

LA ROBUSTA SIMPLEZA DE LA ADJUDICACIÓN POR VÍA NEGATIVA: ANÁLISIS DE LOS CASOS “ÓPTICAS”

CRISTÓBAL CAVIEDES P.

RESUMEN: Este comentario trata sobre dos sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en el art. 126 inc. 2º parte final del Código Sanitario. Esta disposición prohibía a oftalmólogos y optómetras funcionar dentro de una óptica. La primera sentencia es de inaplicabilidad, mientras que la segunda es de inconstitucionalidad. Las sentencias se analizan desde la “vía negativa”. Esto es, desde la idea que las personas, en general, detectan más fácilmente lo que *no es* que lo que *es*, y lo que *no debe ser* que lo que *debe ser*. La conclusión es que, aun cuando ambas sentencias resolvieron la contienda correctamente, la primera sentencia es más robusta que la segunda al apearse más a la vía negativa.

PALABRAS CLAVE: Vía negativa, ópticas uno, ópticas dos, oftalmólogos, optómetras, Tribunal Constitucional.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. ¿Qué es la vía negativa? 3. La vía negativa en derecho. 4. Ventajas y desventajas de la vía negativa en la adjudicación constitucional. 5. La vía negativa en los casos ópticas. 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

En adelante, se analizarán dos sentencias de inaplicabilidad¹ y de inconstitucionalidad², respectivamente, recaídas sobre la parte final del art. 126 inc. 2º del Código Sanitario. Esta disposición prohibía a los médicos oftalmólogos y a los técnicos con mención en oftalmología (también denominados “optómetras”) funcionar al interior de una óptica. Es decir, funcionar dentro de establecimientos que venden lentes ópticos. Para efectos de coherencia, cabe señalar que se hará referencia a la primera sentencia como “ópticas uno”, y a la segunda como “ópticas dos”. Específicamente, el análisis de las ópticas uno y dos se aborda desde la “vía negativa”. Esto es, desde la idea consistente en que, cuando se trata de conocer hechos y nor-

¹ Tribunal Constitucional, sentencia rol N° 5106-18 de 25 de junio de 2019.

² Tribunal Constitucional, sentencia rol N° 6597-19 de 14 de noviembre de 2019.

mas, se suele optar por detectar lo que *no es* en vez de lo que *es*, así también, lo que *no debe ser* en vez de lo que *debe ser*.

Este comentario se divide en cuatro partes. Primero, se señala en qué consiste la vía negativa. Segundo, se presentan los argumentarios acerca de cómo la vía negativa se aplica a varias áreas del derecho. Tercero, un apartado para el análisis de ventajas y desventajas de los estándares de adjudicación constitucional que funcionan por vía negativa. Además, se indica cómo, especialmente en el contexto chileno, tales estándares son preferibles a otros. Por último, se esboza el análisis en cuanto a si las sentencias de ópticas uno y dos aplican la vía negativa. Finalmente, se concluye que la sentencia de ópticas uno tiene mayor impacto que la sentencia de ópticas dos, la cual no supera a la primera respecto a la cercanía fidedigna de acciones que le son propias a la vía negativa.

2. ¿QUÉ ES LA VÍA NEGATIVA?

La vía negativa es la idea consistente en que, tanto racional como intuitivamente, las personas podemos identificar con mayor claridad lo que *no es* que lo que *es*, y lo que *no debe ser* que lo que *debe ser*. Descriptivamente hablando, la vía negativa implica que el conocimiento empírico avanza principalmente mediante la eliminación de errores, no mediante el descubrimiento de verdades³. Normativamente hablando, la vía negativa implica que las personas deberían guiarse por una “regla de plata” en lugar de una regla de oro. Es decir, es debido concentrarse más en “no tratar a los demás como *no nos gusta que nos traten a nosotros*”, en vez de “tratar a los demás como nos gusta que nos traten a nosotros”⁴.

Lo opuesto a la vía negativa es la vía positiva. La vía positiva consiste en, por un lado, enfocarse en lo que es en lugar de lo que no es, y por otro, en actuar buscando lo óptimo, lo mejor, lo perfecto⁵. Según Nassim Taleb, como guía para la acción humana, la vía negativa es menos susceptible a errores que la vía positiva⁶; particularmente cuando se toman decisiones que afectan a sistemas comple-

³ TALEB (2018), pp. 241.

⁴ Ibid., pp. 19-20.

⁵ Ibid., pp. 19, 193, 241.

⁶ Ibid., p. 241.

jos⁷. Para Taleb, “la sustracción, no la adición, funciona mejor en campos con efectos secundarios multiplicativos e impredecibles”⁸.

La vía negativa se origina en la práctica filosófica y teológica, sobre todo en la Edad Media. Ante la imposibilidad de definir claramente las características de Dios, muchos filósofos y teólogos procedieron por exclusión. Esto es, procedieron señalando lo que Dios *no* es⁹. Más allá de la teología, la vía negativa se aplica ampliamente en muchas actividades humanas. Primero, en el ámbito de la filosofía o de las ciencias sociales, es posible observar cómo se utiliza la vía negativa cada vez que, debido a la indeterminación lingüística, las definiciones son insuficientes para delimitar con precisión los argumentos y objeto de estudio¹⁰. Así también, desde un punto de vista popperiano, las ciencias naturales proceden por vía negativa en cuanto operan por falsabilidad, no por verificación. Es decir, operan mediante la eliminación de hipótesis incorrectas, no mediante la verificación de hipótesis correctas¹¹. Por su parte, en finanzas, inversionistas como Taleb operan por vía negativa en cuanto generalmente no buscan “la mejor inversión”, sino que más bien se concentran en evitar inversiones que generen pérdidas manifiestas¹².

