

EN LO PRINCIPAL: FORMULA OBSERVACIONES QUE INDICA. **PRIMER OTROSI:** TENGASE PRESENTE. **SEGUNDO OTROSI:** ACOMPAÑA DOCUMENTOS. **TERCER OTROSI:** SOLICITA ALEGATOS. **CUARTO OTROSI:** PATROCINIO Y PODER.

EXCMO. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SEBASTIÁN PIÑERA ECHENIQUE, Presidente de la República, domiciliado para estos efectos en el Palacio de la Moneda, Santiago, en relación con la declaración de inconstitucionalidad promovida por el Excmo. Tribunal Constitucional, actuando de oficio, referente al art. 38 ter de la Ley N.º 18.933, causa **Rol N° 1710-10**, en virtud del número 7º del artículo 93 de la Constitución Política de la República y artículos 47 Ñ y siguientes de la Ley N° 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, a US. Excmo. digo:

Que en virtud de lo indicado en el artículo 47 S y 32 A de la Ley N° 17.997 Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional (en adelante LOCTC) vengo dentro de plazo a formular observaciones para un mejor resolver de S.E. en lo que dice relación a una eventual declaración de inconstitucionalidad del art. 38 ter de la Ley N.º 18.933, considerando que en las Sentencias Roles N°s. 976, 1218, 1287 y 1273, SS. Excma., ha prescrito que la aplicación del citado precepto, en las respectivas gestiones pendientes, resultaba contraria a la Constitución, al vulnerarse los derechos asegurados en los números 2º, 9º y 18º de su artículo 19.

Cabe dejar constancia, que toda referencia realizada al artículo 38 ter en este escrito, debe entenderse referida al art. 38 ter de la Ley N.º 18.933 y, en igual forma, al art. 199 del Decreto Ley N° 1 de 2005, del Ministerio de Salud, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979, y de las leyes 18.933 y 18.469.

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

Por resolución preliminar fundada, de fecha 27 de abril de 2010, US. Excma. resolvió abrir proceso de oficio y pronunciarse sobre la eventual inconstitucionalidad del

artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, comunicándome ello a través del Oficio N°4292, de 28 de abril del año en curso, para que emita mi parecer al respecto.

En consecuencia, la finalidad del presente informe es dar a conocer las observaciones jurídicas y de mérito que merecen a esta autoridad la eventual inconstitucionalidad del citado artículo 38 ter, esto es, la norma impugnada.

A juicio de este Presidente de la República, la eventual declaración de inconstitucionalidad de la norma impugnada retrotraería la situación de los cotizantes adscritos al sistema privado al estado anterior a la modificación legal del año 2005, dejándolos en una situación de mayor fragilidad y vulnerabilidad en lo que se refiere a las garantías constitucionales que SS. Excma. pretende proteger.

Adelanto, desde ya, que la mejor forma de superar a futuro, las eventuales infracciones constitucionales que SS.E. ha declarado para los casos particulares y concretos que ha conocido, es mediante modificaciones jurídicas que impulsaré durante mi gobierno, ya que la eventual derogación de la norma cuestionada generará una situación jurídica que se alejará más de los ideales y valores constitucionales tenidos a la vista por SS. Excma., impidiendo además conocer nuevas causas por la vía de la acción de inaplicabilidad.

La norma legal que motiva este proceso dispone textualmente lo siguiente:

“Artículo 38 ter.- Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores.

La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar.

Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:

1.- El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad;

2.- Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años;

3.- La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan;

4.- La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo;

5.- En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo.

En el marco de lo señalado en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen. En todo caso, la tabla de un determinado plan de salud no podrá variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos al mismo, ni podrá alterarse para quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir de forma permanente los factores, total o parcialmente, lo que requerirá autorización previa de la Superintendencia; dicha disminución se hará aplicable a todos los planes de salud que utilicen esa tabla.

Cada plan de salud sólo podrá tener incorporada una tabla de factores. Las Instituciones de Salud Previsional no podrán establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional podrán establecer nuevas tablas cada cinco años, contados desde las últimas informadas a la Superintendencia, manteniéndose vigentes las anteriores en los planes de salud que las hayan incorporado.

Las Instituciones de Salud Previsional estarán obligadas a aplicar, desde el mes en que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada expedida en la misma oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 38.”.

CAPÍTULO II.
FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE DAN ORIGEN A ESTE PROCEDIMIENTO DE
DECLARACION DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. Reflexión previa

La resolución dictada por el Excmo. Tribunal con fecha 27 de abril del presente año ha precisado que las sentencias de inaplicabilidad que sirven de fundamento son aquellas recaídas en las causas roles N° s 976, 1218, 1287 y 1273, y que las disposiciones transgredidas son los números 2°, 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución.

Por su parte, el art. 47 V de la LOCTC señala que la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas deberá fundarse únicamente en la infracción de él o los preceptos constitucionales que SS. Excma. ha considerado trasgredidos por las sentencias previas de inaplicabilidad que le sirven de sustento.

Al respecto este mismo Tribunal ha indicado que sólo puede declarar inconstitucional un precepto ya declarado inaplicable y, por lo tanto, no puede extender su declaración de inconstitucionalidad más allá de lo resuelto previamente en las sentencias de inaplicabilidad.¹

En esta materia debemos precisar que su SS. Excma. en este proceso no se ha auto convocado para dar cumplimiento a una mera formalidad constitucional, destinada únicamente a ratificar las opiniones jurídicas de sus integrantes y verificar si se reúnen los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio para declarar su inconstitucionalidad. Lo que se solicita por el constituyente a esta alta Magistratura es **realizar un nuevo análisis, totalmente diverso a los ya efectuados**, tal es, examinar si la norma legal antes cuestionada por que sus efectos contravenían la Constitución, es igualmente censurable ahora desde todo punto de vista , esto es, incompatible en abstracto, con las normas constitucionales invocadas, de manera tal que una conciliación interpretativa no sea posible y si su eventual declaración de inconstitucionalidad producirá efectos jurídicos más próximos o alejados del texto fundamental .

¹ STC 1254/13.

2. Fundamentos consignados en las inaplicabilidades que fundamentan este proceso

En las sentencias recaídas en las causas roles N°s 976, 1218, 1287 y 1273 el Excmo. Tribunal Constitucional ha analizado los efectos del art. 38 ter en los casos de adultos o bien adultos mayores, que reúnen, según los mismos requirentes, la condición de “cotizantes cautivos”, pues dada su edad y posibles enfermedades, no pueden trasladarse a otras Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES), salvo asumiendo altos costos. Indican, además, que el mero aumento de la edad y la diferencia de sexo no pueden constituir el único parámetro para determinar un significar un aumento en sus planes de salud. Se trata así de un segmento de la población específico, de requirentes que reúnen condiciones especiales, pues se encuentran en situación laboral pasiva o muy cercana a ella.

El núcleo central de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad estaría dado, así, por que la tabla de factores que autoriza el artículo 38 ter, incorporada en los contratos de salud de los requirentes, para determinar el costo de los respectivos planes, basada en los parámetros de edad y sexo, a juicio de SS. Excma. permitiría aumentos desmedidos o arbitrarios en los valores de los planes de salud, afectándose con ello los numerales 2°, 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución

En los casos tenidos a la vista, el Tribunal Constitucional ha declarado inaplicable el art. 38 ter en consideración a los siguientes argumentos:

En lo que respecta a la garantía del artículo 19 N° 2 de la Constitución, SS. Excma. ha fundamentado las declaraciones de inaplicabilidad del artículo 38 ter en que dicha norma implicaría una discriminación arbitraria, puesto que a su juicio establecería un trato desigual para “igualdades esenciales”, siendo tales la igualdad en dignidad y derechos con que las personas nacen; la igualdad de oportunidades como derecho de las personas en la participación en la vida nacional; la igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer y la igualdad de acceso a las acciones de salud.² Lo que correspondería sería una “igualdad efectiva”.³

En relación con la garantía del artículo 19 N° 9 de la Ley Fundamental, los argumentos contenidos en los votos de mayoría, podrían resumirse en que el aumento

² STC 1273/72.

³ STC 1273/64.

de precio en los planes de salud atentaría contra el acceso igualitario a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación, e implicaría una amenaza a la posibilidad de permanecer en el sistema de ISAPRES, vulnerando el derecho a elegir el sistema de salud al que acogerse, sea público o privado.

Finalmente, en relación con la garantía del artículo 19 N° 18 de la Carta Magna, la razón dada por SS. Excm. para declarar la inaplicabilidad de la norma impugnada, se resume en que la diferencia de precios basada en edad y sexo, atentaría contra la garantía de acceso al goce de prestaciones básicas uniformes en materia de seguridad social, dado el carácter de institución de previsión social que revestiría el contrato de salud previsional.

3. Precisión en cuanto a las inaplicabilidades decretadas

El Tribunal Constitucional ha vertido en sus sentencias opiniones diversas al conocer y fallar los recursos de inaplicabilidad relativos al artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 objeto de este proceso. Esto es tal, dado que los derechos constitucionales que considera afectados no han sido siempre los mismos así como tampoco la norma precisa que causaría dichos efectos inconstitucionales es idéntica.

En la sentencia de esta Magistratura recaída en causa rol N° 976 se acogió el requerimiento “sólo en cuanto **la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la ley N° 18.933**, incorporada al contrato de salud de la requirente celebrado por ella y la Isapre ING Salud S.A.”, señalando que ello era “**por ser contraria a cuanto le asegura el artículo 19, N° 9, de la Constitución.**”.

Diversa es la situación en la causa de rol N° 1218 y 1287, en que **se declaró inaplicable el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933**, esto es, todo el precepto y no sólo una parte del mismo, por ser **contrario a los numerales 9° y 18° del artículo 19 de la Carta Fundamental.**

Finalmente, en el rol N° 1273, nuevamente fue declarado inaplicable **todo el artículo 38 ter**, pero en esta ocasión por ser **contrario a los numerales 2° y 9° del artículo 19 de la Carta Fundamental.**

CAPÍTULO III.
PRECEPTOS CONSTITUCIONALES EN QUE ÚNICAMENTE PODRÍA FUNDARSE
LA INFRACCIÓN

1. El artículo 19 N.º 2 de la Constitución

El principio de la igualdad es recogido por la Carta Fundamental a lo largo de diversos preceptos, de forma preliminar en el artículo 1º inciso 1º (“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.”) y como derecho fundamental general en el artículo 19, N.º 2º, ora en términos positivos (La Constitución asegura a todas las personas la igualdad ante la ley), como también en términos prohibitivos (Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias).

El Tribunal Constitucional ha tenido una larga y fructífera jurisprudencia en la materia. La exigencia jurisprudencial radica en que corresponde “la aplicación de las restricciones impuestas de una manera igual para todos”,⁴ precisando en una jurisprudencia posterior que es a “todos los afectados”.⁵

El Tribunal Constitucional, en diversos fallos, ha hecho suya la siguiente conceptualización sobre esta materia:

“La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas, para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes.

*No se trata por consiguiente de una igualdad absoluta, sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición (Linares Quintana, Segundo, Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado, Editorial Depalma, tomo 4, pág. 263)”.*⁶

De esta concepción tradicional el Tribunal Constitucional ha asumido una visión que tiene por objeto resguardar que las distinciones razonables antes indicadas en la cita sean efectivamente tales, esto es, que los criterios de discriminación no sean arbitrarios.

⁴ STC 226/47.

⁵ STC 280/29.

⁶ STC 53/72 y 73.

La discriminación arbitraria será tal ante el Derecho en la medida que lesione la justicia, lo que será determinado atendiendo a los títulos jurídicos invocados y, sobre todo, a aquellos que elabore el derecho positivo en conformidad con los primeros. De esta manera, para determinar si se ha infringido el principio jurídico de la igualdad, será necesario establecer si como consecuencia de un mal ejercicio de la justicia distributiva se originó una lesión a los bienes jurídicos que la autoridad ha estimado dignos de protección. Sobre el particular, el profesor Alejandro Silva ha manifestado: *“Al expresarse que no se podrá autorizar ninguna discriminación arbitraria, se está prohibiendo tratar en forma diferente situaciones idénticas o tratar en la misma forma situaciones diferentes, porque se trata precisamente, de la discriminación arbitraria”*.⁷

El Tribunal Constitucional ha indicado, igualmente, que para que una medida restrictiva no afecte el principio de la igualdad debía ser establecida con “parámetros incuestionables, esto es, razonables y justificadas”⁸.

En la jurisprudencia y doctrina extranjera, el principio de razonabilidad⁹ constituye una técnica interpretativa utilizada para determinar si un acto estatal vulnera o no los derechos fundamentales.

Desde un punto de vista general, la razonabilidad se puede definir como un principio que postula que toda limitación o regulación de un derecho fundamental debe realizarse de forma proporcional, tanto en cuanto a sus medios como a sus fines. Más específicamente, la aplicación de la máxima de razonabilidad en el análisis de una limitación a un derecho fundamental implica observar tres criterios o sub-principios bien definidos.

El primero es el de la adecuación o idoneidad, esto es, que la medida limitativa sea apta para conseguir el fin propuesto por el legislador. Estamos empleando aquí un juicio de utilidad en relación con el medio lesivo al derecho fundamental y los fines propuestos por el legislador al emplearlo. En caso que el medio no sea apto para cumplir el fin propuesto, entonces no tiene objeto ejecutar la limitación al derecho fundamental.

⁷ Opinión del Comisionado Alejandro Silva Bascuñán en: *Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República*, Talleres Gráficos de Gendarmería, Santiago 1977, Sesión 94 del 12 de diciembre de 1974.

⁸ STC Rol 226/47.

⁹ Cfr. Juan Cianciardo, *Máxima de Razonabilidad y Respeto de los Derechos Fundamentales*, en: Germán Bidart Campos (Coordinador), *Suplemento de Derecho Constitucional*, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, año 2000, p. 48.

El segundo criterio es el de la necesidad, que involucra que de entre todas las limitaciones a los derechos fundamentales que sean adecuadas para cumplir el fin propuesto, la limitación elegida sea la menos lesiva para el o los derechos limitados. Se impone aquí un juicio de comparación entre varias medidas idóneas, con el objeto de determinar si la medida analizada es aquella que lesiona en menor medida la seguridad jurídica y los derechos fundamentales.

El tercer criterio es el de la proporcionalidad, denominada también razonabilidad *stricto sensu*, que postula que hechos los dos análisis anteriores, se debe establecer si la medida limitativa guarda algún tipo de relación razonable o proporcionada entre ella y los fines que busca lograr. Implica así un juicio de balanceo o ponderación entre las ventajas y desventajas de la medida¹⁰.

Se ha planteado, con todo, que en ciertos ámbitos no procedería una distinción basada en edad y/o sexo, de lo que se deduce que debería primar como máxima constitucional una igualdad absoluta, sin distinción posible alguna.

Dicha postura sólo parece prudente, de aceptarse en ámbitos que deben estar ajenos al comercio humano, tales como la dignidad de las personas o aquellos elementos que la protegen y que conforman un “mínimo ético común”, entre las cuales nuestro constituyente ha considerado una justa retribución por el trabajo (art. 19, N° 16 de la Constitución) y las “prestaciones básicas uniformes” (art. 19, N° 18 de la Constitución). Sin embargo, cabe destacar que en una sociedad democrática basada en la iniciativa individual y en la subsidiariedad del Estado, no es posible extrapolarla a todos los ámbitos, so pena de desconocer las particularidades propias de los individuos y del régimen político en sí.

En este sentido, claro está, que una diferenciación basada sólo en el sexo o en la edad, sin relación causal alguna con el legítimo fin perseguido, no puede sino que ser rechazado. Pero cuando el sexo y la edad guardan una relación directa con la normativa adoptada y su consideración es racional y prudente para lograr un efecto constitucionalmente plausible, esto es, cuando responde a los criterios comunes de la sociedad en un momento determinado y además son adecuados para los fines que se desean lograr, mal puede objetarse su uso. A mayor abundamiento, cabe recordar a

¹⁰ Cfr. Pedro Serna y Fernando Toller, *La Interpretación Constitucional de los Derechos Fundamentales – Una Alternativa a los Conflictos de Derechos*, Editorial La Ley, Buenos Aires, Argentina, Primera Edición, año 2000, p. 10.

este respecto, que SS. Excma ha señalado que la autorización a una Isapre para aplicar la tabla de factores no es inconstitucional pues “no puede ser calificada por esta Magistratura como carente de razonabilidad, infundada o arbitraria”¹¹.

