

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

*Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação*

ANO I – NÚMERO I

DIREITO E JUSTIÇA
Aspectos Atuais e Problemáticos

Lisboa
Editorial Juruá
2015

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO I, Nº I, 2º SEM. 2015

JURUÁ
EDITORIAL

Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D'Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal
Home page: www.editorialjurua.com — e-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396

Depósito Legal: 398849/15

Editor:

Luiz Augusto de Oliveira Junior

Diretores da Revista:

David Vallespín Pérez

Germán Barreiro González

Gonçalo S. de Melo Bandeira

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

COLABORADORES:

Adel El Tasse
Adriano Fábio Cordeiro da Silva
Alcides Goelzer de Araújo Vargas e Pinto
Aloísio Krohing
Ana Cláudia Corrêa Zuin Mattos do Amaral
Angela Cassia Costaldello
Angelina Isabel Valenzuela Rendón
Antonio Pele
Camila Clarisse Romero Gomes
Carlos Trujillo Hernandez
Celso Antonio Pacheco Fiorillo
Cinthia Obladen de Almendra Freitas
Danielle Portugal de Biazi
David Vallespín Pérez
Dirce Nazaré de Andrade Ferreira
Fabiane Grandó
Fabiano Dolenc Del Masso
Fernando Gustavo Knoerr
Fernando Rister de Sousa Lima
Francisco Carlos Duarte
Gonçalo S. de Melo Bandeira
Gregorio Saravia
Greice Patrícia Fuller
Guilherme Augusto Souza Godoy
Idir Canzi
Iraci de Andrade
Irene Portela
Isa Filipa António
J. Eduardo López Ahumada
Jardel de Freitas Soares
Jessica Ramos da Silva
Jordi Garcia Viña
Jorge de Oliveira Vargas
José Adércio Leite Sampaio
Karin Kässmayer
Linara Oeiras Assunção
M^a Ángeles Pérez Marín
Maraluce Maria Custódio
Marcel Magalhães e Guerra
Marco Antonio Lima
Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini
Nancy Carina Vernengo Pellejero
Nuria Belloso Martín
Paulo J. B. Faiad
Paulo Junior Trindade dos Santos
Paulo Ricardo Opuszka
Priscila Luciene Santos de Lima
Rafael Lima Torres
Rita Daniela Leite da Silva
Robert Carlon de Carvalho
Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño
Rubén Miranda Gonçalves
Rui Miguel Zeferino Ferreira
Saulo Tarso Rodrigues
Sônia M. P. Wiedmann
Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça
Valesca Raizer Borges Moschen
Vinícius Almada Mozetic
Vitor de Medeiros Marçal
Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr
Zulmar Fachin

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Bruno Sena Martins

Doutor em Grupo de Estudos Anglo-Americanos pela Universidade de Coimbra; Professor da Universidade de Coimbra.

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Nuno Manoel Pinto de Oliveira

Doutor em Direito; Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho.

Nuria Belloso Martín

Doutora em Direito; Professora Catedrática de Filosofia do Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Burgos.

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objectivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos seleccionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de selecção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

EL DERECHO A LA SALUD EN CHILE Y BRASIL ¿LOS JUECES COMO HÉROES DE LA JUSTICIA SOCIAL?¹

Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño²

Camila Clarisse Romero Gomes³

Resumen: El examen comparativo de la jurisprudencia relativa al derecho social a la salud, emanada tanto del Supremo Tribunal Federal Brasileiro como del Tribunal Constitucional chileno, respectivamente, permite advertir la existencia de diferencias y semejanzas entre ambos sistemas constitucionales. Las primeras, dadas por el sujeto que, en cada país, se reputa como obligado a los derechos sociales; y las segundas, por la aproximación que escogen los tribunales para otorgar efecto directo a aquel derecho social. Esto pues, en ambos casos, ello se hace de una forma tal que permite a estos tribunales ignorar, en la práctica, una serie de consideraciones muy importantes, partiendo por la configuración legislativa preexistente de tales derechos, establecida por los poderes político-representativos. Dada la finalidad de los derechos sociales, merece la pena contrastar esta doctrina jurisprudencial con sus efectos prácticos -recurriendo a los ejemplos de los mismos países mencionados-, en términos de averiguar si, en definitiva, esta jurisprudencia mejora o no las condiciones de vida de los más desfavorecidos.

Palabras-claves: Brasil, control de constitucionalidad; Chile, control de constitucionalidad; activismo judicial; derechos sociales; derecho a la salud.

Abstract: The comparative study of Constitutional case law about the social right to health, of both Brazilian Supremo Tribunal Federal and Chilean Tribunal Constitucional, allows to discover differences between them, given by the subject who is deemed as liable to comply, in each country, with this social rights. But, at the same time, both brazilian and chilean case law show similarities, given by the approach chosen by both courts. In short, that approach gives legal binding nature to social rights, in a way that allows those

¹ Artículo a ser presentado en el “1º Simposio Internacional CONSINTER –Aspectos Actuales y Problemáticos del Derecho y de la Justicia en España y Brasil”, Barcelona, octubre de 2015.

² Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile; magíster en derecho constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Santiago, Chile; doctorando por la Universidad de Santiago de Compostela, España. Vinculado a la Universidad de los Andes, Chile.

³ Mestre en ciencias jurídico políticas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto, abogada, maestra.

Courts to ignore, in practice, a number of important considerations; first of all, the existing legislative settings on such rights, established by the political branches of government. Given the purpose of positive rights, it is worth contrasting this jurisprudence with its effects, in terms of whether this case law is able to improve, in practice, the living conditions of the most disadvantaged.

Keywords: Brazil, judicial review; Chile, judicial review; judicial activism; social rights; right to health.

INTRODUCCIÓN. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL DERECHO A LA SALUD EN CHILE Y EN BRASIL.

La jurisprudencia constitucional emanada del Supremo Tribunal Federal de Brasil (en adelante, STF) ha mantenido desde fines de los años 90 del siglo XX una fuerte tendencia a considerar al derecho constitucional a la salud como una obligación directamente exigible contra el Estado. Mientras tanto, el Tribunal Constitucional chileno (en adelante, TC) comienza a reconocer la vinculatoriedad directa del derecho a la salud sólo a partir del año 2010 aunque -a diferencia de la situación brasilera- respecto de instituciones privadas de seguros de salud⁴.

El examen comparado de ambas corrientes jurisprudenciales permite advertir, junto con la anotada diferencia respecto del sujeto que se estima como obligado por el derecho social a la salud, -en el caso brasilero, mayormente el Estado; en el caso chileno, entidades aseguradoras de salud de carácter privado y con fines de lucro- una semejanza fundamental: en ambos casos, los tribunales respectivos optan por declarar la justiciabilidad directa del derecho social a la salud, dejando de lado una serie de consideraciones, siendo la primera de éstas -aunque no la única- la regulación legal preexistente de la referida garantía social.

Nuestro trabajo, en consecuencia, buscará determinar, en primer término, la causa de las anotadas diferencias -que, como veremos, reside a nuestro juicio en la conformación constitucional del derecho a la salud en cada carta constitucional- y, en segundo lugar, las causas y efectos prácticos de las semejanzas entre ambas experiencias jurisprudenciales.

LOS DERECHOS SOCIALES EN BRASIL

Para entender la regulación constitucional de los derechos sociales en Brasil, es necesario comprender primero la regulación general de los derechos

⁴ El trabajo actual se limita a comparar la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal -la corte constitucional brasilera y máximo órgano jurisdiccional de ese país- con el Tribunal Constitucional de Chile. Cabe considerar, sin embargo que en este último país, además existe una Corte Suprema de Justicia, es decir, la Corte de Casación que se encuentra en la cúspide del Poder judicial chileno y que también cuenta con jurisprudencia en materia de derecho a la salud e ISAPRES, aunque respecto de otros puntos. La referida jurisprudencia de este último tribunal no se considerará en este trabajo.

sociales en la Constitución respectiva. Según la Carta Constitucional brasilera de 1988, son derechos sociales la educación, la salud, la alimentación, el trabajo, la vivienda, el ocio, la seguridad social, la protección de la maternidad e infancia y la asistencia a los indigentes (art. 6). De esta manera, la Constitución de 1988 consagra de forma expresa un amplio catálogo de derechos sociales, catálogo que, en términos comparativos, sería el más amplio de la historia del constitucionalismo brasilero (FERREIRA MENDES, GONET BRANCO, 2012, p. 889-890, 895-896)⁵.

Pero además, la Constitución brasileña de 1988 junto con especificar, más adelante, el contenido y forma de prestación de estos derechos (Arts. 196, 201, 203, 205, 215, 217, etc.), tampoco efectúa distinción entre los derechos previstos en el capítulo I del título II -en general, derechos civiles y políticos- y los derechos sociales (Capítulo II del Título II), al establecer que los derechos y garantías tienen aplicación inmediata (art. 5, § 1, de CF/88); es decir, según entiende la doctrina⁶, que el mismo régimen de los derechos clásicos se extiende, con todos sus efectos - en particular, el nivel de exigibilidad-, a los derechos sociales.