En cuanto a la razón práctica, la vía negativa es afín al “pluralismo moral”¹³. Vale decir, la vía negativa se relaciona con la idea de que (si bien existen males absolutos), existen “varias formas y estilos de vida que ejemplifican distintas virtudes y que son incompatibles”¹⁴. Por tanto, la vía negativa se encuentra fuertemente ligada a la idea

⁷ Los sistemas complejos son aquellos cuyo comportamiento no puede predecirse con certeza debido al tipo de interacciones entre sus partes o con el medio. Algunos ejemplos son el cuerpo humano, la economía, el medio ambiente y, por supuesto, el ordenamiento jurídico. THURNER *et al.* (2008) pp. 22-25. De hecho, los sistemas complejos humanos son más complejos que los naturales puesto que nosotros podemos reaccionar a predicciones sobre cómo el sistema se va a comportar. MERTON (1936).

⁸ *[S]ubstraction, not addition, works better in domains with multiplicative and unpredictable side effects.* Traducción propia. Ibid.

⁹ CARABINE (2015).

¹⁰ Ibid.

¹¹ POPPER (2008).

¹² TALEB (2018), pp. 225-228.

¹³ RAZ (2009), pp. 395-399.

¹⁴ *Moral pluralism is the view that there are various forms and styles of life which exemplify different virtues and which are incompatible.* Traducción propia. Ibid., 395.

de inconmensurabilidad (o paridad) valórica¹⁵. Esto decir, aun cuando existen ciertos males que hay que evitar, en muchas otras situaciones existen diferencias cualitativas significativas entre los bienes incompatibles que una persona puede perseguir. Consecuentemente, no hay medidas comunes para evaluar qué bien es superior a otro; y por tanto qué vida es preferible a otra.

La vía negativa conecta también con la idea de John Rawls de “consensos traslapados”¹⁶, y con la idea de Cass Sunstein de “acuerdos incompletamente teorizados”¹⁷. En otras palabras, la vía negativa conecta con la idea de que personas con perspectivas discordantes de la vida *buena* pueden acordar ciertos valores, normas e instituciones, aun cuando estén en desacuerdo sobre los fundamentos últimos de los mismos. Estas ideas conectan con la vía negativa puesto que, si para las personas es más fácil detectar *lo malo* que *lo bueno*, es más probable que los consensos traslapados (o los acuerdos incompletamente teorizados) tengan contenido negativo en lugar de positivo.

Por último, la vía negativa se relaciona con la idea de “consenso”, especialmente cuando este se genera entre especialistas de una disciplina determinada. Esto es así porque, bajo ciertas condiciones, el consenso suele considerarse como evidencia de que una conducta considerada dañina efectivamente lo es¹⁸. En efecto, si se asume que para las personas es más sencillo detectar *el mal* que *el bien*, y si se asume también que el consenso es sincero (es decir, que no es producto de la coerción o la negociación)¹⁹, no parecen en principio haber razones para desconfiar de un juicio colectivo a falta de evidencias en contrario.

3. LA VÍA NEGATIVA EN DERECHO

La vía negativa se aplica ampliamente en derecho. En primer lugar (y por obvio que esto suene), la vía negativa se refleja en que parte

¹⁵ En filosofía, hay diferencias entre los conceptos de “inconmensurabilidad” y “paridad”. Ver CHANG (1997); RAZ (2009) pp. 321-366. Para la relevancia de esta distinción en la práctica jurídica, ver DA SILVA (2011); CAVIEDES (2017).

¹⁶ RAWLS (2015), pp. 133-172.

¹⁷ SUNSTEIN (1996), pp. 35-61.

¹⁸ SCHWARTZBERG (2014), pp. 53-58, 67-69.

¹⁹ Para el concepto de “negociación”, y cómo este se diferencia de la “deliberación” como procedimiento decisorio, ver ELSTER (2013).

importante de las reglas jurídicas son prohibiciones respaldadas por sanciones. Es decir, son proposiciones que, en vez de promover una acción justa en base a premios, indican *no* realizar una acción injusta penada²⁰. Más aún, el derecho se asocia más con el castigo a acciones injustas que con la recompensa a acciones justas²¹. Esto sugiere que las personas, en general, suelen identificar más fácilmente aquellas que estas.

Segundo, en derecho administrativo, puede argumentarse que los estándares clásicos de adjudicación contencioso-administrativa, tales como *Chevron* en Estados Unidos²², *Wednesbury unreasonableness* en Reino Unido²³, y nuestra ilegalidad y arbitrariedad, pretenden funcionar por vía negativa. En efecto, la formulación teórica de estos estándares presupone ciertos umbrales bajo los cuales se puede identificar claramente “*lo malo*” (vale decir, lo ilegal o irracional), mientras que, por sobre dichos umbrales, no es posible identificar claramente cuál es el mejor curso de acción para conseguir cierto bien público; razón por la cual los jueces deben proceder restrictivamente, dándole espacio suficiente a la administración para formular sus políticas.