2. El artículo 19 N.º 9 de la Constitución

2.1. Evolución y fundamentos del precepto constitucional

La Carta Fundamental de 1980 dio especial relevancia a la garantía constitucional de la protección de la salud y consagró el numeral 9º del artículo 19 de la Constitución para regularlo. Así, reemplazó un texto, prácticamente referencial, contenido en la Carta de 1925, por una disposición que reconoce un derecho a la protección de la salud, entregando al Estado la obligación de resguardar un libre e igualitario “*acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación del individuo*” y, entre otros elementos, la existencia de un sistema privado y otro estatal de salud, compuesto por instituciones de salud privadas y públicas.

Del análisis de las actas de la Comisión de Estudio queda claro que imperó inicialmente entre algunos invitados un enfoque estatista del tratamiento del tema de la salud, proponiendo los mismos la presencia de un Estado monopolizador en el tema y reservando a los particulares un rol subsidiario.¹² Se trataba, así, de modificar, en este tema, la visión general que iluminaba la Constitución que se elaboraba, donde primaba la libre iniciativa y era el Estado quien asumía dicho rol subsidiario. Fueron los miembros de la Comisión, especialmente su integrante don Sergio Diez Urzúa, quien hizo presente en forma reiterada sus aprehensiones a dicha postura y los riesgos que conllevaba darle al Estado, un rol determinante. De esta manera, la visión que se plasmó en el numeral en cuestión fue cambiando desde una mirada estatista tradicional, a un rol subsidiario del Estado, reconociéndose la libertad de los individuos y la existencia de instituciones privadas de salud y de un sistema privado de salud.

¹¹ STC 976/52.

¹² Comisión de Estudio, Actas Oficiales, Sesión 190ª, especialmente lo señalado por el Director General del Servicio Nacional de Salud, pág. 20. En un Oficio enviado por el Ministro de Salud se sostenía: “En este sentido, todo el quehacer en salud, del sector privado debe ser subsidiario a la responsabilidad del Estado”. Así, Comisión de Estudio, ob. cit, Sesión 192, pág. 11.

Esta evolución comenzó mediante el Acta Constitucional N° 3 de fecha 18 de septiembre de 1976, que derogó los artículos 10 a 20 de la Carta de 1925 y que consagró el “derecho a la salud” en los siguientes términos:

“El Estado asume la responsabilidad de garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá asimismo la coordinación y control de las acciones integradas de salud.

Es deber preferente del Estado la ejecución de las acciones de salud, sin perjuicio de la libre iniciativa particular en las formas y condiciones que determine la ley.”.

Posteriormente la Comisión de Estudio propuso como texto definitivo el siguiente, abandonando el rol protagónico del Estado:

“El Estado garantiza el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá , asimismo, la coordinación y control de las acciones integradas de salud.

Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley.

Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado. Todo sistema de salud deberá someterse a las normas legales correspondientes.”.

Por su parte, el Consejo de Estado precisó, a sugerencia de don Enrique Ortúzar, que no se trataba de un “derecho a la salud” sino que de un “derecho a la protección de la salud”.¹³ Igualmente reemplazó, a propuesta del consejero Carlos Cáceres, la expresión “garantiza” que se utilizaba en el inciso primero por la de “protege”, locución ésta última más restringida.¹⁴ Fuera de lo anterior, el Consejo de Estado suprimió la referencia en torno a que al Estado le correspondía “*la coordinación y control de las acciones integradas de salud*”, suprimiendo la palabra “*integradas*”, para fortalecer así la existencia de dos sistema de salud, el público y privado.

¹³ Consejo de Estado, Actas del Consejo de Estado, versión manuscrita, Sesión 59ª de fecha 19 de diciembre de 1978.

¹⁴ Loc. cit. El sentido natural y obvio de “garantiza” entrega la idea de una cosa que se asegura contra algún riesgo o necesidad, asumiendo así el Estado una responsabilidad por la obligación que asume, mientras que por “protege” se entiende un resguardo más pasivo de un perjuicio o peligro, no quedando de manifiesto el derecho del tercero de repetir contra quién protege.

Como se verá más adelante, el constituyente conservó como un deber preferente del Estado, pero no exclusivo, garantizar la ejecución de las acciones de salud. Al respecto, don Enrique Ortúzar, indicó que este deber del Estado se resguardaba mediante instituciones públicas y privadas, *“aspecto que es muy importante porque mantiene el principio de subsidiariedad y alivia al Estado de su obligación”*.¹⁵ De esta forma, el constituyente buscaba distanciarse de la visión estatista tradicional e imponía igualmente la subsidiariedad del Estado en esta materia.

Finalmente, la Junta de Gobierno estableció en la etapa final de la redacción del texto constitucional que la ley *“podrá establecer cotizaciones obligatorias”*, tendientes a lograr un adecuado financiamiento del sistema. Igualmente sustituyó la frase que señalaba: *“Todo sistema de salud deberá someterse a las normas legales correspondientes”* por otra que hace referencia al deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud *“en la forma y condiciones que determine la ley.”*¹⁶

De esta forma, el constituyente buscaba distanciarse de la visión estatista tradicional y proponía igualmente la subsidiariedad del Estado en esta materia.

2.2. Aspectos esenciales del artículo 19, N° 9 de la Constitución

El artículo 19 ° 9 del texto constitucional señala:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

9º El derecho a la protección de la salud.

El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponde asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.

Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias.

Cada persona tendrá el derecho de elegir el sistema de salud al que desea acogerse, sea éste estatal o privado.”

¹⁵ Loc. cit.

¹⁶ La Ley N° 18.469, de 23 de noviembre de 1985 regula el ejercicio del derecho a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de la salud.

En lo referente al numeral antes transcrito es fundamental, para no incurrir en un error interpretativo, distinguir entre

- a) **el deber del Estado de proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de salud,**
- b) **el deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, y**
- c) **el derecho de cada persona de elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado.**

2.3. El deber del Estado de proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud

Llamamos la atención de SS. Excma. que lo que el constituyente señala es que al Estado le corresponde proteger el **libre e igualitario “acceso” a acciones de promoción, protección y recuperación de la salud.**

El acceso esto es, la llegada o entrada a un determinado beneficio, consiste en facilitar que se le otorgue a alguien la posibilidad de tomar parte en los beneficios que se ponen a su disposición en el ámbito de la promoción, protección y recuperación de la salud. En este caso, el mismo debe ser libre e igualitario, esto es, no condicionado ni sujeto a discriminación, salvo aquellas que deriven del propio bien que desea protegerse: la salud pública y la individual.

Son acciones de promoción las campañas masivas de difusión por medios de comunicación social para hacer frente a determinadas enfermedades; de protección, las campañas de vacunación para niños o adultos; y de recuperación las dirigidas a población enfermas (tuberculosis, sida, etc.). Igualmente son acciones de recuperación de la salud el Plan Auge, que contempla en la práctica prestaciones básicas uniformes para la población a que alude el art. 19, N° 19 de la Ley Fundamental.

Existe, de esta manera, un deber estatal de garantizar un libre e igualitario acceso a las acciones de salud con el correspondiente derecho de la población de demandar éste en las condiciones indicadas, mas no un derecho a incorporarse o pertenecer a una determinada entidad, las cuales son mencionadas en el texto fundamental para indicar los vehículos o instrumentos que puede utilizar el Estado para su cometido.

Ese libre e igualitario acceso a las acciones de salud no guarda relación con un derecho de contratación o de afiliación a una determinada entidad, pública o privada, pues la propia Carta Magna se encarga de indicar que el deber preferentemente estatal puede cumplirse sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, siendo decisión del legislador determinar su forma y condiciones.

Por lo tanto, es deber del Estado ejecutar una labor constante a favor de la protección al acceso a dichas acciones de salud, sin perjuicio de que éstas pueden ser brindadas tanto por instituciones públicas como particulares, conforme a las normas legales dictadas al efecto.

2.4. El deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud

La Constitución señala que el Estado tiene el “*deber preferente de garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas*”. Este deber “preferente” se refiere a garantizar un nivel mínimo de acciones de salud comprensible y justificado, considerando que al Estado le compete resguardar la vida y la integridad física y psíquica de los individuos.

Del deber del Estado de proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de salud, se deduce la existencia de un derecho subjetivo a favor de las personas, a las cuales les está garantizado el derecho de optar, libres de apremios, restricciones, condiciones o tributos infundados, entre el sistema público o privado de salud, entre diversas instituciones existentes en cada de estos sistemas como entre diversas acciones o programas de salud, lo que implica, necesariamente la existencia de varias alternativas, para que efectivamente pueda ejercer en plenitud su libertad de acceso.¹⁷

Nuevamente hacemos presente a SS. Excma., que realizando una interpretación orgánica y coherente de la Constitución, es posible constatar la vital relación entre sus diversas disposiciones. Ello, por cuanto las prestaciones básicas y uniformes a que alude

¹⁷ Esta libertad comprende el derecho de poder elegir el sistema de salud al cual desea pertenecer como la institución respectiva, ya sea privado, regulado por la Ley N.º 18.933, en que la persona celebra un contrato de salud con la Institución de Salud Previsional que desee, en cuyo caso la cotización del afiliado se paga a la institución elegida, o el sistema público. En cuanto al sistema estatal, este se encuentra desarrollado en la Ley N.º 18.469 que regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud. Cabe destacar que dentro del sistema público, la libertad también es reconocida a través de la posibilidad de elegir la modalidad de atención, ya sea institucional o libre elección.

el art. 19, N° 19 de la Carta Magna, en materia de salud, encuentran su configuración legislativa precisamente en las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud, núcleo esencial de las mismas, entre las que cabe destacar el Plan AUGE.

Cabe considerar que en el año 2004 se dictó la Ley N° 19.966, estableciendo un Régimen General de Garantías en Salud (también conocido como Plan AUGE) **que garantiza la cobertura por parte de FONASA y las Isapres de un conjunto de enfermedades**¹⁸. Actualmente son 56 las patologías cubiertas por dicho plan, sin embargo, a partir del 1° de Julio del presente año, el número de patologías cubiertas alcanzará las 80. Al efecto, dentro de dicho régimen general se consagró un conjunto de Garantías Explícitas en Salud (GES) *“relativas a acceso, calidad, protección financiera y oportunidad con que deben ser otorgadas las prestaciones asociadas a un conjunto priorizado de programas, enfermedades o condiciones de salud que señale el decreto correspondiente. El Fondo Nacional de Salud y las Instituciones de Salud Previsional deberán asegurar obligatoriamente dichas garantías a sus respectivos beneficiarios. Las Garantías Explícitas en Salud serán constitutivas de derechos para los beneficiarios y su cumplimiento podrá ser exigido por éstos ante el Fondo Nacional de Salud o las Instituciones de Salud Previsional, la Superintendencia de Salud y las demás instancias que correspondan”* (inciso primero del artículo 2° de la Ley N°19.966).

Como se desprende de lo precedentemente expuesto, el sistema público y el sistema privado de salud garantizan un mínimo de prestaciones, núcleo esencial configurado por el legislador, que ha sido complementado y perfeccionado recientemente a través de la dictación de la Ley N°19.966, normativa que tuvo por objeto mejorar los logros sanitarios alcanzados y enfrentar los desafíos derivados del envejecimiento de la población y los cambios en nuestra la sociedad. Este mínimo común de prestaciones de salud da cumplimiento a lo indicado en el artículo 19 N.° 18 de la Constitución.

2.5. Configuración legal de la garantía estatal de ejecución de las acciones de salud

¹⁸ Vid D.S. N°44, de 2007, del Ministerio de Salud.

Es menester destacar que la Carta Fundamental dispone que la ejecución de las acciones de salud deban realizarse en la forma y las condiciones que determine la ley, cuestión sobre la cual S.S. ya ha tenido oportunidad de pronunciarse.

En efecto, en la Sentencia Rol N.º 1266 recaída en un recurso de inaplicabilidad cuyo objetivo era impugnar el artículo 33 bis de la Ley N.º 18.933 - actual artículo 190 del D.F.L. N.º 1, de 2005, del Ministerio de Salud -, esa Magistratura señaló que *“debe tenerse presente que el derecho a la protección de la salud que la requirente invoca establece, en el inciso cuarto del numeral 9º del artículo 19, que “[e]s deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley...”*. De la sola lectura de este precepto resulta claro que el derecho a las acciones de salud no es ilimitado, sino que debe ejercerse en la ‘forma y condiciones que determine la ley’. Naturalmente que la ley no puede regularlo de manera irracional, caprichosa o de un modo que afecte los derechos en su esencia o les imponga condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”¹⁹.

En otras palabras, y siguiendo lo dicho por SS. Excma, en la medida que las acciones de salud se inserten dentro de un contexto legal razonable y que no afecte los derechos en su esencia, no debiera proceder un reproche de constitucionalidad.

Esta configuración legal es además del todo lógica y coherente, pues los riesgos de salud que afectan a la población cambian según evoluciona la situación socioeconómica del país, los medicamentos y las propias enfermedades. Es la autoridad política, por tanto, principalmente a través del Ministerio de Salud, el que fija el acceso a aquellas acciones de salud que el Estado garantizará.

Finalmente, cabe señalar que el mismo inciso numeral 9 del artículo 19 de la Carta Fundamental autoriza a la ley a establecer cotizaciones obligatorias en el contexto de la protección de la salud. A este respecto, conviene recordar que dichas cotizaciones, como ha señalado el Profesor y Ministro don José Luis Cea, son “patrimonio del cotizante respectivo, estando destinada a contribuir al financiamiento de las acciones de salud para él y sus familiares”²⁰. En otras palabras, están dirigidas principalmente a financiar los planes de salud individuales sin estar llamadas por ello

¹⁹ STC 1266/23.

²⁰ Cfr. José Luis Cea, *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo II. Ediciones Universidad Católica, 2004. P. 312.

a solventar sistemas de subsidio indirecto. Ello, además de corresponder a materias de ley en conformidad al artículo 19 N° 21, eventualmente vulneraría el derecho de los cotizantes sobre sus aportes.

2.6. La consagración constitucional de un sistema público y otro privado de salud

El constituyente se refirió en el inciso final del artículo 19 N° 9 a la existencia de un sistema estatal y de uno privado de salud, teniendo cada persona derecho a elegir a cual pertenecer. De esta manera, el texto constitucional consagra la existencia expresa de estos dos sistemas de salud, **cada uno sometido a las reglas y principios que conforman su actividad, debiendo tener toda persona el derecho a elegir a cual incorporarse.**

Tan relevante es el derecho a la libre elección, que el Tribunal Constitucional, previno que el sistema de prestaciones de salud de las Fuerzas Armadas y su administración, es sin perjuicio del derecho de cada persona a elegir el sistema de salud al que desee acogerse.²¹

Bien pudo el constituyente de 1980 haber planteado la existencia de un único sistema nacional de salud, compuesto por dos subsistemas, coordinados, y relacionados entre sí, posibilitando que la autoridad planificara la política de salud, controlara su desarrollo y ejecutara las acciones, pero no lo realizó. Es más esta visión fue rechazada en la Comisión de Estudio y en el Consejo de Estado, limitándose constitucionalmente la actividad estatal y consagrándose la existencia de dos sistemas, cada uno sometido a sus propias reglas.

Así, entonces, en este precepto constitucional encontramos un criterio inspirador que debe tenerse presente y que dice relación con la intención que tuvo el constituyente para que las acciones de promoción, protección, y recuperación de la salud y de rehabilitación de los individuos, cuando ello fuera necesario, sean brindadas por instituciones públicas y privadas, que se desenvuelven en su propio sistema de salud, sometido cada uno a sus particularidades propias.