La consecuencia más importante de este supuesto es que cualquier vulneración de los derechos fundamentales, expresados en la constitución, podría estar sujeta a revisión judicial, en una competencia que, atendidas las características generales del sistema judicial brasilero, es compartida por todos los niveles del poder judicial, y no reservada sólo al STF. En estas condiciones, la judicialización de los derechos socio-económicos es una clara posibilidad (LÍRIO DO VALLE, 2014, p. 76-77)⁷.

En vista de lo anterior, PIOVESAN y STANZIOLA concluyen que el orden constitucional de 1988 ha terminado por ampliar las tareas del Estado, incorporando una verdadera configuración constitucional de la actividad política, que ha pasado a sufrir límites e imposiciones de acción, en favor del cumplimiento de fines económico sociales positivamente vinculantes (PIOVESAN, STANZIOLA VIEIRA, 2006, p. 132)⁸.

EL DERECHO A LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN DE 1988

Establecido lo anterior, particular importancia tiene, a nuestros efectos, la forma en que ha sido entendido el derecho social a la salud, consagrado por primera vez en un texto constitucional brasilero, mediante la previsión contenida en el artículo 196 de la Constitución Federal⁹. Dicho

⁵ Aquí, y de ahora en adelante, traducción propia.

⁶ Así por ejemplo, PIOVESAN (2008, p. 183)

⁷ Aquí, y de ahora en adelante, traducción propia.

⁸ Aquí, y de ahora en adelante, traducción propia.

⁹ “**Art. 196.** *La salud es un derecho de todos y un deber del Estado, garantizado mediante políticas sociales y económicas dirigidas a la reducción del riesgo de dolencias y otros agravios, y al acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación*”. (traducción nuestra del original en Portugués).

precepto establece al derecho a la salud como un derecho de todos, deber del estado, y que ha de ser garantizado mediante políticas sociales y económicas, dirigidas a la reducción de riesgo de enfermedades y otros agravios, regido por el principio de acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación.

Sin embargo, como lo señala la propia norma constitucional, ese derecho público subjetivo se encuentra, en principio, asegurado mediante políticas sociales y económicas. En otras palabras, como señalan Ferreira y Gonet “*no existe un derecho absoluto a todo y cualquier procedimiento [...]*”. El sesgo programático de este derecho se impone no sólo por la necesidad de efectuar opciones de asignación presupuestaria de recursos escasos, sino también por el carácter evolutivo de la propia ciencia médica (FERREIRA MENDES, GONET BRANCO, 2012, p. 900-903).

Asimismo, el propio constituyente brasilero estableció un sistema universal de acceso a los servicios públicos de salud, el que refuerza la responsabilidad solidaria de los entes de la federación, garantizando, incluso, la “*igualdad de la asistencia a la salud, sin prejuicios o privilegios de cualquier especie*” (art. 7º, IV, da Lei 8.080/90)¹⁰. Se trata de una atribución común de los entes de la federación, concordante con el artículo 23, II, de la Constitución (FERREIRA MENDES, GONET BRANCO, 2012, p. 900-903).

Como puede observarse, las normas constitucionales en examen dejan claro que, más allá de un derecho fundamental a la salud, existe un deber fundamental de prestación de la salud por parte del Estado (es decir, en el caso brasilero, la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los municipios), sobre quien pesa el deber de desarrollar políticas públicas que apunten a la reducción de enfermedades y la promoción, protección y recuperación de la salud (FERREIRA MENDES; GONET BRANCO, 2012, p. 900-903). En el mismo sentido, LÍRIO DO VALLE concluye que la eficacia inmediata de los derechos sociales fue vista desde un comienzo como una prerrogativa dirigida contra el estado (LÍRIO DO VALLE, 2014, p. 76-77).

Como señala Lírío do Valle, la consecuencia de todo lo expuesto es que el derecho a la salud debe entenderse como un deber de acción estatal completa e instantánea, de garantizar el derecho socio-económico en cuestión. Ello, como consecuencia de la necesidad de asegurar el cumplimiento del compromiso constitucional con la transformación social, entre otras forma mediante la posibilidad de escrutinio judicial (LÍRIO DO VALLE, 2014, p. 76-77).

En ese orden de ideas, y no obstante que autores como PIOVESAN critican lo que califican como “timidez” del poder judicial a la hora de concretar

¹⁰ La ley 8.080/90 regula, en todo el territorio brasileño, las acciones de servicios de salud, ejecutados de manera aislada o conjunta, en carácter permanente o eventual, por personas naturales o jurídicas de derecho público o privado.

las garantías sociales (PIOVESAN, 2014, p. 658)^{11/12}, lo cierto es que, con base en las referidas normas, la jurisprudencia brasilera ha desarrollado una nutrida jurisprudencia avalando la fuerza jurídicamente vinculante y directa del derecho a la salud, y la responsabilidad del Estado en la provisión de los bienes y servicios respectivos.

En efecto, como dice Motta Ferraz, el STF ha sucumbido a la presión -o, como sugiere el autor, a la “tentación”- y ha abandonado completamente la aproximación deferente que primaba a mediados de los años '90 del siglo XX. Desde 1997, el STF ha aplicado consistentemente un modelo altamente asertivo y sustantivo de revisión, en la cual el contenido del derecho a la salud es definido por el poder judicial “*contra la voluntad de las ramas políticas e impuesto coactivamente a éstas a través de órdenes vinculantes*” (MOTTA FERRAZ, 2011, p. 1656-1658)¹³.

En ese sentido, la dimensión individual del derecho a la salud fue destacada por el Ministro Celso de Mello, del Supremo Tribunal Federal, relator del AgR-RE 271.286-8/RS¹⁴, al reconocer a la salud como un derecho público subjetivo, asegurado a la generalidad de las personas, que conduce a una relación jurídica obligacional entre el individuo y el Estado. El ministro resalta que “*una interpretación de la norma no puede transformarla en una ‘promesa constitucional inconsecuente’, imponiendo a los entes federados, por tanto, un deber de prestación positiva*”. Concluye este juez que la esencia del derecho a la salud se manifestaría en la calificación, por el constituyente, de prestaciones de relevancia pública a las acciones y servicios de salud (art. 197 de la Constitución federal), legitimando la actuación del Poder Judicial en las hipótesis en que la Administración Pública incumpla el mandamiento constitucional en estudio (FERREIRA MENDES; GONET BRANCO, 2012, p. 900-903).

Es importante notar, en este punto, que no obstante la inexistencia en el ordenamiento jurídico brasilero de la regla del precedente o *stare decisis*, la línea jurisprudencial antes comentada ha sido notablemente consistente por ya casi quince años, siendo el precedente de hecho de ésta, un caso decidido en 1997¹⁵ y desde entonces, citado con aprobación en muchas decisiones adjudicando el derecho a la salud (MOTTA FERRAZ, 2011, p. 1654-1656).

Muy en síntesis, este caso aludió a la situación de un hombre afectado por una rara enfermedad degenerativa, que no tenía una cura aprobada oficialmente ni en Brasil ni en otros lugares. Sin embargo, una clínica privada ubicada en EE.UU. ofrecía una cura, cuyo costo, incluyendo transporte,

¹¹ La autora critica que el poder judicial habría estado recurriendo a una “interpretación de bloqueo”, que resultaría consonante con las garantías de cuño liberal y una forma de razonamiento reacia al carácter transformativo del derecho y a reconocer en los derechos sociales, verdaderos derechos.

¹² Aquí, y de ahora en adelante, traducción propia.

¹³ Aquí, y de ahora en adelante, traducción propia.

¹⁴ AgR-RE 271.286-8 – Rel. Min. Celso de Mello – DJ 12.09.2000.

¹⁵ STF – Recurso Extraordinario 271.286-8 – Rel. Min. Celso de Mello – 12.09.2000 – DJ 24.11.2000, 1.409.

acomodaciones y comida, superaba los 60.000 dólares, esto es, casi veinte veces el PIB. El afectado, apoyándose en su derecho constitucional a la salud, demandó al estado para obtener el financiamiento necesario, lo que implicaba un costo tal que equivalía a casi veinte veces el PIB *per capita* del país. Al llegar al STF, éste mantuvo la decisión favorable que el demandante había obtenido de las cortes inferiores, desechando las argumentaciones técnicas y presupuestarias de la entidad estatal demandada, que entre otros puntos aludían al peligro de que este precedente pudiese implicar la consagración de un derecho de todos y cada uno de los brasileros a los mejores, más caros y más avanzados tratamientos en cualquier parte del mundo, sean experimentales o no, en perjuicio de miles de pacientes pobres. Por el contrario, el STF estimó que cualquier preocupación relativa a la escasez de recursos resultaba irrelevante para la determinación del contenido de un derecho constitucional, que lejos de ser programático, era plenamente justiciable. El pasaje clave, repetido en centenares de decisiones posteriores, señala que:

Entre la protección del derecho inviolable a la vida y la salud, los cuales son derechos subjetivos inalienables, garantizados a todos por la propia constitución (art. 5, caput and art. 196), y la defensa, en contra de esta prerrogativa fundamental, de un interés financiero y secundaria del Estado, creo, una vez que este dilema se produce que razones ético-jurídica obligan al juez a una sola solución posible: la que promueve el respeto de la vida humana y salud¹⁶.