Tercero, y en forma similar a lo que ocurre en derecho administrativo, en el derecho constitucional norteamericano existe un estándar clásico de control de constitucionalidad (actualmente en desuso), basado en la vía negativa: la célebre “regla del error claro” de James Bradley Thayer²⁴. Según esta regla, la jurisdicción constitucional solo debe inaplicar o invalidar una ley si detecta una inconstitucionalidad manifiesta. En otras palabras, lo anterior se da cuando “aquellos que tienen derecho a hacer leyes no solamente hayan cometido un error, sino uno muy claro, tan claro que no esté abierto a discusión racional”²⁵. Asimismo, la regla de Thayer opera por vía negativa por cuanto indica que, cuando una inconstitucionalidad no es manifiesta, la jurisdicción constitucional debe

²⁰ HART (1994), pp. 194-195.

²¹ KELSEN (1995), pp. 18-23; AUSTIN (1998), pp. 24-33.

²² Sobre la evolución de este estándar, ver VERMEULE (2016).

²³ CRAIG (2012).

²⁴ THAYER (1893).

²⁵ [*The Supreme Court*] can only disregard the Act when those who have the right to make law have not merely made a mistake, but have made a very clear one, –so clear that it is not open to rational question. Traducción propia. THAYER (1893), p. 18.

asumir que cualquier decisión legislativa racionalmente defendible es también constitucional. La razón es que, en estos casos, “la constitución no le impone a la asamblea legislativa ninguna opinión particular, sino que abre un abanico de opciones”²⁶.

Cuarto, la vía negativa está presente en la crítica que autores como Stavros Tsakyrakis²⁷, Grégoire Webber²⁸ y Francisco Urbina²⁹ realizan contra la proporcionalidad como método de adjudicación constitucional. Específicamente, la vía negativa está presente en la crítica contra las versiones de la proporcionalidad formuladas por Robert Alexy³⁰, David Beatty³¹ y Aharon Barak³², entre otros; especialmente en lo referido a las etapas de “necesidad” y “ponderación”. En efecto, parte importante de estas críticas se basan en que, más allá de inconstitucionalidades patentes, en muchos casos, existen diferencias cualitativas entre los derechos básicos y los intereses públicos en juego, razón por la cual estos derechos e intereses son inconmensurables. Así las cosas, y considerando las limitaciones epistémicas y de autoridad³³ que tienen los jueces, más allá de un cierto límite marcado por la irracionalidad patente, al juez no le corresponde examinar cuál es el medio “más idóneo” para realizar un determinado interés público, ni tampoco le corresponde ponderar el grado de realización de un interés público versus el grado de afectación de un derecho básico.

Finalmente, aunque controversial, y que probablemente requiere una formulación más profunda que lo que permite este comentario, ciertas versiones de la proporcionalidad pueden interpretarse en clave negativa como en el caso de las versiones de proporcionalidad formuladas por autores como Mattias Kümm³⁴ y Kai Möller³⁵; versiones que Urbina denomina “proporcionalidad como razona-

²⁶ *[T]he constitution does not impose upon the legislature anyone specific opinion; but leaves open this range of choice.* Traducción propia. THAYER (1893), p. 18.

²⁷ TSAKYRAKIS (2009).

²⁸ WEBBER (2009), pp. 87-115.

²⁹ URBINA (2017), pp. 39-75.

³⁰ ALEXY (2008).

³¹ BEATTY (2005).

³² BARAK (2012).

³³ Con “autoridad” me refiero al poder moral de un agente para imponer obligaciones. Ver RAZ (2009), pp. 23-37.

³⁴ KÜMM (2005).

³⁵ MÖLLER (2012).

miento moral desatado”³⁶. Es posible interpretar estas versiones de la proporcionalidad en clave negativa puesto que, para estos autores, lo que los jueces deben hacer por medio de la proporcionalidad es examinar que las leyes estén fundadas en razones públicas (en el sentido rawlsiano del término)³⁷. No obstante, luego de que una ley esté fundada en razones públicas –razones que otorgan al Congreso un amplio campo de acción para formular políticas–, tal ley debe considerarse constitucional. Para Kümm, más que resolver desacuerdos razonables, los tribunales constitucionales deben resguardar la frontera entre desacuerdos razonables y no razonables, y así garantizar que “la parte victoriosa que logre consagrar sus visiones en la legislación no sea poco razonable”³⁸. Asimismo, para Möller, los jueces no deben abocarse a “la compleja tarea de diseñar políticas”³⁹, sino que deben evaluar que tales políticas “se encuentr[en] en la esfera de lo razonable”⁴⁰.

4. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE LA VÍA NEGATIVA EN LA ADJUDICACIÓN CONSTITUCIONAL

Es posible observar, entonces, al menos tres ventajas y dos desventajas de los estándares de adjudicación constitucional basados en la vía negativa. Respecto a sus ventajas, los estándares por vía negativa se toman muy en serio la idea de desacuerdos razonables en asuntos morales⁴¹, y lo hacen de un modo que no pone en tela de juicio la existencia misma de la adjudicación constitucional. Esto es así porque, más allá de aquellos casos en que una inconstitucionalidad es clara –sea porque no se respetaron los límites formales de la Constitución, sea porque no se entregaron suficientes razones públicas para fundamentar una ley–, los estándares por vía negativa entregan varias opciones al Congreso para formular políticas eligiendo entre valores inconmensurables. Consecuentemente, parte importante de

³⁶ *Proportionality as Unconstrained Moral Reasoning*. Traducción propia. URBINA (2017) pp. 125-149.