Con todo, y no obstante la función que les compete a los privados en la ejecución de las acciones de salud, el Estado debe siempre garantizarlas, asumiendo así su rol en ausencia o falencia de éstos.

²¹ STC 98/31.

2.7. El sistema público de salud (FONASA) y el sistema privado (ISAPRES)

El sistema público de salud está constituido por el Fondo Nacional de Salud (FONASA), que actúa como seguro público de salud, y las redes asistenciales que conforman el Sistema Nacional de Servicios de Salud (SNSS). Por otra parte, también debemos considerar dentro del sistema estatal de salud a los sistemas cerrados de salud de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad.²²

Están afiliados al régimen de prestaciones de salud de FONASA y, por ende, tienen derecho a un conjunto de acciones de salud, en general, cualquier trabajador activo o pasivo, del sector público o privado, dependiente o independiente, que realice su aporte de salud ascendente a un 7% de sus ingresos o pensión previsional en los términos indicados en la ley. Igualmente son beneficiarios del sistema, incluso no realizando pago o aporte alguno, entre otros, la mujer embarazada y el niño hasta los seis años de edad, así como las personas carentes de recursos o indigentes y aquellas que gocen de pensiones asistenciales.

Como se desprende de lo expuesto, FONASA costea las prestaciones de salud tanto con los recursos provenientes de las personas que cotizan el 7% de sus ingresos mensuales imposables, conforme al artículo 84 del D.L. N°3.500, de 1980, como con aportes del erario público, respecto de aquellas personas que, por carecer de recursos propios, requieren de un financiamiento directo por parte del Estado. Por lo tanto, a diferencia del sistema de ISAPRES que se analizará en el apartado siguiente, FONASA recibe un significativo aporte de recursos fiscales.

Cabe hacer presente que las personas adscritas a este sistema son agrupadas en cuatro grupos (A, B, C y D) según su nivel de ingreso económico, para lo cual se toman en cuenta determinados porcentajes del ingreso mínimo, el cual varía dependiendo de la edad (los trabajadores mayores de 18 y menores de 65 tienen sueldos mínimos diferenciados) y el número de cargas familiares, conforme a los criterios consagrados en el artículo 160 del D.F.L. N°1, de 2005, del Ministerio de Salud.²³

²² El sistema público de salud se encuentra regulado, fundamentalmente, por el D.L. N° 2.763, de 1979 -que entre otros organismos creó el Fondo Nacional de Salud (FONASA)- y por la Ley N° 18.469, cuerpo normativo que regula el derecho constitucional a la protección de la salud y establece un Régimen de Prestaciones de Salud, ambas normas refundidas en el DFL N° 1 de 2005 del Ministerio de Salud.

²³ "Para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, las personas afectas a esta ley se clasificarán, según su nivel de ingreso, en los siguientes grupos: Grupo A: Personas indigentes o carentes de recursos, beneficiarios de pensiones asistenciales a que se refiere el Decreto Ley N° 869, de 1975, y

En consecuencia, cuando los afiliados a FONASA utilizan la modalidad institucional, el pago que deberán efectuar variará según el grupo de ingreso en el cual se encuentren clasificados (grupos B, C o D). En cambio, si optan por utilizar la modalidad de libre elección, el valor de la atención dependerá del nivel de inscripción del profesional o institución de salud en convenio con FONASA.

FONASA, constituye un sistema solidario, en el cual sólo parte de sus beneficiarios aportan una cotización del 7% de su renta imponible, contribución que no varía en el tiempo y que no considera la existencia de eventuales preexistencias al momento de conceder prestaciones. Es decir, el sistema público ha sido diseñado a priori, de forma que resulte permeable al riesgo efectivo de sus beneficiarios, motivo por el cual, ante un importante grupo incapaz de financiar sus prestaciones, **la contribución estatal resulta insoslayable**. De este modo, el mayor costo de las prestaciones médicas, como también el aumento en el gasto en subsidios por incapacidad laboral, no son solventados, en definitiva, por los cotizantes de FONASA.

Al contrario del sistema público de salud, el sistema Isapre está diseñado a priori como un sistema de seguro de salud privado, al cual voluntariamente puede una persona adscribirse. Este sistema privado de salud financia prestaciones y beneficios a través de las Instituciones de Salud Previsional, las Isapres, entidades reguladas por el Libro III del DFL N° 1 del 2005 del Ministerio de Salud. Para pertenecer a este sistema, las personas deben destinar un 7% de su renta imponible o un valor mayor, dependiendo del valor del plan al que deseen acceder (determinado por las prestaciones, la cobertura financiera, la cobertura de las redes de prestadores a las que se pueden acceder y de la libertad de elección), del número de personas que conforman el grupo familiar y de sus características de sexo y edad.

Las personas que opten por el sistema privado de salud, a diferencia de la afiliación automática prevista respecto a FONASA, deberán suscribir un contrato de

causantes del subsidio familiar establecido en la Ley N° 18.020. Grupo B: Afiliados cuyo ingreso mensual no exceda del ingreso mínimo mensual aplicable a los trabajadores mayores de dieciocho años de edad y menores de sesenta y cinco años de edad. Grupo C: Afiliados cuyo ingreso mensual sea superior al ingreso mínimo mensual aplicable a los trabajadores mayores de dieciocho años de edad y menores de sesenta y cinco años de edad y no exceda de 1,46 veces dicho monto, salvo que los beneficiarios que de ellos dependan sean tres o más, caso en el cual serán considerados en el Grupo B. Grupo D: Afiliados cuyo ingreso mensual sea superior en 1,46 veces al ingreso mínimo mensual aplicable a los trabajadores mayores de dieciocho años de edad y menores de sesenta y cinco años de edad, siempre que los beneficiarios que de ellos dependan no sean más de dos. Si los beneficiarios que de ellos dependan son tres o más, serán considerados en el Grupo C”.

plazo indefinido con una ISAPRE, instrumento en el cual se pactarán las prestaciones y beneficios incluidos, así como también la forma, modalidad y condiciones de su otorgamiento. Como mínimo, dicho contrato deberá comprender: las garantías explícitas de salud; el plan de salud complementario que contendrá las prestaciones, su cobertura financiera (establecida en la modalidad de libre elección del FONASA) y el precio del plan.

2.8. Las Garantías Explícitas en Salud y el Fondo de Compensación

Cabe considerar que en el año 2004 se dictó la Ley N° 19.966, estableciendo un Régimen General de Garantías en Salud que garantiza la cobertura por parte de FONASA y las Isapres de un conjunto de problemas o condiciones de salud²⁴. Al efecto, dentro de dicho régimen general se consagró un conjunto de Garantías Explícitas en Salud (GES o AUGE) *“relativas a acceso, calidad, protección financiera y oportunidad con que deben ser otorgadas las prestaciones asociadas a un conjunto priorizado de programas, enfermedades o condiciones de salud que señale el decreto correspondiente. El Fondo Nacional de Salud y las Instituciones de Salud Previsional deberán asegurar obligatoriamente dichas garantías a sus respectivos beneficiarios. Las Garantías Explícitas en Salud serán constitutivas de derechos para los beneficiarios y su cumplimiento podrá ser exigido por éstos ante el Fondo Nacional de Salud o las Instituciones de Salud Previsional, la Superintendencia de Salud y las demás instancias que correspondan”* (inciso primero del artículo 2° de la Ley N°19.966).

Esta normativa tuvo por objeto mejorar los logros sanitarios alcanzados y enfrentar los desafíos derivados del envejecimiento de la población y los cambios en nuestra la sociedad. Este mínimo común de prestaciones de salud da cumplimiento a lo indicado en el artículo 19 N.° 18 de la Constitución. Al efecto, las garantías aseguradas son las mismas para los beneficiarios de FONASA e ISAPRES, pero no obstante, podrán *“ser diferentes para una misma prestación, conforme a criterios generales, tales como enfermedad, sexo, grupo de edad u otras variables objetivas que sean pertinentes”* (inciso tercero del artículo 2° de la Ley N° 19.966).

A mayor abundamiento, cabe precisar que ciertas patologías tienen asegurado el acceso a una serie de atenciones respecto de todos beneficiarios del sistema mientras

²⁴ Vid D.S. N°44, de 2007, del Ministerio de Salud.

que otras condiciones o intervenciones se han focalizado en sectores más vulnerables, como es el caso de los menores de 5 o 15 años, o adultos mayores. A título ejemplar, la endoprótesis total de cadera, los vicios de refracción, las ortesis o ayudas técnicas y la hipoacusia bilateral que requiere de audífono, son cubiertas sólo respecto de personas de 65 años o más, mientras que la infección respiratoria aguda de manejo ambulatorio se garantiza a menores de 5 años.

Como puede verse, y se analizará más adelante, la pretensión de eliminar de forma absoluta los criterios de sexo y edad en relación al acceso a la salud no es razonable ni beneficiosa ya que esa diferencia es consustancial a la protección de la misma. Negar dichos criterios incluso impediría proteger al más débil en ciertos casos. En efecto, a los adultos mayores y a los menores, grupos esencialmente vulnerables, se les asegura una mayor cobertura, justamente en atención a sus necesidades específicas y en base al factor edad.

Finalmente, cabe recordar que para el financiamiento de estas prestaciones en el sector privado de salud, la Ley N° 20.015 creó el Fondo de Compensación Solidario. Este fondo se justifica porque expresamente se señaló en la ley que la tarifa asociada a la cobertura AUGE es única –plana- para todos los usuarios del sistema, independiente de su riesgo.

De esta forma, en la práctica existen personas con mayor riesgo que van a pagar una tarifa más baja que la que les correspondería, y otras con menor riesgo que solventarán una tarifa más alta para compensar la diferencia. Como esta tarifa se aplica a todos los afiliados a Isapres, cada una de estas instituciones va a recibir un monto total por concepto de cobertura AUGE en relación al total de afiliados que tenga y no al nivel de riesgo de su cartera de clientes. Considerando que la tarifa de cobertura AUGE se calcula por el promedio de riesgo del sistema y no de cada Isapre en particular, el Fondo de Compensación Solidario tiene por objeto compensar esa diferencia que se va a producir entre las Isapres según riesgo de cartera, solidarizando el costo de la cobertura AUGE entre todo el sistema en forma igualitaria.

Este modo de financiamiento, hoy acotado al sistema privado y solo para un cierto número de prestaciones que se consideran de especial relevancia, fue creado tras un largo debate legislativo que reunió amplios consensos y en virtud del cual se elaboró una compleja forma de compensación regulada en diversos instrumentos normativos.

3. Análisis del artículo 19, N° 18 de la Constitución

Otro derecho invocado por este Excmo. Tribunal Constitucional en su resolución que da origen a este proceso de declaración de inconstitucionalidad sería una eventual infracción al art. 19, N° 18 de la Constitución, específicamente a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, el que indica:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

18.º El derecho a la seguridad social.

Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado.

La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias.

El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social;”.

3.1. El derecho a la seguridad social en la Constitución de 1925

El derecho a la seguridad social se incorporó a la Constitución de 1925 en el artículo 10, N° 16 recién con la reforma constitucional de 1971, imponiéndose al Estado el deber de adoptar las medidas para satisfacer los derechos sociales, económicos y culturales, aspecto que estaba en relación con que sólo unos años antes, se habían aprobado los grandes Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.²⁵ En cuanto a la seguridad social propiamente tal, el constituyente mandataba en forma perentoria a la ley cubrir *“los riesgos de pérdida, suspensión o disminución involuntaria de la capacidad de trabajo individual, muerte del jefe de familia o de cesantía involuntaria, así como el derecho a la atención médica, preventiva, curativa y de rehabilitación en caso de accidente, enfermedad o maternidad y el derecho a prestaciones familiares a los jefes de hogares”.*

²⁵ Ambos Pactos Internacionales fueron adoptados por la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1969.

Esta reglamentación estaba acorde a las visiones económicas de la época, que atribuían al Estado un rol fundamental dentro de la sociedad, correspondiéndole a éste garantizar siempre determinados bienes y servicios.

El constituyente de 1971 englobó en el concepto de “seguridad social” diversos riesgos derivados de la vejez, incapacidad laboral, cesantía, al igual que aquellos que son producto de un quebrantamiento de la salud, que hoy se tratan en forma separada en los numerales 18º y 9º del artículo 19 de la Constitución.

El reconocimiento constitucional del derecho a la seguridad social fue la culminación de una larga historia legislativa anterior, la que había dado lugar a un sistema basado en un régimen de reparto de las cotizaciones de los imponentes, administrado por el Estado, el cual era financiado con fondos públicos y con un sistema de reajustabilidad determinado por la ley. Dada la distinta capacidad de presión de los grupos organizados sobre la estructura estatal, el sistema evolucionó en términos de brindar beneficios y condiciones disímiles a distintos grupos de pensionados. Por ello, el sistema de pensiones era profundamente diferenciado, discriminatorio y para grandes grupos sociales injusto, pues existían 32 cajas de previsión que administraban 100 regímenes previsionales distintos, presentándose diferencias en materias tales como edad para jubilar, años de servicios, formas de cálculo de pensión, período y monto de las cotizaciones y la modalidad de ejercer el derecho de pensión, etc. Este sistema, además, no entregaba ningún margen de libertad para que el trabajador estipulara su pensión de acuerdo a sus necesidades y conveniencias.²⁶

3.2. El derecho a la seguridad social en la Constitución de 1980

Al elaborarse la Constitución de 1980, la Comisión de Estudio analizó el derecho a la seguridad social, imponiéndose en definitiva la tesis de superar la situación imperante y restringir al Estado a una labor subsidiaria, permitiendo a los particulares **sobre un mínimo común buscar fórmulas propias de seguridad social.**²⁷

²⁶ Cfr. Guillermo Arthur Errázuriz, Régimen Legal del Nuevo Sistema de Pensiones, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1998, pág. 9 y ss.

²⁷ Comisión de Estudio, ob. cit., Sesiones 204ª, 205ª, 403ª y 404ª.

La idea fundamental fue que el Estado garantizara el acceso a prestaciones básicas, reconociendo a los particulares una amplia libertad para buscar ellos otras opciones en el mercado, rechazándose expresamente la posibilidad de establecer un sistema estatal único. Sobre este aspecto el mismo comisionado Sergio Diez aclaró *“que pretende establecer en la Constitución, en forma obligatoria, que la acción del Estado estará dirigida a garantizar el goce de las prestaciones mínimas”*²⁸.

En el Consejo de Estado se expresaron visiones diversas sobre el rol del Estado y de los particulares sobre el derecho a la seguridad social, imponiéndose la tesis proveniente de la Comisión de Estudio y rechazándose un Estado más protagónico, insistiéndose en que lo que correspondía era *“ aclarar que por sobre las “prestaciones básicas” no hay inconvenientes para que instituciones privadas puedan crear condiciones más favorables todavía; en tal caso, termina diciendo, queda entendido que el Estado debe apoyar el otorgamiento de esos beneficios complementarios, sin oponerse a ellos ni establecer patrones rígidos a su respecto.”*²⁹

Podemos así precisar, que el Estado tiene un marco de acción en el campo de la seguridad social, debiendo actuar, como lo ha entendido el Tribunal Constitucional, *“dentro de los márgenes y con las limitaciones que ella establece”*³⁰.

3.3. Jurisprudencia constitucional al respecto: un derecho configurado por el legislador

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en distintas ocasiones sobre la seguridad social. Así, en los últimos fallos sobre inaplicabilidad del artículo 38 ter impugnado, esta Magistratura ha sostenido que estos derechos son de carácter prestacional o de segunda generación.

Sin embargo, cabe dejar expresa constancia que el quantum de las prestaciones básicas y uniformes es una cuestión esencialmente política-legislativa, ajena a sede

²⁸ Comisión de Estudio, ob. cit, Sesión 403^a, pág. 3235 (énfasis agregado). En la sesión 403^a la Comisión facultó a la mesa para dar la redacción final al inciso, el que quedó de la siguiente forma: *“ Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:*

17.º El derecho a la seguridad social.