De esta manera, bajo la jurisprudencia prevaleciente, las Cortes brasileras ven la litigación en materia de derecho a la salud como un conflicto entre el derecho individual a la vida y la salud y un interés financiero del estado. Esto implica un ejercicio de ponderación [*balancing*] en el cual, desde la óptica de las cortes, el derecho del individuo debe siempre prevalecer, con independencia del costo que implique. Las Cortes han establecido, así, un derecho absoluto a la satisfacción de cualquier necesidad que los individuos puedan probar que tienen. Motta Ferraz denomina este derecho como el derecho a “*la máxima atención de salud*” (MOTTA FERRAZ, 2011, p. 1656-1658).

A todo esto ayuda también, sin duda, la tendencia de las Cortes Brasileras a decidir los casos de salud sobre la base del derecho a la vida (Art. 5 de la Constitución), la dignidad humana, la necesidad de asegurar mediante los derechos sociales la “democracia humanizada” que la Constitución establece; y el que su realización por medio de acciones legales no infringe la separación de poderes (HOFFMAN; BENTES, 2008, p. 120)¹⁷.

A mayor abundamiento, como hace presente Lírio do Valle, dado que la cláusula constitucional de salud alude de manera universal a toda la población,

¹⁶ De acuerdo a la transcripción ofrecida por Motta Ferraz. Traducción propia, del portugués.

¹⁷ Aquí, y de ahora en adelante, traducción propia.

es fácil advertir que la jurisprudencia brasilera mantiene el deber estatal de proveer los servicios demandados *incluso respecto de personas ricas*. Esto pues, se señala, la protección constitucional al derecho a la salud es una emanación directa de la humana dignidad como interés directo de la República Federativa brasilera, cualidad que pertenece por igual a todos y debiera ser igualmente protegida, por tanto, respecto de ricos y pobres (LÍRIO DO VALLE, 2014, p. 78).

De esta manera, como explican Afonso da Silva y Vargas Terraza, todo el mundo tiene acceso gratuito a los hospitales públicos de Brasil, independientemente de la capacidad del individuo de pagar e, incluso, de que cuente con seguro privado de salud. Así, todos los ciudadanos que no pueden o no quieren pagar por los servicios de salud tienen derecho a utilizar los servicios del sistema de salud pública, lo que incluye consultas con médicos, exámenes de salud, tratamientos médicos, cirugía u operaciones, etc. (AFONSO DA SILVA; VARGAS TERRAZAS, 2011, p. 829)¹⁸.

Los mismos autores aportan como evidencia sus investigaciones, en Sao Paulo Brasil, sobre lo que identificaron como dos grupos distintos de demandantes. El primero, constituido por las personas de bajos ingresos, cuyas prescripciones médicas se emitieron en un hospital público común, y cuyas demandas fueron presentadas por el Ministerio Público, referidas generalmente a productos de venta libre simples o medicamentos menos costosos. El segundo, en tanto, compuesto por individuos con un ingreso familiar más alto, cuya prescripción médica fue emitida en un hospital privado, y cuyas demandas fueron presentadas por un abogado privado. Las personas de este segundo grupo, por lo general, solicitaban medicamentos de (muy) alto costo (AFONSO DA SILVA; VARGAS TERRAZAS, 2011, p. 842-843).

Si a ello sumamos la indeterminación en el contenido del derecho a la salud -desde que, de acuerdo a LÍRIO DO VALLE, las cortes brasileras tienden a declarar la vulneración del derecho a la salud sin establecer contenidos específicos- el resultado es un incremento progresivo del nivel de judicialización de este derecho (LÍRIO DO VALLE, 2014, p. 78).

LA PARTICIPACIÓN DE LOS PRIVADOS EN LA SALUD BRASILEIRA

La Constitución Brasileira también regula, en el art. 199, la participación de los privados en la salud, abriendo la atención de salud a la empresa privada. El párrafo 1º de dicho artículo se refiere a las entidades que colaboran con el sistema público mediante un contrato de derecho público o convenio, en tanto que el párrafo 2º, prohíbe la destinación de recursos públicos para ayudas o subvenciones a las instituciones privadas con fines lucrativos.

¹⁸ Aquí, y de ahora en adelante, traducción propia.

En este contexto, de acuerdo a Piovesan, numerosas decisiones judiciales relativas a planes de salud contratados con empresas privadas del rubro, se han relacionado con el alcance de la cobertura de dichos planes, pero en estos casos, las decisiones no se han basado en el discurso de los derechos humanos, sino en los derechos de los consumidores regulados en el Código de Defensa del Consumidor brasileiro. Así, se han rechazado las cláusulas de limitación o de carácter abusivo en los contratos de seguro de salud, fundándose para ello en la relación asimétrica entre consumidor y proveedor, el primero entendido como más vulnerable y por tanto merecedor de mayor protección legal. El STF, finalmente, ha concedido compensaciones en el marco del derecho civil de daños, por faltas en la provisión de servicios médicos apropiados y adecuados (PIOVESAN, 2008, p. 185, 188)¹⁹.

Corresponde ahora examinar el otro país escogido, Chile.

LOS DERECHOS SOCIALES EN CHILE Y, EN PARTICULAR, EL DERECHO A LA SALUD.

Frente al panorama brasileiro, Chile presenta una situación diametralmente distinta. En Chile, los derechos sociales están incluidos y regulados, junto con los derechos civiles y políticos dentro del artículo 19 de la Constitución Política, ubicado a su vez en el Capítulo III de los Derechos y Deberes Constitucionales, precepto que “asegura a todas las personas” el catálogo de derechos allí contenido. Sin embargo, a diferencia del contexto brasileiro, los derechos sociales prestacionales ahí reconocidos²⁰, pese a su ubicación, no han sido configurados como derechos de efecto directo, en tanto la acción constitucional de amparo, conocida como “recurso de protección” (art. 20 de la Constitución chilena) se refiere más a las libertades negativas asociadas a los derechos sociales, que a su aspecto prestacional.

En ese contexto, y en materia de derechos sociales prestacionales, el artículo 19 n. 9 reconoce el derecho a la protección de la salud, disponiendo que el Estado “protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo” (inciso primero) y que “[l]e corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud” (inciso segundo). La norma establece, además, el deber preferente del Estado de “*garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias*”; y, en el inciso final, que “[c]ada persona

¹⁹ Aquí, y de ahora en adelante, traducción propia.

²⁰ En el ámbito prestacional, además, de la salud, se reconoce el derecho a la educación (art. 19 N°10) y a la seguridad social (art. 19, n. 18). El derecho a la vivienda no cuenta con reconocimiento constitucional.

tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”.

Como puede apreciarse, la norma constitucional no entrega al estado - al menos, no de manera excluyente- la prestación del derecho social de la salud. Más bien, se encarga de enfatizar que el rol principal del estado será de supervigilancia, que las acciones de salud pueden prestarse a través de personas privadas y que cada persona podrá optar entre el sistema público y el privado de salud. A mayor abundamiento, como se señaló antes, esta última facultad es el único aspecto protegido por el recurso de protección.

Todo esto se debe a la importancia que el constituyente chileno de 1980 dió al *principio de subsidiariedad*, que se traduce, en este ámbito, en que el estado no es el único agente que ejecuta las acciones de salud. En este sentido, *“las ISAPRES representan [...] una garantía de espacios de libertad que la Constitución desea reconocerles a los particulares en el cumplimiento de sus tareas propias”* (ZÁRATE, 2010, p. 2). En el mismo sentido, como evidencia Vivanco, la intención original del constituyente chileno era una armonización entre los deberes del Estado y el derecho a los ciudadanos de participar como particulares en esta actividad, derecho este último que incluso se reputaba como *“preferente, incluso desde el punto de vista de la libertad, a la acción del Estado, acción que en este sentido, adquiere un carácter subsidiario”* (VIVANCO MARTÍNEZ, 2010, p. 144).

Fue así como en Chile, según describe SOJO, se estableció una dialéctica, vigente ya por más de treinta años, en el que coexisten dos sistemas, que combinan las características del aseguramiento compulsivo, propio de los llamados seguros sociales -expresado en la cotización obligatoria, a cargo exclusivo del trabajador- con la posibilidad que se ofrece a éste de afiliarse, sea al sistema público de salud, mediante el Fondo Nacional de Salud (FONASA) - cuya racionalidad de reparto, en términos generales, favorece la solidaridad-; sea a las referidas instituciones de salud previsual (ISAPRES), que funcionan bajo una lógica de seguro privado asociada al riesgo individual y que son, en su mayoría, instituciones *con fines de lucro*. Mientras los planes individuales que ofrecen las ISAPRES generan una estratificación de prestaciones según la capacidad de pago del asegurado, que se asocian con diferencias de calidad y de hotelería, el sector público, desprovisto de barreras de entrada, cubre a la población de menores ingresos y a la de mayores riesgos y cumple una función de reaseguro global del sistema (SOJO, 2011, p. 2681).