³⁷ RAWLS (2005), pp. 212-254.

³⁸ *[T]he victorious party that gets to consecrate its views into legislation is not unreasonable*. Traducción propia. KÜMM (2005), p. 176.

³⁹ *[T]he complex task of designing policies*. Traducción propia. MÖLLER (2012), p. 133.

⁴⁰ *[Are] in there alm of there asonable*. Traducción propia. Ibid.

⁴¹ Sobre cómo los desacuerdos razonables afectan la justificación moral de la adjudicación constitucional, ver WALDRON (2006); BELLAMY (2007).

la “dificultad contra-mayoritaria”⁴² pierde fuerza cuando los tribunales constitucionales actúan por vía negativa. En suma, los estándares por vía negativa pueden reforzar la reputación (y por ende la autoridad) de los tribunales constitucionales si estos salvan la constitucionalidad de las leyes en casos de inconstitucionalidad dudosa.

Adicionalmente, los estándares por vía negativa se toman muy en serio la idea de que, en principio, el Congreso tiene ventajas epistémicas sobre el Tribunal Constitucional para evaluar la idoneidad de las políticas. En otras palabras, la idea de que, al formular políticas, el Congreso puede procesar más información relevante que el Tribunal Constitucional, puesto que aquel tiene más miembros y es más diverso que este⁴³. En este sentido, los estándares por vía negativa son respetuosos de la primacía epistémica del Congreso sobre el Tribunal Constitucional. Esto es así porque, más allá de indicarle al Congreso que hay ciertas políticas inaceptables por ser claramente inconstitucionales, los estándares por vía negativa no le sugieren ni le imponen al Congreso una decisión determinada.

Por último, y en caso de asumir la vía negativa como cierta, esto es, asumiendo que efectivamente es más fácil detectar *lo malo* que *lo bueno*, los estándares por vía negativa incrementan la probabilidad de consenso entre jueces que poseen distintas visiones morales sobre la inconstitucionalidad de una ley. A su vez, esto puede apuntalar la reputación del Tribunal Constitucional frente al resto de los operadores jurídicos y la sociedad en general. Tal como se indicó anteriormente, bajo ciertas condiciones, el consenso entre expertos sobre una determinada decisión suele tomarse como evidencia de que tal decisión es correcta. Después de todo, “nueve de cada diez odontólogos prefieren Colgate”⁴⁴. Siendo este el caso, los estándares por vía negativa pueden incentivar la generación de sentencias unánimes o supra-mayoritarias ante inconstitucionalidades manifiestas; sentencias que a su vez pueden ser percibidas por la opinión pública como prueba de que el tribunal probablemente estaba en lo correcto (la dictación de sentencias unánimes o supra-mayoritarias es una

⁴² BICKEL (1986), pp. 16-22.

⁴³ Sobre cómo las asambleas legislativas pueden procesar más información relevante que los tribunales, ver YOWELL (2018), pp. 90-130; WEBBER *et al.* (2018). Sobre las capacidades epistémicas de las asambleas legislativas, ver LANDEMORE (2015).

⁴⁴ SCHWARTZBERG (2014), pp. 53-58, 67-69.

estrategia típica de los tribunales constitucionales para fortalecer su reputación, sobre todo cuando recién empiezan a funcionar)⁴⁵.

Por contraste, los estándares por vía negativa tienen la desventaja de incentivar sentencias minimalistas. Esto es, sentencias austeras, parcas, con pocos argumentos⁴⁶. Esto es problemático por cuanto estas sentencias dificultan a los operadores jurídicos el anticipar cómo se fallará en el futuro, lo que también dificulta su capacidad de planificar y decidir⁴⁷. Probablemente, gran parte de este minimalismo se debe a la indeterminación lingüística⁴⁸. Al fin y al cabo, resulta difícil (si no imposible) indicar con toda precisión por medio de palabras dónde se encuentra la línea divisoria entre *lo razonable* (y por ende constitucional) de *lo no razonable*. De algún modo, por mucho que los jueces y los académicos del derecho realicen esfuerzos, llega un punto en que las palabras no resultan suficientes para determinar en qué consiste exactamente una inconstitucionalidad clara. Además, los estándares por vía negativa pueden ser excesivamente permisivos con posibles inconstitucionalidades en comparación con otros estándares. Por tanto, en caso de que los estándares por vía negativa terminen salvando la constitucionalidad de demasiadas leyes —probablemente inconstitucionales—, su utilización extendida conlleva el riesgo de disminuir la reputación (y por ende la autoridad) de un tribunal constitucional.

