de consultas que se le hagan.

La vida jurídica de ese concepto fue corta, puesto que en el 2010 se expidió la Ley N° 20.418, que fijó las normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, permitiendo la distribución de la PDD en el sistema público. Esta norma tiene cinco artículos. En el primero se consagra el derecho que tiene toda persona a recibir educación, información y orientación en este asunto, en forma clara, comprensible, completa y, en su caso, confidencial, por cualquier medio, de manera completa y sin sesgo, cobijando todos los métodos pertinentes. También incorpora la obligación de que los establecimientos educacionales incluyan dentro del ciclo de enseñanza media, un programa de educación sexual.

El segundo se refiere al derecho a elegir libremente los métodos de regulación de la fertilidad femenina y masculina, aunque cuando sean solicitados por una persona menor de catorce años, el funcionario del sistema público o privado de salud está en la obligación de entregarlo, pero debe informar posteriormente a los padres o a un adulto responsable. En el artículo tres se reitera la confidencialidad y la privacidad.

De otra parte, el artículo cuarto está destinado a que el Estado adopte las medidas apropiadas para garantizar tales derechos poniendo a disposición de la población los métodos anticonceptivos, que cuenten con la debida autorización, tanto hormonales como no hormonales, excluyendo aquellos cuyo objetivo o efecto directo sea provocar un aborto. Finalmente en el artículo quinto se reitera el deber del funcionario de poner en conocimiento del Ministerio Público, los antecedentes cuando al entregar los métodos se presume la comisión de un delito contra la libertad sexual.

De acuerdo con lo anterior podría pensarse que en estos momentos el programa está funcionando adecuadamente y por ende la PDD puede adquirirse en el sistema público sin problema alguno, pero ello no es así. Según Schiappacasse (2011), la ausencia de un reglamento que operativice la ley ha sido la principal excusa para que se siga negando su suministro pues quedan dudas si está

---

<sup>22</sup> La LOC de la Contraloría General señala que los dictámenes de este órgano constituyen potestades administrativas que deben ser acatados por la administración pública o las instituciones sometidas a su control, por lo que su cumplimiento es obligatorio.



dirigido exclusivamente a mujeres adscritas al sistema público, o a todas sin excepción alguna. Ahora bien, a partir de la Ley N° 20.533 de 2011 las matronas han quedado facultadas para recetar y entregar los métodos, pero ocurre que cuando llega una joven a solicitarlos se verifica que esté inscrita, de no ser así se debe proceder a ello con lo cual se puede vulnerar la confidencialidad pues se debe visitar el hogar y además se requiere tiempo que es valioso para su efectividad como en el caso de la PDD.

Otro aspecto que es muy delicado es el relacionado con el deber de informar a las autoridades sobre posible delito sexual cuando se trata de menores de catorce años, en ese sentido ellas prefieren no acudir para no ser sometidas a una investigación penal. En algunas situaciones, se ha argumentado la convicción propia de los alcaldes<sup>23</sup> e incluso falta de disponibilidad para no ofrecerlo; esto no debería ser así pues el Gobierno nacional, a través del Cenabast, adquirió en el 2010, 49.000 dosis de la PDD<sup>24</sup> y actualmente se licitan la mitad de esa cantidad para ser distribuidas mediante el sistema público (Peralta y Flores 2011).

Ahora bien, respecto al panorama de la PDD en Latinoamérica, según un estudio del Consorcio Latinoamericano de Anticoncepción de Emergencia CLAE (Morán 2010, p.29) en la región ésta es una tarea pendiente para los diferentes gobiernos, especialmente debido a factores tales como barreras normativas y legales, resistencia del personal médico, violación de la confidencialidad y autonomía de los adolescentes, y falta de voluntad política.

El estudio creó un índice de accesibilidad en el que se nota que los países que mayores garantías ofrecen en este tema son México y Uruguay, mientras que la situación es crítica en Costa Rica, Perú y Honduras en donde no hay distribución en el sistema público. La investigación concluye que en Guatemala, Salvador, Nicaragua y Panamá, no obstante existir regulación que obliga a la entrega gratuita, esto no se está haciendo por motivos presupuestales y de disponibilidad misma del medicamento. Respecto al caso chileno, se destaca que existen normas (leyes) y protocolos referidos a la distribución de la PDD a pesar de que en la práctica esto no se esté dando, y pese a que la venta en farmacias se hace bajo el procedimiento de receta retenida.

En términos generales la situación frente a la distribución gratuita y pública es muy heterogénea. En ninguno de los países se menciona la PDD en el texto constitucional, sin embargo, sí hay referencia a políticas sexuales y reproductivas. Adicionalmente, se analiza cada país no sólo desde la entrega pública sin costo para quien la recibe, sino además desde la venta en farmacias

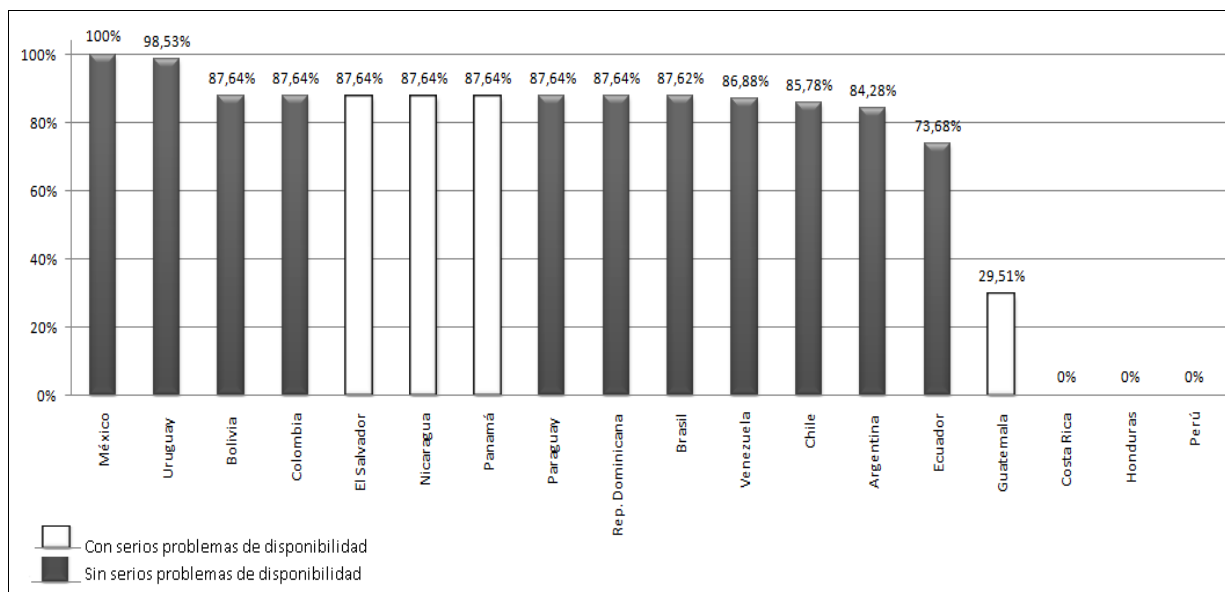
---

<sup>23</sup> Los alcaldes Manuel José Ossandón de Puente Alto y Rodolfo Carter de La Florida han hecho pública su negativa de distribuir la PDD. Ver [http://www.municipalidadlagranja.cl/Noticia/NoticiaDetalle.asp?Id\\_Noticia=888](http://www.municipalidadlagranja.cl/Noticia/NoticiaDetalle.asp?Id_Noticia=888) [Consultado: 20 de octubre de 2011].

<sup>24</sup> En estos momentos sólo existen dos marcas en el mercado, de una parte se encuentra Escapel en presentación de 1 o 2 dosis producidas en Hungría por el laboratorio Gedeon Richter SA y distribuidas por Framagé Limitada. Su valor está entre los \$9.800 y los \$11.600, según el caso. De otra parte está pregnon, en presentación de 1 y 2 comprimidos.

con o sin receta médica. Mediante este índice<sup>25</sup> la investigación ordena los países tal como se muestra en el gráfico número 1, en el cual se puede observar que algunos a pesar de tener valores altos, tienen serios problemas presupuestales o de disponibilidad.

**Gráfico número 1. Índice CLAE**



Fuente: Adaptación de CLAE 2010.

Es importante destacar que en Perú, el TC de ese país, en una sentencia muy similar a la emitida por el TC chileno en cuanto a argumentos (duda razonable, principio precautelatorio, principio *pro homine*, ausencia de análisis de los derechos de la mujer, etc.) decidió en el 2009 ordenar al Ministerio de Salud que se abstuviera de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada “píldora del día siguiente”, e instruyó a los laboratorios que la producen y comercializan, la inclusión en la posología de la advertencia de que dicho producto podría inhibir la implantación del óvulo fecundado.

A partir de este pronunciamiento, en el 2010 el Ministerio de Salud expidió una Resolución<sup>26</sup> a través de la cual dispuso que la Dirección General de Salud de las Personas y la Dirección de Medicamentos, Insumos y Drogas se abstengan de realizar cualquier actividad referida al uso del Levonorgestrel como anticonceptivo oral de emergencia. Diferente es el caso de Costa Rica en donde ésta no se encuentra normada, por lo que si bien su distribución no está expresamente prohibida, no existe un fármaco en el sistema como tampoco en el mercado.

<sup>25</sup> Denominado índice CLAE, construido a partir de la fórmula índice CLAE=(CA-ER-AC-OC-RP)\*100, donde CA es causa de acceso, ER es edades restringidas, AC es autonomía y confidencialidad, OC es objeción de conciencia y RP es restricciones político institucionales.

<sup>26</sup> Ministerio de Salud del Perú, Resolución Ministerial 652 del 2010.

## Actores: posiciones e intereses

En torno al debate de la política pública convergieron diferentes grupos de actores identificados a partir de sus intereses, con discursos y argumentos de difícil conciliación que polarizaron fuertemente el accionar público, siendo muy complicado pasar a posturas intermedias que aceptaran las partes, especialmente en el tema sexual y reproductivo, el carácter abortivo de la PDD y el conflicto entre derecho a la vida, la autonomía y los derechos de la mujer. En el relato se expusieron algunas de éstas, pero corresponde en este apartado profundizar en su contenido, de acuerdo con el gráfico número 2 que identifica los más relevantes según sean públicos o privados.

Gráfico número 2. Actores relevantes en el caso de la PDD



Fuente: elaboración propia

Respecto al Ejecutivo, la polémica ha tenido su punto más álgido durante los gobiernos de los presidentes de la Concertación, Lagos y Bachelet. El primero no exhibió su postura de manera tan clara mientras que la segunda se mostró activista como ministra de salud y como Presidenta de Chile, quien se involucró directamente en la defensa ante el TC y para que el proyecto de Ley presentado en el 2009 cursara con éxito la instancia legislativa. En esto influyó mucho el hecho de ser mujer, médica y sus convicciones personales.

No obstante, al interior del Gobierno, la defensa de la PDD ha estado en cabeza del ISP, el Minsalud, y el CDE, instancias que actuaron tratando de mostrar que ésta no tiene efectos abortivos sino simplemente anticonceptivos, mediante argumentos científicos y no de tipo moral o religioso; todo ello buscando la aplicación del método de forma voluntaria, además de la

equidad en su acceso. De todas maneras no fueron ajenos los conflictos internos que tuvieron que ver con el pensamiento propio de los funcionarios (Dides 2006, p.94).

El fallo del TC representó en su momento un duro golpe respecto de las metas del Gobierno en materia de salud pública por lo que se buscaron medidas alternas, ya que éste no había dicho nada en relación con la distribución privada, pese a haberse acogido la tesis de los efectos abortivos. El Gobierno entonces interpretó que tal vez podía hacerlo a través de las ONG o por medio de las universidades, sin embargo algunos de estos actores, que de alguna manera querían colaborar, finalmente no lo hicieron alegando razones morales, o ausencia de capacidad organizativa.<sup>27</sup>

Otra alternativa fue hacerse por medio de las municipalidades, que tienen ciertas atribuciones para ejecutar programas de salud pública, en especial en materia sexual y reproductiva, independientes a los ejecutados por el Minsalud. En algunas comunas, los alcaldes decidieron distribuirla y por tanto la compraron con recursos municipales para poder ofrecerla gratis. En otros, los mandatarios locales se resistieron,<sup>28</sup> incluso, como se mencionó antes, pidieron a la Contraloría General que diera su dictamen respecto a la forma cómo debían actuar. Según Irrázabal (2011) en el fondo lo que hace el ente de control es extender la prohibición implícita que se da con el fallo del TC a quienes lo estaban haciendo, con la consecuente reducción en su distribución.

De acuerdo con Irrázabal (2011) y Castro (2011) pareciera que al interior del la Contraloría existieran intereses en contra de que el reglamento de la Ley N° 20.418 no fuese expedido pues éste quedó redactado desde antes de dejar el cargo la Presidenta Bachelet. La ley sin embargo puede aplicarse directamente, aunque genere problemas en su operativización. Lo más difícil, según señalan fue la aprobación de la norma por parte del Congreso, ya que con los antecedentes del fallo del TC y la presión de los grupos de interés el panorama era desalentador.

En su momento, el Gobierno presentó el proyecto motivado por el interés de que la distribución pública de la PDD estuviera avalada desde el Parlamento, consciente de que era muy probable que no fuese aprobado, o que de ocurrir ello, la norma fuera llevada ante el TC y allí se declarara inconstitucional, pues también se debía agotar esta instancia al tratarse de una LOC. Según

---

<sup>27</sup> La periodista Ana María Morales señala que según un sondeo realizado por el Centro de Encuestas de La Tercera “el 75% de la población cree que la prohibición de entrega del medicamento en consultorios es discriminatoria y un 50% es partidario de que la medida se aplique también a las farmacias. Un 62% le entregaría la píldora a una hija que hubiese tenido relaciones sin protección”. Ver <http://aquevedo.wordpress.com/2008/04/13/75-de-poblacion-rechaza-decision-del-tc-sobre-pildora-del-dia-despues-2/> [Consultado: 1 de octubre de 2011].

<sup>28</sup> Según el diario La Tercera un estudio de la Flacso reveló que el 28,7% de los municipios “no entrega el fármaco, mientras un 38,6% lo hace en forma restringida (mayoritariamente para mujeres abusadas sexualmente) y sólo un 31,1% cumple con lo que señala la normativa, que es garantizar el acceso a toda persona que la necesite”. Ver <http://diario.latercera.com/2010/11/23/01/contenido/pais/31-45610-9-minsal-ordena-entrega-sin-restricciones-de-la-pildora-de-emergencia.shtml> [Consultado: 1 de octubre de 2011].

Irarrázabal (2011) era un riesgo que se debía correr porque la Presidenta Bachelet así lo había dispuesto.

En el Congreso, el problema no fue la derecha como se había pensado, sino la DC, y en particular la senadora Soledad Alvear, que terminó por incorporar al proyecto algunas modificaciones al proyecto que lo restringieron mucho, y que lo hicieron ambiguo, incluso condicionó el acceso a los métodos de anticoncepción siempre que éstos no sean abortivos. Según Castro (2011) en las discusiones de esa Ley sucedió que algunos parlamentarios de la UDI manifestaron para explicar su voto favorable que hasta antes de la discusión estaban convencidos de que la PDD era abortiva, pero que al documentarse, investigar y consultar el tema se dieron cuenta de lo contrario.

Dides (2006, p.94) sostiene que en los diferentes momentos en los cuales se ha discutido el tema en el Parlamento, al parecer los congresistas no atenderían a posiciones de partidos sino a convicciones personales, al tratar el asunto más desde lo moral que desde la óptica de la salud pública. Como se sabe, fueron los mismos parlamentarios quienes demandaron las resoluciones ante el TC. De acuerdo con Casas (2011) lo hicieron en razón a que no contaban con los votos para derogar la norma en sede legislativa puesto que la coyuntura política no permitía abrir un flanco de discusión, y por ende agendarlo podría tardarse demasiado. Por esta razón era más expedito acudir al TC que actúa, en este caso, como una tercera cámara donde acuden a reclamar los que no lograron la mayoría en el Congreso.

Eso llevó a que el Ejecutivo pusiera mayor énfasis para que el trámite ocurriera lo más rápido posible y alcanzara a salir antes de que terminara el período de la Presidenta Bachelet, puesto que luego de ello lo más seguro, de acuerdo con Irarrázabal (2011), era que la Ley no se aprobara. Finalmente al examinarse en sede de constitucionalidad por parte del TC, éste no dijo nada, sólo se pronunció respecto a libertad que tiene los colegios para decidir cómo manejar el tema de la educación sexual, que también aparece en la norma.