Debe destacarse, entonces, que la lógica del sistema chileno es *“alternativa”*: o se escoge el sistema público de salud, o se escoge el sistema privado. Los usuarios *“[...] no tienen más elección que las instituciones mencionadas, ya que el sistema chileno de cotización obligatoria impide que alguien las pueda utilizar en otro seguro privado a nivel nacional o internacional. Sin embargo, esta fue la dualidad con la que ha funcionado el sistema [...]”* (ZÁRATE, 2010, p. 3). La dualidad en comento se manifiesta

incluso al momento de recibir la atención médica, pues los beneficiarios de la atención pública deben acceder a la red asistencial en el nivel de la atención primaria, salvo casos de urgencia o emergencia calificados. Los beneficiarios de la atención privada, en cambio, deben atenderse en la red convenida con la ISAPRE (SOJO, 2011, p. 2682).

Frente a esta dicotomía, y la evidencia de que la salud privada, si bien mucho más cara, ofrecía prestaciones de mejor calidad, el legislador chileno emprendió diversas reformas para imprimir un sello más solidario en el sistema global de salud. Entre ellas destacan, a partir del año 2005, lo que en Chile se conoce como el “plan AUGE” (ley 19.966), que determina un conjunto de beneficios garantizados por ley para las personas afiliadas tanto a FONASA y a las ISAPRE, fundamentalmente las prestaciones avanzadas y de alto costo, asegurando el acceso efectivo, uniforme y obligatorio a un listado de prestaciones, tanto para el sistema público como para el privado (SOJO, 2011, p. 2.682).

La otra reforma, efectuada mediante la dictación de la Ley N° 20.015, estuvo destinada a regular y limitar la libertad de las ISAPRES para calcular las alzas de los precios de salud y la adecuación anual de los mismos, hasta entonces bastante amplia. Para ello, y en lo que interesa, la ley 20.015 estableció, en el denominado art. 38 ter, criterios para las alzas de los planes, sobre la base de factores de riesgo, que en términos generales corresponden a la edad, sexo y condición del cotizante; esto, a fin de que las Isapres elaboren las tablas de precios de acuerdo a los lineamientos establecidos por la Superintendencia de Salud. (ZÁRATE, 2010, p. 3).

Sin embargo -y he aquí lo paradójal- posteriormente, muchos de los afectados por las sucesivas alzas en sus planes de salud – usualmente por haber cumplido una determinada edad que, de acuerdo a las normas precedentes, los cambiaba de categoría, a planes más costosos- comenzaron a cuestionar judicialmente, ante tribunales ordinarios, la constitucionalidad de la referida normativa, argumentando su carácter “discriminatorio” (esto pues los demandantes pretendían lograr un trato “no discriminatorio” invocando la igualdad ante la ley y el derecho a la salud; en la práctica, pagar siempre el mismo precio, con independencia de sexo, edad o condición).

Puesto el asunto en conocimiento del Tribunal constitucional chileno, en base a los mecanismos procesales contemplados desde 2005 en la Constitución chilena²¹, aquél decidió en sucesivos fallos, primero la inaplicabilidad del precepto legal cuestionado en las disputas judiciales antes mencionadas²² y, finalmente, la inconstitucionalidad del mismo²³, por considerar

²¹ En suma, el recurso de inaplicabilidad, que inhibe la aplicación de una norma en un litigio o gestión judicial concretos, dejando sin embargo la norma vigente para otros casos; y la acción de constitucionalidad, que elimina con efectos *erga omnes* la norma legal respectiva. Ver al respecto art. 93 Nos 6 y 7 de la Constitución Política chilena

²² Sentencias del Tribunal Constitucional chileno Roles 976, 1273, 1287 y 1218.

²³ Sentencia del Tribunal Constitucional chileno Rol 1710

aquella norma como discriminatoria. En tales decisiones no faltaron abundantes referencias a los más caros argumentos de la doctrina favorable a la justiciabilidad de los derechos sociales²⁴.

En ese punto de nuestro estudio, y más allá de las *ratio decidendi* de los referidos fallos de la declaración de inconstitucionalidad²⁵, resulta interesante para nuestros efectos estudiar cómo, en los *obiter dicta* de los fallos respectivos, el tribunal constitucional chileno se esfuerza, -al menos, en los respectivos votos de mayoría-, en sostener que las disputas entre los asegurados y las ISAPRES – es decir, entre privados- *también* están comprendidas dentro de la lógica del derecho social fundamental a la salud.

En efecto, junto con alegatos que podrían considerarse como usuales en esta materia -así por ejemplo, tal como en el caso brasilero, la afirmación de los derechos sociales como efectivos derechos, y no meras pretensiones de carácter programático; la vinculación entre el derecho a la vida y el derecho a la salud; o la apelación a la dignidad como fundamento de los derechos humanos²⁶-, el TC debió desarrollar una argumentación especial.

En efecto, de acuerdo a la síntesis efectuada por Martínez Estay, a partir del principio interpretativo de “efecto útil” -es decir, dar a la Constitución un sentido que permita la aplicación de sus normas- la mayoría del tribunal entendió el principio de subsidiariedad de una manera enteramente distinta a la original al señalar que:

[...] no sólo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que esa obligación recae también en los particulares, aunque sea subsidiariamente, puesto que el Código Supremo asegura la intangibilidad de tales atributos en toda circunstancia, cualesquiera sean los sujetos que se hallen en la necesidad de infundir vigencia efectiva a lo proclamado en sus preceptos. (Sentencias roles 976, considerando 34º; 1218, considerando 35º, y 1287, considerando 35º, respectivamente) (MARTÍNEZ ESTAY, 2010, p. 149-150)

El corolario lógico de este razonamiento no es sino la aplicación del efecto horizontal de los derechos, respecto del derecho a la salud. Las ISAPRES,

²⁴ Dada la naturaleza y extensión de este artículo, no resulta posible explicar en profundidad el problema de fondo y los argumentos a favor y en contra de la constitucionalidad de las normas implicadas. Para un estudio y entendimiento más detallado, se recomienda el examen de los artículos de los profesores Martínez Estay y Vivanco Martínez citados en este trabajo.

²⁵ Se discute, respecto de esta jurisprudencia, si lo que el tribunal constitucional cuestionó en definitiva fue una vulneración material de los derechos mencionados en la sentencia -derecho a la vida, derecho a la salud, derecho a la seguridad social, igualdad ante la ley- o bien, simplemente, el no haberse respetado el principio de reserva legal respecto de dichos derechos, al haberse regulado ciertas materias relacionadas, por actos administrativos antes que por leyes. Ver MARTÍNEZ ESTAY (2010), citado en este trabajo; y, más en detalle, MONTT, Santiago; CÁRDENAS, José Luis. **La declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres: Mitos y realidades de un fallo histórico.** Anuario de Derechos Público – UDP, p. 17-53, 2011.

²⁶ Más detalles, en el artículo de MARTÍNEZ ESTAY (2010), citado en este trabajo.

en consecuencia, tienen la obligación de dar eficacia a tales derechos en subsidio del Estado, como resultado de la aplicación, a su respecto de las normas constitucionales que señala el fallo (MARTÍNEZ ESTAY, 2010, p. 149-150)²⁷. Asimismo, la libertad de elección en materia de sistemas de salud, pasa, de ser una garantía negativa, establecida para impedir que el estado obstaculice o entorpezca la posibilidad del ciudadano de escoger planes privados de salud, a un derecho del particular asegurado a no ser entorpecido *por la propia entidad privada asegurante* –vía sus exigencias comerciales- de escoger el sistema de salud privado, si lo estima pertinente. El juez constitucional concluye así – de acuerdo a la transcripción de ZÁRATE-, que el contrato en cuestión “[...] *no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente...*” (Tribunal Constitucional, Rol 1710-10-INC, de fecha 6 de agosto de 2010, considerando 154º) (ZÁRATE, 2010, p. 7).

LAS RAZONES QUE PODRÍAN EXPLICAR -NO JUSTIFICAR- ESTAS CONCLUSIONES JURISPRUDENCIALES EN CHILE Y BRASIL, A PARTIR DE LA RESPECTIVA CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA SALUD.

Al respecto, estimamos que la diferencia respecto al sujeto obligado a cumplir con los derechos sociales, sostenida por las jurisprudencias constitucionales en Brasil y Chile, tiene una relación mediata con la configuración constitucional respectiva, que por su propio mérito establece cual es el sujeto obligado a satisfacer el derecho.

En efecto, como se ha revisado, los artículos 6º y 196 de la Constitución brasilera establecen de manera expresa e inequívoca que el responsable por la satisfacción del derecho a la salud es, en Brasil, el Estado. De esta manera, cualquier participación comercial de la empresa privada en la prestación de este servicio, fuera de las situaciones de colaboración con el sistema público, debiera ser entendida necesariamente como un complemento subsidiario de la obligación estatal, sujeta, por tanto, a reglas distintas. Es por ello que, a nuestro juicio, no es extraño que los tribunales de justicia de dicho país traten los problemas entre dichas empresas y los asegurados bajo las reglas del derecho privado, que es justamente la pretensión que el TC chileno rechazó respecto de las ISAPRES.

