

¿El recurso de protección chileno como oportunidad
para la movilización legal? Más allá de las cortes (y sus sentencias)*

*The Chilean writ of protection as an opportunity for legal mobilization?
Beyond courts (and their decisions)*

Recepción: 2 de agosto de 2021

Aceptación: 18 de octubre de 2021

Domingo LOVERA PARMO**

Anita PERRICONE***

RESUMEN: Existe relativo acuerdo en la dogmática constitucional chilena en torno a que la acción de protección se ha transformado en una acción cautelar. Este trabajo intenta colocar a la acción de protección en perspectiva, preguntando cuáles son las variables que han contribuido, pese a su aludida naturaleza cautelar, a dotar a la acción de protección de un poder señalizador efectivo. Para ello, se echa mano de la teoría de la movilización legal con el objetivo de mostrar que los bajos costos de activación que ofrece la acción de protección la transforman en una importante fuente de

ABSTRACT: *There is relative agreement in Chilean constitutional doctrine that the writ of protection has been transformed, irremediably, into a precautionary action. This paper attempts to put the writ of protection in perspective, asking what other variables have contributed, despite what has been said about its precautionary nature, to endow the writ of protection with an effective signaling function. To this end, we use the theory of legal mobilization to show that the low activation costs offered by the writ of protection transform it into an important source of legal opportunities.*

* Una versión preliminar de este trabajo fue presentada en el Coloquio Académico de los viernes, en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (Chile), el 7 de mayo de 2021. Agradecemos los comentarios y sugerencias que se nos formularon en esa oportunidad. Del mismo modo, gracias por los comentarios de dos evaluadores (as) de la revista, cuyos comentarios sólo nos han permitido mejorar el trabajo. Las interpretaciones que acá ofrecemos, desde luego, son de nuestra responsabilidad.

** Profesor asociado en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile; PhD por York University, Canadá. ORCID: 0000-0002-3601-096X; domingo.lovera@udp.cl.

*** Doctora en ciencia política por la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0715-4750>; perricone.a@gmail.com.

oportunidades legales. Su efecto señalizador, sin embargo, depende de otras condiciones: este trabajo se centra en una de ellas, el tipo de actor que la utiliza. Este factor, que suele ser dejado de lado en los análisis doctrinarios del derecho, complementa la comprensión de la acción de protección, en tanto repertorio de movilización legal.

The effectiveness of its signaling function, however, depends on other conditions: this paper focuses on one of them, namely, the kind of social actor who use it. This factor, which is often overlooked in doctrinal analyses, complements the understanding of the writ of protection as a repertoire of legal mobilization.

Palabras clave: recurso de protección, movilización legal, poder señalizador.

Keywords: writ of protection, legal mobilization, signaling function.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La acción de protección: origen, evolución y alcances*. III. *Cambio social y derecho*. IV. *El potencial del recurso de protección como una oportunidad legal: estudios de caso*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Existe relativo acuerdo en la dogmática constitucional chilena en torno a que la acción de protección se ha transformado en una acción cautelar. Esto quiere decir que, lejos de ser una herramienta, como alguna vez se la analizó, orientada a la (re)construcción pública de los contornos de los derechos fundamentales que protege (Gómez, 2005: 34-38; Vargas, Peña y Correa, 2001: 25 y 26), se ha consolidado como una acción excepcional de emergencia con efectos concretos (esto es, más allá del evidente efecto relativo de las sentencias) y transitorios limitados a la situación específica que se propone remediar. De este modo, su efecto señalizador (es decir, su capacidad de señalar la necesidad de adoptar reformas legislativas, antes que la anulación de algún otro acto de autoridad en particular), debiera ser, dado su actual estado, escaso.¹

El propósito de este trabajo es presentar la acción de protección desde otra perspectiva, preguntándose cuáles son las otras variables que han contribuido, pese a lo dicho sobre su naturaleza cautelar, a dotar a la acción

¹ Sobre este aspecto, esto es, sobre cómo en la región hubo un tránsito en considerar al derecho desde un obstáculo a una herramienta que permitiera empujar cambios sociales, descansamos en Couso, 2006.

de protección de un efecto señalizador en la necesidad de adoptar cambios legales. ¿Cómo es posible que una acción demasiado “delgada” en contenido sustantivo sea capaz de señalar eficazmente la necesidad de realizar reformas? ¿Qué podría empujar a las autoridades de representación popular, sean administrativas o parlamentarias, a atender los reclamos que se presentan por medio de la acción de protección, no obstante ella no contribuya, dada su reconocida naturaleza cautelar, a una mejor reconstrucción pública de los derechos cuya vulneración se reclama?

Una respuesta posible a esta interrogante la plantea el carácter marcador o señalizador que eventualmente podrían traer de la mano muchas acciones de protección presentadas sobre un mismo asunto, función que, por lo demás, es propia de la movilización social. Habermas, por ejemplo, ha sostenido que una de las funciones principales de los movimientos sociales que recurren a la presentación pública de sus reclamos —piénsese en las movilizaciones estudiantiles de la región de la última década—, consiste en señalar (Habermas habla de detectar, identificar, tematizar y problematizar) a las autoridades políticas demandas sociales insatisfechas. La tarea de dar respuesta a esas demandas —como sugiere el mismo Habermas—, sin embargo, descansa en las autoridades: “Besides the «signal» function, there must be an effective problematization. The capacity of the public sphere to solve problems on its own is limited. But this capacity must be utilized to oversee the further treatment of problems that takes place inside the political system” (Habermas, 1998: 359).²

² Dejamos la traducción al inglés, en la que se enfatiza la señalización a que contribuye la sociedad civil movilizada. La traducción al español, en cambio, diluye dicho énfasis. Lo pone así: “Es decir, a cada función de señal del espacio público-político ha de sumarse también una capacidad de problematización eficaz”. El resto de la traducción de esta idea es todavía menos feliz (Habermas, 2005: 440). Es cierto que Habermas está pensando en el efecto señalizador que los movimientos sociales realizan en la esfera pública, y que esos movimientos son organizaciones informales, o en cualquier caso grupos que operan por fuera de, aunque en relación a, las avenidas institucionales del poder. De esa forma, podría cuestionarse que el uso de acciones judiciales pueda descansar sobre esta misma idea, en la medida que esas acciones son parte ya (a diferencia de una protesta, por ejemplo) de las avenidas institucionales. Nada de esto obsta a nuestro argumento acá. Primero, porque esa ambivalencia o aparente tensión es lo propio de la denominada movilización legal en la que los movimientos sociales (de esos en los que Habermas está pensando) recurren, entre otras herramientas, a las acciones judiciales para avanzar sus demandas. Como lo señala McCann (2008: 523-525), quienes recurren a las acciones judiciales no lo hacen sólo por las acciones judiciales, sino que recurren al litigio “sólo como una dimensión potencial o fase dentro de uno más extenso, complejo, dinámico y

De esta manera, y tal como el derecho mismo opera como un sistema de señales que se aparecen (asociadas a una sanción) para condicionar la conducta de las personas, muchas acciones judiciales de defensa de los derechos presentadas por personas debieran operar como un sistema de señales que se envían al poder público, el que, a su turno —y dada la escasa capacidad de la sociedad para resolver ese problema por sí misma— debería tomar acciones reparadoras generales (legislación, política pública, etc.). Allí radicaría el potencial de la acción de protección.

Nuestra hipótesis es que esta respuesta es insatisfactoria. En efecto, si tomamos el caso de la litigación masiva en materia de alzas unilaterales a los planes de salud, de parte de las instituciones de salud previsual (Isapres), las que se han cuestionado en sede judicial precisamente a través de la acción de protección, el efecto marcador de ésta parece ser insuficiente. De acuerdo a las estadísticas disponibles, desde 2010 el número de recursos de protección presentados contra las Isapres ha superado el millón de acciones judiciales (Diario Constitucional, 2020).

A estas alturas es un lugar común el reclamo que se formula y el tipo de señal que se envía al recurrir en protección contra la Isapre de turno. El alza unilateral de los planes de salud —esto es lo que ha sostenido la copiosa jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia (Zúñiga, 2013: 514-518)—³ perturba el derecho de propiedad de las personas afiliadas; lesiona su derecho constitucional a elegir el sistema de salud al que desean afiliarse, y afecta el principio de igualdad y no discriminación cuando las alzas van de la mano con criterios como la edad y el género de la persona. La señal enviada, esto es, la tematización problemática que esta forma de reclamos avanza, es la de llamar la atención sobre los límites (cuando se trata de estas alzas unilaterales) del modelo de justicia del plan privado de salud. Esto es algo que puede apreciarse *a contrario sensu* tomando las

multicompuesto proceso de disputa”. Pero siguen siendo movimientos sociales. Y esto es, en una frase, nuestra tesis acá: que ello es en verdad, y no al revés, lo que dota a ciertas acciones judiciales de la potencia que en tanto acciones no tienen. Esto explica, como dice el mismo McCann, que muchas (no todas) de las acciones judiciales que se inician, se presentan ya sea como una amenaza, como una forma de llamar la atención sobre las demandas sustantivas y, en el fondo, con el ánimo deliberado de “evitar el juicio”.