Frente a la relación entre los magistrados del TC y el Gobierno, ésta se dio de manera neutral, incluso el abogado Carlos Carmona quien es actualmente ministro del TC estuvo vinculado al Ejecutivo nacional, sin que hubiese influido en la decisión final. En cambio sí, un asunto que desató polémica fue el de la implicancia de algunos jueces; puntualmente el caso del ministro Raúl Bertelsen Repetto, quien pese a haber suscrito un informe contra la anticoncepción junto con otros profesores de la Universidad Católica, dentro del juicio de nulidad pública contra el ISP por autorizar la PDD, expresó no sentirse inhabilitado para votar.

En cambio Enrique Navarro Beltrán puso a consideración del TC su situación, pues él también había firmado tal informe. Al interior del TC la votación estuvo dividida, pero finalmente se

rechazó la implicancia de ellos. El ministro Juan Colombo y la ministra Marisol Peña insistieron en que la intervención de esos ministros afectaría la imparcialidad de la sentencia. Para Castro (2011), lo anterior junto con el voto del ministro Mario Fernández, constituyen situaciones preocupantes, ya que este juez manifestó la influencia de la iglesia católica para votar en contra de la distribución pública de la PDD.

Desde el ámbito privado, algunos centros de estudio opinaron e intervinieron, entre ellos cabe destacar el de bioética de la Universidad Católica, el Instituto Libertad y Desarrollo, y la Universidad de los Andes, los cuales abordaron el asunto con fundamento en consideraciones éticas, científicas, morales y jurídicas en contra de la PDD (2006, p.98). Por su parte las ONG dejaron ver diferentes posturas; algunas abogaron en favor y otras en contra.<sup>29</sup> Según Irrarrazabal (2011) Aprofa, por ejemplo, fue muy activa y apoyó al Gobierno, pese a no contar con la capacidad, ni los medios, ni profesionales dedicados al tema de forma completa, como sí ocurrió con la iglesia y la Universidad Católica.

En cuanto a lo anterior, se establecieron dos bloques de intereses: el de los médicos de la Universidad de Chile y el de los médicos de la Universidad Católica. Los primeros ayudaron al Ejecutivo a elaborar la defensa técnico científica en relación con los efectos no abortivos de la píldora junto con otras ONG acordes con lo aceptado por la OMS y las investigaciones del reconocido científico chileno Horacio Croxatto. Los segundos, en cambio, defendieron la tesis de las posibles consecuencias antimplantatorias a partir de estudios propios en donde al parecer éstas se presentaron como consecuencia de sobredosis (Irrarrazabal 2011).

Como era de esperarse la iglesia, de acuerdo con su tradición conservadora, emprendió su discurso en torno a la defensa de la vida y la familia y a favor del rechazo total al aborto y a la anticoncepción través discursos públicos, información y educación. También se sumaron a su posición, aunque en menor medida, las iglesias evangélicas y la masonería (Dides 2006, p.104). En ese sentido cada uno de los actores utilizó los mecanismos que les eran propios, por ejemplo la academia lo hizo a mediante debates ideológicos y la comunidad científica a través de investigaciones.

Según Castro (2011) se puso de moda para algunos actores que pretendían negarse a la distribución de la PDD alegar como argumento la “objeción de conciencia”, incluso las farmacias y laboratorios lo hicieron, situación que es controversial ya que es difícil aceptar que una persona jurídica tenga conciencia. Adicionalmente, su postura llevó a que en un momento determinado

---

<sup>29</sup> Dentro de las que se centraron el tema de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres están Aprofa, ICMER, Corsaps y el CEJIL. En un segundo grupo, con fuerte vinculación al movimiento de mujeres, se halla la Corporación de Desarrollo la Mujer “La Morada”, la Red de Salud de las Mujeres Latinoamericanas y del Caribe, la Fundación Ideas y el Foro-Red de salud y derechos sexuales y reproductivos, entre otros. Estas agremiaciones enfrentaron sus posturas a los argumentos presentados por los grupos denominados Pro-vida que defendieron el carácter abortivo de la PDD (Dides, 2006, p.94).

fuera imposible adquirir la PDD en el país, puesto que dada la estructura oligopólica mediante la cual operan, su poder de mercado hizo que su disponibilidad fuera nula de común acuerdo; así que no se podía comprar, ni siquiera con receta de un médico particular, y eso se estaba escapando al control del Estado, por lo que fue necesario iniciar investigaciones administrativas en su contra.

### **Algunos aprendizajes del caso**

Hasta aquí hemos visto cómo ha evolucionado el accionar del Estado chileno en torno al programa de disponibilidad pública de la PDD en varios momentos y los intereses de diferentes actores públicos y privados que han confluído en su modelamiento, con énfasis especial en la actuación del TC. Corresponde ahora presentar brevemente algunas lecciones que se pueden deducir de tales circunstancias en materia de política pública propiamente dicha, de acuerdo con las dimensiones de análisis planteadas:

#### *Dimensión gubernamental y de políticas públicas*

El programa de distribución gratuita de la PDD si bien actualmente está respaldado en una Ley emanada del Congreso Nacional, antes de ello, como política pública emanó del Ejecutivo y tuvo diferentes momentos de auge y de decaimiento. Con anterioridad al pronunciamiento del TC, el agendamiento del tema se produjo por la convicción propia de la presidenta Bachelet, como médica y mujer. Es necesario volver entonces a hacer público el tema a efectos hacer posible la realización expedita del programa.

En estos momentos su implementación está siendo obstaculizada por varios motivos, entre los cuales se encuentra el hecho de que aún no exista certeza absoluta respecto a sus efectos pese a lo manifestado por la OMS, además de la presión ejercida por parte de grupos de pensamiento conservador como la iglesia. Otro elemento a considerar es el hecho de que a la fecha no se haya expedido el reglamento técnico por parte del Gobierno que permita operativizar y aclarar los procedimientos que aseguren la protección de bienes jurídicos tan importantes como la salubridad pública y los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

#### *Dimensión de política y proceso legislativo*

Como se anotó, el trámite de la Ley que permitió en el 2010 la distribución pública gratuita de la PDD venció los obstáculos ideológicos en el Congreso con relativa facilidad; pese a ello éstos aún subsisten a la hora de implementarla, y en tanto algunos alcaldes se niegan a suministrarla a través del sistema de salud, apoyados por sus grupos políticos, lo cual impacta en la ciudadanía de manera negativa, siendo pocas las acciones que desde el mismo seno de la sociedad civil y los

medios de comunicación se están adelantando con miras a presionar a la instancia gubernamental para que ejecute la Ley.

De otra parte, y por lo reciente del caso, se pueden obtener aprendizajes a la hora de llevar a cabo debates de políticas controversiales relacionadas con el aborto y la eutanasia, por mencionar algunos, en los cuales podrían replicarse las acciones de los grupos de interés en torno a estos temas y su *lobby* para que los congresistas y sus partidos defiendan y validen sus intereses.

#### *Dimensión constitucional y de derechos humanos*

El TC como actor de reserva en materia de políticas públicas, se activó en este caso a solicitud de un grupo de parlamentarios, quienes al no tener el escenario propicio para ganar el debate, lo trasladaron a la instancia constitucional. Allí, ellos y los grupos de interés que no pudieron moldear la política en las instancias de diseño, presionaron para que al interior del TC se les avalara en sus posturas utilizando mecanismos tan poderosos como la religión y la moral.

Esto explica por qué en la sentencia no se ampararon los derechos de las mujeres ni se dio un manejo adecuado a la prueba, sin que se haya hecho un estudio juicioso respecto a los derechos en pugna y su solución mediante los métodos que actualmente se utilizan en la mayoría de países donde existe justicia constitucional. Incluso el fallo fue replicado en Perú a través del TC de ese país, causando problemas similares en el diseño institucional y en las políticas de salud pública.

Lo anterior habida cuenta de que el debate no tuvo como centro de gravedad el derecho a la salud, que pertenece a la categoría de aquéllos denominados DESC, sino que se basó en el derecho a la vida del que está por nacer, catalogándolo como absoluto y aislando en buena medida cualquier otro tipo discusión a profundidad sobre otros derechos que también podrían haber estado en juego.



### EL CASO DE LA TABLA DE FACTORES DE RIESGOS -TFR- DE LAS ISAPRES

#### Financiación de los sistemas de salud

El tema de la financiación de los sistemas de salud está vigente en todo el mundo. Al respecto, la OMS (2010, p.xii) ha analizado el panorama internacional y ha encontrado que en la actualidad la preocupación de los gobiernos en la materia se centra en recaudar suficiente dinero para sufragarla; eliminar las barreras económicas de acceso y reducir los riesgos financieros de la enfermedad; y aprovechar mejor los recursos disponibles.

Tradicionalmente han existido dos modelos de financiación: el privado y el público. El primero, diseñado por Bismark, se ha dado principalmente en Estados Unidos y se basa en un tipo de medicina prepagada; el segundo, formulado por Beveridge, al cual pertenecen Cuba e Inglaterra, tiene su base en la financiación pública. Pese a ello, hoy en día cada uno ha perdido aplicabilidad como sistemas puros en materia de política pública, por lo que aparecen enfoques mixtos con el fin de hacer posible la salud como un derecho de las personas y no como un simple servicio que se compra por parte de los usuarios.<sup>30</sup>

Zúñiga (2007, p.238) sistematiza en cinco categorías los esquemas básicos de financiamiento sanitario. Éstos son: impuestos generales, seguro social, seguros privados, pago por servicios, y sistema de financiamiento comunitario. Respecto al primero, señala que es el más utilizado en el ámbito mundial, y de acuerdo con el BID, sostiene que mientras que los pobres asignan sólo un 18% de sus ganancias, por tener menos base impositiva y menos capacidad en la recaudación, los ricos llegan hasta un 48%. Estos impuestos son generalmente de recaudación específica y además ayudan a disminuir el consumo de ciertos bienes que afectan la salud, tales como el tabaco y el alcohol.

De otra parte, está el sistema del seguro social, que tiene como características ser obligatorio para ciertos grupos como son los trabajadores y tener una prima determinada por Ley, por lo que se someten a un procedimiento rígido en su diseño y modificación. Diferente es el caso de los seguros privados en los cuales existe un contrato entre asegurado y asegurador, dentro de una

---

<sup>30</sup> La Asamblea Mundial de la Salud, en el 2005, adoptó una Resolución mediante la cual se insta a los Estados miembros a proporcionar a toda la población el acceso a servicios sanitarios necesarios (incluida la prevención, la promoción, el tratamiento y la rehabilitación) de calidad suficiente para que sean eficaces; y a garantizar que el uso de estos servicios no exponga al usuario a dificultades financieras.

lógica de mercado, por lo cual a mayor precio mayores prestaciones y calidad, y por ende las personas con un alto riesgo de enfermarse pagan más.

Complemento de lo anterior es el pago por servicios, que puede estar dado en cualquiera de los dos sistemas anteriores y se usa ya sea para moderar el uso de los mismos o para cubrir exclusiones, totales o parciales. También pueden darse ante la ausencia de un sistema de aseguramiento. Finalmente se encuentra el financiamiento comunitario, mediante el cual se efectúan contribuciones a un administrador quien, de manera directa o indirecta, entrega un paquete de productos que generalmente lleva implícito el criterio de solidaridad, a través del cual los sectores que más recursos tienen, o que menos utilizan los servicios, financian a los otros.

Asimismo, puede hablarse de sistemas sanitarios progresivo, proporcional y regresivo, de acuerdo con la relación entre la capacidad de pago y el monto a pagar por éstos. Es progresivo si éste crece en la medida en que los usuarios tienen más recursos; es proporcional si la magnitud de éstos es la misma para todos los que pertenecen a un mismo nivel; y adicionalmente, es regresivo si la proporción de lo pagado cae en la medida en que los recursos se incrementan.

Otra forma de verlos, ya no puramente desde la financiación sino desde el punto de vista de los actores que participan (Zúñiga 2007, p.239) es como sistemas unificados y sistemas pluralistas. En el primer evento se busca un acceso universal a través de la intervención estatal, por ende suelen darse en el modelo socializado como es el caso de Canadá y los países escandinavos. En éste nadie está excluido, pero se generan problemas de ineficiencias y una fuerte presión fiscal que ejerce el gasto en salud que no puede reducirse. En la otra vereda están los sistemas pluralistas, en los que existen uno o varios prestadores con o sin ánimo de lucro. En ese sentido, es posible tener sólo seguros privados e incluir subsidios estatales, incluso ofrecer de manera alterna seguros públicos gratuitos, como es el caso de Reino Unido y España.

Según la misma OMS (2010, p.xv) la financiación no es simplemente el recaudo, sino que además tiene en cuenta a quién se le cobra, cuándo y cómo se gasta el dinero. De tal forma que se da desde las personas, las familias y las organizaciones y se concreta en el pago de impuestos (generales o específicos), contribuciones de seguros médicos (obligatorias o voluntarias), desembolsos de los pagos directos (ej. cuotas de los usuarios), y donaciones. Una vez se tiene el dinero, lo que debe suceder es que se mancomune en un fondo mediante el cual todos asuman el costo del sistema y no sólo los que se enferman, a partir de la difusión de los riesgos financieros asociados a la necesidad de utilizar los servicios de manera anticipada.

A su turno, el pago permite la compra de los servicios que según la OMS puede hacerse entregando el presupuesto directamente a los prestadores (integración de la compra y el suministro); mediante una agencia de compras separada institucionalmente (ej. un fondo de

seguros médicos o una autoridad del Gobierno) que adquiere los servicios en nombre de una población (la división comprador-proveedor); o pagando a un proveedor del propio bolsillo de los usuarios.

Muchos Estados son conscientes de lo que implica el pago directo, especialmente cuando las personas no cuentan con los recursos necesarios, pues impide el acceso de forma temprana evitando que las enfermedades se propaguen o se curen en una etapa de poco avance; y adicionalmente pueden llevar a la ruina a las familias. Según la OMS (2010, p.6) “En algunos países, hasta un 11% de los ciudadanos sufren este tipo de dificultades financieras graves cada año y hasta un 5% se ven arrastrados a la pobreza porque tienen que pagar los servicios sanitarios en el momento de recibirlos”.

La recomendación concreta de ese organismo es lograr la cobertura universal y los fondos mancomunados. Para ello señala que se debe entender que los sistemas necesitan aprender y adaptarse constantemente pese a su resistencia al cambio, igualmente los estados deben evaluar su situación actual y el grado de solidaridad social que haga posible establecer su financiación, además de pensar cómo se sostendrán estos fondos a largo plazo.

Otros retos que se plantean son: el recaudar más dinero, mantener un nivel adecuado de protección del riesgo financiero y mejorar la eficiencia y la equidad del empleo de los mismos. En ese sentido y tratándose de un bien que genera externalidades positivas, uno de los desafíos actuales es garantizar el acceso y la equidad, pero para ello le corresponde al Estado un papel activo que asegure una apropiada redistribución de recursos y el buen funcionamiento del mercado.

En Chile, la Constitución Política consagra el derecho a la salud en el artículo 19 numeral 9, en el cual se señala que el Estado protege el libre e igualitario acceso a las actividades de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo y que le corresponde la coordinación y control de las acciones relacionadas con el tema. Por tanto, se asume que es deber preferente garantizar el servicio, sea que se preste a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y bajo los parámetros que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Finalmente preceptúa que cada persona tendrá el derecho a elegir el régimen de salud al que desee acogerse, sea estatal o privado.

O sea que desde la misma Carta se ha establecido un régimen dual público-privado con posibilidad de libre elección que sólo es factible si éstos tienen características homogéneas, conocidas por la ciudadanía, y si los usuarios poseen la capacidad económica para acceder a los servicios. Básicamente, se pueden observar puntos claves de distinción entre los sistemas, a partir de los ámbitos de financiación, aseguramiento y provisión, que se concretan en que para los

afiliados al público existe un subsidio estatal parcial, mientras que para los privados no. Por ende, el régimen público es solidario, ya que el Estado garantiza prestaciones a personas que no tienen recursos suficientes, a su vez que el régimen privado se asemeja a un seguro privado cuyos mayores beneficios están ligados a primas más onerosas.