Por el contrario, la configuración constitucional chilena, al establecer en la práctica la elección alternativa y excluyente entre el sistema público o el sistema privado de salud, convierte efectivamente a las ISAPRES en

²⁷ MARTÍNEZ ESTAY recuerda el origen de esta teoría, relacionada con la concepción alemana sobre el doble carácter de los derechos. MARTÍNEZ ESTAY, J. I. Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos. **Revista chilena de derecho**, v. 25, n. 1, p. 59-64, 1998, p. 59; MARTÍNEZ ESTAY, 1998, p. 59.

responsables de la satisfacción del derecho a la salud contemplado en esa normativa constitucional, respecto de los clientes que contratan con ellas. Es lo que ya señalaba Fuentes Dreyfus en 1995 al afirmar que

Las ISAPRES cumplen la función de sustituir a los servicios de salud y el FONASA [cursivas nuestras] en el otorgamiento de los beneficios de salud que comprenden los regímenes de
– Medicina Preventiva
– Medicina Curativa
– Subsidios por incapacidad laboral. (FUENTES DREYFUS, 1995, p. 17)

Es por ello que, en nuestra opinión, no es difícil concluir, para el juez chileno, que las ISAPRES cumplen, de una u otra manera, una función de relevancia pública, que incluso ha llevado a algunos a afirmar directamente la naturaleza de “servicio público” de las prestaciones de salud ofrecidas por aquellas empresas privadas (ZÁRATE, 2010, p. 7)²⁸.

LOS JUECES ¿JUSTICIEROS SOCIALES?

Hasta aquí, las diferencias. Corresponde ahora, ocuparse de las similitudes.

De manera preliminar, sin embargo, señalemos que lo hasta ahora expuesto explica, aunque no justifica, la intervención directa de los jueces brasilero y chileno en este ámbito de materias político sociales. Sobre todo, porque sobre esa intervención planean las conocidas objeciones al activismo judicial, que por ser en general bastante conocidas, no se repetirán aquí²⁹. Esto se relaciona también con cuestiones mayormente tratadas a propósito de la diferencia entre el Derecho y la Política³⁰.

Dicho lo anterior, y para comprender en qué consistiría la “similitud” que hemos anunciado entre las jurisprudencias constitucionales en examen,

²⁸ Por nuestra parte, no nos atrevemos a calificar esta función de “servicio público” pues esta acepción, perteneciente también a la esfera del derecho administrativo, tiene implicancias que requieren una elaboración que excede el alcance de este artículo.

²⁹ Específicamente en relación a la comentada jurisprudencia del TC chileno en materia de ISAPRES, recomendamos nuevamente la lectura de MARTÍNEZ ESTAY (2010) y VIVANCO MARTÍNEZ (2010), a los que puede sumarse SOTO VELASCO, Sebastián. Fallo Isapres: Una mirada a los derechos sociales y al rol de los jueces. In: FERMANDOIS, A.; DELAVEAU SWETT, R. (Org.). **Sentencias destacadas, 2008**: Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas. 1. ed., Santiago de Chile: Libertad y Desarrollo, 2009. 424 p. ISBN 978-956-7183-31-9. Disponible em: <<http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/02/pp-171-213-Fallo-Isapres-Una-mirada-a-los-Derechos-Sociales-y-al-rol-de-los-Jueces-SSoto.pdf>>. Acceso em: 14 ago. 2015, p. 171-213.

³⁰ Entre las incontables obras que tratan el tema, nos permitimos sugerir la lectura de PEREIRA MENAUT, Antonio-Carlos. **Política y Derecho**. Santiago: Legal Publishing Chile, n. 1, 2010 y de nuestro artículo -POYANCO BUGUEÑO (2010)- citado en este trabajo.

queremos dirigir la atención del lector a lo que nos parece una de las razones más llamativas que impele a nuestros jueces -y a quienes recurren a ellos- a someter a la justicia constitucional cuestiones que, de otra manera y en otras épocas, debieran ser -o haber sido- resueltas a través de los mecanismos políticos que establecen nuestras democracias constitucionales.

Nos referimos al supuesto, muchas veces implícito en esta cuestión, de que los jueces, dotados de una especie de “superioridad moral” frente al siempre deficiente y criticable proceso político, son capaces de suplir la inactividad de las ramas político-representativas de gobierno, cuando éstas, sea por lenidad, corrupción u otra razón, fallan a la hora de enfrentar el problema de la pobreza. En este sentido, como señala Wolfe, el principio básico del activismo judicial alude a aquella situación en la cual, en líneas generales, los jueces deben decidir casos y, por tanto, utilizar su poder, para promover justicia; esto es, para proteger la dignidad humana, especialmente mediante la expansión de la igualdad y libertad personal. De esta manera, los jueces activistas estarían comprometidos a dar contenido a garantías constitucionales generales, para proveer soluciones judiciales a un amplio rango de injusticias sociales [*social wrongs*] (WOLFE, 1997, p. 2-3)³¹.

No es difícil encontrar el origen de esta idea en la historia reciente de las democracias occidentales, partiendo por su modelo más influyente, el norteamericano, que es el que mencionaremos aquí.

Al respecto, señala McCann que, en la democracia americana post-*New Deal*, -y en gran parte gracias al activismo de la Corte Warren, en el área de los derechos civiles-, fue común la idea, sostenida hasta los ‘70 del siglo XX, de suponer a la Corte Suprema como una fuerza democratizadora, uno de los más significativos actores en el panorama político y la única fuente de acceso institucional para aquellos ciudadanos desfavorecidos o invisibilizados dentro del sistema. Se enfatizó la distintiva autoridad moral de la Corte como una defensora de los derechos y libertades individuales (MCCANN, 2002, p. 271-272)³².

Glendon, por su parte, describe respecto de Estados Unidos -aunque su descripción bien podría aplicarse al mundo occidental en general-, de qué manera el fenómeno jurídico político que denomina “la revolución de los derechos”, producido por las mismas causas antes mencionadas, terminó produciendo un desinterés respecto de la Política -y el cabildeo que caracteriza a esta actividad-, en favor del Derecho como forma efectiva de resolver asuntos de interés público. Expresa esta autora que a muchos activistas les terminó pareciendo mejor y también más conveniente dedicar tiempo y esfuerzos a pleitos que podrían conducir a la victoria total, que pasarse largas horas en actividades de organización política, de las que generalmente lo más que se puede pretender es obtener una solución de transacción (GLENDON, 1998, p. 84).

³¹ Aquí, y de ahora en adelante, traducción propia.

³² Aquí, y de ahora en adelante, traducción propia.

De cualquier forma, lo cierto es que, a la par del progresivo desprestigio de la política en muchos lugares del mundo, este tipo de razonamientos encontró y encuentra fértil terreno entre los juristas partidarios de la justiciabilidad de los derechos sociales.

Es así como, comentando la precitada cita de Wolfe, Queiroz Barboza y Kozicki estiman que la expresión “jueces activistas” debe ser entendida en el sentido de que éstos deben estar listos para responder las cuestiones de moralidad política que les son presentadas (QUEIROZ BARBOZA; KOZICKI, 2013, p. 418)³³. Los jueces no sólo pueden proteger el *statu quo*, defendiendo los derechos adquiridos, sino que también han de ser capaces de llevar adelante reformas sociales relacionadas con la promoción de diversos derechos, entre los que incluyen, por cierto, el derecho a la salud (QUEIROZ BARBOZA; KOZICKI, 2013, p. 428).

Liebenberg, por su parte, sostiene que los Tribunales pueden tener un papel importante en la facilitación de cambios fundamentales. En la actual jurisprudencia sobre derechos sociales de los Tribunales, según la autora -que se refiere a la experiencia sudafricana- hay un potencial considerable para la transformación. “*Sin embargo -agrega-, la realización de este potencial depende de que los Tribunales interpreten los derechos sociales en forma sustantiva [...]*” (LIEBENBERG, 2006, p. 62).

Pereira de Souza Neto en tanto, señala que, si ciertos derechos sociales son condiciones de la democracia, entonces el Poder Judicial, como su guardián, tiene también el deber de concretizarlos, sobre todo frente a la inercia de las demás ramas del Estado, cuando ésta implica un obstáculo al funcionamiento de la vida democrática. Termina abogando por la concretización judicial de los derechos sociales, *con independencia* de la actividad legislativa (PEREIRA DE SOUZA NETO, p. 26)³⁴.

Finalmente, Abramovich y Courtis, en su libro **Los derechos sociales como derechos exigibles**, demuestran su plena confianza en el activismo judicial como forma de resolver los problemas de justiciabilidad de los derechos sociales:

[...] lejos de constituir una cuestión cerrada, la adecuación de los mecanismos procesales para hacer que el Estado cumpla con derechos económicos, sociales y culturales por vía judicial requiere un esfuerzo imaginativo que involucre nuevas formas de utilización de mecanismos procesales tradicionales, la expandida consideración de los derechos económicos, sociales y culturales como derechos, un cierto activismo judicial, que incluya una dosis de creatividad pretoriana, y la propuesta legislativa de nuevos tipos de acciones capaces de vehicular reclamos colectivos y demandas de alcance general frente a los poderes públicos. (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002, p. 46-47)

³³ Aquí, y de ahora en adelante, traducción propia.

³⁴ Aquí, y de ahora en adelante, traducción propia.