³ Este trabajo se centra en el potencial de la acción de protección. Sin embargo, no debe dejar de advertirse que otro tanto ha ocurrido con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Véase, por todos, y en especial, porque reconstruye el reclamo de justicia (la tematización problemática) también allí: Zúñiga, 2013: 514-518.

críticas que alguna doctrina ha dirigido a los argumentos de los tribunales que han resuelto estas acciones de protección.⁴ Así, por ejemplo, el profesor José Francisco García ha señalado que los argumentos de las cortes para declarar la ilegalidad de las alzas unilaterales implican el desconocimiento de la naturaleza contractual y privada de los seguros de salud que ofrecen las Isapres (García, 2013: 51).⁵ Desde este punto de vista, la tematización problemática del asunto puede leerse como un reclamo en pos de reformas que maticen algunos de los aspectos del sistema privado de salud actualmente vigente, por ejemplo —una de las reconstrucciones de esta tematización que se ha sugerido— por medio del cuestionamiento del carácter subsidiario del modelo económico que fue instaurado en Chile durante la dictadura (Allard, Henning y Galdámez, 2016: 110, 133).

Sin embargo, la reacción del poder político durante más de 10 años ha sido inexistente.⁶ Es más, las últimas noticias relativas a la litigación en materia de Isapres muestran que las instituciones que más recursos han recibido (y perdido) son las que más aumentaron el precio de sus planes (La Nación, 2019). En este sentido, el efecto señalizador de más de un millón de acciones de protección se ha diluido en soluciones puntuales, como es, a estas alturas, normal que ocurra en el caso de la acción de protección. Es decir, respuestas individuales sólo en favor de las personas que reclaman

⁴ No deja de resultar relevante para la tesis que avanza este trabajo, que estas tematizaciones problemáticas a las que se alude en materia de Isapres deban ser reconstruidas a partir de trabajos académicos. Sobre esto volvemos más abajo.

⁵ Se ha sugerido que ese cambio de paradigma se habría “importado” desde el TC, el primer tribunal que abrazó la tesis de un contrato con base en el orden público y, por lo mismo, no enteramente privado (Jordán, 2013). En cualquier caso, una crítica similar a la que García (2013) dirige contra los tribunales superiores de justicia, se ha dirigido, también, contra el TC (Vivanco, 2010).

⁶ Es verdad que, durante el primer semestre de 2019, se anunció el envío de un proyecto de reforma legal al sistema privado de salud. Sin embargo, ello no es óbice a las afirmaciones acá realizadas en la medida que el proyecto no responde a la judicialización de los reclamos en contra de las Isapres. Primero, si bien menciona las alzas y su judicialización para justificar la urgencia de la reforma, pareciera ser un recurso más bien retórico, si se anota que han transcurrido cerca de 10 años de litigios, lo que muestra que esta reforma llega muy tarde. Segundo, en especial, si se advierte que el proyecto —una indicación sustitutiva, en verdad— no aborda estructuralmente (al menos no en los términos de la nota al pie que antecede a ésta) el reclamo manifestado. Véase: Boletín núm. 8105-11, 2019.

las alzas judicialmente, y transitorias, pues las mismas personas tienen que litigar judicialmente año tras año las alzas de sus planes de salud.⁷

¿Qué ha faltado? ¿Es posible, entonces, a pesar de lo dicho hasta acá, que la acción de protección tenga el potencial de señalar la necesidad de cambios legales relevantes (como los que claramente no han sido capaz de hacer realidad en materia de Isapres)? Para responder a esta pregunta, recurrimos a la teoría de la movilización legal, definida como una forma particular de movilización que implica acudir al lenguaje de los derechos y a las avenidas institucionales que le son propias: los tribunales. Descansando en ella, sostendremos que los bajos costos de activación de la acción de protección la transforman en una importante fuente de oportunidades legales (lenguaje que, como explicaremos más abajo, se toma prestado de la sociología de los movimientos sociales).

Sin embargo, para dotar a la acción de protección de un efecto señalizador eficaz, es necesario observar la concurrencia de otras variables que la misma teoría de la movilización legal es capaz de iluminar. De ellas, este trabajo se centra en el tipo de actor que hace uso de la acción de protección, sugiriendo —sobre la base de dos estudios de caso— que esta variable resulta crucial para la eficacia del efecto marcador de la acción de protección. Planteamos que en la densidad organizacional de los actores que utilizan el recurso de protección residen, por un lado, el potencial para operar una tematización efectiva de las problemáticas que dicha acción señala, y, por el otro, la capacidad de la esfera pública para supervisar el tratamiento de los problemas al interior del sistema político.

⁷ Se trata, desde luego, de un reclamo al que las sentencias recaídas sobre el casi millón de recursos de protección no pueden dar respuestas. Como se ha señalado, el recurso de protección en esta materia sólo ofrece respuestas, a cuentagotas, en el caso de cada acción individualmente considerada, pero es insuficiente para abordar el reclamo de forma estructural. No obstante, alguna doctrina sugiere que esto habría ya provocado una mutación constitucional, mientras otra llama la atención sobre el efecto, en términos de inequidad, de que un modelo de derechos sociales, construido sobre la base de la litigación individual, puede tener. Sobre lo primero, Bassa y Aste (2015). Y sobre lo segundo, Salgado (2015). El impacto inequitativo de las acciones puede ser todavía analizado desde otro punto de vista, si es del caso que esas acciones se dirigen contra el sistema público de salud. Sobre la experiencia brasileña al respecto, por caso, Octavio Motta Ferraz ha dicho que los reclamos judiciales individuales en materia de coberturas médicas no previstas o cobertura de medicamentos específicos, tienen el potencial de alterar severamente las políticas públicas que, en materia de salud, se elaboran enfocadas a las personas más pobres (Motta, 2011). En Chile, se trata de un tipo de litigación que ya se está verificando en (y contra) el sistema público de salud. Véase, en general, Figueroa (2015).

Hipótesis: Para apreciar la verdadera fuerza catalizadora de cambios legales relevantes de la acción de protección, debemos mirar más allá de las cortes y sus sentencias. Esto quiere decir que, pese al carácter meramente cautelar de la acción de protección, la facilidad para presentar este tipo de acciones (la oportunidad), unida a ciertas condiciones que deben satisfacer los grupos sociales que las utilizan (una determinada densidad organizacional), bien pueden (re)configurarla como una importante herramienta para posibilitar cambios legales.

Objetivo: El objetivo de este trabajo, entonces, es ayudar a discernir cuáles son algunas de las variables cruciales para desencadenar el poder señalizador de la acción de protección. Un objetivo secundario, además, llama a considerar otro tipo de variables en el análisis que se haga de esta acción en el caso chileno, como de este tipo de acciones en el ámbito regional.

Metodología: Las primeras dos secciones de este trabajo descansan en el análisis propio de las ciencias jurídicas sociales, esto es, la revisión de la literatura para identificar las características principales de la acción judicial que acá analizamos y de los conceptos de la sociología conforme a los que evaluaremos, en tanto oportunidad legal. Enseguida, la última sección de este trabajo descansa en el estudio comparativo de dos casos que nos permitirán presentar las diferencias organizacionales —clave, como decimos, para nuestra hipótesis— que inciden en la mayor o menor relevancia política de la acción. Este trabajo (II) comienza analizando la acción de protección, su introducción en el texto constitucional de 1980 y la forma que, de manera más o menos definitiva, ha adoptado en la práctica constitucional nacional. Enseguida, (III) echamos mano a la teoría de la movilización legal: cómo es que el derecho —alguna vez (si es que esto ya dejó de ser así) concebido como un obstáculo al cambio social— fue ganando terreno progresivo en la región, al punto de transformarse en una herramienta a través de la que, se pensó, era posible avanzar demandas políticas. Ello nos permitirá, por último, (IV) presentar a la acción de protección en una nueva luz, partiendo de la hipótesis antes indicada, esto es, que la acción de protección entendida más allá de sus puros contornos judiciales se presenta como una importante fuente de oportunidades legales. Por medio de la comparación de dos casos de movilización legal, las acciones presentadas en contra de las alzas unilaterales operadas ilegalmente por las Isapres, de una parte, y las acciones para reclamar la cobertura universal

del tratamiento para el VIH, sugerimos que la acción de protección, en tanto oportunidad legal, cuando ha ido de la mano de la densidad organizacional de los actores que la interponen, ha servido como mecanismo para señalar —pese a su anotada naturaleza cautelar— la necesidad de adoptar cambios legales de envergadura social (desde luego, más allá de la decisión concreta del caso o los casos).

II. LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN: ORIGEN, EVOLUCIÓN Y ALCANCES

1. *Breve nota sobre su origen*

El recurso de protección ha gozado de un singular prestigio en Chile, destacando como una de las novedades y aportes más importantes de la Constitución de 1980. Se trataría de una excepción a nivel comparado, ya que en el resto de la región no existen acciones cautelares aplicables directa e inmediatamente a los derechos constitucionales (Leturia, 2018: 228). A pesar del carácter cautelar que la dogmática constitucional le ha atribuido, el recurso de protección constituye el arreglo institucional más efectivo a disposición de los ciudadanos para restablecer, tanto en forma individual como colectiva, la protección de derechos fundamentales que se considere hayan sido vulnerados (Pfeffer, 2006: 88), no existiendo otro “instrumento jurídico que haya calado tan hondo en la sociedad chilena” (Bordalí, 2020: 201-225).

La idea de introducir un mecanismo de resguardo de los derechos fundamentales tomó forma bajo la presidencia de Salvador Allende (1970-1973), a partir de una propuesta de congresistas de derecha orientada a fortalecer el rol de los tribunales superiores frente a los poderes Legislativo y Administrativo del gobierno socialista, en un contexto histórico de plena guerra fría. El propósito de la introducción del recurso de protección fue extender la garantía existente para el *habeas corpus* a una serie de derechos más amplia, *in primis* el derecho a la propiedad (Bordalí, 2020: 68-69). A pesar de que la acción de protección se limita a una serie de derechos individuales, relacionados principalmente con las libertades económicas; que dicha serie no contempla derechos económicos ni sociales

(Navarro, 2012: 630-640), y que la garantía jurídica, en muchos casos, se encuentra ulteriormente restringida por las condiciones que establece la ley, una serie de factores ha contribuido a su aumento progresivo.

En primer lugar, la regulación de la acción de protección fue reformada sucesivamente por la Corte Suprema, con el resultado de simplificar la interposición⁸ de la que siempre fue pensada como una acción sencilla e informal (Ríos, 2007: 38-40). La reforma de 2007 incrementó el margen admitido para su interposición de 15 a 30 días desde la ocurrencia del acto arbitrario o ilegal que originó la transgresión de una garantía constitucional, aumentando significativamente su uso y provocando lo que ha sido llamada una “revolución silenciosa” en la protección de los derechos fundamentales en Chile (Navarro, 2012: 641). En segundo lugar, un rol importante en el incremento de los recursos de protección se ha debido a la propia práctica judicial. Como menciona el artículo 20, el recurso de protección puede ser interpuesto cada vez que un acto “ilegal” o “arbitrario” perjudica el goce de un derecho fundamental que figura en la mencionada norma. Mientras que un acto ilegal necesariamente viola una disposición legal existente, o dicho de otro modo, requiere que se logre acreditar dicha violación, lo que operaría como filtro, un acto arbitrario no necesariamente lo hace, no dejando por ello de ser injusto, inmotivado o infundado y por ende susceptible de ser reprochado por vía de la protección (Pfeffer, 2006: 9). Todo esto, además, en el contexto de una práctica que, en cualquier caso, ha interpretado con especial laxitud ambos requisitos y a veces prescindido derechamente de evaluar si una vez determinada la ilegalidad o la arbitrariedad se afecta un derecho de los listados en el artículo 20, CPR (Vargas, Peña y Correa, 2001: 64-68; Lovera, 2017: 185 y 186). Esta diferencia se volvió importante en el escrutinio de los actos administrativos, un ámbito en el cual la acción de protección fue una herramienta clave, tanto en su origen (Soto, 1976: 157; Cea, 2008: 663 y 664) como en su práctica (Ferrada, Bordalí y Cazor, 2003: 70-72, 79-81), supliendo la ausencia del procedimiento contencioso administrativo, lo que ha comenzado a cambiar con la creación de los tribunales especializados (como el ambiental) y el creciente rol que vendría a cumplir la Contraloría General de la República (Cordero, 2020: 17-21).

⁸ Auto Acordados, 1992, 2007 y 2015.

2. *Una acción cautelar*

La creación del recurso de protección se celebró como un gran avance en la protección de los derechos fundamentales. Se trataba, se dijo, de “la innovación, teórica y práctica... más profunda y significativa de nuestro Derecho Público en el presente siglo” (Contreras y Lovera, 2020: 92).

Su entrada en vigencia también generó un importante debate acerca del alcance de esta acción constitucional y de su carácter más o menos cautelar. Gastón Gómez, por ejemplo, ha planteado que los derechos fundamentales no son meros derechos subjetivos, sino que tienen una dimensión pública en cuanto le corresponden a todo ciudadano. Por lo mismo, el recurso de protección, cuyo objetivo principal es el amparo de ciertos derechos, no tendría un alcance solo individual.⁹ Ello equivaldría a “lesionar la finalidad pública y racional —es decir igualitaria y discernible— que subyace a la Constitución” (Gómez, 2005: 21). Por supuesto que, para que ello fuera posible, el recurso de protección debió haber servido como una herramienta institucional que permitiera a los jueces y las juezas dibujar, en conjunto y de modo encadenado en el tiempo, aunque sobre la base de casos individuales, información respecto del contenido de los derechos fundamentales constitucionales — al menos de los amparados por el instituto — (Vargas, Peña y Correa, 2001: 25 y 26).

¿Era el recurso de protección una acción judicial que podría estar a la altura de esa tarea? Hoy, con la ventaja del paso del tiempo, podemos esgrimir dos tipos de razones para responder negativamente esta pregunta. Su diseño, esto es, cómo se la pensó y configuró, primero, y la práctica constitucional que siguió a su establecimiento, segundo.

Sobre lo primero, es decir sobre el diseño y configuración, debemos anotar que, desde su origen, el recurso de protección fue presentado como un “remedio procesal pronto y eficaz”, para proteger los derechos, ofreciendo una vía “expedita [y] pronta...” (Soto, 1976: 157 y 158). Más importante para lo que destacamos acá: “Un medio procesal de pronto remedio al agravio sufrido por una persona... sin que el ejercicio de él signifique la precisión o caducidad de los derechos que tenga para hacerlos

⁹ Esta forma de entender el recurso de protección, como una garantía jurisdiccional que satisface una dimensión tanto subjetiva como objetiva, ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional.

valer más latamente en un procedimiento diferente ante las magistraturas que correspondan” (Soto, 1976: 156).¹⁰

Incluso, como señala Pfeffer (2006) recordando las discusiones que dieron origen a su constitucionalización, un “procedimiento de emergencia”, mientras (Romero, 1999: 513)¹¹ se discute (o hasta que vuelva a discutirse) el fondo en algún tribunal de instancia (Pfeffer, 2006: 92), lo que inevitablemente transforma sus decisiones en unas de carácter provisorio (Ríos, 2007: 44). Esto es con fuerza de cosa juzgada formal.¹²

Sobre lo segundo —recuérdese cómo la práctica constitucional ha venido delineando los alcances de la acción— puede afirmarse hoy sin problemas que el recurso de protección ha confirmado el perfil con el que se lo pensó (Henríquez, 2018: 4-6; Contreras y Lovera, 2020: 92 y 93; Almonacid, 2020: 327). De acuerdo a la práctica constitucional, el recurso opera como una acción precautoria (Marshall, 2010: p. 68) de urgencia (como alternativa a la autotutela) (Bordalí, 2006: 207, 217; Jana y Marín, 1996), o de carácter instrumental (Gómez, 2005: 77). Se trataría de una acción cautelar, ya que comparte con otras medidas cautelares su carácter de urgencia, no requiere esperar el juicio para proteger de manera preventiva derechos fuertes y no entrega sentencias definitivas (Leturia, 2018: 231 y 232; Almonacid, 2020: 329), sin perjuicio de que sí logre establecer decisiones permanentes (Larroucau, 2020b). Y aunque en los últimos años la acción se ha extendido a situaciones diversas a las que motivaron su introducción al derecho, por ejemplo, alzando la protección de derechos

¹⁰ Más tarde, describiría la tendencia jurisprudencial a rechazar algunos recursos presentados, cuando existieran otros remedios procesales, como una restricción (Soto, 1984).