En términos generales las ventajas de los estándares por vía negativa superan sus desventajas. A pesar de sus riesgos, estos estándares tienen una robusta simpleza que es difícil de ignorar. Tal como se ha intentado mostrar en las líneas precedentes, la vía negativa es intuitiva y racionalmente atractiva. Esto hace que los estándares por vía negativa sean más administrables que otros estándares, lo cual disminuye la probabilidad de que el Tribunal Constitucional anule una ley por error al lidiar con casos factual y moralmente complejos, lo que es muy difícil de reparar. Después de todo, no se debe olvidar que, en un sistema constitucional rígido como el chileno, las invalidaciones erróneas del Tribunal Constitucional solo pueden enmendarse vía cambios jurisprudenciales (con la consiguiente

⁴⁵ FERE, JOHN y PASQUINO (2004) 1699; KELEMEN (2018), pp. 78-101.

⁴⁶ SUNSTEIN (2005).

⁴⁷ Ibid., pp. 128-129.

⁴⁸ Sobre este tema, ver ENDICOTT (2000).

incerteza) o reformas constitucionales⁴⁹. Consecuentemente, es esta robusta simpleza la que, sumada al respeto por los desacuerdos razonables y a la capacidad para general consensos judiciales, hacen preferible los estándares por vía negativa a otros estándares de adjudicación constitucional.

5. LA VÍA NEGATIVA EN LOS CASOS ÓPTICAS

Ópticas uno y dos recayeron sobre la última parte del art. 126 inc. 2º del Código Sanitario. Esta disposición prohibía la instalación de consultas médicas y de optómetras al interior de las ópticas. En ópticas uno, la gestión pendiente que originó la inaplicabilidad era una reclamación sanitaria. El actor señaló que la disposición impugnada infringió los arts. 19 N° 2 y N° 24 de la Constitución. Por su parte, en ópticas dos, el Tribunal Constitucional inició de oficio un procedimiento de inconstitucionalidad. En ambos casos, el Estado alegó que la disposición impugnada limitaba los conflictos de intereses (o, en palabras del Estado, la “integración vertical”) entre ópticas, oftalmólogos y los optómetras. Es decir, el Estado alegó que la disposición impugnada impedía que, al funcionar dentro de una óptica, los oftalmólogos y los optómetras tuviesen incentivos perversos para sobre-prescribir lentes ópticos.

El Tribunal Constitucional dio dos argumentos para inaplicar la disposición impugnada en ópticas uno. Primero, la disposición impugnada se aplica solo a oftalmólogos y optómetras, no a otros profesionales de la salud que realicen actividades similares⁵⁰. Segundo, el Congreso no justificó adecuadamente esta diferencia de trato. Esto es así porque: (a) el Congreso no dio razones para aplicar la prohibición solo a oftalmólogos y optómetras⁵¹; y (b) aun cuando el Congreso sostuvo que quería evitar los conflictos de interés entre ópticas, oftalmólogos y optómetras, el Congreso no especificó cómo la prohibición lograría su objetivo. Esto es relevante considerando que los oftalmólogos y optómetras no tienen prohibido trabajar bajo subordinación y dependencia de una óptica, ni tampoco tienen prohibido instalarse en edificios aledaños

⁴⁹ ELY (1980), pp. 4-5, 45; YOWELL (2018), pp. 139-45.

⁵⁰ Considerando séptimo.

⁵¹ Considerandos octavo a décimo, y decimotercero.

a la misma⁵². Por tanto, el Congreso no justifica por qué elige esta prohibición y no otra medida. Consecuentemente, la disposición impugnada es contraria al art. 19 N° 2 de la Constitución⁵³, por lo que se debe inaplicar.

Por su parte, en ópticas dos, el Tribunal Constitucional sumó argumentos a los entregados en ópticas uno para invalidar la disposición impugnada. Vale decir, junto con repetir los dos argumentos⁵⁴ presentados en ópticas uno, el Tribunal Constitucional presentó cinco nuevos argumentos.

Primero, la legislación sanitaria y las normas éticas profesionales vigentes ya limitan los conflictos de interés entre ópticas, oftalmólogos y optómetras de forma menos intrusiva que la disposición impugnada⁵⁵. Segundo, la disposición impugnada es apoyada por los oftalmólogos y rechazada por los optómetras. Esto sugiere que la disposición impugnada perjudica solo a los optómetras, y que quienes la apoyan (a) consideran que los optómetras son incapaces de recetar lentes ópticos, o (b) consideran que los optómetras son más vulnerables que los oftalmólogos a los conflictos de interés por razones económicas⁵⁶. Tercero, perjudicar solo a los optómetras por su supuesta incapacidad de recetar lentes ópticos, o por su supuesta mayor vulnerabilidad a conflictos de interés, no son justificaciones válidas. Esto es así porque la justificación (a) contradice la legislación vigente, mientras que la justificación (b) asume que, por razones económicas, los oftalmólogos serían moralmente superiores a los optómetras⁵⁷. Cuarto, la jurisprudencia comparada estima que los riesgos generados por el ejercicio de la optometría generalmente no justifican colocar prohibiciones a esta actividad⁵⁸. Finalmente, la disposición impugnada afecta la disponibilidad razonable de prestaciones de salud visual⁵⁹. Ergo, la disposición impugnada es

⁵² Considerandos décimo a duodécimo.

⁵³ Considerandos séptimo a décimocuarto.

⁵⁴ Considerandos vigésimocuarto a vigesimoséptimo, trigésimoctavo a cuadragésimoprimero, y cuadragésimotercero.