La ley regulará lo concerniente al ejercicio de este derecho y establecerá prestaciones básicas uniformes de carácter obligatorio.

La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de dichas prestaciones básicas, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas, y a crear las condiciones que favorezcan el otorgamiento de beneficios complementarios.”.

²⁹ El Consejo de Estado analizó esta materia en la sesión 64^a, celebrada el 23 de enero de 1979.

³⁰ STC 219/18.

jurisdiccional, pues la misma está vinculada estrechamente a la capacidad financiera del Estado y a la concepción societaria que se desea impulsar a través de las políticas públicas.

El mismo Tribunal Constitucional Español, país cuya Constitución se define como un **Estado social y democrático de derecho**, ha reconocido que derechos como el derecho a la seguridad social, **son de configuración legal y están en estricta relación a la situación social y económica de una sociedad en un momento determinado**. Así es como dicho Tribunal ha indicado: *“Salvada esta indisponible limitación, el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17, entre otras).”*³¹, sosteniendo luego en el mismo fallo que *“es al legislador al que corresponde determinar el grado de protección que han de merecer las distintas necesidades sociales y articular técnicamente los sistemas de protección destinados a su cobertura”*³²

En Chile, y como señala la Constitución, la acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso a prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. Al efecto, y en relación a la función de la ley en la configuración del derecho a la seguridad social, SS. Excma. ha reconocido esta función en el considerando 25 del fallo rol 334, señalando como límite sólo que no se afecten los derechos en su esencia, como señala el numeral 26 del artículo 19 de la Constitución, esencia que, como se ha indicado en repetidas oportunidades, en el caso de la seguridad social se refiere a asegurar prestaciones básicas uniformes.

Adicionalmente, que en materia de seguridad social la regulación del derecho por parte del legislador no solo es constitucionalmente legítima sino que necesaria se deduce de otras razones: la dinamicidad del concepto de seguridad social, el carácter abierto del precepto constitucional que consagra el derecho, la naturaleza social y prestacional que le es propia, la aplicación del principio de subsidiariedad, la propia regulación de este derecho contenida en la Constitución y los ámbitos de acción que ésta reconoce al Estado y al legislador.

³¹ Tribunal Constitucional español, Sentencia 128/2009, Fundamento Jurídico, numeral 4

³² *Íbid.*, Fundamento Jurídico, numeral 4

La regulación del derecho a la seguridad social por parte del legislador, se deriva porque todas las materias relativas a tal derecho han sido expresamente calificadas como propias de ley y, por ende, íntegramente encomendadas al legislador por el propio constituyente. Al efecto, además del numeral 18 contenido en el artículo 19 que enumera el catálogo de derechos constitucionalmente garantizados, otra serie de normas constitucionales convocan al legislador en materia de derecho a la seguridad social, demostrando que su configuración es altamente legal, esto es, que todos los aspectos relativos a su contenido, ejercicio, administración, materialización, operación y financiamiento, son de competencia del legislador y que dicha competencia debe ser respetada con la mayor deferencia posible³³.

De lo expuesto, forzoso resulta concluir que el legislador se encuentra perfectamente legitimado, para efectuar una intensa regulación de esta garantía constitucional siempre y cuando ello no afecte el derecho en su esencia. No ocurre tal cosa, como veremos, del análisis en abstracto del artículo 38 ter.

CAPÍTULO IV.

ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 38 TER

1. Introducción

La norma impugnada, esto es, el art. 38 ter de la Ley N° 18.933, –actualmente contenido en el artículo 199 del DFL N°1 del 2005-, fue incorporada por la Ley N° 20.015 y entró en vigencia en el mes de julio del año 2005. En términos generales, el nuevo régimen para la determinación del precio de los contratos de salud y su posibilidad de revisión por parte de las Isapres, contemplado en los artículos 38, 38 bis y 38 ter de la Ley N° 20.015, es el siguiente:

a) La revisión anual de los contratos de salud puede considerar sólo la modificación del precio base del plan con las limitaciones que se establecen en el artículo 38 bis.

b) Al comunicar la respectiva adecuación del contrato a sus afiliados, las Isapres sólo podrán ofrecer planes que estén en actual comercialización con, al menos,

³³ Vid artículo 63 N° 4 (Son materias de ley "las materias básicas relativas al régimen jurídico laboral, sindical, previsional y de seguridad social"); 65 N° 6 (Son materias de iniciativa exclusiva del Presidente de la República "establecer o modificar las normas sobre seguridad social o que incidan en ella, tanto del sector público como del sector privado").

un año de vigencia y con afiliados vigentes, y su precio “deberá corresponder al precio base modificado por las tablas de riesgo según edad y sexo correspondientes”.

c) Con dicha finalidad, se establece una Tabla de Factores, que las Isapres deberán elaborar e incorporar a los contratos de salud que ofrezcan a sus afiliados, cuya estructura es fijada por la Superintendencia de Salud considerando los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deben utilizar.

d) A efectos de su elaboración y respetando las restricciones legales y los tramos de edad que fije la Superintendencia conforme a la ley, las Isapres pueden fijar libremente los factores. Con todo, las Isapres no podrán variar los factores mientras los beneficiarios se encuentren adscritos al mismo plan, ni alterarlos respecto de quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir los múltiplos o factores con carácter permanente, sea total o parcialmente, cambio que requiere autorización previa de la Superintendencia de Salud.

e) Conforme a lo anterior, el precio del plan de salud convenido resulta de aplicar al precio base del plan respectivo el factor que corresponda al beneficiario según la tabla correspondiente. Cada plan de salud debe tener incorporada una sola Tabla de factores. Por su parte, las Isapres deberán tener, a lo más, dos tablas de factores para los planes en comercialización.

De acuerdo a lo dispuesto en el actual artículo 170, n) de la Ley N° 18.933 se entenderá por la expresión "tabla de factores" aquella tabla elaborada por la Institución de Salud Previsional cuyos factores muestran la relación de precios del plan de salud para cada grupo de personas, según edad, sexo y condición de cotizante o carga, con respecto a un grupo de referencia definido por la Superintendencia, en instrucciones de general aplicación, el cual asumirá el valor unitario. Esta tabla representa un mecanismo pactado de variación del precio del plan a lo largo del ciclo de vida, el que es conocido y aceptado por el afiliado o beneficiario al momento de suscribir el contrato o incorporarse a él, según corresponda, y que no podrá sufrir variaciones en tanto la persona permanezca adscrita a ese plan.

2. Situación anterior al establecimiento del artículo 38 ter

Con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.015 de 17 de mayo de 2005, la última modificación que se había introducida al artículo 38 de La Ley N° 18.933, fue realizada por la Ley N° 19.381, de 3 de mayo de 1995.

En virtud de la reforma de 1995, el sistema presentaba las siguientes características principales:

a) Los contratos de Salud debían ser pactados por tiempo indefinido y no podían dejarse sin efecto durante su vigencia, sino por mutuo acuerdo o por incumplimiento de las obligaciones contractuales. El cotizante podía desahuciar el contrato una vez transcurrido un año de vigencia.

b) Las Isapres tenían la facultad para revisar anualmente los contratos de Salud y **casi total libertad para adecuar sus precios, las prestaciones convenidas y la naturaleza y monto de sus beneficios**, siempre que no importaran una discriminación entre personas afiliadas a un mismo plan. En otras palabras, no se consideraban prestaciones básicas uniformes válidas para toda la población.

c) Las Isapres debían ofrecer al afiliado otros planes alternativos, en condiciones equivalentes, para el caso que éste no aceptase las adecuaciones que la institución deseara practicar.

d) El nuevo valor del plan debía mantener la relación de precios por sexo y edad que hubiere sido establecida en el contrato original, usando como base de cálculo la edad del beneficiario a esa época, con la lista de precios vigentes en la Institución, para el plan que se encontrare vigente al momento de la modificación.

En otras palabras, antes del artículo 38 ter, la ley otorgaba a las Isapres amplias facultades, que generaban la posibilidad que en cada proceso de adecuación podían modificar el precio base del plan, sus beneficios y la tabla de precios o factores, dando origen en la práctica a una discriminación entre personas afiliadas a un mismo tipo de plan.

Esta amplia discriminación de precios, no obedecía a criterios conocidos por la población en general, ni existía, a su respecto, posibilidades reales ni de control ni de sanción. Todo lo anterior desembocó en la existencia de miles de planes de salud que coexistían creando, nuevamente en la práctica, real discriminación entre personas supuestamente afiliadas a un mismo tipo de plan.

En definitiva, todas estas situaciones no hacían más que favorecer la discriminación y la desigualdad entre los mismos cotizantes del sistema privado.

3. La modificación introducida por la Ley 20.015 del año 2005

3.1. El Mensaje del Ejecutivo

Originalmente, el Mensaje del Ejecutivo que dio origen a la última gran modificación de la ley de Isapres, no contemplaba el actual artículo 38 ter, sino que sólo introducía modificaciones al artículo 38 de la ley y agregaba un nuevo artículo 38 bis. Ello por cuanto, de acuerdo a las ideas matrices del proyecto, el objeto de la iniciativa consistía en complementar las reformas propuestas en el proyecto sobre Régimen de Garantías en Salud, para asegurar la adaptación del sistema de Isapres a los cambios que proponía dicho proyecto en lo relativo a las modificaciones de los contratos de salud, y a los beneficios obligatorios.

Con dicho objeto, el Régimen de Garantías de Salud y las prestaciones y beneficios que Fonasa otorgaba en la modalidad libre elección, **debía otorgarse por todas las Isapres a un mismo precio para todos los beneficiarios, sin diferencia de sexo y edad, proponiendo limitar el alza de precios de los contratos de cotizantes cautivos, sujetándolo a un índice máximo definido por la Superintendencia respectiva.** Este Régimen de Garantías de Salud venía, de esta manera, a constituir las prestaciones básicas uniformes a que alude el artículo 19, N° 18 de la Constitución.

Por otro lado, según las ideas matrices del proyecto, en cuanto a su modificación, las Isapres debían mantener el contrato -de carácter indefinido- por un mínimo de tres años, pudiendo modificarse el precio del plan de salud que contuviera el plan Auge, las prestaciones del Fonasa y los beneficios complementarios que los afiliados contrataren, sólo cada tres años, una vez que se definiera el valor -prima universal- del régimen de garantías del plan Auge.³⁴

³⁴ Textualmente, la primera parte del artículo 38 bis propuesto establecía lo siguiente:

“Artículo 38 bis.- La libertad de las Isapres para adecuar el precio y su obligación de no discriminar, en los términos del inciso tercero del artículo 38, se sujetará a las siguientes reglas:

1. El nuevo valor que se cobre al momento de la renovación, deberá mantener la relación de precios por sexo y edad que hubiere sido establecida en el contrato original, usando como base de cálculo la edad del beneficiario a esa época, con la lista de precios vigentes en la Institución para el plan en que actualmente se encuentre.

De allí que, según lo expuesto, respecto de los demás tipos de cobertura, el proyecto del ejecutivo proponía, en su artículo 38 bis, una norma muy similar a la vigente en dicha época, esto es, contemplaba la misma amplitud de facultades para las Isapres, a efectos de modificar los precios de los planes contratados.

3.2. Inclusión del artículo 38 ter durante el trámite legislativo

La inclusión del artículo 38 ter, impugnado en estos autos, tuvo lugar posteriormente, en el segundo trámite constitucional ante el Senado. Durante la discusión del proyecto, el Senado, con miras a mejorar el mismo, modificó el artículo 38 y propuso agregar los artículos 38 bis y 38 ter, en vez del artículo 38 bis propuesto por la Cámara de Diputados, cuyo principal objetivo fue establecer una limitación a la facultad de las Isapres para fijar los precios de los planes contratados, para lo cual se tuvieron en vista las siguientes consideraciones:

En primer lugar, en lo que respecta a la revisión anual de los contratos de Salud, se limitó dicha facultad, estableciendo que éstos sólo se podrían modificar en cuanto a sus precios base, **en condiciones generales que no importaren discriminación entre los afiliados de un mismo plan.** En consecuencia, se prohibió tener en consideración el estado de salud del afiliado al momento de modificar los precios base, y se estableció la obligación de la Isapre de ofrecer planes alternativos.

Según lo señalado por el Ejecutivo al respecto, el objetivo de establecer la adecuación de los contratos únicamente en cuanto al precio, y no en cuanto a los beneficios, y al imponer que la oferta se hiciera extensiva a todos quienes se encontraban afiliados a un plan determinado, incentivaba la aplicación de una política solidaria razonable en este aspecto y restringía la posibilidad de discriminar entre los afiliados según el mayor o menor riesgo en salud que presenten.

Por su parte, la Superintendencia hizo presente que, hasta 1995, las Isapres adecuaban los precios sin ofrecer planes alternativos equivalentes al que expiraba. Informó además que se habían detectado casos de abuso, en que se ofrecía rebajar el

2. Tratándose de contratos de cotizantes cautivos, el alza del precio del respectivo plan de salud, no podrá superar el índice que, al efecto, anualmente establezca la Superintendencia, conforme a normas de general aplicación.

Dicho índice deberá contemplar, entre otras cosas, el cambio en el costo de las prestaciones de salud; el cambio en la frecuencia de utilización de las mismas; el cambio en el gasto derivado del uso de subsidios por incapacidad laboral; y el cambio en el ingreso operacional de las Isapres.”

precio a los cotizantes de menor riesgo en salud y otros en que el alza era de un 100% o superior. En consecuencia, el cambio tuvo por objeto aportar mayor transparencia al funcionamiento del sistema privado de salud, de modo que los usuarios tuvieran de él la mejor satisfacción posible.

En segundo lugar, se limitó el alza de precios de los planes a una banda, fijando para esto un máximo y un mínimo de 30% respecto del promedio ponderado de las variaciones porcentuales informadas por cada Isapre, de los precios base de sus planes. El alza debía ser previamente informada a la Superintendencia de Salud.

La modificación tuvo por finalidad mejorar la capacidad de los afiliados para informarse y comparar planes, limitar la dispersión del alza de precio de los planes y **solidarizar en forma razonable tales alzas, protegiendo a los usuarios cautivos por edad y por preexistencias**. Se estimó que la autorregulación de la industria era deseable pero no suficiente, porque no alcanza a la totalidad de los agentes, lo que justifica la intervención del legislador regulando esos espacios. De otro lado, se pretendió impedir que se vulnerara la libre competencia reajustando selectivamente los precios de los planes, sobre la base del riesgo de salud de las personas.

Sobre el punto, la Senadora señora Matthei expresó que el precepto legal que se aprobase, debía evitar que las Instituciones de Salud Previsional concentraran determinados grupos de personas en determinados planes de salud, basadas en su mayor o menor riesgo, forzando a los afiliados cautivos a migrar al sistema público.³⁵ El texto no debía ser simplemente un instrumento de control de precios, por lo que no debía basarse en los precios actuales sino en su promedio histórico. Sin embargo, había que tener presente que el precio de los planes podía variar en función de la calidad del servicio, de la incorporación de tecnología o de factores como la hotelería de las clínicas, teniendo en consideración que este último factor no se encontraba dentro de las acciones de salud garantizadas por la Constitución.

Finalmente, se reguló la tabla de factores, dejando en claro que la estructura de la misma sería fijada por la Superintendencia de Salud mediante instrucciones de general aplicación y ateniéndose a las reglas determinadas en el artículo 38 ter, pudiendo existir sólo dos tablas por cada Isapre, y estableciéndose una serie de reglas que determinarían los rangos máximos de diferencia entre los factores.

³⁵ Vid Segundo Informe de la Comisión de Salud del Senado, página 68.

Sobre el artículo 38 ter propuesto, el Superintendente explicó que en diciembre de 2003 existían más de 2.440 tablas de factores por sexo y edad, lo que hacía posible que las Instituciones de Salud Previsional aplicaran políticas de nichos. En consecuencia, **la norma del 38 ter buscó reducir la infinidad de tablas existentes previamente**, a una tabla por cada plan y a no más de dos para todos los planes que comercialice cada Institución.