Otro aspecto en que difieren es que frente al primero se da una vinculación automática con un plan único en cabeza de Fonasa, lo cual no sucede en el segundo puesto que se exige un contrato entre usuario e Isapre que rige la dinámica de los servicios, ligada a coberturas asociadas a costos que se van incrementando dependiendo de si los riesgos aumentan. De igual forma, en el sistema del Fonasa la cotización siempre es del 7% sobre la renta imponible, mientras que en el sistema privado ese valor generalmente es mayor, en al menos tres puntos, pues han dependido de las preferencias de los usuarios y de las TFR.

Hasta el 2010 el precio que se pagaba en el sistema de las Isapres estaba dado por un precio base de acuerdo con el plan contratado, al cual se le aplicaban los factores de riesgo contenidos en una tabla elaborada por las Isapres mediante lineamientos definidos por las Superintendencia de Salud. Estas dependían de la edad, el sexo y la condición de cotizante o carga, la que a su vez era conocida y aceptada al momento de suscribir el contrato o incorporarse, y no podían variar mientras la persona permaneciera adscrita a ese plan.

Precisamente esas condiciones cambiaron a partir de la intervención del TC, por lo que a continuación se hace un relato histórico que da cuenta de lo que sucedió antes de la sentencia, al momento del pronunciamiento judicial y con posterioridad a éste, lo cual corresponde a la situación actual; adicionalmente se hace un análisis de los actores más relevantes que incidieron, para finalizar presentando algunas enseñanzas particulares en el ámbito de las políticas públicas, a partir de las dimensiones de análisis establecidas para tal propósito.

### **Contexto histórico previo al fallo del TC**

La intención inicial del Gobierno al establecer las dos formas de prestación del servicio de salud: la estatal y la privada, no fue generar un sistema inequitativo o disfuncional, fue por el contrario crear mayores posibilidades para los chilenos y una sana competencia por el mercado, que pese al transcurso del tiempo no ha logrado sus cometidos, ya que entre otras muchas falencias, no ha sido posible que la ciudadanía diferencie las características propias de cada uno, lo que ha permitido que actualmente los usuarios tengan las mismas expectativas sobre uno y otro, indistintamente (Vivanco 2010).

En 1981 se expidió el DFL número 3 del Minsalud, que hizo posible una de las reformas más grandes en materia de salud, con lo cual la administración de la cotización obligatoria en las Isapres pasó a ser privada, y a Fonasa se le encargó la fiscalización de estas instituciones previsionales en cuanto a acreditación, mantención de un capital mínimo y respecto al establecimiento de garantías sobre los recaudos percibidos y facultades para sancionar y para cancelar su registro.

En 1990, se promulgó la Ley N° 18.933 que creó la Superintendencia de Isapres, organismo autónomo dependiente del Minsalud, cuya misión fue supervisar el cumplimiento de las obligaciones legales de estos prestadores y los contratos de salud que suscriben con sus usuarios, además de regular el mercado y asegurar el equilibrio del sistema en el largo plazo. Para la época, las TFR no se explicitaban en la norma ni en los contratos, por ende cada Isapre tenía amplia libertad para establecer la tarificación, lo cual era poco transparente.

Posteriormente, en 1995, a través de la Ley N° 19.381 se realizaron modificaciones al sistema buscando darle estabilidad financiera, por ello, las Isapres fueron facultadas para revisar los contratos de salud en cuanto a precios, prestaciones convenidas y naturaleza, y monto de los beneficios, generando en algunos casos planes con pagos extras que se tradujeron en discriminaciones y baja cobertura sin un verdadero control al respecto. Pese a que la Ley no mencionó las TFR, fue la Superintendencia, mediante Circular, en 1998 quien reconoció su aplicación y ordenó que los factores de riesgo fueran incorporados al contrato de salud. Es decir que se estableció un factor constante invariable en el tiempo, adicional a un precio base reajutable. Inicialmente fue un tema complejo que los usuarios no comprendían totalmente (Inostroza 2011).

La Ley N° 19.895 de 2003, llamada “Ley Corta de Isapres”, reguló la solvencia que debían cumplir estas instituciones de salud previsual. Además, en 2004, mediante la Ley N° 19.937, Ley de Autoridad Sanitaria, se creó la Superintendencia de Salud, en reemplazo de la Superintendencia de Isapres. Ese mismo año también se expidió la Ley N° 19.966 del Plan Auge, la cual estableció un plan de garantías explícitas de salud obligatorio para Fonasa y las Isapres denominado GES, que posibilitó tratamientos estandarizados para un conjunto de enfermedades priorizadas por su alto impacto en la salud y en lo social.

Para el 2005 se promulgó la Ley N° 20.015 conocida como “Ley Larga de Isapres”<sup>31</sup> que entre otros introdujo reformas al funcionamiento del Sistema Isapre, reguló el proceso de adecuación anual de contratos, las alzas de precios, las TFR y creó el Fondo de Compensación Solidario para el GES entre las Isapres. Asimismo, ordenó que la estructura de las TFR fuera fijada de manera

---

<sup>31</sup> A partir de las facultades otorgadas en la Ley N° 20.015 el Minsalud procede a expedir el DFL 01 de 2005 mediante el cual se fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2763 y de las leyes N° 18.933 y N° 18.469.

general por la Superintendencia de Salud de acuerdo con los tipos de beneficiarios, sexo y condición de cotizante o carga, y rangos de edad.

Se reguló de esta forma, la dinámica frente a cómo se debían organizar las TFR y el número máximo de planes de salud que cada Isapre podía mantener en comercialización puesto que se estima que para ese año existían 9.500 aproximadamente (Nancuante 2011). Adicionalmente, se intentó brindar mayor información para que los afiliados pudiesen comparar y elegir mejor su opción de salud. En esencia, se estableció en el sistema privado de salud un contrato de seguro individual o familiar cuya prima depende del monto cubierto multiplicado por la probabilidad del riesgo asegurado.

Así, la cotización quedó compuesta por un precio base, que es el mismo para todos los adscritos a un determinado plan y que las Isapres pueden modificar sólo una vez al año, bajo las condiciones de Ley; un factor etario de acuerdo con las TFR de los planes de salud según se trate del titular del contrato o de los beneficiarios, hombres o mujeres, que cambia de manera automática cuando un miembro del grupo familiar cumple una cierta edad; y un componente de GES que el Estado asegura a toda la población sin distinción alguna. Por ende, bajo los elementos mencionados la cotización resulta de multiplicar el precio base del plan respectivo por la suma de factores etarios más el precio de la GES por cada beneficiario.

Sin embargo, el sistema privado, objeto de estudio, no ha respondido a las expectativas de sus usuarios. La denegación de prestaciones de salud, los cambios de precios y las discriminaciones por factores de riesgo llevaron a que la ciudadanía empezara a demostrar su descontento por la vía judicial, amparados en que la Constitución Política, además de enunciar los derechos, trae como garantía de efectivización el ejercicio de acciones jurisdiccionales, tales como el recurso de protección ante las cortes de apelaciones, cuando exista un comportamiento ilegal que prive, perturbe o amenace un legítimo derecho, como sería en estos casos la vida, la propiedad privada y la libre elección en el sistema salud, entre otros.

Por ende, en el periodo 2005 a 2010 se emprenden cientos de recursos de protección por parte de los usuarios para hacer efectivo el derecho a la salud, de forma indirecta, puesto que mediante esta acción sólo puede invocarse, en teoría, otros derechos; y en lo que respecta a los prestadores sólo frente a la violación de la libre elección entre un sistema privado o público. La debilidad y falta de precisión del amparo legal hizo que se inadmitieran muchas peticiones; por ende, a abril de 2010 existían de veintiún fallos dictados por la justicia constitucional respecto al costo de los planes de salud (Vivanco 2010, p.146).

## La sentencia del TC

El TC inició el conocimiento de estos asuntos por vía de inaplicabilidad, hacia el 2008 y empezó, de manera tímida, a analizar si las TFR se ajustaban o no a la Carta Política. De esta manera, el momento cumbre de la controversia judicial se produjo en agosto del 2010 cuando el TC emite la sentencia<sup>32</sup> que cambia la forma de entender las TFR, producto de un proceso iniciado de oficio en el cual declaró la inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, lo que significó modificar la forma de entender las TFR, tal como estaban estructuradas. En ese sentido Zúñiga (2011) afirma que la sentencia del TC en Chile reconoce por primera vez y en forma acertada, el derecho a la protección de la salud, o sea hay un antes y un después.

Dentro de los temas claves que comprende el fallo se pueden encontrar: el principio de dignidad humana como base de la interpretación constitucional; la doctrina en torno a que los DESC son derechos fundamentales al igual que los civiles, con su consecuente respeto, protección, promoción y garantía por parte del Estado; la igualdad ante la ley; los elementos de orden público presentes en el contrato de salud; y la potestad para deslegalizar materias que constitucionalmente le pertenecen al Congreso.

Sus ministros<sup>33</sup> acordaron que el sistema era discriminatorio al cobrar un mayor valor dependiendo de la edad y del sexo sin tener en cuenta criterios razonables. Además cuestionaron y eliminaron la potestad de la Superintendencia para determinar los tramos de riesgo que legitiman a las aseguradoras para incrementar el precio de los planes en función de las mismas. Adicionalmente se reconoció que si bien es cierto existen argumentos técnicos para aplicar las alzas, ello no puede servir para justificar los aumentos excesivos que se venían realizando.<sup>34</sup>

En resumen, los derechos conculcados por la norma en cuestión se circunscriben al campo de la dignidad y la igualdad, y a la protección a la salud. Respecto a lo primero, el TC ha dicho que:

[...] si bien las diferencias fundadas en los criterios de la edad y del sexo de las personas, no son, en sí mismas, jurídicamente reprochables, ni tampoco *prima facie* arbitrarias, siempre que respondan a una fundamentación razonable, sí lo son aquellas que se derivan de dichos preceptos. En efecto, los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 son contrarios a la igualdad ante la ley asegurada en el numeral 2°

---

<sup>32</sup> Tribunal Constitucional: *Requerimiento de inconstitucionalidad contra el artículo 38 ter de la Ley de Isapres*. Rol 1710. Sentencia de fecha 6 de agosto de 2010.

<sup>33</sup> A favor votaron los ministros Marcelo Venegas, Hernán Voidanoivic, Mario Fernández, Carlos Carmona y José Antonio Viera Gallo; mientras que en contra, Marisol Peña y Enrique Navarro.

<sup>34</sup> De acuerdo con el Diario La Tercera, a 2010 "La diferencia en el precio de un plan de salud entre un hombre de 32 años y un adulto mayor de 69 años puede ser de hasta cuatro veces: el primero paga una tarifa promedio de \$ 33.600, y el segundo, \$ 142.128. En tanto, la diferencia entre un hombre de 32 años y una mujer de esa edad es un poco más del doble: \$ 33.600 contra \$ 91.392". [http://latercera.com/contenido/680\\_279743\\_9.shtml](http://latercera.com/contenido/680_279743_9.shtml) [Consultado 16 de mayo de 2011].

del artículo 19 de la Carta Fundamental, toda vez que admiten el establecimiento de diferencias arbitrarias al no instituir límites idóneos, necesarios, proporcionados y, por ende, razonables, respecto del ejercicio de la potestad discrecional que el mismo precepto legal le entrega a la Superintendencia [...] (Rol 1710 de 2010, numeral 146°).

Frente al derecho a la salud, el TC ha expresado que:

“los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 resultan contrarios a la Constitución, en cuanto impiden garantizar el libre igualitario acceso de las personas a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y el derecho que les asiste a elegir el sistema de salud a que deseen acogerse, sea éste estatal o privado, ambas garantías previstas en el número 9° del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Además, el aumento desmedido del precio de los planes de salud al que conduce la amplitud no razonable que la disposición en examen permite, especialmente en los tramos de edad superiores, produce la calidad de “cotizante cautivo” que obliga a emigrar a un sistema al que la persona no desea pertenecer, lo que riñe directamente con el texto constitucional; (Rol 1710 de 2010, numeral 157°).

Asimismo ha sostenido 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; (Rol 1710 de 2010, numeral 160°).

En ese sentido, el TC instó a los poderes colegisladores a regular la materia a través de una Ley especial y no delegando el asunto en la Superintendencia de Salud. También se reflexionó sobre la necesidad de incluir criterios de solidaridad en el régimen privado que efectivicen el derecho a la salud sin discriminación alguna. Por ello, en dicho pronunciamiento, el TC recuerda al legislador que debe hacerse cargo de la expedición del marco que regirá las TFR sujeto a unos parámetros razonables de proporcionalidad y de racionalidad. Se concluye además que en los contratos con las Isapres hay elementos de orden público que son revisables cuando existan cambios del ordenamiento jurídico futuro pues éste es indefinido, de tracto sucesivo y de revisión periódica (Nogueira 2010, p.797).

El rol del TC en este caso cobra importancia ya que ratifica la idea de que los ciudadanos empiezan a verse como sujetos de derechos y no como simples receptores de servicios y en virtud de ello acuden ante la justicia. De acuerdo con Coddou (2010, p.64), el TC es consciente de que



sus decisiones tienen la posibilidad de generar mensajes fuertes que alteran la racionalidad de los agentes del sistema, pues muchos de los usuarios pueden retomar los argumentos de una situación particular para que se les trate igual, y por eso, insiste en lo que hay detrás del efecto interpartes cuando se falla la inaplicabilidad de una norma de tal naturaleza.

El mismo autor plantea que respecto al caso de las Isapres, es lógico que una TFR que se diseñó de manera no democrática difícilmente pase la prueba de controles de razón pública y de universalidad, que son la base de la teoría política; sobre todo si considera como fundamentales en la prestación del servicio de salud, el género y el envejecimiento, lo que justificó la intervención del TC que fue decisiva para normalizar los efectos que estaban produciendo una serie de recursos de protección presentados por los ciudadanos, de forma individual ante los tribunales.

### **Hechos posteriores y estado actual**

Independientemente del pronunciamiento del TC frente a las TFR se han generado debates a favor y en contra de que éstas se sigan aplicando. Algunos consideran que lo que hay que hacer es eliminar las TFR e instaurar un fondo solidario de compensación de riesgos, junto con un plan universal con coberturas básicas, que puede ser complementado por quienes decidan pagar más, mediante un valor único de base, donde los tramos de menos riesgos subsidien a los más riesgosos.

Nancuante (2011) es partidario de garantizar un plan único de salud en el sistema Isapres, tal como existe para Fonasa, con un financiamiento estatal, o subsidio estatal y que la persona contribuya con su cotización a financiarlo parcialmente, y por tanto eso significa crear un fondo de salud en que se sumen todas las cotizaciones y los aportes estatales, sin embargo no explica cuáles son las restricciones que deberá afrontar ese diseño. Ya se había dado un gran paso respecto a atenuar la inequidad, con el Plan Auge, el cual a través de las GES no discrimina por factores de riesgo.

El problema es que alguien debe asumir el mayor gasto en salud, especialmente el que se da asociado a mayor riesgo debido al sexo y la edad lo que desata una controversia respecto a si lo debe hacer el Estado de manera general vía subsidios, o si se instala un sistema solidario desde lo privado que permita que un joven, por ejemplo, subsidie a una persona mayor, pero ello depende directamente de la generación de una cultura de ayudar a los demás, por encima del individualismo económico.

Según Arteaga (2011) desde una perspectiva de seguridad social, la condición básica para que ese arreglo funcione es que el riesgo individual esté desvinculado de la capacidad de contribución, por ende se defiende una solidaridad de ingreso, es decir que el que más tiene ayuda al que poco tiene, una solidaridad de salud, que se da cuando el sano financia al enfermo y también una solidaridad intergeneracional, que significa que los jóvenes colaboran con los viejos.

Simón (2011) considera que si un individuo necesita subsidios para poder alcanzar la atención mínima es el Estado quien debe garantizarla, y en esa medida sólo puede adscribirse al privado quienes naturalmente tengan la capacidad para asumir los costos que signifique el plan de salud que adquieran. Para ello hay que tener en cuenta que los grupos más riesgosos son las personas mayores, las mujeres en edad fértil y los niños menores de un año. La lógica actual es que la cotización sea totalmente individual y tenga por destino cubrir las necesidades de la persona que paga y de su grupo familiar, razón por la cual redistribuir tal aporte puede llevar a situaciones extremas que pueden poner en peligro el funcionamiento del sistema.