¹¹ Romero (1999) se refiere al concurso de acciones.

¹² Es cierto, como advierte Aldunate, que es posible que las cortes, al decidir recursos de protección, decidan el fondo de la cuestión. Aldunate, “La protección al acecho: las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección” (1999: 239). Pero esa es una decisión, por la fisonomía propia de la acción, que estará firme, mientras las partes involucradas no activen la vía (constitucionalmente) habilitada para litigar el fondo del asunto a través de la protección en un procedimiento de lato conocimiento. Desde luego, esto dependerá de las circunstancias concretas del caso, en la medida que ellas permitan que el asunto pueda volver a discutirse (lo que podría vincular esta discusión con la relativa al carácter indultado que debe tener el derecho, cuyo agravio se reclama vía protección (Romero, 1999: 511-512). Si esas circunstancias hacen imposible que el asunto pueda revisarse en un procedimiento de conocimiento lato, entonces la controversia sobre el recurso como sustituto o complemento procesal nunca se produjo.

diferentes a los que lista el precepto constitucional que la reconoce, ello “no cuenta como un argumento en favor de que ella deba cumplir un papel distinto del de una tutela de urgencia” (Larroucau, 2019: 251).

Otros autores que han debatido la naturaleza del recurso de protección han argumentado que dicha acción “no persigue la declaración de un derecho” y que “el pronunciamiento cautelar es consecuencia de esa declaración de antijuridicidad del acto u omisión ilegal o arbitrario de un tercero...” (Larroucau, 2020a: 485, 489). En otras palabras, el recurso de protección no sería, en sí, una acción cautelar, ya que lo cautelar no se refiere al contenido de la acción sino a las medidas de protección aplicadas en consecuencia. Esta posición intermedia admitiría, en principio, la posibilidad de que los jueces y juezas que resuelven los recursos de protección sigan teniendo cierto margen para delinear los derechos fundamentales con los que se relacionan estas acciones legales. Como veremos ahora, éste no ha sido el caso.¹³

En efecto, más allá de estas razones, hay un segundo aspecto de la práctica constitucional que ha conspirado contra el carácter informativo (en los términos arriba definidos) del recurso. Se trata del escaso razonamiento sustantivo que en sus sentencias es posible (o más bien dicho, imposible) encontrar, lo que hace del recurso de protección una herramienta estéril para construir una jurisprudencia sobre derechos fundamentales (Vargas, Peña y Correa, 2001: 62-69; Bordalí, 2011: 68-71). Ello se debe tanto al énfasis judicial en “los criterios legales, más constitucionales” (Larroucau, 2019: 262 y 263), como por el diseño mismo de la acción.

En efecto, la proliferación de acciones de protección se ha dicho que ha contribuido a vulgarizar el derecho constitucional y los derechos fundamentales. Estos derechos, así, son degradados “al permitir que se confundan las posiciones amparadas por derechos con otro tipo de resoluciones cautelares, instrumentales, u de otro tipo semejante, donde los derechos son un pretexto para ese tipo de resoluciones frágiles que podría adoptar cualquier juez del sistema” (Gómez, 2005: 77-78). Como señala Leturia (2018), “(l)a adopción de soluciones jurisdiccionales que nacen de la aplicación directa de la Constitución... (ha) empobre(cido) el debate político y dificultando la precisión y correcta delimitación del contenido de los derechos” (234). Se trata de la misma preocupación que ha formulado Bor-

¹³ De lo que no se sigue, desde luego, que la configuración no pueda tener lugar en otra sede, como la legislativa. Webber y Yowell (2018).

dalí y Aldunate, para quienes “(u)na tutela de urgencia y provisional de los derechos fundamentales se mostraría incapaz de contribuir a consolidar una dogmática constitucional en nuestro país” (Bordalí, 2006: 206), cuya consecuencia sería “un notable empobrecimiento conceptual en el ámbito de los derechos fundamentales constitucionales” (Aldunate, 2008, 365).

Como insinuó Carlos Peña, quizás esto es consecuencia de una cultura judicial poco preparada para un razonamiento de derechos fundamentales.¹⁴ Así, dijo que se trataba de “una práctica constitucional procesalmente avanzada pero argumentativamente arcaica” (Peña, 1996: 155). Sin embargo, como acertadamente observó Atria (2000), una de las razones para la vulgarización del derecho por constitucionalización, estriba, precisamente, en que se trata de una “práctica constitucional (que) es procesalmente avanzada porque es argumentativamente arcaica” (389). Este empobrecimiento conceptual, entonces, sería consecuencia de la fisonomía misma del recurso de protección. En efecto, el carácter informal de la misma, así como la posibilidad de abrir un espacio institucional a la aplicación directa de las regulaciones constitucionales, allanó el camino a la falta de precisión conceptual de los derechos fundamentales; una «vulgarización por constitucionalización», como se ha sostenido (Correa, 2005: 161-175). El problema de la jurisprudencia del recurso de protección, como el mismo Atria lo indicara hace cerca de 20 años atrás, es que de la forma que ha sido producida hace “difícil, por no decir imposible (su) sistematización” (1997: 129) lo que atenta contra la certeza jurídica (Accatino, 2007: 17-29). Frente a quienes señalaban que la riqueza de las resoluciones de protección descansa en su carácter multiforme, Atria sostenía, acertadamente, que “es poco robusta precisamente porque es multiforme” (1997: 129).

III. CAMBIO SOCIAL Y DERECHO

Como señalamos más arriba, el recurso de protección ha sido utilizado con una frecuencia creciente debido a cambios tanto formales como ligados a la práctica judicial. Otro factor que contribuyó al aumento de los recursos de protección en el tiempo fue la renovación de la judicatura en

¹⁴ Es lo contrario, sostuvo Soto (1984: 365) años atrás, lo que habría llevado a entregar la resolución de este recurso a los tribunales superiores: “conocedor el constituyente de la poca destreza que el juez poseía del manejo de la ley fundamental, entrega el conocimiento del RP a los tribunales superiores...”.

su conjunto, que de reconocidamente iliberal se volvió gradualmente más progresista en sus posturas. Contrariamente a lo que sugiere el sentido común, sin embargo, la transición a la democracia no tuvo un impacto directo sobre esta transformación. Factores ideológicos, junto con una estructura institucional que favoreció el conservadurismo, impidieron por mucho tiempo la adopción de principios más liberales por parte de los jueces. De hecho, durante la década de los noventa, el sistema judicial chileno mantuvo la postura condescendiente que lo había caracterizado durante la dictadura militar de Augusto Pinochet (Hilbink, 2009: 12). Adicionalmente, como sostienen algunos, las cortes chilenas fueron asignadas a tareas de derecho privado, que junto con la resiliencia de una cultura judicial amarrada al derecho natural y a la débil influencia del “nuevo constitucionalismo” sobre los jueces y las juezas, habría contribuido a la perpetuación de una actitud pasiva hasta bien avanzada la década de los noventa (Couso y Hilbink, 2011: 101-105).

1. El derecho como una herramienta de cambio

Análisis más recientes, reconocen un rol más activo de las cortes chilenas en la política. Aunque el Poder Judicial nunca reconoció su responsabilidad por el rol negligente asumido durante la dictadura, en su interior se dio un debate que produjo cambios importantes en las actitudes de los jueces hacia asuntos de derechos humanos, especialmente tras la detención del general Pinochet en Londres en 1998. Siguió reformas institucionales inspiradas por un cambio de paradigma desde el derecho positivo hacia el nuevo constitucionalismo. Éstas, a su vez, impulsaron cambios en la formación y socialización de los jueces, influenciando su ideología y comportamiento mediante un cambio en los incentivos y en la percepción de su rol en el contexto democrático, favoreciendo en última instancia la transición de una actitud deferente al activismo, al menos en ciertos niveles del Poder Judicial (Couso y Hilbink, 2011: 105-110).