Acerca de la relación máxima establecida entre el factor mínimo y el máximo de cada tabla, la Superintendencia de Salud manifestó que esas cifras estaban basadas en el análisis de los costos reales que para las Instituciones de Salud Previsional significaban sus usuarios diferenciados por sexo y edad, extraídas de los datos recogidos entre 2001 y 2003, **y estaban en estrecha correspondencia con las tablas que se elaboran en otros países respecto a cómo se distribuye el gasto en salud a lo largo del ciclo de vida de las personas**³⁶. Preciso además dicha Superintendencia, que esas disposiciones determinaban que el factor máximo de una tabla no podía ser más de 9 veces el factor mínimo de la misma, en el caso de las mujeres, y de 14 veces, en el caso de los hombres.

Los Senadores Matthei y Boeninger hicieron presente la **inconveniencia de petrificar en la ley cuestiones de hecho que normalmente debían tender a variar en el tiempo**. Propusieron que esas relaciones tuvieran una duración de diez años, pues se trataba de rangos que no cambiarían en tiempos cortos, al cabo de los cuales la Superintendencia podía actualizarlas, si los datos objetivos observados así lo determinaban³⁷.

La Comisión del Senado así lo acordó, refundiendo ambas reglas en una sola y agregando un artículo transitorio que fijó las relaciones para el primer decenio. Esta norma, de trascendencia esencial para comprender los efectos que los requirentes han cuestionado mediante diversas acciones de inaplicabilidad, señala:

“Artículo segundo.- La relación máxima a que alude el numeral 4 del inciso tercero del artículo 38 ter que se agrega a la ley N°18.933 será, para el primer decenio contado desde la vigencia de la presente ley, de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y de hasta 14 veces, en el caso de los hombres.”

³⁶ Vid Segundo Informe de la Comisión de Salud del Senado, páginas 69 y 70.

³⁷ Vid Segundo Informe de la Comisión de Salud del Senado, página 70.

En conclusión, la introducción del artículo 38 ter impugnado en autos, nació de la convicción del legislador respecto a que esa fórmula mejoraría sustancialmente los derechos de los usuarios de las Isapres, generando una mayor transparencia y solidaridad entre hombres y mujeres y entre jóvenes y mayores, por aplicación del plan Auge, lo que en la práctica fue tal. Igualmente, para limitar el campo de acción de la Superintendencia se estableció una relación máxima de valores para el primer decenio con los topes antes indicados que son, al contrario de lo que parecen, superior en el caso de los hombres que en el de las mujeres

3.3. Estructura actual de los precios de los planes de salud de las Isapres

Cabe señalar que la cotización que pagan los afiliados por su plan de salud se divide en diversos elementos que configuran el precio final a pagar, siendo tales los siguientes:

a) Precio base: Corresponde al valor del plan de salud considerado aisladamente, sin atender a los afiliados, por lo que debe ser el mismo precio para todos los adscritos al mismo plan. Éste es el único elemento del precio pagado por los afiliados que la Isapre puede adecuar una vez al año, según se explicará más adelante.

b) Factor etario: La normativa vigente permite que los planes de salud tengan una Tabla de Factores asociada, la que asigna diversos factores a ciertos tramos etarios que cada una define, según se trate del titular del contrato y los beneficiarios, masculinos y femeninos. Estos factores se modifican automáticamente cuando un miembro del grupo familiar cumple una edad determinada que lo haga cambiar de tramo, pero dicha variación debe ser informada anticipadamente por la Isapre, con tres meses de anticipación al vencimiento de la anualidad contractual.

c) GES (garantías explícitas de salud): Su precio se fija en conformidad a las normas de la Ley N° 19.966 y sus reglamentos correspondientes, **teniendo cada Isapre un valor único para todos sus beneficiarios, sin importar el plan de salud al que estén adscritos. Estas garantías, derivadas del plan Auge constituyen el núcleo básico de las prestaciones básicas y uniforme en materia de salud, sin que se considere un factor de discriminación por sexo o edad.**

Como puede verse, el concepto fundamental de la cotización de salud es el **precio base** del plan respectivo, el que se multiplica por la suma de factores etarios

del grupo familiar del afiliado, y luego se suman a este valor el precio de la GES por cada beneficiario.

3.4. Facultad de las Isapres para adecuar los precios base de los planes

Luego de lo explicado precedentemente, cabe señalar que las instituciones de salud están facultadas por la ley para revisar anualmente los contratos de salud vigentes, pudiendo modificarlos conforme a las instrucciones contenidas en la normativa que las rige.

Por tanto, a partir de las modificaciones introducidas por la citada ley, las Isapres sólo pueden modificar los precios base de los planes, y **a condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan**, según lo dispone el artículo 197 del D.F.L. N° 1, de 2005, de Salud. Asimismo, la variación para cada anualidad debe comunicarse por adelantado, con tres meses de anticipación al vencimiento de la anualidad contractual, al igual que los cambios de tramo etarios. De tal modo, una Isapre podrá comunicar, respecto de una anualidad determinada, una adecuación contractual, una variación etaria, o ambas.

3.5. Reglas para calcular la adecuación de los precios base

Según lo dispuesto en el artículo 198 del D.F.L. N° 1 de 2005 de Salud, antes del 31 de marzo de cada año, las instituciones de salud deben comunicar a la Superintendencia de Salud los precios base de todos los contratos de salud vigentes a enero del mismo año, indicando la variación de precio que experimentará cada plan cuya anualidad se encuentre entre julio de ese año y junio del año siguiente. A su vez, dicha variación del valor base de los planes no podrá ser superior a 1,3 veces el promedio ponderado de las variaciones porcentuales de los precios base informados por las Isapres, ni inferior a 0,7 veces dicho promedio.

En otras palabras, se establece una **banda de precios** entre los que la Isapre debe adecuar todos sus planes de salud, pudiendo optar por no aumentar sólo los valores de aquellos planes en donde el límite inferior de la variación sea inferior al 2% de dicha banda. A su vez, está prohibido que las instituciones de salud ofrezcan rebajas o disminuciones a los afiliados respecto del precio base informado a la Superintendencia, puesto que el espíritu de la ley busca mantener el mismo precio

base del plan a todos los afiliados al mismo, evitando cualquier forma de discriminación.

Lo anterior significa que la Isapre puede decidir la adecuación para cada uno de sus planes de salud, pero luego debe ponderar todas esas alzas según el porcentaje de beneficiarios que cada plan represente en su cartera total de beneficiarios, extrayendo un promedio ponderado de variaciones. Luego, debe multiplicar ese promedio por 1,3 veces y por 0,7 veces, lo que dará el máximo y el mínimo de la citada banda de precios. Finalmente, deberá corregir todas las alzas originalmente previstas que superen los límites de la banda. Este proceso garantiza que no se consideren los planes aisladamente y todos contribuyen a morigerar las alzas más elevadas y a aumentar las alzas más bajas, evitando, por una parte, discriminar a algunos cotizantes, y por otra, privilegiar a ciertos afiliados.

Así, una vez que están hechos estos cálculos, la Isapre informa a la Superintendencia de Salud su promedio ponderado de variaciones, con su respectiva banda de precios, y la adecuación que experimentará cada uno de los planes de salud para el período entre junio de un año y julio del siguiente.

3.6. Rol de la tabla de factores en el sistema privado

Como ya se ha señalado, para determinar el precio que el afiliado debe pagar a su Isapre por el plan de salud contratado, la Institución deberá aplicar a los precios base el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la tabla a la que hace referencia el artículo 38 ter. Al efecto, la estructura de dichas tablas es fijada por la Superintendencia de Salud, mediante instrucciones de general aplicación, en conformidad a los rangos consagrados en la mencionada disposición.

Ya que los planes de salud son, en definitiva, contratos de seguros frente a determinados riesgos, la prima dependerá del monto cubierto y de la probabilidad de incurrir en el riesgo asegurado. Luego, dicha situación **requiere contar con mecanismos de ajustes de precios que permitan hacer viable un sistema que no cuenta con subvenciones estatales y/o con mecanismos de ajustes de riesgos de salud.**

Por ende, ante la evidencia estadística de diferencias de gasto en salud por sexo y edad, la tabla de factores consagrada en nuestra legislación recoge dichas variables,

respondiendo a una lógica sanitaria de base objetiva, cuyos elementos configuradores resultan, en consecuencia, razonables.

3.7. Distinción entre la aplicación de la tabla de factores, el artículo 38 ter y el artículo transitorio segundo de la Ley N° 18.933

A la luz de lo dispuesto por el artículo 38 ter, resulta necesario destacar que dicha norma no cuantifica la variación del factor entre cada grupo, sino que sienta las bases para la determinación de cada tramo etario, tramo sobre el cual se aplicará un factor, conforme al riesgo asociado a aquél.

El precepto que establece la relación máxima a que alude el numeral 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, es el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, el que indica que para el primer decenio contado desde la vigencia de dicha ley, era de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y de hasta 14 veces, en el caso de los hombres.

Pues bien, este precepto de la ley N° 20.015 es el que permite la relación máxima, y no el artículo 38 ter, por ende la norma que eventualmente puede ser inconstitucional para aquellas prestaciones superiores a las básicas uniformes otorgadas en virtud del Plan Auge y las acciones de salud públicas impulsadas por el Estado, es el referido artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015.

CAPÍTULO V.

ASPECTOS DOCTRINARIOS Y JURISPRUDENCIALES RELATIVOS A LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 93 N° 7 DE LA CONSTITUCIÓN

1. Exigencias doctrinarias para una declaración de inconstitucionalidad

La declaración de inconstitucionalidad es, de cierta manera, la ultima ratio para lograr restablecer la armonía constitucional, el ejercicio de una competencia extraordinaria implicando el ejercicio de una atribución de grandes consecuencias jurídicas y políticas, pues el Tribunal Constitucional, resguardando la supremacía

constitucional, impone su decisión a lo resuelto por los poderes colegisladores, también en el ejercicio de sus potestades constitucionales.

Este Presidente de la República valora este perfeccionamiento de nuestro Estado de Derecho y confía que un prudente ejercicio de esta atribución fortalecerá aún más su existencia.

En conocimiento que el ejercicio de esta atribución demanda un análisis abstracto del precepto legal declarado previamente inaplicable para un caso concreto, el Tribunal Constitucional debe considerar igualmente otras variables, esto es, si la norma admite una interpretación que subsane la eventual inconstitucionalidad; si la misma es en todos los supuestos inconstitucional, como también si los efectos de una eventual sentencia de inconstitucionalidad generarán resultados más positivos o más nocivos para el sistema constitucional que debe resguardar.

En esta materia, la doctrina alemana sostiene que el Tribunal Constitucional debe abstenerse de declarar inconstitucional una norma si:

a) Evita la creación de un vacío normativo sobre una determinada materia en caso de declarar la nulidad;

b) Impide que la sentencia pueda incidir en la libertad de configuración normativa (*Gestaltungsfreiheit*) que corresponde al legislador;

c) La declaración de nulidad no es necesaria cuando se trata de corregir una omisión parcial del legislador;

d) Existe una imposibilidad técnica de la Ley, esto es, cuando la declaración de nulidad de la ley no alcanza a cubrir la finalidad perseguida por la sentencia, y, si

e) La declaración de nulidad no puede eliminar el perjuicio que justamente se trata de evitar.³⁸

De la enumeración anterior resulta claro que el ejercicio de esta atribución constitucional demanda del Excmo. Tribunal una mirada holística del sistema jurídico, pues la declaración de inconstitucionalidad puede generar situaciones negativas y contraproducentes, para el propio sistema constitucional, que una autoridad de este nivel no puede soslayar.

³⁸ Cfr. Raúl Bocanegra Sierra, *El valor de las Sentencias del Tribunal Constitucional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Editorial Taravilla, Madrid 1982, pag.238, citando a Christoph Moench, *Verfassungswidriges Gesetz und Normenkontrolle*, p. 37 y ss.

En esta materia la seguridad jurídica es un valor superior que debe orientar la labor jurisdiccional, cobrando una mayor preeminencia frente a la justicia en el caso particular. Ello, pues la protección de los derechos fundamentales puede lograrse en paralelo, mediante la acción de inaplicabilidad del art. 93 N° 6 de la Constitución.³⁹

2. La jurisprudencia del propio del Tribunal Constitucional en el caso de la declaración de inconstitucionalidad

En la misma línea de la doctrina enunciada, el Tribunal Constitucional ha sentado diversas exigencias para los efectos de concurrir a la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal.

2.1. La inconstitucionalidad supone una comparación abstracta entre dos normas de distinto rango, sin referencia a una situación singular

Esta Magistratura ha afirmado que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en sentencia previa no constituye un deber para el Tribunal Constitucional, sino que únicamente una facultad, *“que se ejercerá en la medida que ninguna interpretación del precepto impugnado permita su ajuste con la Carta Fundamental”*⁴⁰.

En efecto, la Magistratura Constitucional ha dicho que *“no existe una relación causal entre ambos juicios –de inaplicabilidad e inconstitucionalidad–, en términos que la inaplicación de un precepto provoque necesariamente su inconstitucionalidad. Perfectamente una disposición declarada inaplicable puede ser constitucional en abstracto y resultar aplicable en otros casos”*.⁴¹

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha indicado:

*“Que el juicio de inconstitucionalidad expresa una comparación abstracta de dos normas de distinto rango, para constatar su manifiesta incompatibilidad. La ilegitimidad constitucional del precepto legal **emana de su propio enunciado, sin***

³⁹ Igualmente en Alemania, se considera que como regla general se ha optado por privilegiar la seguridad jurídica antes que la justicia en el caso concreto. Cfr. Josef Isensee y Paul Kirchhof (editores), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, C.F. Müller Juristische Verlag, Tomo II, Vierter Teil, Randnummer 103.

⁴⁰ STC Rol 558 (590) /17.

⁴¹ Idem.

referencia a una situación singular. La sentencia estimatoria de inconstitucionalidad, que excluye el precepto del ordenamiento jurídico, produce efectos generales...

*De lo expuesto se sigue que no existe una relación causal entre ambos juicios –de inaplicabilidad e inconstitucionalidad-, en términos que la inaplicación de un precepto provoque necesariamente su inconstitucionalidad. Perfectamente una disposición declarada inaplicable puede ser constitucional en abstracto y resultar aplicable en otros casos”.*⁴²

2.2. Imposibilidad de armonizar el precepto legal impugnado con la Constitución Política

Esta exigencia deriva como consecuencia de la deferencia del Tribunal hacia la labor que desarrolla el legislador, por lo que la Magistratura Constitucional se ve obligada –en su función del control de constitucionalidad de la ley- “a buscar, al menos, alguna interpretación o aplicación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental y sólo en el evento que ello no sea posible (...) resultará procedente y necesaria la declaración de inconstitucionalidad”.⁴³

Lo mismo ha sido dicho de modo más categórico aún por seis ministros del Tribunal, quienes han afirmado que en el pronunciamiento de inconstitucionalidad lo que dicha Magistratura debe determinar es si el precepto legal mencionado pugna, “bajo toda forma de **interpretación posible**”⁴⁴ con la Carta Fundamental, esto es, demanda una “**manifiesta incompatibilidad**” con la norma suprema.⁴⁵

2.3. La decisión de declarar la inconstitucionalidad del precepto de que se trata no debe acarrear efectos aún más nocivos que los que produce la supervivencia del precepto cuestionado

Por otra parte, esta Magistratura ha expresado que la acción de inconstitucionalidad exige la calificación de supuestos que comprometan el interés público, -como lo constata la historia fidedigna del proyecto de reforma constitucional y la jurisprudencia del Tribunal- atendidos los efectos generales y derogatorios que se producen con la declaración de inconstitucionalidad.

⁴² STC Rol 558(590)/ 5. Asimismo, STC 1254/27

⁴³ STC Rol 1254/ 19

⁴⁴ STC Rol 1254/29.