Durante las reformas que se hicieron al sistema de salud en el 2003 y el 2005 se presentaron cinco proyectos de Ley en los cuales la visión del Gobierno de la Concertación fue la de crear el fondo para ambos regímenes, pero la oposición, entendiéndose la Alianza, rechazó esa propuesta, argumentando que era inconstitucional en cuanto las cotizaciones son de propiedad del usuario y por ende no pueden transferirse a otros individuos.

Según Inostroza (2011) los partidos de la Alianza amenazaron que si se aceptaba la solidaridad, además de demandar la norma ante el TC, rechazarían la reforma al plan Auge y en ese sentido, la Concertación se quedó limitada para avanzar en ese esquema, por lo que finalmente se dejó planteado el tema para posteriores debates. Este proyecto se presentó como una moción parlamentaria del diputado Burgos, firmado con otros cinco congresistas, previamente concertado con el Gobierno, pero no fue acogido por el Congreso.

Vivanco (2010) opina que la reajustabilidad que se deduce de las TFR permite la viabilidad económica de las Isapres y del sistema en general, por ende su supresión no agrega solidaridad y podría llevar al colapso. En ese sentido, las TFR buscan salvaguardarlas de mayores costos basados en la incertidumbre, pues de lo contrario se violaría la libre elección, el derecho la propiedad, y la igualdad ante el ordenamiento jurídico. Sostiene que la solidaridad no puede hacerse con cargo a los particulares y que las TFR sólo pueden ser eliminadas si el Estado provee el dinero necesario para cubrir esas diferencias.

Pero hay que ser cauto a la hora de introducir modificaciones al sistema, ya que ello puede significar entrar en un proceso de unificación de los regímenes. Para Zúñiga (2011) adoptar un sistema único no es necesario ni deseable. En particular porque habría dificultades

constitucionales para prohibir los sistemas privados de salud relacionados fundamentalmente con el derecho a la vida, la igualdad ante la Ley y la libertad de elección. Cuba, Canadá y Noruega han sido ejemplos de sistemas sanitarios públicos con prohibición de funcionamiento de los privados.

No obstante, Canadá, desde el 2005, tuvo que comenzar a incorporar el privado, ya que la Corte Suprema de ese país consideró inconstitucional prohibirlos puesto que podrían afectar el derecho a la vida cuando se padece alguna enfermedad grave y el paciente se tiene que someter a listas de espera. Lo que sí aclara es que discriminar por factores de riesgos corresponde a una anomalía absoluta desde una perspectiva de seguridad social.

La OMS ha dicho que los sistemas de salud deben cumplir con dos condiciones básicas: la universalidad que supone eliminar cualquier tipo de discriminación y la garantía de un mínimo básico, que no se garantiza ni siquiera con el Plan Auge, en el caso chileno. Otra característica propia es que está poco regulado y la normatividad que existe se inclina a favorecer económicamente a las Isapres. Afortunadamente, las cortes de apelaciones y la Corte Suprema en pronunciamientos recientes han ido avanzando en el criterio de universalidad en las prestaciones.

A raíz de la sentencia se ha generado un grado de incertidumbre bastante fuerte porque se requiere una Ley que regule el vacío dejado por ésta. Por ahora el efecto ha sido dejar en libertad a las Isapres para que hagan las alzas las veces que quieran sin límite ni momento determinado. Las TFR no se están aplicando y se está cobrando solamente un alza uniforme para todos los individuos (Inostroza 2011).

Para solucionarlo, durante el primer semestre del 2011 se presentó, por parte del Ejecutivo, un proyecto de Ley Corta de Isapres al Congreso Nacional que establecía una TFR atenuada y eliminaba la potestad para que la Superintendencia interviniera en su diseño o fueran expedidas por las mismas Isapres. Así mismo, creaba un índice de precios de la salud y un panel de expertos, que debe diseñar una banda para su implementación. No obstante, el proyecto fue retirado.

Al respecto Arteaga (2011) ha sostenido que la atenuación no resuelve el problema de fondo puesto que antes de pensar en las TFR hay que saber si las Isapres forman parte del sistema de seguridad social, es decir si son o no seguros privados, o son entidades privadas que administran un seguro que es público. Si se trata de un seguro privado, como los de vida, en los cuales una persona en situación de incertidumbre futura está dispuesta a sacrificar una parte marginal de sus ingresos para reducirla, entonces estarán excluidos de la noción de seguridad social.

Señala además que la principal dificultad se encuentra en que para eso debe existir en el mercado un oferente dispuesto a brindar tal producto, que es el seguro, bajo condición de que no exista

certeza absoluta. Vale decir, el riesgo tiene que ser menor que uno, si es uno, entonces no hay nada que asegurar, y qué sucede con la enfermedad que es una circunstancia propia de la naturaleza humana con las cuales algunas veces se nace y siempre va a estar presente. Lo que realmente sucede es que si se trata de una enfermedad o consulta efectivamente puede catalogarse como un evento cierto, pero ese hecho concreto o aislado no es el que debe apreciarse para definir el costo del plan, sino la frecuencia de eventos, que es lo que lo hace incierto.

Concluye que las Isapres no son seguros privados sino entidades privadas que administran seguros públicos, y por ende están legítimamente autorizadas desde su creación para discriminar por riesgo individual aumentando la tasa de cotización, por tanto eso explica que se haya llegado a esta situación en que el diferencial entre el que tiene menos riesgo y el que tiene más riesgo, implica doce veces los factores. Eso se traduce finalmente en precios y por ello cualquier medida para atenuar las TFR no resuelve el conflicto. Sin embargo es viable pensar lo contrario, es decir que se trata de seguros privados regulados.

La idea de transformar las Isapres en verdaderos organismos de la seguridad social no ha tenido mucha acogida, aunque sí se ha hecho énfasis en la propuesta del fondo solidario, incluso a través de impuestos generales, que son más progresivos o mediante cotizaciones vinculadas al trabajo. Así mismo, desde el punto de vista de la administración de los fondos también puede haber un fondo nacional al estilo canadiense, o fondos múltiples. Cada solución tiene ventajas y desventajas, pero ello deberá evaluarse acorde con los objetivos de política pública que se tracen (Arteaga 2011).

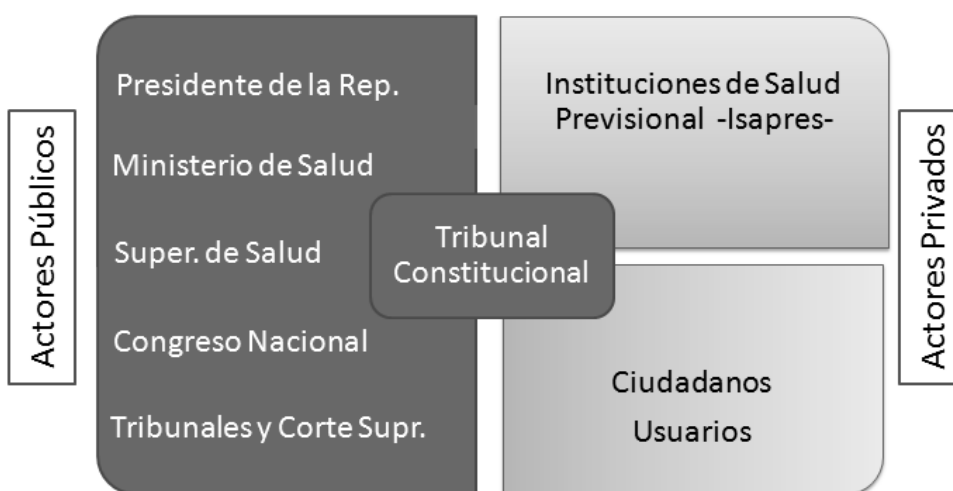
En diciembre de 2011, el gobierno presentó un proyecto que reforma el sistema privado, concertado previamente con la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados, el cual se espera que sea aprobado a más tardar en marzo del 2012. En éste se crea un Plan Garantizado de Salud – PGS- que pone fin a las preexistencias y a las TFR. Según dice, sus coberturas serían fijadas por el Minsalud y por un Consejo Consultivo, que se pronunciaría, además, sobre la inclusión de nuevas prestaciones.

Además se crea un fondo solidario de compensación de riesgos y un IPC de salud que regularía las alzas anuales que realicen las aseguradoras a sus planes. Este sería elaborado por el Instituto Nacional de Estadísticas, y un panel de expertos que entregaría bandas referenciales de valores para regular los precios. Otras novedades que incluye es el seguro catastrófico para enfermedades raras y que la cotización no se paga por beneficiario sino por cotizante. No obstante quedan dudas que deberán resolverse en las discusiones en el Congreso, como por ejemplo problemas que pueden darse con los planes complementarios y la eventual migración masiva de afiliados a Fonasa.

## Actores: posiciones e intereses

En el presente caso, han sido varios los actores públicos y privados que de una u otra manera han incidido para llegar al momento actual de inaplicabilidad de las TFR, todo ellos con posturas e intereses diferentes tal como lo muestra el gráfico número 3. Algunas de éstas expuestas de forma sucinta dentro del relato, por lo que corresponde ahora profundizar al respecto.

Gráfico número 3. Actores relevantes en el caso de las TFR



Fuente: elaboración propia

El Ejecutivo, en cabeza del Presidente de la República y el Ministro de Salud, a efectos de llenar el vacío dejado por la decisión del TC el Gobierno Nacional presentó los proyectos mencionados. Por su parte, la Superintendencia de Salud ejerce su función de vigilancia, bajo el entendido que existen razones económicas que determinan la necesidad de que el Estado intervenga en mercados de esta naturaleza que ostentan un carácter de imperfectos en razón al tipo de bien o servicio. En el caso bajo estudio, la salud va atada a la naturaleza mixta en su prestación que le imprimió el constituyente del ochenta.

Esta Superintendencia tiene funciones de regulación del mercado y para ello está encargada del registro y la fiscalización de las Isapres y de impartir las instrucciones de carácter general que permitan la mayor claridad en las estipulaciones de los contratos de salud. Además fijó en su momento la estructura de las TFR, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se debían utilizar.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Ver DFL N° 01 de 2005, que compila la normatividad en salud.

Respecto al Congreso Nacional han sido varios los momentos en que ha intervenido en materia de salud previsual privada, sin embargo, una de las causas que llevó a que el TC se pronunciara en contra de las TFR fue el hecho de haber delegado su potestad legislativa en la Superintendencia de Salud bajo criterios muy generales, lo que terminó en la práctica creando una discriminación. Actualmente el rol que desempeña tiene que ver con el trámite del proyecto de Ley mencionado.

En cuanto a las Isapres, se trata de agentes de mercado, con ánimo de lucro. Estas son la base del sistema privado y tienen por función el otorgamiento de prestaciones y beneficios en la materia a sus afiliados, directamente o a través de terceros. En Chile actualmente existen siete, que son: Banmédica, Colmena Golden Cross, Consalud, Cruz Blanca, Ferrosalud, Masvida y Vida Tres. Según Simón (2011) que sean pocas es bueno puesto que permite algún grado de competencia y economías de escala pues al fusionarse los gastos de administración se van absorbiendo y se va consiguiendo mayor eficiencia, lo que lleva a una rentabilidad relativamente uniforme, que está en alrededor del 4% del total del ingreso.

Por su parte las Isapres no reducen sus ganancias. Según el diario El Mercurio<sup>36</sup> las utilidades llegaron a \$45.683 millones, entre enero y junio del 2011, lo que equivale a un 70,2% más que en el mismo período de 2010, siendo las más altas para el período en los últimos cinco años. Lo más probable es que esta tendencia se mantenga, según lo expresó el Superintendente de Salud, lo cual es atribuible a menores costos y a un alza de afiliados ya que durante el año pasado el sistema creció en más de 70 mil cotizantes.

También existen varias agremiaciones que defienden sus intereses ante el Gobierno y demás sectores, entre las cuales se destaca la Federación Gremial de Instituciones Privadas de Seguridad Social, Salud y Seguros; y la Asociación de Isapres de Chile. Estas manifiestan que actualmente atraviesan por una situación de incertidumbre tras los recientes fallos de los tribunales de justicia que cuestionan el alza de precio de los planes.

Respecto a las cortes, aún se siguen presentando recursos de protección, en lo que va del año, 63% de los recursos que ingresan a la Corte de Apelaciones son de cotizantes de Isapres.<sup>37</sup> Para Carmona (2011) pese al fallo del TC, las personas que no están de acuerdo con el reajuste deben reclamar ante los tribunales, lo cual está generando una desigualdad entre los que lo hacen y los que no puesto que los primeros obtiene una congelación en sus planes, además que existen asimetrías de información pues no es fácil entender cómo funciona el sistema. Quienes reclaman

---

<sup>36</sup> <http://diario.elmercurio.com/2011/09/08/nacional/nacional/noticias/> [Consultado: 10 de septiembre de 2011].

<sup>37</sup> <http://www.saludunderecho.cl/2011/05/presidente-de-isapres-ante-proyecto-de-plan-garantizado-buenas-intensiones-reslutados-malos/> [Consultado 25 de mayo de 2011].

son en su mayoría personas de edad, que al pasar de tramo, el plan se les incrementa considerablemente.

En la base del sistema están los ciudadanos-usuarios para quienes la salud es un bien privado que genera externalidades positivas y por eso es garantizado por mandato constitucional, lo cual está en armonía con lo enunciado en instrumentos supranacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Su interés es que exista acceso a un precio razonable y con calidad, en donde no se le discrimine, en principio, pero de llegarse a dar, deberían estar plenamente justificadas.

Otros actores relevantes son los expertos, que agrupados en una comisión, por iniciativa del Congreso, están estudiando, entre otros la posibilidad de establecer un financiamiento solidario del sistema que vaya más allá de las TFR, y de un precio base, y que incluso debe dar cuenta respecto a la pertinencia de crear un índice de precios al consumidor para este bien esencial.

### **Algunos aprendizajes del caso**

De acuerdo con lo presentado hasta este punto es posible determinar la trayectoria histórica de las TFR hasta llegar a su *statu quo*, de lo cual se obtienen algunas enseñanzas en cuanto a la política pública propiamente dicha que se describen a continuación, acorde con las dimensiones de estudio planteadas en la presente investigación.

#### *Dimensión gubernamental y de políticas públicas*

Las TFR como paradigma de funcionamiento del esquema de salud privado en Chile tienden a cambiar ya que a pesar de que se puede discriminar por sexo y edad, ésta ha resultado ser injustificada y desproporcionada. Igualmente, posee un alto contenido técnico de lo cual se desprenden asimetrías de información entre las Isapres y sus usuarios, además que desde la misma Constitución está protegido implícitamente el sistema con un fuerte sesgo de mercado.

En ese sentido, el Minsalud tiene un papel fundamental que no ha asumido en su totalidad referido a ejecutar políticas de salud que lleguen a los menos favorecidos. Por su parte, a la Superintendencia de Salud le corresponde una función más activa respecto a la vigilancia de las Isapres, como agentes económicos, cuya actividad trasciende a lo social.

#### *Dimensión de política y proceso legislativo*

El *statu quo* de la política como tal constituye una oportunidad valiosa para que tanto el Estado como la sociedad en su conjunto lleguen a acuerdos respecto a cómo debe ser un sistema de salud

equitativo y eficiente a la vez. Por ende el proyecto radicado en diciembre de 2011 abre la puerta a un debate necesario y pertinente en sede legislativa. Se avizora entonces discusiones ideológicas que polarizarán los grupos políticos en torno a la forma cómo se deben financiar los sistemas de salud, y principalmente a respaldar o rechazar la introducción de criterios solidarios y subsidios en el sistema privado, incluso también se reflexionará frente a la conveniencia de seguir discriminado por sexo y edad.

#### *Dimensión constitucional y de derechos humanos*

Desde lo constitucional, las TFR de las Isapres corresponden a un instrumento que se ha ido moldeando dentro de una racionalidad de libre mercado legitimado implícitamente por la misma Carta. Si bien es cierto el TC aceptó que era necesaria la introducción de criterios solidarios al sistema, queda la sensación que los ministros atendieron también su posición como ciudadanos afectados por el esquema.

Adicionalmente el fallo más que centrarse en el tema de la salud como derecho social, se cimienta en el derecho a la igualdad y a la no discriminación, que son criterios que fácilmente pueden desconocerse en las propuestas que se hagan, pues no existe coerción por parte de la autoridad constitucional para hacer cumplir este tipo de fallos. Esto incluso se nota hoy en día cuando cientos de chilenos deben acudir aún ante los tribunales para que se les proteja contra las Isapres.