En este nuevo contexto, los miembros del sistema judicial permitieron una extensión progresiva de los derechos constitucionales, en un esfuerzo concertado por ampliar el acceso a la justicia. Este objetivo se logró mediante nuevas interpretaciones jurídicas que permitieron la interposición de recursos de protección en ámbitos en los que antes no lo permitían. El derecho a la propiedad privada, seguido por el derecho a la igualdad ante

la ley y el derecho a la vida, fueron los derechos invocados con más frecuencia mediante recursos de protección, convirtiéndose en un medio para ampliar su alcance hasta incluir derechos que no están garantizados constitucionalmente por la actual formulación del artículo 20 de la Constitución (Navarro, 2012: 625). El alcance del derecho a la propiedad privada, por ejemplo, fue ampliado sustantivamente al ser extendido a bienes inmateriales, con el objetivo de ampliar la garantía constitucional a derechos que no están incluidos en el mencionado artículo. Ejemplo de ello es el esfuerzo realizado por los jueces para proteger el derecho a la salud mediante la reinterpretación del derecho a la propiedad privada en el caso de los planes de salud de las Isapres, cuyo precio sufre cambios unilaterales al alza en forma anual y sistemática. Otro ejemplo se puede encontrar en el ámbito de la educación, donde las cortes han invocado el derecho a la propiedad privada para reafirmar la obligación del Estado de garantizar el derecho a la educación a los alumnos que fueron expulsados de sus colegios a raíz de las tomas, o cuya matrícula fue ya sea rechazada o cancelada. De la misma forma, el derecho a la vida ha sido utilizado en el caso de enfermedades potencialmente letales, como el VIH-sida, para resguardar el derecho a la salud, que no está protegido constitucionalmente (Pfeffer, 2006: 102).

2. La movilización legal

Por movilización legal se entiende, *stricto sensu*, la litigación orientada a promover o frenar el cambio social. Más en general, el término ha sido utilizado para describir cualquier proceso mediante el cual actores tanto individuales como colectivos invocan normas, discursos o símbolos legales con la finalidad de incidir en las políticas públicas o en el comportamiento de los decisores políticos (Vanhala, 2018). La gran pregunta que, implícita o explícitamente, articula la literatura sobre la movilización legal, y que sigue animando el debate académico, fue planteada provocativamente por Rosenberg: ¿tiene la movilización legal el potencial de transformar la sociedad? ¿Bajo qué condiciones? (Rosenberg, 1991: 1).

Las primeras contribuciones, que adoptaron mayoritariamente una perspectiva *top-down*, restringieron el foco a los impactos de las sentencias judiciales en la elaboración de políticas públicas, considerando el sistema judicial como una plataforma conservadora desde la cual era muy difícil conseguir cambios sociales significativos (Scheingold, 1974: 6; Horowitz,

1977, 309; Rosenberg, 1991: 2 y 3). En cambio, contribuciones posteriores, que adoptaron una perspectiva *bottom-up*, subrayaron la importancia de la movilización legal como un canal de participación política a disposición de los ciudadanos (Zemans, 1983: 692), y como una estrategia más dentro del repertorio de contestación al alcance de los movimientos sociales (Burstein, 1991: 1201).

Algunos autores destacaron que la movilización legal juega un rol educativo, ofreciendo una experiencia politizadora que promueve la formación de activistas (McCann, 1993: 203), y que ésta constituye una oportunidad para la participación de actores no organizados, cuyas demandas difícilmente son compartidas de manera transversal (Smulovitz, 2008: 289). Otros, en cambio, señalaron la utilidad de la movilización legal aún en caso de derrota judicial, explorando el potencial de la movilización a la sombra de la ley (Boutcher, 2010), de la victoria a través de la derrota (NeJaime, 2011), y del éxito sin victoria (Contesse y Lovera, 2008).

Sin embargo, otro grupo de autores ha destacado que el litigio es un arma de doble filo, planteando que éste esencialmente inhibe la efectividad de los actores (Brown-Nagin, 2005: 1436; Pieterse, 2008: 364) y que algunas victorias judiciales pueden producir cambios muy poco relevantes, o derechamente regresivos (Barkan, 2013). Esencialmente, este segundo grupo de autores sugiere que la relación entre los tribunales y los actores sociales es mucho más compleja y contingente de lo que se pueda estimar a primera vista.

El debate sobre la utilidad de las cortes para impulsar cambios legales sigue hasta el día de hoy. Muchos políticos y académicos están convencidos de que las cortes no son el lugar indicado para buscar cambios legales que se requieren, y que las leyes que se relacionan con derechos sociales deben ser elaboradas por el Poder Legislativo, implementadas por el Poder Ejecutivo y aplicadas por el Poder Judicial. Además, quienes comparten esta postura señalan que estas prácticas darían lugar a una conducta no democrática y “activista” de los jueces, que tendrían el poder de legislar desde los tribunales (Langford, 2008).

IV. EL POTENCIAL DEL RECURSO DE PROTECCIÓN COMO UNA OPORTUNIDAD LEGAL: ESTUDIOS DE CASO

1. *La acción de protección como oportunidad legal*

Consideramos la acción de protección como una oportunidad legal (Andersen, 2005: 8-14) a raíz del hecho que ésta garantiza un acceso expedito y sin costos a la justicia. La interposición de un recurso de protección puede ocurrir frente a cualquiera de las 17 cortes de apelaciones del país, es gratuita y no requiere de los conocimientos de un abogado. Los únicos requerimientos para su interposición son la descripción detallada de cuándo y cómo ocurrió la vulneración o amenaza del goce de uno o varios derechos fundamentales claramente especificados, y el respeto del plazo de 30 días desde que ocurrió dicha vulneración o amenaza. En otras palabras, la interposición de un recurso de protección no pone barreras relevantes en términos de acceso a la justicia por parte de la ciudadanía.¹⁵ Como lo ha señalado recientemente Carrasco, además de la rapidez con que se resuelven estas acciones, las “escasas reglas procedimentales y probatorias han sido un incentivo irresistible para los litigantes al momento de impugnar una acción u omisión antijurídica de un órgano de la Administración del Estado” (2021: 198).

Sin embargo, los obstáculos surgen al momento en que la acción de protección inicia su trámite, ingresando al sistema judicial. En efecto, y para lo que acá nos interesa discutir, el diseño de la acción, así como su práctica constitucional, se han mostrado especialmente hostiles a la hora de defender valores públicos o colectivos derivados del “papel estructurante” que los derechos fundamentales tienen o debieran tener en una sociedad (Jenkins, 2021: 332). Esto se debe, en buena medida, a una concepción individualista que permea el conflicto procesal, en la que camparía una “lógica

¹⁵ Esto no es tan cierto en el ámbito medioambiental, donde a menudo se requiere la realización de estudios de suelo, agua, vulcanológicos, entre otros, para demostrar la afectación del derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (artículo 19.8); lo que configuraría un acceso desigual a la justicia, siendo que las empresas proponentes de los proyectos cuentan con muchos más recursos económicos para financiar dichos estudios que, por ejemplo, las comunidades y movimientos ciudadanos o indígenas que se oponen a los mismos.

civilista” conforme a la que la acción de protección ha terminado siendo “una acción de carácter individual” (Jenkins y Malebrán, 2021: 333-335). La renuencia de las cortes a acoger acciones de protección que trasciendan al individuo que las presenta (Henríquez, 2018: 21-25), en definitiva, ha reducido los derechos fundamentales a “meros derechos subjetivos” (Jenkins y Malebrán, 2021: 337), lo que hace aún más difícil que cumpla con la función pública arriba identificada.

Mientras la lectura centrada en el ámbito judicial se queda allí, sin por ello dejar de ofrecer importantes antecedentes, nos interesa expandir la mirada. Como hemos dicho al inicio, es aquí donde cobra importancia el tipo de actor que interpone el recurso de protección y las acciones emprendidas por éste, más allá de la interpelación de las cortes. Esto permite explicar que el recurso de protección siga siendo una oportunidad para los individuos o grupos que lo interponen, pues incluso el rechazo de recursos de protección interpuestos en el marco de causas delicadas, y al mismo tiempo respaldadas por actores dotados de una capacidad de problematización de la demanda en cuestión, tiene el potencial de contribuir a delinear los derechos que éstos protegen y, en ocasiones, a propiciar cambios legales relevantes.

En este trabajo postulamos que existen distintos tipos de actores, más o menos densos organizacionalmente, que tienen mayor o menor capacidad de liberar el potencial señalizador de la necesidad de adoptar cambios legales que el recurso de protección guarda. Actores más densos organizacionalmente serán capaces de posicionar demandas individuales como problemáticas colectivas, por medio de un efecto señalizador eficaz del recurso de protección, mediado por interacciones de distinto tipo con el sistema político. Actores menos densos organizacionalmente, en cambio, no lograrían el posicionamiento de demandas individuales en el plano colectivo, y obtendrían un efecto señalizador débil o nulo del recurso de protección.