Atendida esta fe en el criterio de los jueces frente al problema social de la pobreza, cabe preguntarse por el sustento real del supuesto, implícito en lo antes expuesto, de que los jueces constitucionales pueden suplir -cuando no, directamente reemplazar- a otros importantes actores de la vida social y política de una determinada comunidad, cuando se trata de lidiar con las injusticias sociales.

Reflejando cierto escepticismo frente a ese supuesto, Frank Cross afirma irónicamente que

por lo común, [en] el caso de los derechos positivos [se] presume, implícitamente, que los jueces son magos benevolentes, dispuestos y capaces de agitar una varita mágica y, con ello disipar, las tristes condiciones de pobreza. Si no magos, los jueces son, al menos, reputados como reyes-filósofos, que pueden tanto discernir como crear una sociedad justa. (CROSS, 2001, p. 923)³⁵

Mc Cann, por su parte, señala que “[e]n la versión más idealista [...] la Corte Suprema [norteamericana] fue retratada como una heroica liga de Caballeros Blancos, que blandían valientemente las espadas del razonamiento legal para eliminar las monstruosas injusticias que habían afligido por largo tiempo a nuestra nación” (MCCANN, 2002, p. 271-272).

En este orden de ideas, nosotros no pretendemos tanto negar los problemas que eventualmente aquejan a la Política, como cuestionar el supuesto, muy extendido en cierta doctrina -particularmente en aquella partidaria de los derechos sociales-, de que un sobrerreforzamiento del juez constitucional frente a los poderes colegisladores, o una primacía apresurada de la Constitución frente al resto de las fuentes del derecho, es la solución más adecuada para enfrentar los desafíos políticos de las sociedades contemporáneas, particularmente en materia de pobreza (POYANCO BUGUEÑO, Rodrigo Andrés, 2013, p. 73).

Así, debe recordarse que una de las principales características de cualquier procedimiento jurisdiccional es lo que, en el mismo artículo recién citado, hemos denominado como una suerte de “*reduccionismo cognitivo*”³⁶. En síntesis, ello implica que el juez, enfrentado a un determinado problema que debe resolver, se limita a estudiar los aspectos específicamente jurídicos que corresponden al problema que tiene entre manos, y que concluirán, como se espera, en la aplicación imparcial de una regla predeterminada del derecho. Nada más distante, por cierto, del polifónico proceso de toma de decisiones que caracteriza a la actividad política, cuyo sello distintivo es, también en síntesis, la concurrencia de distintas opiniones -todas necesariamente parciales- sobre un tema dado relativo al interés común, permitiendo de esta forma un análisis pluralista del asunto en cuestión³⁷.

³⁵ Aquí, y de ahora en adelante, traducción propia.

³⁶ POYANCO BUGUEÑO (2013), p. 73-74.

³⁷ Tema tratado con gran extensión, por lo demás, en WALDRON, Jeremy. **Derecho y**

Por lo expuesto, llamado el juez a resolver una cuestión más política o ideológica que jurídica, se corre el riesgo de que, o bien el juez jibariza la cuestión entre manos, intentando reducir todo el problema a la clave jurídica -lo que con toda seguridad producirá una solución incompleta o insatisfactoria-; o bien, se anima a resolverlo en toda su complejidad. Pero en este caso, no se advierte cómo ni porqué ese juez, que en ese punto ya se ha salido, en nuestra opinión, del derecho³⁸, ha de tener lo que la doctrina favorable a los derechos sociales presume que ese juzgador tiene: un mejor criterio político o experticia que el denostado político profesional o, incluso, el hombre de a pie (POYANCO BUGUEÑO, Rodrigo Andrés, 2013, p. 94)

LA JURISPRUDENCIA -Y DE PASO, LA DOCTRINA- SOBRE DERECHOS SOCIALES, A TERRENO.

En ese orden de ideas, no deja de llamar la atención que, en las jurisprudencias antes reseñadas, el respectivo juez constitucional nacional, enfrentado a la necesidad de solucionar la cuestión a la que apunta el derecho social en disputa, -la solución de la desigualdad social- aplica un razonamiento absolutamente reduccionista. No obstante la muy probable concurrencia de importantes factores de orden político, económico, social -y aún éticos- frente a un problema de la envergadura de la pobreza, el juez constitucional no termina sino viendo y valorando, apenas, dos intereses contrapuestos: el del Estado y el del particular (Brasil) o el del asegurado y el de la ISAPRE (Chile), sobre los cuales toma la decisión definitiva.

En estas condiciones ¿puede tener éxito, para combatir las desigualdades en materia de salud -por volver a nuestro punto de partida-, una jurisprudencia fundada en los supuestos sostenidos por la doctrina antes reseñada?

De esta manera, éste es el punto de unión entre las jurisprudencias brasileras y chilena: un activismo judicial, fundamentado en el lenguaje de los derechos sociales y la atribución de capacidades sobrehumanas a los jueces, que reduce el estudio de un problema extremadamente complejo, a un análisis parcial y sesgado que con toda seguridad, habrá de producir toda clase de distorsiones.

Pero una afirmación de ese calibre requiere pruebas contundentes. Advirtiendo lo fácil que es perderse en las nubes de la argumentación teórica y el *wishful thinking*³⁹-, preferimos seguir a CROSS, quien sostiene que la evaluación

desacuerdos. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005. xlviii, 395. (Colección Filosofía y Derecho).

³⁸ Tema tratado en profundidad en ATRIA, Fernando. ¿Existen derechos sociales? **Discusiones**, v. 4, p. 15-59, 2004. Disponible em: <<http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826630549036114110035/015570.pdf?incr=1>>. Acceso em: 28 dez. 2013.

³⁹ Véase, al respecto, el durísimo análisis contenido en HABA, Enrique Pedro. **Elementos básicos de axiología general**: epistemología del discurso valorativo práctico. Materiales para discernir condiciones de racionalidad en esos discursos: Universidad de Costa Rica, 2004. especialmente p. 141-148

más útil de los derechos *positivos* -así se refiere a los derechos sociales prestacionales- debe ser una evaluación pragmática o consecuencialista. El fundamento principal para ello, sostiene este autor, es que los defensores de tales derecho apuntan a conseguir una consecuencia concreta: el mejoramiento de las condiciones de vida de los desaventajados. Por tanto, lo que debe ser evaluado es la eficacia de esos derechos para conseguir este objetivo.

Ausente ese análisis -señala este autor-, los derechos positivos están fundados en nada más que un deseo altruista de tomar acciones simbólicas, sin consideración por los intereses de los mismos afectados a quienes se busca beneficiar [...]. Sin consecuencias reales, tales derechos reflejan, apenas, las conciencias de los más privilegiados. (CROSS, 2001, p. 878-879).

Pues bien, si aceptamos el reto que plantea CROSS ¿qué encontramos?

En primer término, en base al análisis comparado antes expuesto, una enorme contraposición entre quienes ganan y quienes pierden en el fenómeno de la judicialización de la salud. En efecto, respecto de los primeros, mientras en Brasil el entendimiento del STF implica para el particular, respecto del Estado, un derecho prácticamente ilimitado a “la máxima atención de salud”, en Chile el TC llega -en la práctica- a la conclusión de que, respecto de los asegurados que contratan con las ISAPRES, existiría un derecho, también ilimitado, a permanecer *para siempre* en el plan de salud que se contrató, incluso con independencia del pago del plan respectivo (MARTÍNEZ ESTAY, 2010, p. 154); y, agregamos nosotros, de las condiciones de riesgo que presente el particular contratante. Y todo ello, en ambos casos, ignorando, en la práctica, la regulación legal de la materia.

Respecto de los segundos, en cambio, el panorama en Brasil es lamentable. Es así como Hoffman y Bentes muestran cómo en dicho país la judicialización de la salud pública genera una serie de efectos colaterales negativos. Entre ellos, lo que denominan como el “salto de fila” [*queue – jumping*] que resulta de la concesión masiva de medidas cautelares que otorgan medicamentos o tratamientos. Ello desordena de manera evidente las prioridades establecidas -como, son justamente, aquellas fijadas para grupos especialmente vulnerables-, y socava objetivos políticos legítimos. Sin embargo, dada la escasez de recursos y la férrea normativa presupuestaria, el efecto de esta *inundación* de medidas cautelares generalmente no es un cambio fundamental en la política de salud, sino más bien el cambio *ad hoc* de fondos hacia los pacientes litigantes (HOFFMAN, BENTES, 2008, p. 142)⁴⁰.

Motta Ferraz, por su parte -y con cifras en la mano- sostiene como principales argumentos de su trabajo -de acuerdo a la síntesis ofrecida por el propio autor-, que:

⁴⁰ En el mismo sentido (LÍRIO DO VALLE, 2012, p. 10).

(1) Cuando se presiona a los tribunales para hacer cumplir algunos derechos sociales de manera asertiva, aquellos tienen una tendencia (y un incentivo) a malinterpretar estos derechos de manera absoluta e individualista; (2) dicha interpretación favorece indebidamente a ciertos litigantes (a menudo una minoría privilegiada) por sobre el resto de la población; (3) dado que los recursos del Estado son necesariamente limitados, es probable que el litigio produzca una reasignación de programas integrales, dirigidos a la población en general, en favor de estas minorías de litigantes privilegiados; y (4) en contra de la afirmación de algunos estudiosos, la mejora del acceso a los tribunales no resolvería el problema. (MOTTA FERRAZ, 2011, p. 1.646).