**EL ROL DEL TC CHILENO EN POLITICAS PÚBLICAS**

**El problema de la judicialización de las políticas públicas**

Esta investigación tiene como propósitos analizar y cualificar el rol que desempeña el TC chileno en las políticas públicas, es decir si se puede hablar de un actor con poder de veto, entendido como la potestad autónoma y permanente para anularlas, crearlas o cambiar su rumbo; y de ser así, determinar el grado en que lo puede hacer. En caso contrario, concluir respecto a la forma cómo se comporta en los contextos constitucional, político y jurídico, desde los casos expuestos.

Cuestionar el papel del TC en Chile, hoy en día, cobra vigencia puesto que el constitucionalismo ha evolucionado y con ello la supremacía de la Carta hace que su guardián adquiera con frecuencia un estatus superior dentro de la organización estatal cambiando la lógica tradicional. El BID (2006 citando a Dakolias, p.91) sostiene que la participación de la rama judicial en la dinámica de las políticas ha ido creciendo a medida que aumenta su independencia entendida como la capacidad de tomar decisiones conforme a la Ley y no basada en factores políticos externos o internos.

La tradición jurídica europea, que domina en países como Chile, pregona un fuerte acento en el juez que aplica la norma (positivismo jurídico) ajeno a la realidad social por lo cual no le es dado actuar con criterios políticos olvidando que la sociedad es cambiante. Diferente es el esquema jurídico anglosajón (realismo jurídico), en el que el juez, más que de la norma, se apropia de los principios y valores del conglomerado social.

Corilloclla (2008, p.6) señala que la acción de los órganos jurisdiccionales en las políticas públicas tiene dos grandes vertientes. En primera instancia destaca la norteamericana que estudia al poder judicial como un actor político que tiene una forma propia de tomar decisiones y que interactúa estratégicamente con los otros entes del Estado y con los grupos de interés; y por otra parte se menciona la europea que se ha limitado a estudiar los efectos del comportamiento judicial en el sistema político en general.

Estas corrientes han ayudado en la construcción de algunas teorías acerca de la incidencia de los jueces como actores claves en las políticas. De una parte se encuentra el movimiento llamado “realismo legal” que ha hecho énfasis en la interdependencia del andamiaje legal y la sociedad, puesto que las leyes son vagas, y por lo tanto el razonamiento y los métodos judiciales no pueden

tener una alternativa única. De otra, está la “Jurisprudencia Política” que pone acento en el carácter político de la actuación judicial, entendiendo a los tribunales como agencias políticas y a los jueces como actores dentro de los procesos de esta naturaleza. Así mismo, se halla la corriente “institucionalismo de la elección racional” que se enmarca en el denominado “modelo estratégico de la toma de decisión judicial”, y que afirma que los jueces buscan revelar sus preferencias, ya que sus decisiones dependen de sus expectativas respecto a las elecciones de los demás Corilloclla (2008, p.6).

En el ámbito latinoamericano, se destaca como ejemplo el “activismo judicial” de la Corte Constitucional colombiana cuyos jueces han actuado con criterios políticos y valorativos, y en consecuencia han impartido órdenes al Ejecutivo y al Congreso con consecuencias sobre la gobernanza y las finanzas públicas. Quienes sostienen que los tribunales no deben actuar de esta manera (Uprimny *et al.* 2006, p.173) se fundamentan en que los jueces no tienen idoneidad técnica, por lo cual su intervención en vez de contribuir al buen funcionamiento del tejido social lo deterioran, pues las políticas que se derivan de ello no son de calidad y carecen de un análisis técnico, y de impactos fiscales y presupuestales. Pero más importante aún, es que no tiene la legitimidad democrática para pronunciarse sobre opciones que son de naturaleza política.

Aseveran que los tribunales son generosos en la protección de los derechos de las minorías en la que hay implícita una tendencia al “populismo judicial” en detrimento de la democracia y del interés general, al atraer la atención de los medios de comunicación y buscar el apoyo de la ciudadanía como si se tratara de “personajes políticos”; más aún cuando la tarea de diseñar las políticas públicas, desde su enfoque tradicional, está vinculada al ejercicio del poder y a la administración pública en general, la cual a través de éstas responden a soluciones específicas sobre el manejo de lo público (Lahera 2004, p.7), mediante una propuesta programática que se concreta en el plan de gobierno o de actuar político.

Por ende, tal misión le corresponde a los organismos de representación popular elegidos directa y democráticamente, como son el Congreso y el Presidente, y no a los jueces. Entre tanto, puede resultar peligrosa la intervención de los tribunales en las políticas pues hacen que la Carta pierda su neutralidad económica e implementen un modelo específico, dejando de ser un marco pluralista y favoreciendo los intereses de un grupo determinado, lo que pone en peligro la seguridad jurídica, en especial la de los contratos y sus regulaciones.

También deterioran la participación democrática puesto que los ciudadanos poco a poco van cambiando la lucha electoral y la movilización política por la interposición de acciones judiciales contra leyes, sobrecargando la actividad de los jueces constitucionales que pueden decidir desde lo político. Esto se explica en parte porque su modelo tradicional no satisface a los asociados dada su poca capacidad para resolver los problemas sociales (Subirats 2001).

En consecuencia, los temas de política pública deben obedecer a un proceso de definición por parte del órgano de representación política y en tanto, la interferencia de la rama jurisdiccional en grado absoluto puede llegar a ser perversa, no obstante puede justificarse bajo el entendido que existen casos extremos en las que ésta interviene para restablecer el orden constitucional turbado al vulnerarse derechos fundamentales de manera sistemática por el mismo Estado, lo cual aparece como un fenómeno común en Latinoamérica.

Desde un punto de vista general, es posible afirmar que este tipo de intervenciones del TC pueden tener efectos positivos y negativos. En cuanto a lo primero, la defensa a ultranza de las libertades públicas y en especial de los grupos menos favorecidos de forma inmediata y muchas veces preventiva, es benéfica porque pone a prueba la capacidad de los poderes públicos para dialogar y llegar a acuerdos institucionales, que en gran medida no se concretan sin la presencia de conflictos. Respecto a lo segundo, la injerencia puede revestir un cierto grado de subjetivismo que incide en que la justicia no se imparta con el rigor que le caracteriza, incluso que exista un desplazamiento moderado de la gobernanza hacia las instancias judiciales, las cuales pueden dar órdenes expeditas sobre programas gubernamentales que fueron producto de la concertación y el diálogo.

En Chile, concretamente, no existe una cultura respecto a la judicialización de las políticas públicas. Según Carmona (2011) esto se debe a varios factores. Uno de ellos es la no existencia de tribunales contenciosos administrativos, sólo tribunales especiales en determinadas competencias (vb. gr. Tribunal de Contratación Pública, tribunales tributarios) y tribunales ordinarios. Adicionalmente hasta antes de la Constitución de 1980 los tribunales ordinarios no podían declarar la nulidad de los actos administrativos, en consecuencia la única instancia de reclamación era la Contraloría misma. Otro aspecto a considerar es que sólo hasta el 2003 se dictó la Ley de procedimiento administrativo, que permite que los afectados por un acto administrativo, en materia ambiental y urbanística, participen en su generación; a esto se le suman los sistemas jerárquicos, las auditorías internas y las fiscalías.

Pese a lo anterior, el ciudadano chileno ha empezado a tomar conciencia de la importancia de controlar y participar en la actividad de la administración. En los casos expuestos en los capítulos 1 y 2 pudimos ver cómo se desarrollaron las políticas seleccionadas y cómo cambiaron su curso a partir de la incidencia del TC, teniendo en cuenta que los ciudadanos son más activos y participativos. Ahora corresponde según lo observado y a la luz de algunas teorías desarrolladas, dar respuesta a la pregunta de investigación planteada, para lo cual en primera instancia se definirá si el TC es un actor con poder de veto y seguido se analizará cómo actúa frente a políticas de interés especial y cómo interactúa con los grupos que se benefician de éstas.

En esa línea, se explicará el principal obstáculo a la hora de definir el papel del TC y que tiene que ver con el sesgo neoliberal o de mercado de los derechos humanos fijado por la Constitución vigente y la importancia de aplicar el test de ponderación desde la misma elaboración de la política a fin de evitar los costos que implica acudir a la instancia judicial. Finalmente se hará un breve análisis del impacto económico que justifique considerar la actuación del TC como última *ratio* dentro los sistemas de políticas públicas en Chile.

### **El TC ¿un veto *player*?**

Cada Estado define su andamiaje constitucional y en éste establece cómo se hace el control constitucional y quién lo hace. Sólo a partir de tal estructura es posible definir si los jueces constitucionales injieren o no en las políticas públicas, tomando como base elementos tales como: “el qué”, es decir cuáles son los temas de política pública (derechos fundamentales, derechos sociales, etc.); “el cómo” que se relaciona con las acciones y procedimientos (inaplicabilidad, inconstitucionalidad); “el cuándo” que permite deducir la frecuencia de su intervención (permanente, esporádica, coyuntural, selectiva) y “el cuánto”, que estará dado por el grado de incidencia (anulación, reforma, órdenes, advertencias).

Además, a la hora de caracterizar el sistema se debe hacer énfasis en “el quién” que es un aspecto definitivo, particularmente porque ello determina la naturaleza política, jurisdiccional o mixta del juez. En ese sentido el nombramiento y retiro de los miembros del TC es el reflejo de la coordinación de los poderes públicos, y la vinculación o manera de relacionarse con sus electores respecto de objetivos e intereses puntuales. Frente a su elección, con la reforma del 2005 se pasó a diez integrantes, de ellos, tres son designados por el Presidente de la República, cuatro por el Senado y tres por la Corte Suprema.

Los casos bajo examen, en los cuales se pretende explicar lo anterior, fueron seleccionados a criterio, tomando en cuenta que han sido temas polémicos y muy debatidos, dado que son pocos las causas de inconstitucionalidad que han cursado desde la reforma del 2005. Antes de ésta ingresaban más o menos veinte al año que correspondían a controles preventivos de constitucionalidad de las leyes durante la tramitación; actualmente ingresan aproximadamente trescientas de las cuales el 85% pertenecen a inaplicabilidad (Navarro 2011).

Para Carmona (2011) más que ser activista, en el sentido que extreme sus atribuciones y que se involucre en un conflicto que le corresponde resolver al legislador, lo que se le ha cuestionado del TC ha sido su legitimidad. Para él, el problema del TC es de otra naturaleza, puesto que lo acusan de ser un enclave autoritario en virtud a que inicialmente en su elección participaba el Consejo de Seguridad Nacional.

Además durante los veinte años en que gobernó la Concertación, fue utilizado en muchas ocasiones por la minoría para reforzar su poder de veto en determinadas decisiones, cuando no bastó el sistema binominal, ni los senadores designados que existieron hasta el 2005, ni los altos quórum de aprobación en ciertas leyes. En algunos casos el TC puso cerrojo final impidiendo que la mayoría del momento pudiera avanzar en detrimento de los grupos minoritarios.

En el informe del BID (2006, p.147) se concluye que en Chile las políticas públicas tienen un grado alto de estabilidad<sup>38</sup> dentro del contexto latinoamericano y en ese sentido está claro que el TC no incide de manera decidida en el cambio de tales características. Son varios los factores que contribuyen a ello, entre otros, un respeto hacia la democracia luego de superada la dictadura, altos niveles de transparencia y probidad pública, una fuerte tradición de partidos, un sistema de controles institucionales y una estructura constitucional que hace que al TC se acuda como última instancia.

En ese sentido, se debe precisar qué se entiende por activismo judicial en materia de políticas y a qué se refiere cuando se habla de jugadores con poder de veto o *veto player*. El activismo consiste en el accionar de los jueces frente a los derechos humanos contenidos en las políticas públicas, mediante el cual buscando su protección pueden aferrarse a los valores constitucionales como marco genérico prescindiendo de lo dispuesto por las normas, ya sea mediante garantías no consagradas o asignándole un contenido más amplio, o bien de forma indirecta, protegiéndolo mediante la expansión de otros derechos fundamentales relacionados o no. Para Henríquez (2010, p.401) en el primer caso se puede hablar de activismo judicial en sentido fuerte y en el segundo de un activismo moderado.

Respecto al actor con poder de veto, este concepto se refiere a los jugadores del sistema político e institucional que tienen la facultad autónoma e independiente de bloquear, anular o modificar el accionar público de los demás actores. En el caso del TC chileno, si bien es cierto que tienen la potestad para cambiar el *statu quo* de las políticas, su actuación no es autónoma ni permanente, sino que existen cortapisas y restricciones por las cuales no se le puede considerar como tal.

En primera instancia al ejercer la revisión constitucional sólo invalidan la norma en que se basa la política, de tal suerte que incluso el cumplimiento de sus fallos no puede hacerse exigible mediante mecanismos de coacción. Según Carmona (2011) no hay ninguna disposición jurídica que diga expresamente que las sentencias del TC son obligatorias; en ese sentido, cuando se resuelve un caso de inconstitucionalidad la norma sale del ordenamiento jurídico y tiene efectos generales, de otra parte en el evento de la inaplicabilidad el dictamen sólo obliga en ese caso

---

<sup>38</sup> Estabilidad entendida como la medida en la cual las políticas no cambian sustancialmente en el curso del tiempo.

concreto; pero lo lógico es que los órganos del Estado consideren esa interpretación al momento de elaborar las políticas públicas y desarrollar sus funciones.

Puede suceder entonces que se establezca una regulación similar a una situación que el TC objetó previamente; en ese evento, si se acude a éste nuevamente hay una alta probabilidad de que se acoja el reclamo con costos asociados para el Estado y para el ciudadano. Ahora bien, de acuerdo con Navarro (2011) en el caso de las TFR para que el TC se pronuncie otra vez sobre el asunto tendría que ocurrir que el proyecto de Ley que se presente al respecto tuviese normas orgánicas; o que eventualmente durante su trámite una cuarta parte de los miembros de la Cámara o del Senado impugnen su contenido.

En segunda instancia existe una rigidez en el procedimiento de anulación de las leyes, por lo cual para que opere la inconstitucionalidad, debe mediar un pronunciamiento de inaplicabilidad que permita durante ese lapso al Parlamento o el Ejecutivo iniciar el trámite legislativo para subsanar los vicios, situación que es problemática cuando se trata una cuestión reservada a una LOC cuyo procedimiento de modificación es complejo, como si se tratara de una reforma constitucional. En este escenario se encuentran muchas normas que contemplan acciones en materia de salud.

De acuerdo con Navarro (2011a, p.136) el TC ha sostenido una doctrina sobre la naturaleza de la acción de constitucionalidad de las leyes a través de la cual ésta supone un control abstracto y por ende exige una completa contradicción entre el precepto y la Carta Política, vinculada especialmente con los principios de supremacía constitucional e igualdad ante la Ley, con el fin de tutelar el Estado de Derecho y fortalecer el sistema de pesos y contrapesos, con pleno respeto a los colegisladores, por lo que es ante todo una facultad que se vincula con la acción de inaplicabilidad previa.

Particularmente la declaratoria de inconstitucionalidad de la norma relativa a las TFR crea un vacío que debe ser llenado por el Congreso Nacional; concretamente no se pone un plazo pues la única labor del TC es invalidar cuando se contradice la Carta. Según Carmona (2011) el legislador debe darse cuenta de ello y tomar las medidas correspondientes junto con el Ejecutivo. Esta situación es diferente a cuando se da un control preventivo respecto a un proyecto de Ley, en cuyo caso la sentencia, que se denomina manipulativa, puede condicionar la aprobación de la norma a una interpretación determinada, y ese sería un asunto muy particular de activismo por parte del TC.

Por ende, para Carmona (2011), en los casos analizados no hay activismo porque el TC en materia de la PDD hubiera podido haber prohibido su distribución de forma total, tanto en el ámbito público como privado; o en el caso de las TFR pudo haber ordenado que todos los contratos se modificaran, sin importar sus efectos, pero lo que hizo simplemente fue derogar la

Ley, dejando que la revisión de éstos lo hagan los tribunales ordinarios en cada situación particular.