⁵⁵ Considerandos cuadragésimosegundo, cuadragésimoctavo a quincuagésimo, y quincuagésimocuarto.

⁵⁶ Considerandos quincuagésimo.

⁵⁷ Considerandos quincuagésimo a quincuagésimosegundo.

⁵⁸ Considerando quincuagésimotercero.

⁵⁹ Considerando quincuagésimosexto.

contraría a los arts. 19 N° 2 y N° 9 de la Constitución, por lo que debe invalidarse⁶⁰.

Ambas sentencias resolvieron la contienda correctamente. Por las razones indicadas en ópticas uno, la disposición impugnada era manifiestamente inconstitucional. Es más, estoy convencido de que la disposición impugnada no tenía un fundamento técnico serio, sino que se debía principalmente a la presión del gremio oftalmológico para proteger su oligopolio, capturando rentas a costa del resto de la sociedad⁶¹. Sin embargo, ópticas uno está mejor fundada que ópticas dos. Esto se debe a que aquella sentencia fue más fiel a la vía negativa que esta.

Ópticas uno es un buen ejemplo de aplicación de la vía negativa. En efecto, ópticas uno evita especular sobre qué tipo de políticas deben seguirse para limitar conflictos de interés entre ópticas, oftalmólogos y optómetras. Más allá de señalar que, a falta de argumentos —y considerando la normativa vigente—, parece implausible que la disposición impugnada hubiese producido los efectos queridos⁶², el Tribunal Constitucional argumenta que no hay razones públicas que justifiquen prohibiciones especiales para oftalmólogos y optómetras⁶³. En suma, la sentencia no le dice al Congreso que no puede establecer una prohibición como la disposición impugnada. Más bien, la sentencia le dice al Congreso que la prohibición actual está insuficientemente fundamentada. En otras palabras, la sentencia deja entrever que, si el Congreso hubiese otorgado razones públicas, la constitucionalidad de la disposición impugnada podría eventualmente haber sido salvada. A falta de razones públicas, el Tribunal Constitucional asume que no hay diferencias relevantes entre profesionales de la salud que justifiquen una prohibición dirigida solo a oftalmólogos y optómetras; pero eso no significa que al Tribunal Constitucional no se lo pueda convencer de lo contrario. Esta es la lógica de ópticas uno.

Además, ópticas uno demuestra un minimalismo propio de la vía negativa. De hecho, la sentencia inaplica solo por vulneración de la igualdad ante la ley, no por otros derechos reclamados por el

⁶⁰ Considerando quincuagésimoctavo.

⁶¹ PAUTA BLOOMBERG (2018).

⁶² Considerandos cuadragésimocuarto a quincuagésimoctavo.

⁶³ Considerandos séptimo a décimocuarto.

actor, incluido el derecho a desarrollar actividades económicas⁶⁴. De algún modo, el Tribunal Constitucional le dice al Congreso: “su política es tan injustificada (y por tanto inconstitucional) que no es necesario referirse a otras posibles inconstitucionalidades”. En definitiva, ópticas uno es un ejemplo paradigmático de aplicación de “virtudes pasivas”⁶⁵ para adjudicar conflictos constitucionales.

Por contraste, los nuevos argumentos incorporados en ópticas dos tienden a abandonar la vía negativa, lo que debilita a esta sentencia frente a su predecesora. De hecho, algunos de estos nuevos argumentos se acercan a una evaluación de idoneidad de las políticas, lo que hace a esta sentencia mucho más vulnerable a críticas de “activismo judicial” que a ópticas uno.

El primer nuevo argumento de ópticas dos podría interpretarse en el sentido de que el Tribunal Constitucional considera suficientes las actuales normas limitativas de conflictos de interés⁶⁶. Es decir, que considera que estas normas bastan para limitar la eventual sobre prescripción de lentes ópticos. Si esta interpretación es correcta, esto deja vulnerable al Tribunal a la crítica de que los ministros están actuando en forma muy similar a los especialistas en salud. Después de todo, aun cuando la legitimidad de la adjudicación constitucional no esté en cuestión, es importante tener presente que, epistémicamente hablando, hay buenas razones para sostener que el Congreso y la administración sanitaria tienen ventajas comparativas frente al Tribunal Constitucional para determinar si la normativa vigente realmente evita los conflictos de interés. En efecto, podría argumentarse que el Congreso tiene ventajas epistémicas respecto al Tribunal Constitucional por las razones mencionadas anteriormente. Esto es, por el hecho de que el Congreso tiene más miembros y es más diverso que el Tribunal Constitucional, por lo que puede procesar más información relevante para formular políticas⁶⁷. Asimismo, también podría argumentarse que la administración sanitaria tiene ventajas epistémicas respecto al Tribunal

⁶⁴ Considerandos séptimo a decimocuarto.

⁶⁵ BICKEL (1986), pp. 111-198.

⁶⁶ Considerandos cuadragésimosegundo, cuadragésimoctavo a quincuagésimo, y quincuagésimocuarto.

⁶⁷ YOWELL (2018), pp. 90-130; WEBBER *et al.* (2018); LANDEMORE (2015).

Constitucional, pues generalmente está compuesta por especialistas en salud⁶⁸.