Por eso el autor termina sugiriendo en el mismo lugar y sobre la base de estos argumentos, que los derechos sociales y económicos podrían estar mejor protegidos si los tribunales se abstienen de tratar de hacer cumplir esos derechos con firmeza, tal como algunos partidarios de los derechos sociales esperan [cursivas nuestras].

Afonso da Silva y Vargas Terraza (AFONSO DA SILVA; VARGAS TERRAZAS, 2011, p. 848). y Lirio do Valle (LÍRIO DO VALLE, 2012, p. 10-16) constatan que, a despecho de la arquitectura institucional, diseñada para asegurar estos derechos en pie de igualdad [para todos], usualmente sólo el “día en la Corte” es garantía de éxito en estas materias, posibilidad que, sin embargo, sólo puede ser asegurada a aquellos que tienen recursos para litigar y acceso al conocimiento de que la salud es algo que se puede demandar judicialmente del estado; justamente, lo que los pobres no tienen. De esta manera, el discurso de los derechos sociales se vuelve contra sí mismo.

¿Y qué pasa en Chile a este respecto? En este país, en tanto, no hemos encontrado aún estudios prácticos de la profundidad de los aquí citados sobre Brasil, en relación a los efectos reales de esta jurisprudencia en Chile. Asimismo, ha de considerarse que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno no implica, en este ámbito, el uso de recursos públicos. Sin embargo, diversos documentos sí muestran que la cobertura del sistema ISAPRES alcanza apenas a un porcentaje de la población, que, de acuerdo a algunos estudios, ronda cerca de un 16% más pudiente⁴¹. En este orden de ideas, puede especularse críticamente y con alguna certeza, atendido el dato antes citado, acerca de *cuál es el sector de la población realmente favorecido* por la jurisprudencia del TC chileno comentada en este artículo.

Cabe señalar finalmente que, en el ámbito iberoamericano, estos efectos negativos no han sido apreciados sólo en Chile o Brasil. Al respecto,

⁴¹ Ver al respecto UNGER, Jean-Pierre; PAEPE, Pierre de; SOLIMANO CANTUARIAS, Giorgio; ARTEAGA HERRERA, Oscar. **Chile's Neoliberal Health Reform: An Assessment and a Critique**. PLoS Medicine, v. 5, n. 4, p. e 79, 2008. doi:10.1371/journal.pmed.0050079; y LARRAÍN, Luis. **Financiamiento del Sistema de Salud**. Análisis de las Propuestas. Santiago de Chile, 2011. (Propuestas de la Comisión Presidencial de Salud: Un análisis desde las Universidades y Centros de Estudios). Disponible en: <http://www.supersalud.gob.cl/568/articles-6703_recurso_5.pdf>. Acceso em: 13 ago. 2015.

Parra Vera anota, respecto de Colombia, la importante crítica que ha surgido debido al alto nivel de discrecionalidad que habilita a sus jueces a crear, en la práctica, un derecho absoluto a la salud frente a todo tipo de enfermedades y en cualquier tipo de circunstancia; sin importar la (alta) capacidad económica de los beneficiados y en detrimento contra quienes aún no han sido incluidos en el sistema y, por lo mismo, resultan más vulnerables. Ello incluye la distracción de recursos humanos y materiales que se podrían haber utilizado para proteger a los más pobres y aumentar la cobertura, y que en cambio deben desviarse para atender las crecientes consecuencias de la judicialización de estas materias. Se desequilibra el sistema diseñado previamente y puede llevarse a la quiebra y -una vez más- se sostiene que los jueces no tendrían una visión de conjunto sobre los efectos de sus decisiones en el sistema de salud, en gran medida porque no cuentan con herramientas y elementos de juicio técnicos y macro, por lo cual terminan repartiendo los recursos de manera arbitraria, y la enorme cantidad de tutelas a resolver genera además un importante grado de congestión judicial (PARRA VERA, 2012, p. 114-117).

LOS INTENTOS JURISPRUDENCIALES DE MODERAR EL ALCANCE DE ESTA JURISPRUDENCIA

La acumulación de este tipo de reparos, ha movido a los propios jueces constitucionales de Brasil y Chile a tomar algunas medidas que parecen apuntar a morigerar, de alguna manera, las consecuencias de hecho de la doctrinas que ellos mismos han establecido.

Así ocurrió en Brasil, país en el que la litigación relativa al aseguramiento del derecho de la salud alcanzó tal intensidad -particularmente en materia de demanda de medicamentos- que el propio STF decidió llamar, en el año 2009, a una audiencia pública⁴², donde el Presidente de la Corte de la época buscó la clarificación de materias y cuestiones relativas al tema⁴³. Esa audiencia pública terminó con el establecimiento de determinados parámetros para fallar en esta materia -fijados en la famosa STA 175, de 2010⁴⁴- dejándose señalado, sin

⁴² El Tribunal Supremo de Brasil puede convocar – de acuerdo con su reglamentación interna – audiencias públicas, en relación con un caso específico, o incluso sin ese vínculo, para escuchar *amicus curiae*, especialistas, profesores, agentes públicos, representantes de las sociedades civiles o cualquier otra persona que pudiese enriquecer el debate.

⁴³ De acuerdo a la síntesis de Lírio do Valle, las cuestiones eran del siguiente tenor: ¿deben ser provistas por el Estado las drogas experimentales?; ¿debe ser el estado obligado a entregar a un ciudadano un medicamento específico si aquél ofrece uno más barato, pero distinto del que prescribió su médico?; ¿deberían las entidades federales ser indistintamente responsables de garantizar tal derecho a la salud, o pudiesen estar habilitadas a compartir obligaciones?, etc.

⁴⁴ STA 175, de 2010 AgR Justice Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, fallada el 17 de marzo de 2010. Una síntesis de los criterios, relativas a distintas diferenciaciones (según se tratase de medicamentos cubiertos por una política pública o no; medicamentos experimentales o autorizados, en el caso de ausencia de política, razones de la omisión, etc) puede encontrarse en FERREIRA MENDES e GONET BRANCO (2012, p. 933-935)

embargo, que dichos criterios podrían ser dejados de lado acorde las particularidades del caso (LÍRIO DO VALLE, 2012, p. 9-10)⁴⁵.

En Chile, en tanto, puede mencionarse la sentencia del TC Rol 2337-12, de octubre de 2013, en la cual – de acuerdo a la síntesis de Vivanco- y, siguiendo la línea de otras causas similares, un particular asegurado solicitaba a esa esa magistratura la declaración de inaplicabilidad de la normativa que permite a las ISAPRES reajustar los precios base de sus planes de salud; con la particularidad de que, en esta oportunidad, a diferencia de la jurisprudencia antes comentada -en que lo que se declaró inconstitucional fue la norma legal que permitía diferenciaciones por sexo y edad, por considerársela arbitraria-, lo que se cuestionaba ahora el incremento de precios en sí mismo, alegándose que, de lo contrario, se produciría el efecto no deseado de tener que cambiarse al sistema público, generando afectación a numerosas garantías.

Sin embargo, de acuerdo al resumen ofrecido por la citada autora, el TC efectúa tres definiciones fundamentales en su sentencia. Primera, que el alza de un contrato no puede ser atentatoria contra la Constitución cuando es prevista por la ley “*respecto de contratos indefinidos y con prestaciones diferidas en el tiempo*”, en la medida en que se busque adaptarlos a las nuevas circunstancias de modo ecuaníme. Distinto es que un alza concreta pueda ser o no justificada, lo cual es un caso puntual y no un defecto legal.

La segunda definición consiste en aclarar que el derecho a la protección de la salud no incluye un universo de beneficios ilimitados, sino un conjunto de prestaciones que deben contar, de modo equitativo y proporcionado, con fuentes de financiamiento legal. Ello imposibilita concebir o invocar el derecho a un precio inalterado.

La tercera es que, habiéndose por la ley definido no solo los límites, sino también el procedimiento para proceder a los reajustes de los planes base, pero sin poder alterar los beneficios, no procede que dicha normativa sea sustituida en sede jurisdiccional por una regulación particular según el caso (VIVANCO MARTÍNEZ, 14 out. 2013, p. 1-2).

De esta manera, como señala García García, el TC recupera, al menos parcialmente, una aproximación deferente con el legislador en esta materia. Una decisión contraria del TC en este caso habría implicado, por el contrario, pasar a un esquema cercano a la fijación de precios, convirtiendo al TC en un verdadero ente regulador (GARCÍA GARCÍA, 2013, p. 52).