⁴⁵ STC Rol 558(590)/5. Asimismo, STC Rol 1254/27

Así, tratándose de la declaración de inconstitucionalidad, el Excmo. Tribunal Constitucional ha afirmado que el intérprete constitucional “no debe desatender los efectos reales que sus decisiones pueden tener para el funcionamiento pleno de las instituciones que gobiernan el Estado de Derecho”.⁴⁶ Lo anterior, para efectos de ponderar “si una eventual declaración de inconstitucionalidad del precepto legal impugnado en estos autos podrá acarrear efectos aún más nocivos que aquellos que importa la supervivencia”.⁴⁷

En la sentencia rol N° 558 (590) SS. Excma., ante la solicitud de algunos parlamentarios de declarar la inconstitucionalidad del inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal, rechazó la solicitud principalmente por dos argumentos.

El primero de ellos se refería al estándar más alto exigido para poder declarar una norma como inconstitucional, en comparación con el estándar más bajo, exigido para declarar la inaplicabilidad de esa misma norma, para un caso concreto, señalando en ese sentido que si existe al menos una interpretación de la norma impugnada, que sea acorde con la Constitución, la norma no puede ser declarada inconstitucional bajo ninguna circunstancia. El segundo argumento esgrimido en dicha oportunidad hace referencia a los efectos que podría producir la declaración de inconstitucionalidad en el ordenamiento jurídico. Se indicó que la finalidad de la labor de US. Excma., y en especial en el caso de la facultad del artículo 93 N° 7, es dar mayor plenitud y certeza al ordenamiento constitucional, no siendo la eliminación de una norma del ordenamiento jurídico, so pretexto de inconstitucionalidad, **un fin en sí mismo, sino que un medio para lograr esta mayor plenitud.**

En ese sentido los considerandos 21 y siguientes de la sentencia rol N° 1254, son claros en destacar la importante función del Tribunal Constitucional en conservar el orden constitucional y maximizar su vigencia. **Lo anterior no se logra si a consecuencia de la eliminación de una norma se producen efectos que finalmente son igual o mayormente nocivos.** Este criterio es señalado en el considerando 19 del fallo en cuestión, al indicar que:

“Dicha finalidad [de restablecer el orden constitucional en plenitud] no se logra si la expulsión del precepto legal puede acarrear efectos aún más nocivos que los que produce su pervivencia. Una decisión de tal envergadura requiere, pues, la ponderación

⁴⁶ STC Rol 558 (590) /23

⁴⁷ STC Rol 1173/6

*de su conveniencia para el orden constitucional que esta Magistratura debe cautelar. El criterio adecuado para calificarlo es la determinación de las consecuencias de la desaparición del precepto legal. Si deviene una situación más perjudicial o negativa que la preexistente a su anulación, no resulta conveniente para el interés público y la plena vigencia del Estado de Derecho la derogación de la norma.”*⁴⁸

El criterio antes expuesto fue reafirmado en la Sentencia Rol N° 1173, que en el considerando 4° señala:

*“Que a lo anterior se une una delicada apreciación acerca de si una decisión de tal envergadura puede acarrear efectos aún más nocivos que los que produce su supervivencia, tal y como fuera también destacado en sentencias roles N°s 558 y 590 (acumulados), de 5 de junio de 2007 (considerando 19°).”*⁴⁹

Si bien no lo señala expresamente el fallo rol 1254, el considerando 21 se hace cargo en forma indirecta del mismo problema al reconocer que la declaración de inconstitucionalidad: *“puede eventualmente conllevar un cierto grado de inseguridad jurídica”*.

Cabe destacar que los fallos antes citados son los tres últimos que resuelven sobre el fondo de una declaración de inconstitucionalidad. Es importante señalar que según la jurisprudencia antes citada, se debe atender no sólo a los efectos abstractos o jurídicos de la declaración de inconstitucionalidad, **sino que también a los efectos reales de tal decisión al considerar si se producen eventualmente efectos más nocivos o no con la declaración de inconstitucionalidad**. Además, dado que no es posible determinar con certeza lo que podría ocurrir a futuro, se debe trabajar con grados de probabilidad, y así lo establecen los fallos al señalar que se debe considerar si “puede acarrear efectos más nocivos” y no debe desatender los “efectos que pueden acarrear” las decisiones que adopte.

⁴⁸ Esta idea fue reforzada en el considerando 23, al señalar: *“Que el intérprete constitucional –guiado, como está, por el propósito de asegurar la primacía efectiva de la Carta Política- no debe desatender los efectos reales que sus decisiones pueden tener para el funcionamiento pleno de las instituciones que gobiernan el Estado de Derecho.*

En este contexto, la derogación del precepto legal puede (...) arriesgar la vigencia efectiva del mandato explícito contenido en el artículo 61, inciso segundo, de la Constitución (...).” Finalmente, el fallo en comento, el Tribunal Constitucional hizo presente en el considerando 25 la conveniencia de modificar el artículo impugnado para regular de mejor forma el desafuero de parlamentarios en delitos de acción privada”.

⁴⁹ Así también en el Considerando 23.

A mayor abundamiento, el voto de minoría de los ministros señores Colombo, Vodanovic, Navarro y Fernández Fredes en la sentencia rol N° 1173-08, sobre la inconstitucionalidad del artículo 474 del Código del Trabajo, se hace cargo de este asunto, señalando en su considerando noveno:

“Que en cuanto el precepto impugnado ha sido modificado por la Ley 20.087 (...) la pervivencia de la norma resulta menos gravosa que su expulsión del sistema normativo...”

Más explícito aún es el Ministro Señor Enrique Navarro, en su prevención, cuando sostiene en el considerando séptimo, luego de exponer por qué la norma es inconstitucional y señalar que esta declaración es de *última ratio*, que igualmente se resguarda de manera suficiente la supremacía constitucional con la derogación de la norma por parte del legislador, aún cuando esa derogación no tenga una vigencia inmediata. Es decir, incluso una norma que se considera inconstitucional en abstracto, puede permanecer vigente si luego de una ponderación entre fines y medios, su pervivencia resulta menos gravosa para el ordenamiento constitucional en su conjunto.

2.4. Afectación del contenido esencial de los derechos afectados como requisito necesario para poder declarar la inconstitucionalidad de un precepto

El Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad de un precepto contrario a la Constitución, única y exclusivamente en el entendido que no resulta posible -bajo ningún respecto o modalidad- el ejercicio legítimo de alguno de los derechos supuestamente afectados en su contenido esencial o cuando se ha infringido, de modo notorio, grave y evidente, disposiciones básicas de la Carta Fundamental que no necesariamente constituyen el reconocimiento de derechos fundamentales.

Así, en el Rol 681, esta Magistratura resolvió declarar inconstitucional el artículo 116 del Código Tributario por estimar que este precepto legal infringía varias normas fundamentales de la Constitución Política, entre ellos *“el más cardinal de los principios del derecho público chileno”*⁵⁰, esto es, el artículo 7°, en sus incisos primero y segundo, además de la vulneración *“en su esencia”*⁵¹ del artículo 19 N° 3, inciso tercero, que reconoce el principio del Juez natural.

⁵⁰ STC Rol 681/24°.

⁵¹ Ibid, considerando 25°.

En el mismo orden de ideas, en el Rol 1345-2009, el sentenciador procedió de oficio a declarar inconstitucional el artículo 171 del Código Sanitario, por considerar que la vigencia de dicho precepto legal vulneraba severamente el contenido esencial del derecho de acceso a la justicia.⁵²

Más aún, para calibrar la gravedad de la vulneración señalada, el Tribunal afirmó que “[l]a vigencia misma de un Estado de Derecho se haría francamente dificultosa si no se partiera de este supuesto y los actos de la Administración no tuvieran valor hasta tanto no fueran impugnados y validados en sede judicial o por la vía de otros mecanismos de control.”⁵³

Cabe extender lo dicho anteriormente respecto de la sentencia pronunciada en el Rol 1254-2008, en cuya virtud esta Magistratura estimó inconstitucional la expresión “gratuitamente”, contenida en el inciso primero del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, como quiera que tal norma legal constituía una carga injusta que afectaba en su esencia la libertad de trabajo reconocida por el artículo 19 N° 16 de la Constitución Política.⁵⁴

Sin embargo, cuando no existe afectación al núcleo esencial, la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal no resulta procedente.

En ese sentido, la norma que imponga ciertas condiciones al ejercicio de un derecho (tales como el pago de un precio mayor de los planes de salud, en razón de la edad o el sexo), es perfectamente constitucional en tanto no afecte esencialmente un derecho garantizado por nuestro ordenamiento constitucional, lo cual como ha fallado SS. Excma. sólo ocurre cuando: *“un derecho es afectado en su “esencia” cuando se le priva de aquello que le es consubstancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se “impide el libre ejercicio” en aquellos casos en que el legislador la somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica.”*⁵⁵.

A contrario sensu, las condiciones que imponga la ley para el ejercicio de un derecho, en tanto no tengan el efecto señalado por SS. Excma. en la cita recién

⁵² STC Rol 1345/ 14° y ss.

⁵³ Ibid, considerando 14°.

⁵⁴ STC Rol 1254/79 y ss.

⁵⁵ STC Rol 43/21. De un modo similar, diversos otros fallos han contribuido a crear jurisprudencia que permite analizar cuándo la limitación de un derecho fundamental es inadmisibles. También Sentencias del Tribunal Constitucional Roles 226 (1995), 280 (1998), 513 (2007), 541 (2006), 546 (2006) y 792 (2008).

expuesta, son perfectamente válidas y por lo tanto, la norma que las establece no puede ser declarada inconstitucional, pues como también ha señalado SS. Excma. en otro fallo: *“(el hecho que se establezcan requisitos) para el ejercicio de un derecho consagrado en la Constitución Política, no constituye necesariamente y por sí mismo una causal de inconstitucionalidad de la norma que así lo haga.”*⁵⁶.

CAPÍTULO VI.

¿INFRINGE EL ARTÍCULO 38 TER EN ABSTRACTO LOS NUMERALES 2, 9 o 18 DEL ARTICULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN?

Corresponde analizar si el contenido normativo del art. 38 ter se contrapone *per se*, en un análisis meramente normativo y abstracto, con los numerales 2, 9 y 18 del artículo 19 de la Constitución.

No se trata en este caso de aplicar la norma a casos concretos, como en la inaplicabilidad, y determinar que sus efectos pueden ser inconstitucionales, sino que interpretar la norma legal y subsumirla a la Carta Constitucional, para eventualmente establecer más allá de toda duda y sin que exista una interpretación que armonice su texto, que contraviene la Ley Fundamental.

En esta materia, el Presidente de la República reitera su más amplio respeto a los fallos que el Tribunal Constitucional ha dictado en las inaplicabilidades que anteceden este procedimiento y, consecuentemente, no entrará en un análisis de ellos, salvo que sea indispensable para precisar los fundamentos de la declaración de inconstitucionalidad.

Hace presente, nuevamente que es el artículo segundo transitorio de la Ley 18.933 y no el artículo 38 ter el que establece la relación máxima para el primer decenio contado desde la vigencia de dicha ley. Ello, pues esta Magistratura, en la sentencia rol 976, considerando 61 señaló que “si bien está justificada en cuanto a su existencia en condiciones objetivas y generales de riesgo, **no lo está en lo relativo a su magnitud**”.

Igualmente, en la Sentencia Rol N° 1273, considerando Noveno, se indicó que: *“el precepto impugnado en este proceso constitucional de inaplicabilidad*

⁵⁶ STC Rol 200/3.

constituye una norma que entrega una potestad normativa a un órgano de la Administración -como es la Superintendencia de Salud- cuyo ejercicio repercutirá en la relación jurídica que, a través de un contrato de salud o previsional, vincula a una Isapre con sus afiliados o cotizantes;

En otras palabras, la amplitud o diferencia sustancial en los planes de salud derivada de la tabla de factores no deviene del art. 38 ter, que es una mera norma que entrega una potestad normativa a la Superintendencia de Salud, sino que del segundo transitorio de la Ley 18.933.

1. La igualdad ante la ley y el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933

Un tema central a dilucidar es si la duda de constitucionalidad relativa a una discriminación arbitraria que motiva este procedimiento, se sustenta en:

- los elementos que conforman la tabla de factores (sexo, condición de cotizante o carga y la edad);
- los rangos de edad establecidos por el mismo precepto o
- la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo.

La diferenciación por sexo y edad son variables normalmente utilizadas en el ámbito de los seguros de salud, pues son predictores comprobados estadísticamente para los efectos de ofrecer seguros de salud masivo, en los que las personas no debe someterse necesariamente a verificaciones personales sobre su estado de salud.

Por ello, considerar los factores de edad, sexo y de cotizantes y cargas no conlleva en sí mismo una discriminación arbitraria, toda vez que existe una abundante literatura científica que sustenta la utilización de estos factores de discriminación para fines de seguridad o el otorgamiento de beneficios. Valga como ejemplo tener presente, **que el sistema público de salud al hacer campañas públicas de salud como vacunación masivas u otras preventivas, utiliza efectivamente las variables de edad y sexo, cuando corresponden**, pues ello permite focalizar más adecuadamente los recursos públicos y lograr una mejor eficacia en las medidas de salud.

Por otra parte, cabe considerar detenidamente si los rangos de edad establecidos por el legislador conllevan una discriminación arbitraria que lesione el

derecho a un tratamiento igual ante la ley. Establecer un tramo de edad para menores de dos años; otros desde los dos años hasta menos de los ochenta años, con un mínimo de tres años y un máximo de cinco años, como otros rangos para mayores de ochenta años con el o los tramos que fije la Superintendencia respectiva, no conlleva una decisión legislativa arbitraria, carente de sustento racional y lógico. El agrupamiento de la población por tramos etarios para fines de salud es una práctica habitual, lógica y fundada y la poca amplitud de los mismos evita discriminaciones arbitrarias.

Por último, cabe analizar si la norma legal que posibilita que la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo, actualmente de nueve veces para las mujeres y 14 veces para los hombres, establecida en el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015 y no el artículo 38 ter, sea la que eventualmente podría ser inconstitucional. Cabe recordar, en este orden de ideas, que es la disposición transitoria segunda la que indica: *“La relación máxima a que alude el numeral 4 del inciso tercero del artículo 38 ter que se agrega a la ley N°18.933 será, para el primer decenio contado desde la vigencia de la presente ley, de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y de hasta 14 veces, en el caso de los hombres.”*

Consideramos al respecto, que una norma como el artículo 38 ter que delega en una Superintendencia determinar la relación máxima entre el factor más alto y más bajo de cada tabla, diferenciada por sexo, no conlleva en si una inconstitucionalidad. No obstante lo anterior, su aplicación podría infringir en algunos casos concretos la Constitución, si su fijación establece una relación máxima imprudente, desmesurada o carente de fundamento.

Ahora bien, y sentado lo anterior, cabe analizar la tesis sostenida en cuanto a que el respeto a la igualdad ha sido complementado con la protección de las denominadas igualdades esenciales, de donde se seguiría que resulta inconstitucional “tratar desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales”. En este sentido SS. Excma., ha señalado que implicaría una desigualdad esencial y por tanto una discriminación arbitraria, aplicar aumentos de precio *“en la medida que aumente la vulnerabilidad de las personas por el paso del tiempo y la condición orgánica de mujer.”*⁵⁷

⁵⁷ STC Rol 1273/73.

Considerando de alto interés doctrinario asociar la categoría de las “igualdades esenciales”, con el respeto a la dignidad humana, también reconocida por el artículo 1º, inciso primero, de la Carta Fundamental, hacemos presente a SS. Excma. que la ley ya se ha encargado que tanto el sistema público como el sistema privado, a través de las prestaciones básicas garantizadas, efectivamente faciliten un libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo a todas las personas, cumpliendo así con el mandato constitucional de garantizar prestaciones básicas uniformes a todas las personas, sea que dichas acciones se presten a través de instituciones públicas o privadas, respetando en consecuencia las igualdades esenciales ya referidas.