Ahora bien, el primer nuevo argumento de ópticas dos podría interpretarse también en clave deferente. Específicamente, este argumento podría interpretarse en el sentido de que, a falta de razones públicas para incorporar la disposición impugnada, la normativa vigente debe presumirse como suficiente. El problema es que el Tribunal Constitucional no dice exactamente eso. Por tanto, el verdadero sentido de este argumento queda en el limbo.

Segundo, podría sostenerse que hay evaluación de políticas en el argumento de que, por razones económicas, el Congreso injustificadamente considera a los optómetras como más propensos a sobre prescribir lentes ópticos que los oftalmólogos⁶⁹. En principio, parece razonable para un congresista suponer de buena fe que, entre personas que realizan actividades en una misma área, algunos pueden tener mayores incentivos para incurrir en conflictos de interés que otros, sea por razones económicas o de cualquier otra índole. De hecho, y en contraposición a lo señalado por el Tribunal Constitucional⁷⁰, es posible suponer esto incluso si se asume que las personas en cuestión generalmente tienen un comportamiento moral similar. Cierto, en este caso no había información suficiente para sostener que los optómetras tenían incentivos perversos para sobreprescribir lentes ópticos *vis-à-vis* los oftalmólogos. No obstante, eso no excluye la posibilidad de que tales incentivos puedan efectivamente existir.

Finalmente, también podría sostenerse que hay evaluación de políticas en el argumento de que la prohibición afecta la disponibilidad razonable de prestaciones de salud visual, y que por esto se vulnera el art. 19 N° 9 de la Constitución⁷¹. En efecto, la disponibilidad de prestaciones no es el único factor relevante para establecer una política óptima de salud visual en Chile. También es relevante que estas prestaciones resuelvan adecuadamente las patologías visuales

⁶⁸ Para un argumento indicando que los órganos administrativos tienen esta ventaja incluso cuando toman decisiones “arbitrarias” (en el sentido de racionalmente indeterminadas), ver VERMEULE (2016), pp. 125-154.

⁶⁹ Considerandos quincuagésimo a quincuagésimosegundo.

⁷⁰ Considerando quincuagésimo.

⁷¹ Considerando quincuagésimosexto.

prevalentes en la población, y que lo hagan al menor costo posible para el fisco. Así las cosas, este argumento nuevamente coloca al Tribunal Constitucional en posición vulnerable frente a eventuales acusaciones de activismo.

Para concluir, aun cuando ópticas dos resolvió la contienda correctamente, el abandono de la vía negativa por el Tribunal Constitucional en esta sentencia innecesariamente genera motivos para posibles críticas. Por contraste, la sentencia de ópticas uno es más robusta al establecer que, fuera de ciertos márgenes de razonabilidad, el Congreso puede regular discrecionalmente la salud visual conforme a la información disponible.

Así las cosas, no queda claro por qué en ópticas dos el Tribunal Constitucional no hizo simplemente un *copy-paste* de ópticas uno con las modificaciones del caso. Probablemente, el tribunal creyó que era necesario decir más (ya que ópticas dos era una inconstitucionalidad de oficio), junto con considerar que la agregación de argumentos iba a fortalecer su posición. No obstante, se podría argumentar que la adición de argumentos de ópticas dos lamentablemente generó el resultado contrario.

6. CONCLUSIONES

En suma, las dos sentencias analizadas resolvieron la contienda correctamente. Empero, ópticas dos podría haber seguido la lógica sencilla y minimalista de ópticas uno. Después de todo, y aun cuando hablaba de arquitectura, Ludwig Mies van der Rohe, tenía razón al señalar que, en muchas situaciones, “menos es más”⁷². La vía negativa manifiesta poderosamente esta sabiduría. Hay buenas razones para aplicar también esa sabiduría a la adjudicación constitucional⁷³.

⁷² Para más sobre la vida de van der Rohe, ver MERTINS (2014).

⁷³ Mis argumentos pueden aplicarse también a las disidencias del ministro Pozo en ambas sentencias, pero eso es para otro comentario.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALEXY, Robert (2008): *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. Carlos Bernal Pulido, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, segunda edición).
- AUSTIN, John (1998): *The Province of Jurisprudence Determined and The Uses of the Study of Jurisprudence* (Indianapolis, Hackett).
- BARAK, Aharon (2012): *Proportionality: Constitutional Rights and their Limitations* (Nueva York, Cambridge University Press).
- BEATTY, David (2005): *The Ultimate Rule of Law* (Nueva York, Oxford University Press).
- BELLAMY, Richard (2007): *Political Constitutionalism: A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy* (Cambridge: Reino Unido, Cambridge University Press).
- BICKEL, Alexander M. (1986): *The Supreme Court at the Bar of Politics* (New Haven, Yale University Press, segunda edición).
- BRADLEY THAYER, James (1893): *The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law* (Boston, Little, Brown, and Company).
- CARABINE, Deirdre (2015): *The Unknown God: Negative Theology in the Platonic Tradition: Plato to Eriugena* (Oregon, Wipf and Stock).
- CAVIEDES, Cristóbal (2017): “Chang’s Parity: An Alternative Way to Challenge Balancing”, *The American Journal of Jurisprudence*, Vol. 62 N° 2: pp. 165-195.
- CHANG, Ruth (1997): “Introduction”, en Chang, Ruth (edit.), *Incommensurability, Incomparability, and Practical Reason* (Cambridge: Massachusetts, Harvard University Press).
- CRAIG, Paul (2012): *Administrative Law* (Londres, Sweet and Maxwell, séptima edición).
- DA SILVA, Virgílio Afonso (2011): “Comparing the Incommensurable: Constitutional Principles, Balancing, and Rational Decision”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 31 N° 2: pp. 273-281.
- ELSTER, Jon (2013): *Securities Against Misrule: Juries, Assemblies, Elections* (Nueva York, Oxford University Press).