CONCLUSIÓN

En definitiva, es posible concluir que, en la práctica y en la gran mayoría de los casos aquí mencionados, la intervención de los jueces en la

⁴⁵ Aquí, y de ahora en adelante, traducción nuestra.

justiciabilidad del derecho a la salud, si bien mediatamente respaldada por el texto constitucional en cuanto a los sujetos obligados a satisfacer el derecho en cada uno de los ordenamientos constitucionales examinados, parece no producir efectos sensibles en la solución de los problemas sociales subyacentes a la desigualdad social, al asumir, en ambos países, un enfoque reduccionista de la compleja situación subyacente a la pobreza, impulsado por argumentos típicos del activismo judicial. De esta manera, se estimulan efectos regresivos, que terminan incrementando esa desigualdad entre los que pueden demandar o contar con seguros de salud privados -usualmente, la parte de la población con recursos-, y el resto de la población, usualmente más desaventajada. Ello, no sólo porque los demandantes exitosos, como se ha observado usualmente, obtienen más, mejor y más rápida salud⁴⁶ frente a los que no demandan; sino porque, precisamente, esos demandantes ya eran, antes de la gestión judicial, personas con mayores medios que aquellos pobres que la doctrina de justiciabilidad de los derechos sociales pretende representar. Luego de la sentencia, aquellos terminan de hecho con muchos más recursos.

Sin quitar importancia alguna a los argumentos teóricos a favor o en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales, creemos que las cuestiones evidenciadas en este artículo hacen urgente, de parte de los estudiosos en la materia, la inclusión de más estudios de campo que evalúen la efectividad práctica -y no sólo teórica- de la judicialización de los derechos sociales. Cuestión particularmente importante en sociedades como las latinoamericanas, cruzadas precisamente por el drama de la desigualdad social.

REFERENCIAS

- ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002, 254 p. (Colección Estructuras y Procesos. Serie Derecho).
- AFONSO DA SILVA, Virgilio; VARGAS TERRAZAS, Fernanda. Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: the exclusion of the already excluded. **Law & Social Inquiry**, v. 36, n. 4, p. 825-853, 2011.
- CROSS, Frank B. The Error of Positive Rights. **UCLA Law Review**, v. 48, p. 857-924, 2001.
- FERREIRA MENDES, Gilmar; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2012. xxxviii, 2051.
- FUENTES DREYFUS, Gregorio. **Las Isapres**. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1995. Disponible em: <<https://books.google.es/books?id=yd6tsxVp1cQC>>.
- GARCÍA GARCÍA, José Francisco. Nueva Jurisprudencia sobre Isapres: aspectos jurídicos y de política pública. In: FERMANDOIS, A.; GARCÍA GARCÍA, J. F. (Org.). **Sentencias Destacadas: Una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas**, Santiago de Chile: Ediciones LyD, 2013. Disponible em: <<http://lyd.org/wp-content/uploads/2015/02/pp-19-55-Nueva-Jurisprudencia-sobre-Isa-prs-aspecto-juridico-y-de-politica-publica-JFGarcia.pdf>>. Acceso em: 14 ago. 2015, p. 19-55.

⁴⁶ Ya Martínez Estay había destacado, en este sentido, cómo la jurisprudencia del TC chileno antes comentada generaba una desigualdad de hecho entre los que demandaron y los que no. Ver al respecto MARTÍNEZ ESTAY (2010, p. 155).

- GLENDON, Mary Ann. El Lenguaje de los Derechos. **Revista Estudios Públicos**, n. 70, p. 77-150, 1998. Disponível em: <http://cepchile.cl/dms/archivo_1086_726/rev70_glendon.pdf>.
- HOFFMAN, Florian F.; BENTES, Fernando R.N.M. Accountability for Social and Economic Rights in Brazil. In: GAURI, V.; BRINKS, D. M. (Org.). **Courting social justice: Judicial enforcement of social and economic rights in the developing world**, Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2008. XIX, 363. Acesso em: 10 jan. 2014, p. 100-145.
- LIEBENBERG, Sandra. Adjudicación de Derechos Sociales en la Constitución de Transformación Social de Sudáfrica. **Anuario de Derechos Humanos – Universidad de Chile**, p. 53-72, 2006. Disponível em: <<http://www.anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/viewFile/13371/13642>>. Acesso em: 28 ago. 2014.
- LÍRIO DO VALLE, Vanice Regina. Judicial Adjudication in Housing Rights in Brazil and Colombia: A Comparative Perspective. **Revista de Investigações Constitucionais**, v. 1, n. 2, p. 67-102, 2014.
- LÍRIO DO VALLE, Vanice Regina. Judicialization of Socio-Economic Rights in Brazil: The Subversion of an Egalitarian Discourse. **SSRN Electronic Journal**, 2012.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. Los Derechos Sociales de Prestación en la Jurisprudencia Chilena. **Estudios Constitucionales**, v. 8, n. 2, p. 125-166, 2010.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio. Los particulares como sujetos pasivos de los derechos fundamentales: la doctrina del efecto horizontal de los derechos. **Revista Chilena de Derecho**, v. 25, n. 1, p. 59-64, 1998. Acesso em: 26 dez. 2013.
- MCCANN, Michael. How the U.S. Supreme Court Matters: new institutionalist perspectives on Judicial Power. In: VEGA GÓMEZ, J.; CORZO SOSA, E. (Org.). **Tribunales y justicia constitucional: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional**. México: Asociación Argentina de Derecho Constitucional; Facultad Derecho Universidad Complutense; Fundación de Derecho Público, Venezuela; Fundación Editorial Jurídica Venezolana; Hispamer "Leer es crecer"; PEMEX; Universidad Central de Chile; Universidad Externado de Colombia; Universidad de Lima; Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. 575 p. (Instituto de Investigaciones Jurídicas. Serie Doctrina jurídica, núm. 108). Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/343/16.pdf>>. Acesso em: 13 ago. 2015, p. 271-316.
- MOTTA FERRAZ, Octavio Luiz. Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil. **Texas Law Review**, v. 89, n. 7, p. 1643-1668, 2011. Disponível em: <<http://www.texaslrev.com/89-texas-l-rev-1643/>>. Acesso em: 28 set. 2013, 12:00:00.
- PARRA VERA, Oscar. Derecho a la salud: elementos preliminares para una aproximación comparada. In: Corte Suprema de Justicia de la Nación (Org.). **Tendencias de los Tribunales Constitucionales de México, Colombia y Guatemala: Análisis de sentencias para el control de convencionalidad**. 1. ed., México D.F., 2012. xxiv, 232 p. Acesso em: 13 jan. 2014, p. 85-145.
- PEREIRA DE SOUZA NETO, Cláudio. **Teoria da constituição, democracia e igualdade**. Disponível em: <<http://goo.gl/3f127D>>. Acesso em: 13 ago. 2015.
- PIOVESAN, Flavia. A proteção dos direitos humanos no sistema constitucional brasileiro. In: MERLÍN CLEVE, C.; BARROSO, L. R. (Org.). **Doutrinas Essenciais: Direito Constitucional: Revista dos Tribunais; Thomson Reuters/Revista dos Tribunais**, 2014, 1. p. 641-664.
- PIOVESAN, Flavia. Brazil: Impact and Challenges of Social Rights in the Courts. In: LANGFORD, M. (Org.). **Social rights jurisprudence: Emerging trends in international and comparative law**, Cambridge, New York: Cambridge University Press, 2008. xv, 687, p. 182-191.
- PIOVESAN, Flavia; STANZIOLA VIEIRA, Renato. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas. **Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofia, Política y Humanidades**, n. 15, p. 128-146, 2006.
- POYANCO BUGUEÑO, RODRIGO ANDRÉS. Los Jueces Constitucionales, la Política y la Deferencia Judicial: CONSTITUTIONAL Judges, Politics and Judicial Self Restraint. **Derecho Público Iberoamericano**, n. 2, p. 67-101, 2013. Disponível em: <<http://works.bepress.com/rodrigopoyanco/1>>. Acesso em: 14 ago. 2015.
- QUEIROZ BARBOZA, Estefânia Maria de; KOZICKI, Katya. Judicialization of Politics and the Judicial Review of Public Policies by the Brazilian Supreme Court. **Diritto e questioni pubbliche**, v.

13, p. 407-444, 2013. Disponível em: <http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2013_n13/stu_02-Barboza-Kozicki.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2014.

SOJO, Ana. Condiciones para el acceso universal a la salud en América Latina: derechos sociales, protección social y restricciones financieras y políticas. **Ciênc. saúde coletiva**, v. 16, n. 6, p. 2.673-2.685, 2011. Acesso em: 30 set. 2013, 12:00:00.

VIVANCO MARTÍNEZ, Angela. Justicia Constitucional, Libre Elección en Materia de Salud y Normativa sobre Isapres: un Comentario a la Reciente Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. **Revista Chilena de Derecho**, v. 37, n. 1, p. 141-162, 2010.

VIVANCO MARTÍNEZ, Angela. TC y alza de precios en salud: un fallo memorable. **El Mercurio**, p. A3, 14 out. 2013. Disponível em: <<http://www.elmercurio.com/blogs/2013/10/14/16071/TC-y-alza-de-precios-en-salud-un-fallo-memorable.aspx>>. Acesso em: 18 out. 2013, 12:00:00.

WOLFE, Christopher. **Judicial activism**: Bulwark of freedom or precarious security? Lanham, Md: Rowman & Littlefield, 1997. xii, 149.

ZÁRATE, Sebastián. Los efectos de la sentencia del TC en el caso de Isapres: Análisis del Fallo del Tribunal Constitucional sobre la constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres. Disponível em: <<http://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2015/02/los-efectos-de-la-sentencia-del-tc-en-el-caso-isapres.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2015.