Por tanto, no se divisa de qué modo la dignidad humana podría verse afectada como consecuencia de suscribirse un plan de salud más barato u optar por el sistema público. Ello atendido que, como ha quedado en evidencia, las prestaciones básicas uniformes –consagración en este ámbito de una igualdad esencial- se encuentran efectivamente garantizadas tanto por el sistema público como por el privado. Lo contrario podría llevar a sostener que la dignidad humana se vería vulnerada por recibir las prestaciones básicas en el sistema público y que el Estado, consecuentemente debería garantizar el acceso a instituciones de salud privadas.

No obstante lo anterior, debo indicar que el sostener que bajo ningún criterio o fundamento es posible diferenciar por sexo y edad para los efectos de acceder a un libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo, es una afirmación que afectaría gravemente los planes de salud de la República, pues las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo, **mientras más focalizadas sean mejor serán sus resultados.** Ello implica necesariamente, dado que las mismas son masivas y no personalizadas, agrupar a las personas por tramos etarios (pues según las edades concurren con mayor frecuencia determinadas patologías), por sexo (si ello es un antecedente válido para una determinada enfermedad, como lo es el cáncer a la próstata o el cáncer cérvico uterino), y otras variables, incluso las geográficas.

Por otra parte, debo hacer presente al Excmo. Tribunal, que la diferenciación por sexo no es inhabitual en nuestro sistema y que un cambio radical de postura podría conllevar insospechadas consecuencias. Así, en materia prevención de salud,

hay campañas sanitarias enfocadas exclusivamente en las mujeres (prevención del cáncer al cuello del útero, etc.) y otras en los hombres (prevención de enfermedades coronarias, etc.); en materia previsional las mujeres se pensionan a los 60 años y los hombres a los 65 años, existiendo además un bono previsional que sólo favorece a las mujeres por cada hijo nacido vivo, etc.

De este modo, admitiendo que la diferenciación por edad y sexo pueda resultar en ciertas circunstancias y para determinados grupos etarios especialmente gravosa producto de la sustancial diversa valoración que se hagan de determinados rangos o tramos, los mismos no están considerados en el artículo 38 ter, sino que son determinados por la Superintendencia respectiva. Lo anterior permite concluir que no es el artículo 38 ter el que podría ser inconstitucional, sino que la aplicación que de él puede llevarse a cabo por las Isapres, dependiendo del factor aplicado al caso de que se trate.

Por tanto, la referida norma legal no consagra, en sí misma, disposición alguna de la cual pueda desprenderse que es el precepto legal el que admite en su contenido hipótesis de injusticia ni tampoco puede derivarse que tal norma contempla alguna manifestación que contradiga el principio conforme al cual la relación jurídica no debe perjudicar a la parte más débil. De hecho, no es el precepto legal impugnado en autos el que establece el aumento de precio basado en los factores, sino que ello ocurre en virtud del artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015.. Por el contrario, la regulación del artículo 38 ter hace posible, que la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto, sea recalculada, estrechándola, y así generando una mayor solidaridad entre hombres y mujeres y jóvenes y adultos.

El ejemplo anterior –del todo admisible según lo previsto en el artículo 38 ter– resulta perfectamente compatible con la Constitución Política como quiera que esta norma legal no “pugna, bajo toda forma de interpretación posible” con el ejercicio de los derechos fundamentales en juego, por lo que en la especie no se satisface uno de los requisitos esenciales para que esta Magistratura declare la inconstitucionalidad de la señalada normativa.

Por lo anterior, cabe señalar que el artículo 38 ter no puede ser de suyo inconstitucional, pues en el examen de inconstitucionalidad, la vulneración a las normas constitucionales invocadas debe estar contenida en el precepto legal cuya derogación se pide y no en los efectos que puedan derivarse de su aplicación, que es lo

que ha ocurrido en los acciones de inaplicabilidad acogidas por el Tribunal Constitucional.

2. El libre e igualitario acceso a las acciones de salud y el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933

Como ya se ha indicado, lo que el artículo 19 N° 9 señala es que el Estado garantiza el acceso libre e igualitario a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo, teniendo cada persona el derecho a elegir el sistema de salud al que dese acogerse.

Al respecto deseamos reiterar la relevancia de no incurrir en un error interpretativo del texto constitucional, que consagra que el Estado debe garantizar a todas las personas el acceso a las acciones de salud, materia que hoy hace con el acceso a las campañas masivas y a través del Plan Auge.

Al efecto, ya hicimos referencia a las prestaciones médicas y pecuniarias a las que tienen derecho los afiliados a Isapres y a FONASA. A su vez, resulta pertinente indicar que quienes opten por afiliarse a una Isapre, tienen derecho a recibir, sin efectuar un pago adicional por sobre la cotización legal del 7%, **un mínimo de prestaciones definidas en el inciso segundo del artículo 156 del D.F.L. N°1, de 2005, del Ministerio de Salud.**

A mayor abundamiento, luego de la dictación de la Ley N° 19.966, aplicable a ambos sistemas de salud, y tras la incorporación de un catálogo de patologías al sistema de Garantías Explícitas en Salud, puede afirmarse que **el mínimo de prestaciones aseguradas a cada ciudadano se ha visto reforzado de manera importante.**

En consecuencia, si se analiza el sistema de salud chileno en su conjunto, es posible concluir que existe una variada gama de atenciones garantizadas, cualquiera sea el sistema al cual una persona elija adscribir, dándose cumplimiento, conforme a la ley, al mandato del constituyente de asegurar el libre e igualitario acceso a las acciones de salud.

Al efecto, como claramente ha reconocido US. en su Sentencia Rol 1266-08, dicho **“acceso libre e igualitario no es lo mismo que un acceso ilimitado”** (considerando vigésimo cuarto), es decir, sobre la base a este derecho no es admisible requerir, ya

sea de FONASA o de una ISAPRE, cualquier tipo de prestación y menos aún a exigir que incluso las prestaciones que van más allá de las atenciones mínimas garantizadas, le sea dada a precios idénticos para todos los afiliados.

Por consiguiente, aún cuando una persona no esté en condiciones de solventar un aumento en el valor del plan contratado con una ISAPRE, ello no significa que ha quedado excluida del sistema de protección existente, asimismo, tampoco se ha visto mermado su derecho al acceso libre e igualitario a las acciones de salud. En efecto, **lo único que en concreto se limita al cambiar a un plan de menor costo, es la cobertura adicional originalmente escogida por el usuario, pero sigue cubierta con las prestaciones básicas uniformes.**

Llamamos la atención de SS. Excma. al hecho que sostener que las personas que objetivamente significan un riesgo mayor en cuanto a la salud no deban pagar en un sistema privado un mayor monto por ese mayor riesgo, esto es, por todo aquello que no cubre el Plan Auge, es irrumpir en un tema que excede la seguridad social y se ubica en un ámbito contractual propio de cada cual.

2.1. El derecho a la libre elección del sistema de salud

El inciso final del N° 9 del artículo 19 de la Constitución, establece el derecho de cada persona a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado. Al respecto, en los hechos, este derecho no podrá ser ejercido por todas las personas que requieran atención, por cuanto la contratación de determinadas prestaciones de salud generalmente implica un desembolso mayor de dinero, el que no todos podrán cubrir.

Dicha consideración fáctica fue tenida a la vista durante la discusión de la Comisión Constituyente. En efecto, Enrique Evans sostuvo que *“no puede haber una libertad irrestricta en esta materia. La Constitución no puede asegurar una libertad tan amplia. Debe asegurar el derecho, pero tiene que someter al beneficiario del mismo a una restricción elemental: debe ceñirse a las prescripciones que en esta materia haya impuesto la ley para cada uno de los distintos sectores”* (sesión 192°).

En el mismo sentido se ha pronunciado el profesor y Ministro del Excmo. Tribunal don José Luis Cea, quien concluye que *“Imperativo resulta insistir, sin embargo, en que el derecho a elegir es relativo o parcial pues, al tenor de lo recién explicado, sólo se hallan en situación de ejercerlo quienes están en condiciones, por*

solvencia o capacidad económica, de escoger entre uno y otro sistema, dependiendo de donde hayan efectuado y mantengan al día las cotizaciones respectivas”⁵⁸.

Consecuentemente, si bien nuestra Carta Fundamental asegura el derecho de cada persona a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado, dicha libertad no presupone el derecho a permanecer en un plan de salud que supere las prestaciones básicas uniformes sin asumir el mayor costo asociado a él. En efecto, el derecho a elegir entre uno y otro sistema no puede estimarse un derecho absoluto, disociado de las circunstancias que permitieron inicialmente ejercer dicha opción.

Asimismo, resulta pertinente tener presente que la facultad de elegir un plan de salud difiere de manera importante de la facultad de mantenerse en él, independientemente del riesgo asociado al contratante, cuestión que tiene importantes consecuencias prácticas sobre un sistema que debe autofinanciarse y cuya solvencia depende de la siniestralidad de sus afiliados.

De sostenerse esta tesis, igual predicamento podrían invocar quienes pertenecen al sistema FONASA y detentan ingresos suficientes que se negaren a cumplir con el pago de sus cotizaciones obligatorias.

Finalmente hacemos presente que, por otra parte, este Excmo. Tribunal ha entendido la libertad de elección como un derecho a que *“durante la vigencia del contrato pertinente, el afiliado no sufra cambios unilateralmente decididos en las estipulaciones pactadas, al punto que impidan al cotizante perseverar en él, darle término, optar por otra Isapre o trasladarse de sistema”*.⁵⁹

3. El derecho a la seguridad social y el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933

Como toda obra del legislador, podrá cuestionarse su mérito o su calidad técnica, es decir la mayor o menor eficacia del artículo 38 ter, pero ello no puede convertirse en un juicio de constitucionalidad, pues en modo alguno afecta el derecho a la seguridad social consagrado por el N° 18 de la Carta Fundamental. En dicho precepto,

⁵⁸ Cfr. José Luis Cea Egaña: *Derecho Constitucional Chileno*, Ediciones Universidad Católica de Chile, 1° edición, Santiago, 2004, Tomo II, p. 311.

⁵⁹ STC Rol 1218/58.

se reconoce expresamente la potestad del legislador de regular ampliamente esta garantía, exigiendo sólo que las acciones del Estado, estén dirigidas a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas.

Como pudimos comprobar, la definición de prestaciones básicas uniformes, está dada por la existencia de una cobertura mínima, de general aplicación, que no obsta el establecimiento de prestaciones sobre ese mínimo, que puedan diferir según las circunstancias de cada cual.

Precisamente la norma, no regula ese mínimo básico y uniforme que todo sistema de seguridad social debe garantizar, sino que alude a aquellas prestaciones que se ofrecen sobre ese mínimo, de general aplicación, garantizado, sobre el cual, se establece una modalidad de seguro que configura el sistema de salud administrado por las Isapres, cuyo precio aumenta, en la medida que su cobertura es mayor, disponiéndose en el artículo en cuestión, sólo la forma en que la Isapre puede fijar sus precios, lo que representa un elevado rango de intervención regulatoria estatal, que como vimos se encuentra también autorizado por la propia garantía constitucional que aquí analizamos, como expresión de la potestad estatal de supervigilar el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social.

No puede haber en ese ejercicio, una contradicción con el texto constitucional, desde el momento que la propia normativa legal en que se inserta la norma cuestionada, asegura al afiliado a la Isapre, la posibilidad de optar por un plan alternativo de menor costo o, en su defecto, emigrar al seguro estatal, administrado por Fonasa. De esta manera, el legislador cumple con su deber de resguardar las prestaciones básicas y uniformes de seguridad social. Que el método empleado por el legislador sea o no el adecuado, claramente es una cuestión de mérito, ajena completamente al juicio de inconstitucionalidad incoado por este Tribunal Constitucional.

De lo expuesto, resulta de toda evidencia que desde el punto de vista de la garantía de la seguridad social, reconocida en el N° 18 del artículo 19 de la Constitución, es posible sostener que no hay en la regulación efectuada por el legislador en el artículo 38 ter de la ley N° 18.933, nada que pueda representar una colisión con dicha garantía. Por el contrario, **representa el ejercicio de la libertad otorgada por el constituyente al legislador, para configurar dicha garantía,** sin

que la regulación de los precios que las Isapres puedan cobrar a sus afiliados y los factores previstos por la norma para concretarlos, representen la definición de prestaciones mínimas y uniformes que se cubren hoy principalmente por el Plan Auge. **Por el contrario, se está en presencia de una regulación de precios, que va más allá de esas prestaciones mínimas y uniformes que el estado debe garantizar y que dicha regulación no la afecta, por el contrario, garantiza.**

CAPÍTULO VII.

OBSERVACIONES RELATIVAS A POR QUÉ NO PROCEDE UNA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 38 TER

Sin perjuicio de lo que resuelva en definitiva esta Magistratura, debo hacer presente a US. Excma. las siguientes observaciones que solicito tener presente ante de resolver sobre la eventual declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter.

1. La eventual afectación de los numerales 2, 9 y 18 del artículo 19 de la Constitución, se limita únicamente a cierto grupo de personas, esto es, a los mayores de edad

Las inaplicabilidades decretas por SS. en las sentencias roles N°s 976, 1218, 1287 y 1273 se sustentan en una aplicación concreta de las consecuencias de dicha norma, en la especie, las tablas de cálculo determinadas por la ley en cuanto a los factores de riesgo por edad y sexo, **tablas que no se encuentran consignadas en el artículo 38 ter.**

Ello no implica, sin embargo, que el precepto ley objeto de este procedimiento sea inconstitucional per se, esto es, sin mediar aplicación alguna. Mucho menos constituye una vulneración en abstracto de la esencia de los derechos mencionados. En efecto, diferenciar por sexo y edad podría ser, por el contrario, una discriminación positiva, como la que se considera para los efectos de distribuir viviendas sociales.

Hacemos presente a SS. que la discriminación por edad y sexo en materias como la que se discute conlleva en la mayoría de los casos una situación plenamente validada y racional, mientras las mismas se sustenten en valores socialmente aceptados. Por lo demás, existiendo este sustento de legitimación social, **es el**

legislador y no la judicatura la que debe trazar los cambios a la regulación de los derechos sociales.

En el caso analizado, el constituyente demanda que el Estado garantice a todas las personas prestaciones básicas uniformes en materia de seguridad social, siendo la ley la que regula el ejercicio de este derecho. Pues bien, el legislador ha cumplido su deber de proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo, estableciendo además prestaciones básicas uniformes mediante el Plan Auge desarrollado por la Ley N° 19.996, al incorporar un catálogo de patologías al sistema de garantías explícitas de salud, asegurándose a los habitantes su atención.

Ello constituye, de esta manera, la forma como se cumple el mandato constitucional en materia de seguridad social y de salud, sin discriminación alguna que pueda objetarse, dejando a la capacidad de cada cual obtener otros beneficios que excedan dicho mínimo. Obviamente, por sobre las prestaciones básicas no hay inconveniente que las instituciones puedan ofrecer condiciones más favorables, regidas por los riesgos propios que ello conlleva.

2. El Artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 representa el ejercicio de la potestad configuradora del legislador

El artículo 38 ter sólo se limita a sentar las bases para regular la forma en que las Isapres podrán modificar los precios de los planes de salud, para lo cual el constituyente ha dotado al legislador con libertad, como hemos anotado precedentemente.

El precepto en cuestión le ordena a la Superintendencia fijar, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar. Precisa la norma en cuestión, que cada rango de edad que fije la Superintendencia en dichas instrucciones, se sujetará a las reglas que se especifican en la misma norma.

No hay en tales reglas, nada que se aparte del amplio espacio, que al menos en el artículo 19 N° 18, la propia Constitución le reconoce al legislador, a la hora de regular una materia de seguridad social, salvo que quizás, la misma al establecerse en términos muy amplios, podría conllevar en la práctica una falta de deber legislativo de resguardar adecuadamente la seguridad jurídica.