En tercer lugar el contenido de los fallos, si bien tienen un componente político, les anteceden unas reglas jurídicas que están en la Constitución y que no pueden desconocerse abiertamente. A primera vista podría pensarse que el TC tiene poder de veto en cuanto posee una atribución derogatoria sobre la legislación ya que tienen la última palabra, teniendo en cuenta la jerarquía de la Constitución, lo cual los hace figurar con una posición de ventaja frente a los demás actores. Además aparece como guardián implícito de los acuerdos políticos que están en el trasfondo de una ley o política pública y que pueden anular cuando atentan contra el orden constitucional.

En el ámbito chileno el TC está limitado no sólo por la norma constitucional, sino además por la interpretación original que en sí misma es camisa de fuerza para aplicar elementos que son generalizados en el mundo como por ejemplo el test de igualdad y de ponderación y la asimilación de los DESC como derechos fundamentales, ideas que se gestan e incorporan de forma muy lenta.

En el evento de que así fuera, sería necesario instalar filtros que hicieran más difícil que una política llegara a instancia de revisión constitucional, incluso la consulta previa a fin de evitar la alteración del *statu quo* por decisión judicial. En el sistema chileno no existen tales cortapisas, además el papel de Contraloría es menor en materia de revisión *ex ante* de constitucionalidad, pues el sentido en que se pronuncia en sus dictámenes no siempre es el mismo que será avalado por el TC, tal como se evidenció en el caso de la PDD.

En último lugar hay una influencia directa de órganos políticos en la designación de los ministros del TC por lo cual sus decisiones e intereses pueden coincidir con los de aquéllos. Tsebelis (2006, p.290) plantea que para determinar si un actor institucional tiene poder de veto es necesario examinar su forma de designación pues es posible que se encuentran en el *unanimity core* y por ende más que vetar lo que pueden hacer es ratificar o seguir la línea de quienes los nombraron; a eso lo llama principio de absorción. En Chile sólo tres de los ministros son nombrados por la rama judicial, sin embargo es importante recordar que el quórum exigido para declarar la inconstitucionalidad es del 80% cifra que es alta y que exige un alto grado de coordinación para cambiar un *statu quo*.

Concluido entonces que el TC chileno no es un *veto player*, se debe examinar lo que corresponde a su accionar activista. Lo que puede observarse, al margen de calificar si el activismo es fuerte o moderado, es que está presente, sin embargo ha de aclararse que los casos bajo estudio corresponden a temas muy coyunturales cuya etología no es indicativa de un comportamiento

unívoco a futuro, más aún cuando existe una serie de factores que confirman un actuar poco activista, conservador y tradicionalista del TC frente al accionar del Legislativo y del Ejecutivo.

En ese sentido, este estudio no puede pronunciarse de forma concluyente si el TC es activista como regla general pues solo se analizan dos fallos muy específicos. En ese sentido es posible sostener que el TC no tiene una agenda propia que le permita impulsar determinados temas o una visión particular de tipo más político, lo que le lleva a actuar con cierto respeto frente a la actividad del legislador, puesto que no pretende usurpar sus competencias. Sin embargo cuando existen ciertas consideraciones valóricas propias de sus miembros como sucedió en el caso de la PDD o situaciones e intereses personales, como en el fallo de la TFR, podría hablarse de un activismo coyuntural.

### **Política capturada y riesgo de captura del TC**

Establecido lo anterior, y dado el activismo coyuntural que significa que sólo en situaciones muy específicas podría cambiar el rumbo de una política pública en cuanto a su diseño e implementación, el TC se perfilaría como un “actor de reserva”, es decir que sólo se entra a la escena, si a pesar de los límites y las condicionantes expuestas, altera el *statu quo* de una determinada política pública. En esa eventual situación, es un jugador relevante cuyo escenario puede ser susceptible de captura, ya sea en una etapa previa de elaboración o ejecución de la política (política capturada) o al llegar a su conocimiento en donde los diferentes grupos de interés pueden presionar para que se tomen decisiones en un sentido específico, ante situaciones con amplio margen de discrecionalidad.<sup>39</sup>

Como se sabe, existe amplia literatura sobre este tema respecto a la óptica del proceso legislativo y especialmente desde la regulación económica, pero relativamente poco desde la mirada de los jueces como legisladores negativos. No obstante, la teoría del *Public Choice* señala que los actores se consideran maximizadores racionales de sus propios intereses. En este caso, un TC activista podría asimilarse a una agencia reguladora si sus pronunciamientos entran en la esfera del mercado y sus fallas (Romero 2008, p.13) de forma explícita o tácita, para lo cual los casos de la PDD y las TFR sirven de ejemplo.

En el caso de la PDD la norma demandada amparaba un contenido general en cuanto propendía por la distribución pública del medicamento sin discriminación alguna; en ese sentido la idea de la iglesia y de los congresistas que solicitaron el examen de constitucionalidad fue crear una

---

<sup>39</sup> Según Kelsen (1985, p.167) la interpretación de una norma no conduce necesariamente a una solución única puesto que pueden darse varias de igual valor desde el punto de vista jurídico, sin embargo a éstas se les pueden atribuir valores diferentes si se les considera desde el punto de vista político o moral.



regulación especial que consistía en que se distribuyera sólo en el sistema privado; de haber sido el interés principal la defensa de la vida, ésta se hubiera proscrito de manera total. En el caso de las TFR las normas que sustentan su aplicación llevan inmersa la protección del sistema financiero de las Isapres, más que de la protección de usuario, pues ponen en cabeza de sí mismos la carga que implica la edad o la condición de ser mujer, sin criterios de razonabilidad.

Para explicar esta dinámica, Wilson y Hayes (citado por García 2010, p.432) presentan una matriz que ilustra cuatro tipos de legislación que surgen a partir de los beneficios y costos que entregan o gravan a los diferentes sectores de la sociedad con una política. De esta manera, los beneficios pueden ser aplicados a todos (ej. política contra la delincuencia), o a pocos (ej. subsidios a un sector de la industria). De forma similar los costos pueden recaer en todos (ej. el IVA en Chile), o un solo grupo (ej. tasa, o un peaje).

Según esta teoría se supone que las políticas que favorecen a todos y cuyos costos son asumidos por los ciudadanos en su conjunto deberían ser la regla general, sin embargo estos autores encontraron que este tipo de políticas se produce en menor cantidad de la óptima, pues la sociedad y los grupos de interés se preocupan poco por este tipo de asuntos, por lo que no hay presión y los *policy makers* no tienen incentivos para hacerla. Los legisladores concretamente se concentran en las normas de interés especial y buscan apoyo en los demás parlamentarios intercambiando votos, lo que se conoce como *logrolling*. Esto es ineficiente desde el punto de vista de lo socialmente óptimo, en tanto hay sobreproducción y no son normas pareto superior.

García (2010, p.432) explica que la doctrina norteamericana distingue tres enfoques del debate. En primera instancia se encuentra la Escuela de Chicago, cuyos exponentes son Landes y Posner, la cual sostiene que la Constitución fue diseñada para promover la influencia de los grupos de interés en los procesos legislativos y por ende el TC estaría para hacer exigibles esos pactos. Por ello defienden el rol de la judicatura en un sistema de política de grupos de interés ya que los jueces dan garantía a todos los actores; aunque hay problema con los acuerdos no explícitos y las amplias facultades para hallarlos. En el caso de la PDD, al parecer el TC los respetó con respecto a la protección del que está por nacer por sobre la vida de la mujer; no así en el caso de las TFR con respecto a la libertad económica de las Isapres.

En segundo lugar se encuentra la Escuela de Virginia, que se funda a partir del trabajo de Buchanan y Tollock, que critica la Escuela de Chicago puesto que conduce al activismo judicial. Sostiene que existen dos etapas: una de establecimiento de la Carta, que es eficiente porque es acordada de manera unánime y establece derechos y garantías. Por ende la eficiencia se deriva del consenso y no de la maximización del bienestar social, tal como lo sostenía la Escuela de Chicago. La otra es la de política normal, en la cual las reglas de la Constitución direccionan la toma de decisiones colectivas. Cuando estas últimas se infringen, la justicia constitucional, hace

exigible su cumplimiento, de forma neutral, evitando el activismo en su labor interpretativa, según lo dice Buchanan (García 2010, p.437).

En tercer lugar está la escuela progresista de New Haven o Yale, la cual propone una revisión más estricta cuando se trata de casos de legislación de interés especial. Por ende, el test de igualdad pasa a ser más riguroso en aras de garantizar que el fundamento utilizado justifica la diferencia de trato y proporciona un interés general. En el caso de las TFR al aplicarse el test estricto se produce su inconstitucionalidad, lo cual no hubiese sucedido si la norma que las creó no hubiese tenido inmerso ese tipo de interés. Es decir que se justificaría puntualmente un activismo judicial cuando se deba proteger la igualdad como ocurrió en el caso de las TFR.

Esto exige que los jueces indaguen más allá de la norma. Ambas políticas tienen la ambigüedad interés general-particular pero el TC no explicitó un análisis para saber a quiénes correspondía el beneficio y a quiénes los costos, antes y después de su intervención. Empero, se debe dejar en claro que la captura no es una regla de actuación de los poderes públicos que deba o pueda generalizarse en Chile, porque en algunos es más importante la postura ideológica, o el convencimiento personal de los ministros, más que lo económico, o el *lobby* constitucional que ante ellos hagan los grupos, sin embargo no se cuenta con evidencia concluyente al respecto.

García (2010, p.439) sostiene que dado el diseño constitucional chileno, se hace bastante costosa la captura del proceso legislativo ante la existencia de cortapisas o puntos de veto tales como el sistema bicameral, la iniciativa exclusiva presidencial, las reglas de quórum, el respeto a las ideas matrices, el veto presidencial, el sistema de urgencias, y el control preventivo del TC, entre otros y por ello la considera una Constitución modelo desde la escuela de Virginia.

Tal vez esto contribuya a disminuir el riesgo de captura, pero no por ello no se pueda descartar que suceda. Dado el sistema de nombramiento, los ministros pueden llegar a defender los intereses de sus electores, que a la vez representan ciertos grupos de interés, o también es viable que la captura se dé de manera directa por los grupos; sin embargo no se cuenta con evidencia concluyente al respecto.

En el caso de la PDD fue la iglesia quien más influyó; pero como se trataba de una norma de rango superior elaborada por la administración, inicialmente se intentó la captura, lo cual se tornó difícil cuando la Presidente Bachelet asumió la causa de una forma muy personal; entonces la presión se trasladó hacia el TC. Algo parecido ocurrió con el gremio de las Isapres que han hecho su trabajo en pro de una normatividad que les beneficie. Básicamente se trata en una situación de colectivos religiosos y en otro, de grupos económicos. En el caso de las TFR, Zúñiga (2011) piensa que la decisión del TC al respecto se dio debido a que los ministros estaban siendo afectados de manera directa, al igual que todo su círculo.

Así las cosas, queda claro que con base en la teoría de la captura, pueden suceder dos situaciones puntuales. Una es la que corresponde al riesgo de los ministros de ser capturados por los grupos, incluso por sus propios intereses; y la segunda se refiere al examen de políticas de interés particular, o capturadas, que implican una labor especial de análisis y aplicación de los test de igualdad y de ponderación que serán explicados a continuación. En este caso no existe como tal captura de grupos externos, como por ejemplo la iglesia, sino que lo que puntualmente existe una manifestación de los puntos de vista de los integrantes del TC, lo que refuerza la idea del déficit democrático en las decisiones.

### **La ponderación de valores en el ciclo de las políticas públicas**

El punto de encuentro más importante entre las políticas públicas y el derecho se da en virtud a que desde lo formal ellas están contenidas en disposiciones jurídicas (leyes o actos administrativos) las cuales son justiciables cuando infrinjan o desconozcan las normas de mayor rango en que deben sustentarse, ya sean sustanciales o procedimentales. En ese sentido, las políticas públicas como producto del accionar público y pese a su contenido técnico en algunos casos, deben atender de manera irrestricta el principio de legalidad, que circunscribe el actuar de los poderes estatales, y en especial de la administración pública a lo que mande el ordenamiento jurídico.

Esta reflexión cobra vigencia a efecto de determinar ante quién debe demandarse y el procedimiento que se debe seguir. Como se ha explicado, en Chile son pocos los casos en que el TC examina las políticas públicas propiamente dichas. Para que esto suceda, ellas deben estar consagradas en leyes. Al respecto los casos bajo estudio se caracterizan por su atipicidad; en el de la PDD, como acción pública estaba contenida en su momento en una Resolución Exenta, y fue el TC quien tuvo que darle en una primera instancia un carácter de no exenta para poder conocer del asunto. En lo que corresponde al caso de las TFR, de oficio, el TC asumió el examen de constitucionalidad de la Ley, lo cual tampoco es común.

Zúñiga (2006, p.148) señala que

En cuanto a la legislación, el monopolio del control de constitucionalidad por el Tribunal Constitucional en términos prospectivos debe favorecer la consolidación de una ‘política de constitucionalidad’ en que la constitucionalidad de las leyes, como nos dice Jiménez Campo, ‘no es algo que se argumente y valore sólo en vía jurisdiccional, sino referencia de continuo de los debates partidarios, en la acción legislativa y en la discusión política sobre la procedencia de acudir o no al cauce

jurisdiccional, o de mantenerse en él, para dirimir controversias sobre la validez de una disposición legal’.

Lo fundamental entonces es considerar que sin importar cómo ni quién, dentro del esquema del Estado, origine las políticas públicas, es decir, Legislativo o Ejecutivo, los *policy makers*, además de los análisis técnicos y políticos que le correspondan, deben elaborar un examen de constitucionalidad, que incluya un juicio de ponderación que busca esencialmente llegar a un acuerdo respecto de valores y principios del más alto nivel jerárquico, como son los derechos humanos, que pueden estar en colisión y cuya resolución no sea clara al aplicar los métodos de análisis tradicional como son la subsunción y las demás reglas de hermenéutica.

La utilidad del método de ponderación en esta instancia es que sirve de filtro sin anular para siempre o hacer regla la forma cómo se defina en cada política en particular, pues los analistas no tienen ese tipo de competencias, sino que sólo buscan tomar una decisión contando con información respecto al mayor peso relativo de los valores que se enfrentan y de los posibles cursos de acción (Aldunate 2010, p.95).

Ese accionar *ex ante* es práctico en la medida en que la infracción constitucional sea medianamente evidente; pero en los casos grises o difíciles es útil porque al menos la instancia respectiva va a tener claridad de lo que puede pasar con la política en las respectivas instancias jurisdiccionales y de esta manera puede anticiparse a los efectos que traería su derogatoria o modificación, planeando otros cursos de acción que ayuden a dar solución de forma rápida a los problemas sociales, especialmente en aquellos que sea coyunturales. En ese sentido los hacedores de política pueden tolerar la expedición o ejecución de una que no esté en sus puntos ideales, sobre la base de atenuar la incertidumbre.

En el caso de la PDD dentro de los valores en juego se encontraban la vida, la igualdad, la salud, la autonomía de la mujer, los derechos sexuales y reproductivos, entre otros, y fue difícil llegar a una respuesta única e incluso respecto a su ponderación puesto que el sesgo religioso y de manejo de la prueba influyeron para que la solución del caso dada por el TC se alejara de la visión gubernamental existente al momento de diseñar el programa. Algo similar ocurrió en el caso de las TFR, en el que se enfrentó el derecho a la salud, la seguridad social, la libertad económica de los aseguradores y el derecho a la igualdad y a la solidaridad, lo que igualmente es diferente a la visión que tiene el Gobierno actual, cuya postura estuvo reflejada en el primer proyecto de Ley que cursó en el Congreso y que cambió sustancialmente para el segundo, como se explicó.

Según Aldunate (2010, p.83) todo esto se desprende de una nueva forma de entender el derecho constitucional denominado neoconstitucionalismo, que aparece en Chile de una manera más tenue que en otros países y que se inicia con el cambio de la supremacía de la Ley por el de la

Constitución; constituciones con contenido normativo más que sólo principios; la consideración de los derechos fundamentales como valores en la argumentación de las decisiones que se dan no exclusivamente en el ámbito judicial, sino también en el Legislativo y en el ámbito del Ejecutivo; e introducción del método de ponderación<sup>40</sup> para solucionar la colisión entre derechos fundamentales y otros principios, igualmente en todos los ámbitos.