En cuanto a los factores que favorecen la transposición de una demanda al plano público, lo que ocurre mayoritariamente, aunque no exclusivamente, a través de la protesta y del *lobby*, los teóricos de la movilización de recursos han argumentado que existen distintos tipos de recursos. McCarthy y Zald, por ejemplo, enfatizaron la importancia de los recursos externos, como los económicos, la infraestructura, la legitimidad y la disponibilidad de recursos humanos (McCarthy y Zald, 1977: 1236-1238),

mientras otros se han enfocado exclusivamente en el papel de los recursos internos, tales como las redes preexistentes y el capital humano de los grupos movilizados (Morris, 1981: 746 y 747). Otros autores han apuntado a la disponibilidad de conocimiento experto como un prerrequisito para la activación de estrategias de *lobby*, ya que los legisladores son más propensos a escuchar a quienes son profesionales y hablan su mismo lenguaje. Particularmente relevante, en este sentido, es el “contexto legislativo”, un concepto que agrupa diferentes elementos que influyen el quehacer legislativo, como el conocimiento de los legisladores, la atención de la opinión pública, el consenso político, entre otros (Victor, 2007: 830-833).

2. La evidencia a partir de dos casos emblemáticos

A continuación, exploraremos dos casos emblemáticos en los que se aprecia la importancia de una configuración de factores susceptibles de habilitar el rol señalizador del recurso de protección de la urgencia de adoptar cambios legales. En el primer caso, estamos en presencia de un actor denso organizacionalmente, cuya estrategia permite dotar el recurso de protección de un efecto señalizador eficaz, de la necesidad de contar con una cobertura universal del tratamiento antirretroviral para las personas enfermas de VIH-sida a fines de los noventa. En el segundo caso, veremos cómo la interposición de recursos de protección por individuos desorganizados afiliados de las Isapres, cuya densidad organizacional es nula, tiene un efecto señalizador débil, que diluye la demanda por una mayor justicia en el sistema de salud privado.

A. El caso de las personas viviendo con VIH-sida

El primer caso vio el despliegue, a fines de los años noventa, de una estrategia legal por parte de un grupo de personas con VIH-sida, en una época en que el tratamiento para esta enfermedad no estaba disponible en Chile, y su financiamiento no se encontraba cubierto por el Estado. En este caso jugó un rol protagónico Vivo Positivo, una organización de alcance nacional que articulaba a las personas con VIH-sida, una minoría altamente organizada desde los tiempos de la dictadura. Dicha organización gozaba,

por tanto, de cierta legitimidad, y contaba con capital humano especializado en la problemática que afectaba a sus miembros.

La negación del acceso universal y gratuito al tratamiento antirretroviral configuraba, de acuerdo a los afectados, una violación del derecho a la vida, consagrado por el artículo 19.1 de la Constitución política, por parte del Estado. Se trataba de un asunto de vida o de muerte, altamente sensible, cuya resonancia a nivel social fue incrementando en el tiempo.

Frente a la delicada situación de miles de personas, y con el patrocinio de la Clínica de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, Vivo Positivo promovió la interposición de una serie de recursos de protección por parte de personas que padecían VIH-sida. Sin embargo, las tres acciones legales interpuestas en 1999 fueron declaradas inadmisibles por invocar el derecho a la vida (artículo 19.1). De acuerdo con los jueces, el derecho a litigar debería haber sido el derecho a la salud (artículo 19.9), y no el derecho a la vida, el que sin embargo se encontraba excluido de la garantía constitucional.¹⁶

En 2000, tras una intensa cobertura de los primeros tres casos por parte de los medios de comunicación, fueron interpuestos 24 nuevos recursos de protección. Si bien esta vez las acciones legales fueron admitidas, y no obstante el reconocimiento del derecho a la vida como absoluto por parte de la doctrina judicial, estos recursos fueron fallados en contra bajo el argumento que la amenaza a la vida provenía de la enfermedad y no de una omisión del Estado. En 2001, fue presentado un último recurso de protección apelando al derecho a la vida como absoluto, el que fue fallado a favor por la Corte de Apelaciones frente a la cual fue tramitado, pero luego desestimado por la Corte Suprema (Corte Suprema, 2001), que señaló que la sede para resolver ese tipo de problemas no debía ser la judicial, sino aquella política.

Las sucesivas derrotas judiciales habían sido cubiertas extensamente por la prensa, lo que había generado un amplio debate público, una intensa discusión académica y una nueva sensibilidad social con respecto a la

¹⁶ La exclusión del derecho a la salud de las garantías constitucionales se remonta a la idea de Estado subsidiario, un Estado en el que la libertad económica es el motor principal de la economía, y en el que el sector público intervenía solamente en los espacios residuales, que excedía la capacidad de los privados y no cubiertos por la capacidad de los mismos. De esta forma, los llamados derechos “positivos”, que dependían de la disponibilidad de fondos públicos, quedaron excluidos de la garantía constitucional plasmada en el texto fundamental de 1980.

situación de las personas con VIH-sida, incrementada por el fallecimiento de varios litigantes, quienes se encontraban a la espera de una definición por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos tras haber agotado los recursos internos, en pleno proceso de judicialización.

Las derrotas judiciales tuvieron repercusiones positivas en el sistema político, donde la problemática del VIH-sida, salvo los esfuerzos de algunos parlamentarios por legislar sobre el tema, había dormido extensamente. Sin embargo, dichas repercusiones no se debieron meramente a lo ocurrido en las cortes. Desde 1997, Vivo Positivo había desempeñado un rol clave en las negociaciones entre el gobierno y ONUSIDA, la agencia ONU a cargo de las problemáticas generadas por la epidemia del VIH-sida a nivel mundial. El capital humano y el conocimiento experto del personal que integraba Vivo Positivo permitieron que la organización empezara a tener el peso necesario para influenciar a los tomadores de decisiones en el ámbito de las políticas del VIH.

En 2001, el Estado y organizaciones no gubernamentales postularon al Fondo Global de Naciones Unidas para lograr el financiamiento de las triterapias y garantizar progresivamente la cobertura universal del tratamiento antirretroviral (Contesse y Lovera, 2008: 157 y 158). Además, representantes de la agrupación lograron negociar en forma directa con las principales contrapartes nacionales a cargo de las políticas relacionadas con la gestión de la epidemia en Chile, entre los que destacan el Ministerio de Salud, Conasida, directivos del ámbito de la salud y encargados de programas dedicados al VIH. Adicionalmente, Vivo Positivo lideró la capacitación y generación de condiciones para la integración social de las personas con VIH-sida, jugando un rol clave en la ejecución y control social del proyecto del Fondo Global para Chile, y en el diseño de políticas públicas para asegurar la distribución de los tratamientos en el país (Contesse y Lovera, 2008: 157). Finalmente, Vivo Positivo asesoró al gobierno en la elaboración de un proyecto de ley que garantizara la cobertura universal de algunas enfermedades catastróficas, entre ellas el VIH (Ley 19.779 de 2001).

En este caso, la derrota judicial contribuyó a legitimar la demanda por una cobertura universal y gratuita del tratamiento antirretroviral en Chile. Sin embargo, el empujón más fuerte para el cambio legislativo fue dado por la eficacia del poder señalizador de los recursos de protección interpuestos, respaldado por la densidad organizacional de los actores no gu-

bernamentales involucrados en la generación de políticas públicas para enfrentar la pandemia del VIH-sida en Chile, sin los cuales ni la derrota judicial, ni la sensibilización operada por el debate público, ni la cobertura por parte de los medios de comunicación hubiesen podido lograr algún resultado político.

B. El caso de las Isapres

El segundo caso guarda relación con las alzas unilaterales en el precio de los planes de salud privada, fenómeno que ha generado una ola de judicialización en este ámbito. La impugnación de las alzas ocurrió por primera vez en 2008 en virtud de la violación del derecho a la propiedad (artículo 19.24), piedra angular de la Constitución de 1980. El derecho a la propiedad, aplicado a los planes de salud, implica la imposibilidad de operar variaciones unilaterales en el precio de los mismos, por lo que el argumento de los litigantes fue bien acogido por los jueces.