- ENDICOTT, Timothy A.O. (2000): *Vagueness in Law* (Nueva York, Oxford University Press).
- FEREJOHN, John y PASQUINO, Pasquale (2004): “Constitutional Adjudication: Lessons from Europe”, *Texas Law Review*, Vol. 82 N° 7: pp. 1671-1704.
- HART, H. L. A. (1994): *The Concept of Law* (Nueva York, Oxford University Press, segunda edición).
- KELEMEN, Katalin (2018): *Judicial Dissent in European Constitutional Courts: A Comparative and Legal Perspective* (Nueva York, Routledge).
- KELSEN, Hans (1995): *Teoría General del Derecho y del Estado* (trad. Eduardo García Máynez, México: D.F., Universidad Nacional Autónoma de México).
- KÜMM, Mattias (2007): “Institutionalising Socratic Contestation: The Rationalist Human Rights Paradigm, Legitimate Authority, and the Point of Judicial Review”, *European Journal of Legal Studies*, Vol. 1 N° 2: pp. 153-183.
- LANDEMORE, Hélène (2015): *Democratic Reason: Politics, Collective Intelligence and the Rule of the Many* (Princeton, Princeton University Press).
- MERTON, Robert (1936): “The Unanticipated Consequences of Purposive Social Action”, *American Sociological Review*, Vol. 1 N° 6: pp. 894-904.
- MERTINS, Detlef (2014): *Mies* (Nueva York, Phaidon).
- MÖLLER, Kai (2012), *The Global Model of Constitutional Rights* (Nueva York, Oxford University Press).
- PAUTA BLOOMBERG, “El punto de vista de las ópticas en la disputa con los oftalmólogos” Disponible en: <https://www.pauta.cl/negocios/bloomberg/punto-de-vista-opticas-disputa-oftalmologos-fallo-tc>
- POPPER, Karl R. (2008): *La lógica de la investigación científica* (Madrid, Tecnos, segunda edición).
- RAWLS, John (2005): *Political Liberalism* (Nueva York, Columbia University Press, Edición expandida).

- RAZ, Joseph (2009): *The Morality of Freedom* (Nueva York, Oxford University Press).
- SCHWARTZBERG, Melissa (2014): *Counting the Many: The Origins and Limits of Supermajority Rule* (Nueva York, Cambridge University Press).
- SUNSTEIN, Cass (1996): *Legal Reasoning and Political Conflict* (Nueva York, Oxford University Press).
- SUNSTEIN, Cass (2005): "Testing Minimalism: A Reply", *Michigan Law Review*, Vol. 124, N° 123: pp. 123-130.
- TALEB, Nassim Nicholas (2018): *Skin in the Game: Hidden Asymmetries in Daily Life* (Nueva York, Random House).
- TURNER, Stefan; HANEL, Rudolf; y KLIMER, Peter (2018): *Introduction to the Theory of Complex Systems* (Nueva York, Oxford University Press).
- TSAKYRAKIS, Stavros (2009): "Proportionality: An Assault on Human Rights", *International Journal of Constitutional Law*, Vol. 7 N° 3: pp. 468-493.
- URBINA, Francisco J. (2017): *A Critique of Proportionality and Balancing* (Nueva York, Cambridge University Press).
- VERMEULE, Adrian (2016): *Law's Abnegation: From Law's Empire to the Administrative State* (Cambridge: Massachusetts, Harvard University Press).
- WALDRON, Jeremy (2006): "The Core of the Case Against Judicial Review", *Yale Law Journal*, Vol. 115 N° 6: pp. 1346-1407.
- WEBBER, Grégoire C. N. (2009): *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights* (Cambridge: Reino Unido, Cambridge University Press).
- WEBBER, Grégoire; YOWELL, Paul; EKINS, Richard; KÖPCKE, Maris; MILLER, Bradley W. y URBINA, Francisco J. (2018): *Legislated Rights: Securing Human Rights through Legislation* (Nueva York, Cambridge University Press).

NORMAS CITADAS

Decreto con Fuerza de Ley N° 725 de 31 de enero de 1968, Código Sanitario.

Decreto N° 100 de 28 de mayo de 2020, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile.

JURISPRUDENCIA CITADA

Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad deducido por Opti Store SpA respecto de la frase: “En ninguno de estos establecimientos estará permitida la instalación de consultas médicas o de tecnólogos médicos”, contenida en el art. 126 inc. 2º parte final del Código Sanitario (2019): Tribunal Constitucional, 25 de junio de 2019, rol N° 5106-18.

Proceso de inconstitucionalidad iniciado de oficio por el Tribunal Constitucional respecto del art. 126 inc. 2º parte final del Código Sanitario (2019): Tribunal Constitucional, 14 de noviembre de 2019, rol N° 6597-19.