La identificación de los valores en juego es una valiosa herramienta a la hora de convocar y conocer la postura de los actores que pueden verse afectados para tratar de conciliar sus intereses. De acuerdo con Aldunate (2010, p.96), el test de ponderación se lleva a cabo inicialmente mediante el examen de la idoneidad de la política para alcanzar fines legítimos, seguido de un examen respecto a la necesidad de la afectación de un derecho (o principio fundamental) frente a la posibilidad de lograr un fin pretendido evitando sacrificios innecesarios y finalmente aplicando un test de proporcionalidad, en estricto sentido, entendido como el grado de afectación frente al fin que se puede alcanzar.

Pero se debe tener cuidado con el propósito perseguido, puesto que a veces si se analiza la elección de una política, desde el punto de vista de la adecuación del análisis de ponderación se puede encontrar que es correcto, aunque en esencia puede darse que el fin elegido sea totalmente discrecional. Es necesario aclarar que en esta etapa, este pre-test busca el respeto al orden constitucional a efectos de evitar costos asociados a la judicialización de la política, cuando a ello hubiere lugar, lo cual no obsta para que más adelante se surta la instancia judicial, en razón a que uno de los peligros es que el analista utilice la hermenéutica constitucional para elevar a derecho fundamental aspiraciones propias o ponderar y jerarquizar derechos y libertades en un ámbito donde la Constitución no ha definido criterios (Alcalde 2008, p.480).

En esencia, sostiene Aldunate (2010, p.366) que la Constitución para que pueda cumplir su función debe establecer ciertos aspectos básicos, aunque también debe conservar amplios “espacios remanentes” de maniobra y de juego político que deben darse por parte de las autoridades democráticas, que en suma definen las políticas públicas; lo cual se traduce en que la Carta establece los derechos pero su especificidad, especialmente de aquéllos de corte social, corresponde a las políticas públicas definidas en las instancias correspondientes, de acuerdo con el marco de competencias, que establece la Carta.

En el contexto de los casos y para entender la consecuencia de haber aplicado el pre-test de constitucionalidad y ponderación, tenemos que en el caso de la PDD no hubiese sido fácil

---

<sup>40</sup> Dworking y Alexy son los mayores exponentes del método. García Amado en la presentación del libro de Alexy (2007, p.21) lo define como el procedimiento a través del cual se contrastan dos derechos que se oponen entre sí para determinar en qué medida uno debe defenderse o promoverse a costa del sacrificio del otro. Además aclara que la diferencia entre principios y reglas, está en que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, lo cual los hace mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diferentes grados.

determinar la etapa para hacerlo puesto que éste fue objeto de análisis por distintas autoridades (vb. gr. Presidencia, Contraloría, Congreso, municipios) en diferentes tiempos. Para Carmona (2011), no obstante el fallo, igual se siguió repartiendo la PDD, porque quienes lo hacían eran básicamente los municipios, vía consultorio, y cuando la Contraloría frenó la distribución en éstos, el Congreso aprobó la Ley que permite su entrega pública, por lo tanto en términos simples el efecto del fallo fue cambiar el nivel de la regulación, pero no detuvo ni alteró la política, como resultado final.

En el caso de las TFR, los valores en juego fueron más fáciles de precisar (igualdad, derecho a la salud), sin embargo la dificultad consiste en que aspectos como la solidaridad no están presentes en la Carta Política e introducirlos genera resistencia y pueden ser inconstitucionales dado el sesgo neoliberal de los derechos humanos y la preponderancia que se da al derecho de propiedad.

Pero quien tiene la última palabra frente al test como tal es el TC. Para García (2010, p.439), incluso, el problema de que éste aplique el principio de proporcionalidad es que puede convertirse en un decisor de política pública, lo cual plantea inconvenientes desde lo técnico y desde lo democrático. El TC no es un reformador social sino el guardián de la Carta por lo que es ajeno al proceso político y en ese sentido no le debe interesar el resultado. Por ello concluye que ya no se trata de un rol de defensa de los derechos de las minorías frente a las mayorías sino que además tiene que ver con “vigilar la captura del proceso político por parte de grupos minoritarios” y la proporcionalidad sirve para ese propósito.

### **El sesgo neoliberal de los derechos y el impacto económico de la intervención del TC**

La salud está reconocida constitucionalmente como un derecho de aquéllos denominados económicos y sociales, o de segunda generación, a los cuales se les ha reputado de positivos (Figuroa 2009b, p.314) en la medida en que demandan la intervención del Estado, sujeta a su capacidad presupuestal. Esta condición los aleja de ser considerados como universales, y los enfrenta a la garantía de la igualdad, al tenerse que efectivizar de forma progresiva. Por tanto, una solución es asociarlos al principio de solidaridad con miras a hacer posible la transferencia de recursos de quienes más tienen a los más necesitados, para lo cual el Estado debe emprender un rol distributivo muy fuerte.

Tales circunstancias, además, los transforma en imprecisos y vagos respecto al ámbito, contenido y las obligaciones de las partes; y les dota un carácter político, en cuanto dependen de la decisión de legisladores, funcionarios administrativos y otros actores en un escenario de negociación de intereses, de acuerdo con consideraciones programáticas dentro del marco del Estado social de

derecho, cuyos modelos de satisfacción plena históricamente han tendido a hacer crisis por su alto costo público.

Pero adicionalmente en Chile, el derecho a la salud, junto con los demás derechos, está fuertemente vinculado, por ministerio de la intención fundacional del constituyente de 1980<sup>41</sup>, a la libertad económica y a la protección de la propiedad privada, cuya defensa inspiró, en gran parte, el golpe militar de 1973. Este sesgo neoliberal<sup>42</sup> permea y está presente en las políticas públicas y forma parte de la racionalidad e institucionalidad económica y social del país ante la existencia de cláusulas rígidas en la Carta que hacen difícil su evolución (Couso y Coddou 2009, p.5).<sup>43</sup>

Se han hecho reformas legislativas para aliviar problemas coyunturales, aplazándose temas estructurales que apunten a derogar la idea de un mercado de los derechos fundamentales, como sería el caso de la vida, el aborto, la salud, los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, por mencionar algunos que están relacionados con los casos aquí estudiados. Frente a ello, y en cuanto a política pública, el TC tiene un rol definitivo, neutralizando el modelo o también validándolo. De acuerdo con Cruz (2011, p.168) las constituciones no deberían establecer un sistema económico determinado sino ser un marco abierto para que el gobernante de turno dentro de unos fines generales y límites instituidos, pueda direccionar las políticas públicas en general.

Lo anterior especialmente en los mercados de bienes y servicios como la salud que generan externalidades positivas, y que se caracterizan por su alto grado de imperfección y por estar lejos del óptimo social, tanto en lo que corresponde al aseguramiento como a la provisión. Respecto a lo primero, las principales fallas están dadas respecto a la ausencia de homogeneidad de sus productos y servicios, asimetrías de información entre los usuarios y las Isapres, pocas aseguradoras; riesgo de abuso por parte de los usuarios, incluso se da el fenómeno de demanda inducida por oferta de las prestaciones (Castro 2006, p.6).

---

<sup>41</sup> La reforma de 2005 pretendió básicamente la eliminación de los núcleos autoritarios, tales como los senadores designados y vitalicios, la inamovilidad de comandantes de las fuerzas armadas, la facultad exclusiva de garantizar el orden institucional a través de las fuerzas armadas y el carácter y mayoría militar del consejo de seguridad nacional. Pero aún existe un fuerte sesgo hacia el derecho de propiedad y un deficiente reconocimiento de los derechos económicos sociales y culturales, entre estos la salud, la educación, el trabajo y la huelga. Incluso el mecanismo por excelencia de defensa de los derechos que es el “recurso de protección” es aún limitado frente a ciertas garantías. Para explicar ello Couso y Coddou (2009) señalan que el constituyente dedicó un amplio espacio a la protección de la propiedad privada contra el poder del Estado, el derecho al trabajo se consagró de forma incipiente y se privilegió la libertad de enseñanza por encima del derecho a la educación, también hace referencia al derecho a la huelga y al del trabajo, que tienen serias inconsistencias en sus consagración.

<sup>42</sup> El neoliberalismo entendido como retiro efectivo en la prestación de los servicios públicos por parte de la administración (reducción del Estado) y asociado a fenómenos como la privatización y el libre mercado, en donde la libertad y la propiedad privada son sus principales fundamentos.

<sup>43</sup> Se habla de una democracia protegida, en cuanto la Constitución es un dique de contención contra la misma ciudadanía que es vista como incapaz de defenderse. En ese sentido se plantea la visión de la Carta de 1980 que refleja el pensamiento del régimen militar y del constituyente Jaime Guzmán, que impusieron junto con el gremialismo y los *Chicago Boys* un modelo de difícil reforma.

Esto hace que la efectivización del derecho a la salud se haga aún más difícil y que no dependa sólo del pago del precio sino de circunstancias técnicas del ámbito del mercado que exigen la intervención del Estado a través de diferentes instrumentos en donde la regulación económica es el más importante; por ende pueden darse otros fenómenos colaterales como la captura del regulador, problemas de información, inconsistencia de las decisiones y la posible sobrerregulación.

Lo anterior debe ser tenido en cuenta a la hora de tomar decisiones por parte de los jueces. Actualmente existe una tendencia a proteger el derecho, más allá de la simple elección del sistema público o privado, penetrando en el contenido mismo y en la prestación del servicio, cuando éste se conculca por conexidad con derechos fundamentales como la vida y la igualdad ante la Ley.

Esto hace pensar que el *trade-off* entre derechos sociales y protección de las libertades individuales como la propiedad privada basada en el modelo neoliberal se decide en cada caso particular aplicando el método de ponderación; puesto que si bien es cierto que los jueces aún siguen atados a la interpretación original, el mundo evoluciona al igual que la visión del hombre y de la sociedad, y por ende pueden en su labor hermenéutica en desarrollo del “realismo jurídico”, limitar las políticas públicas antidemocráticas. La solución sería una nueva Carta con unos principios y valores ajustados a la realidad, pero ese cambio debe partir de la sociedad misma, pues de nada sirven las reformas parciales, si siguen existiendo la legislación de supermayoría,<sup>44</sup> y si en la parte dogmática ésta sigue amparando el mercado como un fin y no como medio.

Al momento de analizar el impacto económico de la intervención en el caso de la PDD se debe tener en cuenta el lapso en el que se modificó el *statu quo* de la política por parte del TC, a través de la prohibición de la distribución gratuita y la expedición de la ley. Actualmente es el Estado quien debe aportar los recursos para la distribución gratuita de la PDD a pesar de que aún sigue siendo considerada, aunque en menor grado, como perjudicial al atentar contra la vida del que está por nacer, y en tanto, para algunos, no le corresponde al Estado llevar a cabo políticas públicas lesivas de bienes jurídicos superiores.

Actualmente no se está distribuyendo de manera expedita porque existen problemas de implementación en la política y entonces el mercado está proveyendo el medicamento, pese a las externalidades positivas que genera, con un consecuente trato discriminatorio frente a las mujeres de escasos recursos, al tener que asistir primero a una consulta médica especializada para obtener la receta, y la posterior adquisición del mismo en la industria farmacéutica que impone su

---

<sup>44</sup> En especial respecto a las leyes orgánicas constitucionales que requieren de un quórum muy elevado que equivale a reformar la Constitución misma, es decir que así el gobierno cuente con la mayoría en el Congreso es difícil su reforma.



posición oligopólica respecto a precios, cantidades y marcas, entre otros, y que en otrora acometió prácticas que atenta contra la libre competencia como la negativa de venta del medicamento.

En el caso puntual de las TFR, el principio de solidaridad declarado por el TC y su análisis a partir del principio de igualdad, también entran en conflicto con el libre mercado de la salud, ya que la etiqueta neoliberal hace difícil incorporar criterios económicos que puedan justificar la financiación mancomunada o estatal de los seguros privados, donde las cotizaciones aparecen como pagos individuales, lo que además impacta en el gasto público.

Otro aspecto que pone en aprietos el sesgo neoliberal podría estar en las convicciones propias de los mismos ministros del TC. Ellos son actores racionales y develan sus preferencias en sus fallos al existir un marco amplio para esto. Según Zúñiga (2011) el caso de la PDD podría considerarse conservador y el de las TFR, liberal. Y señala que es difícil de explicar el cambio de postura puesto que la diferencia temporal entre ambos fallos es muy corta, pero tal vez incida la conformación circunstancial que haya tenido el TC, porque han ido cambiando los jueces, han ido entrando otros, pero no existe una tendencia clara sustentada en evidencia empírica.

### **Comentarios finales**

En este capítulo se ha sostenido que el TC chileno fue activista en los casos de la PDD y las TFR, pero que este fenómeno corresponde a situaciones de índole coyuntural, y en tanto ello le da un estatus de “actor de reserva” que se activa pese a una serie de obstáculos que están dados desde la misma Constitución, y lo alejan de cualquier consideración como actor con poder de veto permanente sobre las políticas públicas y la actividad de la administración en general.

No obstante, cuando a ello hay lugar es posible que el TC se enfrente a un eventual escenario de captura, ya sea que la política esté diseñada para concretar los intereses de grupos minoritarios, en detrimento del interés general, o sea que se intente su captura. La evidencia del caso de las PDD muestra cómo la iglesia intentó capturar la posición mayoritaria de los ministros. En el de las TFR, el TC se tuvo que enfrentar los intereses de una industria poderosa, sin embargo estos jueces estaban siendo afectados directamente por las alzas en los precios de los planes de salud.

En el contexto de ese activismo coyuntural, el TC tiene una serie de mecanismos como son los test de constitucionalidad (ponderación e igualdad) para descubrir si una determinada política tiene un interés especial, por lo que le corresponde neutralizarla o imponer restricciones al margen de la maniobra que tienen los actores; lo cual no es fácil pues el sistema constitucional ampara la propiedad privada, el mercado y lo individual, como concreción del modelo neoliberal

y por ende el TC en su labor interpretativa debe tomar los pocos espacios sociales que tiene para relativizar los valores absolutos y ponderarlos.

Lo que se ha sostenido mayoritariamente es que los tribunales no deben intervenir, ni resolver las causas, según criterios políticos o ideológicos, lo que debe hacer vigilar que una determinada decisión legislativa o de la autoridad administrativa se sujete a los parámetros que establece la Constitución Política. Además respecto a los cuestionamientos, en relación con su legitimidad, es claro que no importa que el TC no sea democrático, no tiene por qué serlo; lo importante es que sea transparente y que cumpla las reglas que impone la institucionalidad.

Ahora bien, el hacedor de políticas debe considerar estos elementos en sede de diseño de la política para evitar los costos asociados a la judicialización y a los reprocesos, que no todos aceptan como indeseables pues también corresponde a escenarios propicios para el debate, la movilización social y la democracia. Adicionalmente, se debe entender que la subjetividad de quien formula la política está acotada por la Carta Constitucional.

Como aprendizaje de los casos, en términos generales, se observa una estabilidad en los procesos políticos y un apego al *statu quo* y la tradición. En Chile, a pesar de todo, el tránsito a la democracia es un proceso no acabado, puesto que aún subsisten instituciones y principios autoritarios, que frenan los cambios sociales y la forma de entender los derechos humanos; no obstante los movimientos sociales reclaman actualmente más prestaciones de parte del Estado.

### Conclusiones

Las políticas públicas no siguen un curso de evolución uniforme puesto que con el transcurso del tiempo cambian los intereses, la intensidad de la intervención de los actores y se producen efectos colaterales que pueden dar inicio a nuevos procesos de gestión de lo público. En ese sentido, no tienen una fuente única y pueden generarse por iniciativa estatal, así como por el accionar de grupos de interés dentro de la sociedad.

Dependiendo de la figura jurídica, y de acuerdo con la distribución general de competencias de los poderes públicos, éstas pueden diseñarse de forma conjunta entre el Legislativo y el Ejecutivo, aunque su implementación corresponde principalmente a este último. Esa estructura tradicional empieza a mutar a partir de nuevos actores que pueden incidir cambiando su curso en cualquier etapa del ciclo. Concretamente los tribunales, y en especial el TC, tienen un poder relevante en esta materia, y en Chile esto no ha sido la excepción.

Por ende, el propósito de esta investigación fue responder a la pregunta ¿cuáles son los efectos de la nueva forma de comportarse el TC frente a las políticas públicas y cuáles son sus límites? Se partió entonces con la hipótesis de que efectivamente él es un actor relevante a partir de la reforma constitucional del 2005, pero se descubrió, al analizar los casos de la PDD y de las TFR, que su poder no es de veto sino que está circunscrito a aspectos puntuales y a situaciones de coyuntura, por lo que ostenta la calidad de “actor de reserva”, al existir barreras que hacen difícil que estos asuntos lleguen a su conocimiento, sobre todo en materia de derechos sociales.