Tras los primeros éxitos judiciales, que permitieron el reembolso del dinero cobrado ilegalmente a los cotizantes, la interposición de recursos de protección en el ámbito de la salud privada se sistematizó y masificó a niveles jamás pensados. La acogida del argumento basado en el derecho a la propiedad generó un nuevo nicho de negocio, que fue aprovechado por decenas de empresas en línea que ofrecen el servicio de interposición gratuita de recursos de protección en contra de las Isapres que, siendo la parte perdedora, además de restituir las sumas cobradas ilegalmente a los cotizantes a raíz de las alzas unilaterales, también deben pagar los gastos relacionados con los juicios. La ola de judicialización que embistió al sistema judicial, por otra parte, requirió de ajustes por parte del mismo para poder atender a esta nueva clase de demandas, consistentes de la automatización de la tramitación de estos recursos.

Sin dudas que la victoria judicial desincentivó la búsqueda de otras vías para la canalización del descontento de los afiliados de las Isapres, pero ésta está lejos de ser la única responsable del efecto regresivo de los recursos de protección interpuestos en este ámbito. Si bien la cobertura mediática de la oleada de judicialización fue consistente, y se haya inaugurado cierto debate académico sobre la reforma al sistema de salud privada, la vía política no se prospectó como una posible alternativa a la vía judicial, como ocurrió en el caso del VIH-sida. La vía política no se exploró por

la escasez de actores dotados de la capacidad de convertir una demanda individual en una demanda pública.

Como he mencionado, los actores responsables de la interposición de casi un millón de recursos de protección en los últimos 10 años son individuos y empresas en línea, abocadas casi exclusivamente a ese servicio. A lo largo de la historia democrática ha existido un solo intento de acción colectiva en el ámbito de la salud privada: aquél, representado por Corpusapres en 2000, frustrado a causa de la escasa asociatividad que se registraba (y se registra hasta la actualidad) entre los cotizantes de la salud privada, pertenecientes al 20% más rico de la población.¹⁷

Con la agravante de la victoria judicial sistemática, la demanda, acotada a la ilegalidad de las alzas en el contexto de los derechos contractuales, terminó reduciendo los contornos de una demanda más generalizada por una mayor justicia en el sistema de salud. Además de no existir una verdadera demanda articulada por los actores sociales, en este ámbito se ha observado, a lo largo de las últimas décadas, una voluntad política insuficiente, que no logró catalizar los consensos para adoptar reformas políticas que llevan años siendo debatidas, pero que aún “duermen” en el Congreso.

Como demuestra la comparación de estos dos casos emblemáticos, el recurso de protección tiene el potencial de catalizar reformas legales, siempre y cuando tenga un efecto señalizador eficaz. Para ello, los actores sociales que lo interponen deben poseer cierta densidad organizacional, la que es susceptible de habilitar un proceso de delineamiento de la demanda en la esfera pública. En cambio, si el recurso de protección es utilizado por actores desorganizados, es susceptible de tener un efecto señalizador débil, que no logra dotar la demanda en cuestión de la legitimidad y urgencia necesarias para impulsar cambios legislativos. Para que el recurso de protección cumpla con su función delimitadora de los derechos, entonces, más allá de la victoria o de la derrota judicial, sería clave la existencia de un actor organizado que tenga claro cuáles son los objetivos de su acción colectiva.

¹⁷ Entrevista con el abogado del Consejo de Defensa del Estado, 16 de noviembre de 2016.

V. CONCLUSIONES

A modo de reflexión final, podemos afirmar que el recurso de protección, considerado *per se*, es un dispositivo que responde a la lógica cautelar, más que al llamado a cumplir una función señalizadora de la urgencia de implementar determinados cambios legales. Sin embargo, el recurso de protección ofrece un canal de participación política, constituye una estrategia al alcance de los actores sociales, y puede cumplir una función señalizadora eficaz de la necesidad de implementar cambios legales. En el primer caso analizado, estuvimos en presencia de un actor denso organizacionalmente, cuya estrategia permitió dotar el recurso de protección de un efecto señalizador fuerte, que evidenció la necesidad de contar con una cobertura universal del tratamiento antirretroviral para las personas enfermas de VIH-sida a fines de los noventa. En el segundo caso, vimos cómo la interposición de recursos de protección por individuos desorganizados afiliados de las Isapres, cuya densidad organizacional era nula, tuvo un efecto señalizador débil, que diluyó la demanda por una mayor justicia en el sistema de salud privado en los resultados de cientos de miles de litigios puntuales.

Como fue ilustrado claramente por el caso del VIH-sida, la movilización legal, siempre y cuando esté acompañada por cierta densidad organizacional, promueve el interés público y dota a la demanda de la legitimidad y de la urgencia necesaria, como para ser oída por el sistema político. La identificación de este mecanismo causal nos permite desestimar el argumento de la naturaleza cautelar absoluta del recurso de protección, analizado bajo una nueva luz y en conjunto con las características del actor que lo interpone, de que sí serían capaces de activar el poder señalizador del mismo en pos de la urgencia de impulsar cambios por la vía política.

En este sentido, hemos alumbrado la importancia de la densidad organizacional de los actores, definida como un conjunto de recursos tanto internos como externos, materiales como inmateriales, que le permiten a quienes libran una estrategia legal, basada en la interposición de un recurso de protección, interactuar con el sistema político con el propósito de problematizar eficazmente su demanda y de impulsar cambios legales, más allá de las cortes y sus sentencias.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, D. (2007). “La interpretación de los derechos fundamentales y la seguridad jurídica. Una mirada a la práctica constitucional chilena”. En BORDALÍ, A. (coord.). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. 2a. ed. Santiago. Chile: LexisNexis.
- ALDUNATE, E. (1999). “La protección al acecho: las consecuencias del abandono de las reglas de interpretación constitucional en el ámbito del recurso de protección”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. 20 (1).
- ALDUNATE, E. (2008). *Derechos fundamentales*. Santiago: Legal Publishing.
- ALLARD, R. *et al.* (2016). “El derecho a la salud y su (des)protección en el Estado subsidiario”. *Revista Estudios Constitucionales*. 14 (1).
- ALMONACID, F. (2020). “Algunas propuestas para el rediseño de la acción constitucional de protección”. En MUÑOZ, F. y PONCE DE LEÓN, V. (coords.). *Conceptos para una nueva Constitución*. Santiago, Chile: DER Ediciones.
- ANDERSEN, E. (2005). *Out of the Closets and into the Courts: Legal Opportunity Structure and Gay Rights Litigation*. The University of Michigan Press: Ann Arbor.
- ATRIA, F. (1997). *Los peligros de la Constitución*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- ATRIA, F. (2000). “Revisión judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha”. *Revista Estudios Públicos*. 79.
- BARKAN, S. (2013). “Beware of Lawyers Bearing Gifts, or Why Social Movements Should be Wary of Litigation”. *Mobilizing Ideas*. Disponible en: <https://mobilizingideas.wordpress.com/2013/02/04/beware-of-lawyers-bearinggifts-or-why-social-movements-should-be-wary-of-litigation/> (recuperado el 10 de julio de 2021).
- BASSA, J. y ASTE, B. (2015). “Mutación de los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos constitucionales a la salud y al trabajo en Chile”. *Revista Chilena de Derecho*. 42 (1).
- Boletín Num. 8105-11. Núm. 038-367. 22 de abril de 2019.

- BORDALÍ, A. (2006). “El recurso de protección entre exigencias de urgencia y seguridad jurídica”. *Revista de Derecho (Valdivia)*. 19 (2).
- BORDALÍ, A. (2011). “El recurso de protección chileno al banquillo”. *Revista Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. 5 (7).
- BORDALÍ, A. (2020). “La carga de la prueba en el proceso civil: una evolución desde la igualdad formal de las partes hacia una igualdad material de las mismas”. *Estudios de Derecho*. 77 (170).
- BOUTCHER, S. (2010). “Mobilizing in the Shadow of the Law: Lesbian and Gay Rights in the Aftermath of *Bowers v. Hardwick*”. *Research in Social Movement, Conflict and Change*. 31.
- BROWN-NAGIN, T. (2005). “Elites, Social Movements and the Law: the Case of Affirmative Action”. *Columbia Law Review*. 105 (5).
- BURSTEIN, P. (1991). “Legal Mobilization as a Social Movement Tactic: the Struggle for Equal Employment Opportunity”. *American Journal of Sociology*. 96 (5).
- CARRASCO, E. (2021). “El recurso de protección en materia ambiental: ideas para terminar con su fragmentación y mejorar su procedimiento”. *Actualidad Jurídica*. 43.
- CEA, J. (2008). *Derecho constitucional chileno*. 2a. ed. T II. Santiago: Ediciones UC.
- CONTESE, J. y LOVERA, D. (2008). “Acceso a tratamiento médico para personas viviendo con VIH-sida: éxitos sin victoria en Chile”. *Revista Internacional de Derechos Humanos*. 5 (8).
- CONTRERAS, P. y LOVERA, D. (2020). *La Constitución de Chile*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CORDERO, L. (2020). *El derecho administrativo chileno. Crónicas desde la jurisprudencia*. Santiago: DER Ediciones.
- CORREA, R. (2005). “Vulgarización por constitucionalización”. *Revista Derecho y Humanidades*. 11.
- CORTE SUPREMA. 9 de octubre de 2001. Rol núm. 2.186.
- COUSO, J. (2006). “The Changing Role of Law and Courts in Latin America: From an Obstacle to Social Change to a Tool of Social Equity”. En GARGARELLA, R. et al. (eds.). *Courts and Social Transformations: An Analytical Framework*. Aldershot: Ashgate.