En ese sentido sus efectos sobre las políticas no son generalizados, sino que en cada caso tendrán que estudiarse de manera puntual, sin que de ello pueda derivarse una tendencia que permita predecir un patrón de comportamiento a futuro, a menos que exista un cambio constitucional formal, de tal magnitud, que defina algo diferente. Ahora bien, el tema de los límites es complejo, pues podría decirse que la norma superior dispone de forma clara sus atribuciones y el marco de acciones por lo que el TC no podría ir más allá.

Además de la norma y de los valores sociales, otro elemento que limita el accionar del TC es el efecto coercitivo simbólico de sus decisiones, ya que si bien es cierto que éstas deben acatarse, más aún cuando tiene el poder de expulsar las normas del ordenamiento jurídico, como juez no cuenta con herramientas para que los demás poderes se abstengan de desconocer sus interpretaciones y argumentos, y en ese sentido podrían producirse políticas contrarias a la posición del TC. Esto hace posible que en instancia de diseño sea necesario incluir un análisis de

constitucionalidad que anticipe los escenarios futuros para evitar impactos y costos asociados su la judicialización.

## **Recomendaciones**

### *Respecto al programa de la PDD*

Insistir ante el Gobierno nacional para que éste expida el reglamento correspondiente, el cual debe estar ajustado a la Ley y contar con la participación de los diferentes actores, especialmente las mujeres, dejando en claro que la discusión sobre los efectos del medicamento ya está superada y lo que procede es ajustar detalles en relación con la confidencialidad, la oportunidad, la iniciación de acciones penales y la inscripción de las jóvenes al sistema.

### *Respecto a las TFR (Isapres)*

Invitar a los diferentes actores sociales interesados, a hacer seguimiento y participar en el trámite de los debates del Ley en Congreso, para lo cual es necesario prestar atención a los comentarios del panel de expertos y la interpretación y los lineamientos dados por el TC en su sentencia.

### *Respecto a los hacedores de políticas públicas*

Incorporar, además de los análisis técnicos y presupuestales que correspondan en cada política, un pretest de constitucionalidad al momento de diseñarlas que deleve los valores en juego y el balance establecido, con el propósito de contener impactos futuros relativos a su judicialización.

### *Respecto a los actores políticos*

Adelantar debates sobre la pertinencia de establecer una nueva estructura constitucional en aras de incorporar nuevos principios que le doten a la propiedad una función social, que permita la realización de unos mínimos sociales que ayuden a superar la desigualdad y la inequidad existente en Chile.

### *Respecto a la comunidad académica*

Seguir líneas de investigación a futuro que permitan observar el comportamiento del TC y su relación con las demás ramas del poder público, tomando para ello nuevos casos que se resuelvan en esa instancia, que contribuyan al estudio interdisciplinario de las políticas públicas.

## Bibliografía

- AGUILAR, Gonzalo (2008): “Hacia un sistema integral de derechos humanos: Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional chileno sobre la píldora del día después” en *Revista Ius et Praxis* (Vol. 14 N° 1), Talca (versión en línea), pp. 347-362.
- ALCALDE, Enrique (2008): “Relación entre valores y principios generales de derecho en la interpretación constitucional de los derechos fundamentales en Chile” en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 35 N° 3), Santiago, Universidad Católica de Chile (versión en línea), pp. 463-484.
- ALDUNATE, Eduardo (2010): “Aproximación conceptual y crítica al neoconstitucionalismo” en *Revista de derecho de Valdivia* (Vol. 23), Valdivia (versión en línea), pp. 79-102.
- ALEXY, Robert (2007): *Derechos sociales y ponderación* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo), pp. 404.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (2010): *Historia de la Ley N° 20.418 que fija Normas sobre Información, Orientación y Prestaciones en materia de regulación de la Fertilidad*, Santiago, pp. 454. Disponible en [www.bcn.cl/histley](http://www.bcn.cl/histley) [Consultado: 1 de octubre de 2011].
- BID (2006): *La política de las políticas públicas: Progreso económico y social de las Américas* (Washington, BID), p. 91. Disponible en [http://www.iadb.org/es/investigacion-y-datos/detalles-de-publicacion,3169.html?displaytype=&pub\\_id=B%2D2006](http://www.iadb.org/es/investigacion-y-datos/detalles-de-publicacion,3169.html?displaytype=&pub_id=B%2D2006) [Consultado: 12 de julio de 2011].
- CASAS, Lidia *et al.* (2007): *Chile, Panorama de sexualidad y derechos humanos* (Santiago de Chile y Río de Janeiro, Centro latinoamericano de Sexualidad y Derechos Humanos, Instituto de Medicina Social y CLAM), pp. 305-358.
- CASTRO, Rodrigo (2006): *Desafíos del nuevo marco regulatorio del sector salud*, Serie informe social N° 99, Santiago, Libertad y Desarrollo, pp. 33.
- CEA, José Luis (2007): “Proyecciones de la separación de poderes en el Estado contemporáneo” en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, México, pp. 147-161.
- CID, Camilo (2008): “Causas estructurales de los problemas de inequidad en el acceso a la salud en Chile” en *Revista Chilena de Salud Pública* (Vol. 2 N° 2), Santiago, p. 103.

- CODDOU, Alberto (2010): “El nuevo Tribunal Constitucional y los derechos sociales. El caso de las Isapres” en *Anuario de Derecho Público 2010* (Santiago, Universidad Diego Portales), pp. 55-73.
- CORILLOCLA, Pavel (2008): *La Justicia Constitucional y las Políticas Públicas: Una Aproximación* (Santiago de Chile, Universidad Diego Portales), pp. 15. Disponible en <http://www.expansiva.cl/media/publicaciones/indagacion/documentos/20090707121202.pdf> [Consultado: 10 de junio de 2011].
- CORTÁZAR, Juan Carlos y BARZELAY, Michael (2004): *Una guía práctica para la elaboración de estudios de caso sobre buenas prácticas en referencia social* (Washington, Instituto Interamericano para el desarrollo y Banco Interamericano de desarrollo), pp. 69.
- COUSO, Javier y CODDOU, Alberto (2009): “Las asignaturas pendientes de la reforma constitucional chilena” en *Serie Working Papers ICSO-UDP* (2009 N° 2), Santiago (versión en línea), pp. 1-27.
- CROXATTO, Horacio (2004): “La píldora anticonceptiva de emergencia y la generación de un nuevo individuo” en *Reflexión y Liberación* (XVI N° 2), Santiago (versión en línea), pp. 33-39.
- CRUZ, Alexánder (2011): *Intervención del estado colombiano en el sector solidario* (Bogotá, ediciones Universidad del Rosario), pp. 312
- CUERVO, Jorge Iván (2007): “Las políticas públicas: entre los modelos teóricos y la práctica gubernamental (una revisión a los presupuesto teóricos de las políticas públicas en función de su aplicación a la gestión pública colombiana)” en *Ensayos sobre políticas públicas* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia), pp. 65-95.
- DE SECONDAT, Charles Louis (Barón de Montesquieu) (1998): *Del Espíritu de las Leyes* (Madrid, Tecnos), p. 350.
- DIDES, Claudia (2006): *Voces en emergencia: el discurso conservador y la píldora del día después* (Santiago, Flacso), p. 187.
- FAÚNDEZ, Alejandra (1997): “Género, salud y políticas públicas. Del binomio madre hijo a la mujer integral” en *Serie Estudios de Caso* (N° 15), Santiago, Universidad de Chile, p. 16.
- FIGUEROA, Rodolfo (2009a): “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión teórica” en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 36, N° 3), Santiago, Universidad Católica de Chile (versión en línea), pp. 587-620.

- FIGUEROA, Rodolfo (2009b): “Justificación del rol de las cortes haciendo justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la protección de la salud” en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 36 N° 2), Santiago, Universidad Católica de Chile (versión en línea), pp. 313-342.
- FIGUEROA, Rodolfo (2010): “Comentario relativo a la sentencia del Tribunal Constitucional referida a la píldora del día después del año 2008” en *Anuario de Derecho Público 2010* (Santiago, Universidad Diego Portales), pp. 144-162.
- GARCÍA, José Francisco (2010): “El principio de proporcionalidad como parámetro de control de la legislación de interés especial” en *Anuario de Derecho Público 2010* (Santiago, Universidad Diego Portales), pp. 429-448.
- HENRIQUEZ VIÑAS, Miriam (2010): “¿Activismo judicial en la obtención de cobertura adicional para enfermedades catastróficas: Análisis jurisprudencial 2006-2009?” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Año 8, N° 1), Santiago (versión en línea), pp. 401-424.
- JIMENEZ, Guillermo, y MARSHALL, Pablo (2010): “La píldora del día después y las potestades públicas” en *Hemiciclo - Revista de Estudios Parlamentarios* (Año 1 N° 2), Valparaíso (versión en línea), pp. 45-66.
- KELSEN, Hans (1985): *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, trad. NILVE, Moisés (Buenos Aires, editorial universitaria), pp. 245.
- LAHERA, Eugenio (2004): “Política y políticas Públicas” en *Serie políticas sociales* (N°95), Santiago de Chile, CEPAL, pp. 32. Disponible en <http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/5/19485/P19485.xml&xsl=/dds/tpl/p9f.xsl&base=/ddpe/tpl/top-bottomdirector.xslt>. [Consultado: 10 de junio de 2011].
- MARSHALL, Pablo, ZÚÑIGA, Yanira, ACCATINO, Daniela, y BORDALÍ, Andrés (2008): “Sentencia sobre inconstitucionalidad del Decreto Supremo N° 48 del Minsalud en la parte que autoriza la distribución de la píldora del día después en el sistema público de salud (Tribunal Constitucional)” en *Revista de derecho de Valdivia* (Vol. 21 N° 1), Valdivia (versión en línea), pp. 155-170.
- MORÁN, José Manuel (2010): *La Situación de la Anticoncepción de Emergencia en América Latina y El Caribe: Barreras y facilitadores en la accesibilidad*, Consorcio Latinoamericano de Anticoncepción de Emergencia CLAE, pp. 40. Disponible en [redcece.org/indiceclae.pdf](http://redcece.org/indiceclae.pdf) [Consultado: 10 de agosto de 2011].

- NAVARRO, Enrique (2011a): *El control de constitucionalidad de las leyes en Chile (1811-2011)* (Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional número 43), pp. 133-136.
- NOGUEIRA, Humberto (2008): “Análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional chileno sobre el Decreto Supremo que regula la distribución de la píldora del día después (Levonorgestrel 0.75 mg)” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Año 6 N° 1), Santiago (versión en línea), pp. 361-372.
- NOGUEIRA, Humberto (2010): “La protección de los derechos sociales como derechos fundamentales de eficacia inmediata y justiciables en jurisdicción constitucional: La sentencia del Tribunal Constitucional Rol 1710-2010-Inc., del 6 de agosto de 2010, sobre la constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* (Año 8 N° 2), Santiago (versión en línea), pp. 763-798.
- OMS (2010): *La financiación de los sistemas de salud: El camino hacia la cobertura universal. Informe de la Salud en el mundo*, Ginebra, pp. 1-30. Disponible en <http://www.who.int/whr/2010/es/index.html> [Consultado 15 de julio de 2011].
- ROMERO, Juan José (2008): “¿Capturados por nuestra suspicacia? Algunas aproximaciones acerca del origen, desarrollo y extinción de las regulaciones” en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 35 N° 1), Santiago, Universidad Católica de Chile (versión en línea), pp. 9-35.
- SUBIRATS, Joan (2001): “Los nuevos mecanismos participativos y democracia: promesas y amenazas” en FONT, Joan: *Ciudadanos y decisiones públicas* (Barcelona, Ariel), pp. 33-42.
- Tribunal Constitucional de Chile (2011): *Informe de Cuenta Pública del Tribunal Constitucional del 2010*. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.cl/wp/documentos/memorias-y-cuentas> [Consultado 28 de julio de 2011].
- TSEBELIS, George (2006): *Jugadores con veto. Cómo funcionan las instituciones políticas*, trad. SALAZAR, José Manuel (México, Fondo de Cultura Económica), pp. 409.
- Universidad Diego Portales (2004): *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2004: Hechos de 2003* (Santiago, UDP), pp. 223-226.
- Universidad Diego Portales (2005): *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2005: Hechos de 2004* (Santiago, UDP), pp. 272-275.



- Universidad Diego Portales (2006): *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2006: Hechos de 2005* (Santiago, UDP), pp. 353-358.
- Universidad Diego Portales (2007): *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2007: Hechos de 2006* (Santiago, UDP), pp. 262-275.
- Universidad Diego Portales (2008): *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2008*, pp. 341-360.
- UPRIMNY, Rodrigo *et al.* (2006): *¿Justicia para todos? Sistema Judicial, derechos sociales y democracia en Colombia* (Bogotá, editorial Norma), p. 173.
- VIVANCO, Ángela (2008): “La píldora del día después: Sentencia del Tribunal Constitucional de 11 de enero de 2007” en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 35 N° 3), Santiago, Universidad Católica de Chile (versión en línea), pp. 543-577.
- VIVANCO, Ángela (2010): “Justicia constitucional, libre elección en materia de salud y normativa sobre Isapres: un comentario a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 37 N° 1), Santiago, Universidad Católica de Chile (versión en línea), pp.141-162.
- ZÚÑIGA, Alejandra (2007): “Los Sistemas Sanitarios y el AUGE”. En *Revista Acta Bioethica* (Vol.13 N° 2), Santiago, pp. 237-245.
- ZÚÑIGA, Francisco (2006): *Control constitucional y sentencia* (Santiago, Cuadernos del Tribunal Constitucional), p. 148.

## **Sentencias**

- Corte de Apelaciones de Santiago: *Requerimiento de nulidad de registro*. Rol 4200-03 (D-6955-04). Sentencia de fecha 10 de diciembre de 2004.
- Corte Suprema de Justicia: *Recurso de Protección*. Rol N° 2.186-2001. Sentencia de fecha 30 de agosto de 2001.
- 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 Minsalud*. Rol N° 740-2007. Sentencia de fecha 18 de abril de 2008.

Tribunal Constitucional de Chile: *Requerimiento de inconstitucionalidad deducido en contra de del artículo 38 ter de la Ley de Isapres*. Rol N° 1710-2010-inc. Sentencia de fecha 6 de agosto de 2010.

Tribunal Constitucional de Perú: *Acción de lucha anticorrupción*, expediente 02005-2009. Disponible en [http://www.tc.gob.pe/tc\\_jurisprudencia\\_ant.php](http://www.tc.gob.pe/tc_jurisprudencia_ant.php) [Consultado 1 de agosto de 2011].

## **Entrevistas**

ARTEAGA, Oscar. Director de la Escuela de Salud Pública de la Universidad de Chile. Fecha: 29 de julio de 2011.

CARMONA, Carlos. Ministro del Tribunal Constitucional. Fecha: 2 de septiembre de 2011.

CASAS, Lidia. Profesora de la facultad de derecho de la Universidad Diego Portales. Fecha: 4 de agosto de 2011.

CASTRO, René. Ex encargado del Programa de Salud de la Mujer en el Minsalud. Fecha: 29 de julio de 2011.

FLORES CLAVIJO, Marcelo. Gerente general de Farmagé Ltda. Fecha: 26 de octubre de 2011.

INOSTROZA, Manuel. Ex superintendente de Salud. Fecha: 1 de agosto de 2011.

IRARRÁZABAL, Paz. Ex asesora Comisión de Defensa del Estado. Fecha: 19 de junio de 2011.

NANCUANTE, Ulises. Exfiscal de la Superintendencia de Salud. Fecha: 2 de agosto de 2011.

NAVARRO BELTRÁN, Enrique. Ministro del Tribunal Constitucional. Fecha: 7 de septiembre de 2011.

PERALTA REYES, Jorge. Gerente de marketing y promoción de Farmagé Ltda. Fecha: 26 de octubre de 2011.

SCHIAPPACASSE, Verónica. Directora de la Fundación Prosalud. Fecha: 26 de octubre de 2011.

SIMÓN, Gonzalo. Gerente de de la Asociación de Isapres. Fecha: 31 de agosto de 2011.

ZÚÑIGA, Alejandra. Profesora de la Universidad de Valparaíso. Fecha: 27 de julio de 2011.