- COUSO, J. y HILBINK, L. (2011). "From Quietism to Incipient Activism: The Institutional and Ideological Roots of Rights Adjudication in Chile". En HELMKE, Gretchen y RÍOS-EPP, Charles (1998). *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*. Chicago, IL: Univ. of Chicago.
- EDITORIAL (2019, 6 de abril). "Isapres que recibieron más recursos de protección subirán más sus precios". *La Nación*. Disponible en: <http://www.lanacion.cl/isapres-que-recibieron-mas-recursos-de-proteccion-subiran-mas-sus-precios/> (recuperado el 10 de julio de 2021).
- FERRADA, J. *et al.* (2003). "El recurso de protección como mecanismo de control jurisdiccional ordinario de los actos administrativos: una respuesta inapropiada para un problema jurídico complejo". *Revista de Derecho (Valdivia)*. 14.
- GARCÍA, J. (2013). "Nueva jurisprudencia sobre Isapres: aspectos jurídicos y de política pública". *Sentencias destacadas*. Santiago: Libertad y Desarrollo.
- GÓMEZ, G. (2005). *Derechos fundamentales y recurso de protección*. Santiago: Ediciones Diego Portales.
- HABERMAS, J. (1998). *Between Facts and Norms: Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: MIT Press.
- HABERMAS, J. (2005). *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*. 4a. ed. Trad. de Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Trotta.
- HENRÍQUEZ, M. (2018). *Acción de protección*. Santiago: DER Ediciones.
- HILBINK, L. (2009). *Judges beyond Politics in Democracy and Dictatorship: Lessons from Chile*. Cambridge: Cambridge University Press.
- HOROWITZ, D. (1977). *Courts and Social Policy*. Washington D.C.: The Brookings Institution.
- JANA, A. y MARÍN, J. (1996). *Recurso de protección y contratos*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- JENKINS, G. y MALEBRÁN, E. (2021). "Recurso de protección y proceso constituyente: propuestas de mejoras a la acción desde la perspectiva de la legitimación procesal". *Actualidad Jurídica*. 43.
- JORDÁN, T. (2013). "El cambio del eje referenciador del derecho a la protección de la salud a partir de la jurisprudencia constitucional sobre

- el subsistema privado de salud”. *Revista Estudios Constitucionales*. 11 (1).
- LANGFORD, M. (2008). *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*. Cambridge and New York. Cambridge: University Press.
- LARROUCAU, J. (2019). “La expansión procesal de la protección de derechos fundamentales en Chile”. *Revista de Derecho Privado*. 37.
- LARROUCAU, J. (2020a). “La dualidad cautelar y sumaria de la protección de derechos fundamentales”. *Revista Chilena de Derecho*. 47 (2).
- LARROUCAU, J. (2020b). “Los límites procesales de la protección de derechos fundamentales y el filtro de admisibilidad en la Corte de Apelaciones”. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*. Coquimbo. 27 (4) [online].
- LETURIA, F. (2018). “Las acciones cautelares y el recurso de protección ¿es necesaria una duplicidad de instituciones? Notas para una mejor garantía de los derechos fundamentales”. *Estudios Constitucionales*. 16 (1).
- LOVERA, D. (2017). “Destinatarios de los derechos fundamentales”. En CONTRERAS, P. y SALGADO, C. (eds.). *Manual sobre derechos fundamentales: teoría general*. Santiago: LOM.
- MARSHALL, P. (2010). “El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución”. *Estudios Constitucionales*. 8 (1).
- MCCANN, M. (1993). *Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization*. Chicago: University of Chicago Press.
- MCCANN, M. (2008). “Litigation and Legal Mobilization”. En CALDEIRA, G. et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Politics*. Oxford and Nueva York. Oxford: University Press.
- MCCARTHY, J. y ZALD, M. (1977). “Resource Mobilization and Social Movements: A Partial Theory”. *American Journal of Sociology*. 82 (6).
- MORRIS, A. (1981). “Black Southern Student Sit-In Movement: An Analysis of Internal Organization”. *American Sociological Review*. 46 (6).
- MOTTA, O. (2011). “Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil”. *Texas Law Review*. 89.
- NAVARRO, E. (2012). “35 años del recurso de protección: notas sobre su alcance y regulación normativa”. *Estudios Constitucionales*. 10 (2).

- NEJAIME, D. (2011). "Winning Through Losing". *Iowa Law Review*. 96.
- NOTICIAS (2020, 3 de mayo). "Recurso de protección contra Isapres por alza de precios de los planes de salud de sus afiliados presentó Conadecus". *Diario Constitucional.cl*. Disponible en: <https://www.diarioconstitucional.cl/2020/05/03/recurso-de-proteccion-contra-isapres-por-alza-de-precios-de-los-planes-de-salud-de-sus-afiliados-presento-conadecus/> (recuperado el 10 de julio de 2021).
- PEÑA, C. (1996). *Práctica constitucional y derechos fundamentales*. Santiago: Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación.
- PFEFFER, E. (2006). "El recurso de protección y su eficacia en la tutela de derechos constitucionales en Chile". *Estudios Constitucionales*. 4 (2).
- PIETERSE, M. (2008). "Health, Social Movements, and Rights-Based Litigation in South Africa". *Journal of Law and Society*. 35 (3).
- RÍOS, L. (2007). "La acción constitucional de protección en el ordenamiento jurídico chileno". *Estudios Constitucionales*. 5.
- ROMERO, A. (1999). "Notas sobre la cosa juzgada en el recurso de protección". *Revista Chilena de Derecho*. 26 (2).
- ROSENBERG, A. (1991). "Selection and Science: Critical of David Hull's Sciences as a Process". *Biology and Philosophy*. 7.
- ROSENBERG, G. (2018). *The Hollow Hope: Can Courts Bring about Social Change*. 2a. ed. Chicago: University of Chicago Press.
- SALGADO, C. (2015). "Derechos sociales, protección de la salud e interpretación constitucional". *Revista de Derecho*. Coquimbo. 22 (1).
- SCHEINGOLD, S. (1974). *The Politics of Rights: Lawyers, Public, Policy, and Political Change*. Yale University: New Haven.
- SMULOVITZ, C. (2008). "La política por otros medios: judicialización y movilización legal en la Argentina". *Desarrollo Económico*. 48 (190-191).
- SOTO, E. (1976). "Amparo judicial y recurso de protección". *Revista de Derecho Público*. 19-20.
- SOTO, E. (1984). "El recurso de protección: aspectos fundamentales". *Revista Chilena de Derecho*. 11 (2-3).
- VANHALA, L. (2018). "Legal Mobilization". *Oxford Bibliographies*. DOI: 10.1093/OBO/9780199756223-0031. Disponible en: <https://www.o>

- xfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199756223/obo-9780199756223-0031.xml* (recuperado el 15 de noviembre de 2021).
- VARGAS, J., (2001). *El rol del Estado y el mercado en la justicia*. Santiago: Universidad Diego Portales.
- VICTOR, J. (2007). “Strategic Lobbying: Demonstrating How Legislative Context Affects Interest Groups’ lobbying Tactics”. *American Politics Research*. 35 (6).
- VIVANCO, Á. (2010). “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*. 37 (1).
- WEBBER, G. y YOWELL, P. (2018). “Introduction: Securing Human Rights through Legislation”. En WEBBER, G. *et al.*, *Legislated Rights. Securing Human Rights through Legislation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- ZEMANS, F. (1983). “Legal Mobilization: The Neglected Role of the Law in the Political System”. *The American Political Science Review*. 77 (3).
- ZÚÑIGA, A. (2013). “Isapres, tribunal constitucional y distribución del derecho a cuidado sanitario”. *Revista Médica de Chile*. 141 (4).