En el sentido antes expuesto, es pertinente citar al propio Tribunal Constitucional en relación con el ámbito que le corresponde respecto de la configuración y regulación de una garantía constitucional, al efecto SS. Excma. ha sostenido lo siguiente:

*“TRIGESIMOQUINTO: Que, en este sentido, es necesario reiterar que el Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar por que la ley, o más bien –en esta sede- su aplicación a un caso concreto, efectivamente, no vulnere los límites constitucionales, lo que significa, a la vez, la garantía de cierta esfera de autonomía del legislador –como depositario de la voluntad democrática-, que comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de política, conveniencia y oportunidad que lo llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa orgánica. De este modo, como se ha consignado por esta Jurisdicción Constitucional, sólo cuando el Congreso Nacional excede su ámbito de atribuciones, infringiendo los márgenes contemplados en el texto, principios o valores esenciales de la Carta Fundamental, o violente el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad –de forma o fondo- en que éste haya incurrido (Vid, entre otros, Rol N° 664/2006, consid. 22º). Como consecuencia de lo anterior, esta Magistratura ha afirmado que “el Tribunal Constitucional no legisla ni administra, **ni entra a calificar la bondad de las disposiciones legales o administrativas sometidas a su control.** Sólo debe resolver si dichos actos se ajustan o no a los preceptos constitucionales. De una parte, debe velar por que la ley (...) no vulnere los límites constitucionales y, de otra, no puede inmiscuirse en la esencia del ejercicio de la función pública que le corresponde al Congreso Nacional”. (Rol N° 591/2006, considerando 9º, el destacado es nuestro).*

Ha agregado, adicionalmente SS. Excma. que: *“En el caso del legislador, tal esfera de autonomía comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito y oportunidad que llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa. Sólo cuando el Parlamento exceda su ámbito de competencia, infringiendo los márgenes contemplados en la Constitución, o violente el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional*

puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que éste haya incurrido" (Idem. En el mismo sentido vid., entre otros, Roles N^{os} 231, consid. 7^o; 242, consid. 3^o; 465, consid. 23^o; 473, consid. 11^o; 541, consid. 15^o, y, recientemente, 786).

En suma, como lo ha señalado SS. Excma., "la Carta Fundamental establece órganos legislativos, administrativos y jurisdiccionales, **y cuando estos últimos controlan la constitucionalidad de los actos de los primeros no pueden invadir su campo propio, por lo tanto, les está vedado entrar a calificar el mérito, oportunidad o conveniencia de las normas impugnadas.**" (Rol N^o 535/2006, consid. 11^o, el destacado es nuestro, y en el mismo sentido Rol N^o 517/2006, consid. 12^o);

Como corolario sobre este punto, vale la pena citar el siguiente considerando de SS. Excma.: "TRIGESIMOSEXTO: Que dicho principio constituye una regla básica adoptada explícitamente por los más importantes Tribunales Constitucionales de Europa. Así, por ejemplo, el Consejo Constitucional Francés ha declarado su incompetencia para emitir pronunciamientos sobre cuestiones de mérito, consignando que "la Constitución no le confiere al Consejo Constitucional un poder general para juzgar y decidir idéntico a aquél del Parlamento. Sólo le entrega competencia para decidir si una ley sometida a su control es consistente o no con la Constitución"; concluyendo el Tribunal galo –en el ámbito de una modificación a la ley penal- que "dentro de los márgenes de su misión, no le cabe al Consejo Constitucional reemplazar el juicio del Parlamento por el propio con respecto a la necesidad de las penas impuestas a los delitos". (Vid. David Dokhan, *Les limites du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs*, 2001, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, especialmente páginas 450 y siguientes). El Tribunal Constitucional español, por su parte, ha precisado que: "La Constitución, como marco normativo, suele dejar al legislador márgenes más o menos amplios dentro de los cuales aquél puede convertir en ley sus preferencias ideológicas, sus opciones políticas y sus juicios de oportunidad". Explicando dicho espacio de libertad legislativa, el Tribunal hispano ha añadido que: "El legislador es libre, dentro de los límites que la Constitución establece, para elegir la regulación de tal o cual derecho o institución jurídica que considere más adecuada a sus preferencias políticas. Quien no puede dejarse llevar a este terreno es el Tribunal Constitucional". Como ha indicado la doctrina hispana, "el juicio del Tribunal se ha de circunscribir así a determinar la conformidad con la Constitución de la Ley impugnada. No es, por tanto, un juicio de valor acerca de si la regulación adoptada es o no la más oportuna, porque éste es el

campo de actuación en que han de moverse las distintas opciones políticas dentro del marco de la Constitución” (Francisco Fernández Segado, El sistema constitucional español, 1992, p. 1085). En el mismo sentido, en Alemania, se ha precisado que “mientras no se oponga a mandatos o prohibiciones constitucionales, el parlamento es libre en el empleo de sus facultades legislativas de configuración, en la determinación de prioridades y en el recurso a medios presupuestarios; igualmente libre es el Gobierno en su política interior y exterior o la Jurisdicción a la hora de interpretar y aplicar el derecho ordinario. El Bundesverfassungsgericht no es competente para examinar si cualquiera de tales órganos ha observado adecuadamente sus responsabilidades o ha dado con la fórmula de solución más justa” (Helmut Simon, La Jurisdicción Constitucional, en Manual de Derecho Constitucional, varios autores, 1996, p. 851). De este modo, como lo ha consignado el Tribunal Constitucional alemán, el legislador goza de un espacio de reglamentación, valoración y examen propio que, en principio, no puede ser revisado por los tribunales (Sentencia de la Segunda Sala, 29 de octubre de 1987, Tomo 77, página 170 II, en “50 años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán”, Jürgen Schwabe, 2003, p. 92). Por último, en el caso de Italia, el principio de la autonomía legislativa ha sido reconocido expresamente por la normativa que reglamenta las funciones del Tribunal Constitucional, particularmente el artículo 28 de la Ley 87, del 11 de marzo de 1953, que veda a dicho órgano de control constitucional “cualquier valoración de naturaleza política y cualquier control sobre el uso del poder discrecional del Parlamento”⁶⁰

La extensión de la cita contenida en el párrafo anterior, se justifica porque en ella este Excmo. Tribunal se hace cargo de la doctrina sostenida por él mismo en fallos anteriores, y señala que esta doctrina es plenamente coincidente con el ámbito que han delimitado los tribunales constitucionales extranjeros para el control de constitucionalidad. Además, es pertinente señalar que este fallo se refirió al ámbito que le corresponde al legislador y al Tribunal Constitucional en relación con la libertad personal, garantía tratada con bastante más detalle por la propia Constitución, adoptando mayores definiciones y reservando al legislador ámbitos importantes, pero menores que los que entrega el constituyente al legislador, en el

⁶⁰ STC Rol 1065/35 y 36.

caso de la seguridad social, por las razones de texto y conceptuales que ya se indicaron.

En el caso del proyecto de ley que dio origen al artículo 38 ter, es necesario agregar el grado de consenso que se alcanzó, el interés por buscar la mejor solución para el problema presentado, y el carácter altamente técnico y también político de la materia que regula⁶¹.

3. Una declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter generaría una situación que se aleja aún más del ideal constitucional planteado por el Tribunal Constitucional.

S.S. Excma. ha considerado dentro de los criterios para declarar la inconstitucionalidad de una norma, los efectos que dicha declaración podría producir, considerando que siendo su ejercicio una facultad del Tribunal Constitucional, S.S. Excma. debe velar por que los efectos resultantes no afecten la seguridad jurídica, ni generen una situación que se aleje más de los ideales constitucionales.

3.1. Efectos de una declaración de inconstitucionalidad del 38 ter en los planes de salud futuros

En caso que la norma impugnada fuese declarada inconstitucional, son varios los eventuales efectos que ello acarrearía, tanto desde el punto de vista práctico como jurídico, no siendo ninguno de ellos, deseables desde la perspectiva de la protección de las garantías constitucionales.

a) Efectos probables en la situación de los usuarios del sistema de una declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter.:

a.1) Una declaración de inconstitucionalidad retrotraería la situación a la existente con anterioridad a la introducción de esta norma limitadora: De declararse inconstitucional el precepto, se volvería gradualmente a una situación jurídica similar a la imperante antes del año 2005, **lo que permitía a las ISAPRES**

⁶¹ Al respecto cabe recordar las palabras del entonces Presidente de la Comisión de Salud, Senador Mariano Ruiz-Esquide, resumiendo el proceso deliberativo que originó esta disposición: *“creemos haber aprobado esta iniciativa en la forma que nos parece más útil para el país. Es una materia extremadamente controvertida; la discusión fue muy larga. Y debo reconocer que cada uno de nosotros hizo un esfuerzo por superar sus propias reticencias acerca de algunos puntos, en el ánimo de contar con la cuarta ley necesaria para llevar a cabo la reforma de la salud”*. Sesión del H. Senado de 09 de marzo de 2005.

una mayor discriminación de precios en contra de sus afiliados en comparación con la regulación actualmente existente. Dicha situación provocaría un retroceso en la protección de los derechos de los usuarios de las ISAPRES.

a.2) Otro escenario que podría generar la derogación de la norma, es la probable implementación de una tarifa plana al interior del sistema, sin subsidios públicos y sin un mecanismo de compensación de riesgos. En este escenario, se beneficiarían las familias con niños menores de 2 años, las mujeres en edad fértil y los adultos mayores⁶² ya que el precio que enfrentarían, con toda probabilidad sería menor al que resulta de aplicar las tablas de factores y, por el contrario, perjudicaría a los hombres jóvenes y a las mujeres de edad media, quienes tendrían que pagar un precio mayor al que le corresponde con la aplicación de las tablas. En consecuencia, estas personas verían amenazada su posibilidad de permanecer en el sistema privado.

Adicionalmente, estas personas –que en una estimación conservadora efectuada por la Superintendencia de Salud, alcanzarían el medio millón- al emigrar al Fonasa podrían aumentar su gasto directo en salud en más de \$3.700 millones, al requerir prestaciones de libre elección, lo que se explica por los mayores copagos que deberán realizar en ese Fondo por dicho concepto, los que a su vez limitan el acceso a las prestaciones.

Además, el Sistema público se verá recargado por la gran cantidad de nuevos usuarios que recibirá, lo que incidirá en el acceso y la oportunidad para obtener las prestaciones de salud, tanto para los usuarios actuales del sistema público, como para los que emigren a él.

En este escenario, las personas jóvenes que permanezcan en el sistema subsidiarán, entre otros, a los adultos mayores, lo que podrá dar lugar a que haya un traspaso de recursos desde jóvenes pobres hacia adultos mayores con mejor situación económica, lo cual no resiste ningún análisis.

Por lo tanto, la eventual declaración de inconstitucionalidad no sólo afectaría negativamente a gran parte de los usuarios tanto de FONASA como de las ISAPRES, **sino que también impactaría negativamente a los prestadores secundarios de salud, tanto públicos como privados.**

⁶² Un elemento adicional a considerar, es la disminución en la probabilidad de ingreso al sistema isapre de los adultos mayores, por el potencial aumento en las restricciones de ingreso que puedan establecer las isapres.

b) Una declaración de inconstitucionalidad imposibilitaría recurrir de inaplicabilidad ante el Excmo. Tribunal Constitucional: Por otra parte, si SS. Excma. declara la inconstitucionalidad de la norma impugnada, la determinación de los precios de los planes de salud tendría una regulación más deficiente, relativa solamente a la adecuación del precio base, produciéndose en la práctica una libertad tarifaria o la aplicación de una tarifa plana cuyos efectos ya fueron expuestos, afectando negativamente a los niños mayores de dos años y a los jóvenes, **sin que fuese posible recurrir ante el Tribunal Constitucional por la vía del artículo 93, N° 6 de la Carta Fundamental.** Ello pues al no existir tablas de precios o de factores regulados por la ley, SS. Excma. carecía de competencia para revisar la constitucionalidad de los contratos que contengan esas tablas.

En consecuencia, la derogación del artículo 38 ter impediría una tutela efectiva en sede constitucional de los derechos de protección de la salud y a la seguridad social respecto de los afiliados a las Isapres, lo que es más perjudicial aún para la mayor plenitud del ordenamiento constitucional que la posibilidad que existe hoy de revisar caso a caso las situaciones en que la aplicación concreta del artículo 38 ter podría tener efectos contrarios a la Constitución, respecto de ciertas situaciones determinadas.

c) Una declaración de inconstitucionalidad generaría inseguridad jurídica: Una eventual declaración de inconstitucionalidad produciría una **inseguridad jurídica**, pues **se** produce la expulsión de la norma del ordenamiento jurídico sin que exista otra que venga a regular la materia. Jurídicamente esta consecuencia por sí sola es suficientemente grave, lo que hace difícil poder determinar los eventuales beneficios, si es que existen, que podría acarrear la declaración de inconstitucionalidad.

d) Una declaración de inconstitucionalidad generaría una desigualdad absoluta entre cotizantes adscritos a los nuevos y los antiguos planes de salud, por cuanto ellos van a estar regidos por 2 normas distintas.

En efecto, la norma legal declarada inconstitucional se entiende derogada desde la publicación en el Diario Oficial y por expresa disposición de la Constitución, tal declaración no tiene efecto retroactivo, por lo que debiera regir sólo respecto de los contratos que se celebren a partir de su publicación.

Por otra parte, los contratos que estén vigentes al momento de la declaración de inconstitucionalidad, se regirán por lo dispuesto en el artículo 38 ter, en virtud de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes, el cual establece que se entienden incorporadas a los contratos las leyes vigentes al tiempo de su celebración. De ahí entonces, que los beneficiarios de los actuales planes de salud, con tabla de factores, por cuestionada que sea la norma del artículo 38 ter, tendrían una situación de mayor seguridad que los que a futuro deban celebrar nuevos contratos sin las tablas reguladas por esa disposición.

4. El artículo 38 ter admite interpretaciones que lo armonizan con la Carta Fundamental

Sentado que el artículo 38 ter no cuantifica la variación del factor entre cada grupo, sino que sienta las bases para la determinación de cada tramo etario (sobre el cual se aplicará un factor, conforme al riesgo asociado a aquél) es indispensable evidenciar que dicho precepto legal no vulnera –en todo evento y modalidad de aplicación- los mandatos constitucionales de los derechos fundamentales supuestamente afectados.

Sin perjuicio de lo ya afirmado en cuanto a que el artículo 38 ter no contiene ningún elemento que merezca de suyo un reproche de inconstitucionalidad conceptual, es pertinente reiterar que el referido precepto legal efectivamente admite una interpretación y aplicación del todo compatible con el ejercicio de los derechos fundamentales invocados.

En efecto, una hipótesis prevista en el artículo 38 ter autoriza a las Isapres –de conformidad con la facultad que les confiere el inciso 4° de la referida disposición legal- a disponer que el mayor cobro de planes recaiga en el rango de personas más jóvenes, a saber entre 30 y 50 años, quienes podrían soportar proporcionalmente la mayor carga, para hacerla disminuir en los tramos de personas de la tercera edad.

El ejemplo anterior –del todo admisible según lo previsto en el artículo 38 ter- resulta perfectamente compatible con la Constitución Política como quiera que en el ejemplo indicado ha quedado de manifiesto que esta norma legal no “pugna, bajo toda forma de interpretación posible” con el ejercicio de los derechos fundamentales en

juego, por lo que tampoco se satisface uno de los requisitos esenciales para que esta Magistratura declare la inconstitucionalidad de la señalada normativa.

Por lo demás, S.S. Excma. señaló en uno de los casos de inaplicabilidad del artículo 38 ter –el Rol 976-2007– que “la aplicación del factor específico objetado en este caso a otro caso diferente, desde el punto de vista previsional, puede no provocar la lesión al derecho fundamental en la protección de la salud que ha sido constatada en estos autos” , con lo cual reconoce que adoptándose las mismas medidas – aplicación del factor etéreo en cuestión- existen situaciones en que la vulneración Constitucional en concreto podría no producirse en abstracto, admitiendo así que hay casos en que es posible armonizar lo dispuesto en el precepto impugnado con el contenido de la Carta Fundamental.

Más todavía: el sentenciador en los Roles 1273-2008 y 1348-2009 –los dos últimos fallos sobre inaplicabilidad del artículo 38 ter- sostiene que la diferenciación por sexo y edad que permite la disposición legal en cuestión es arbitraria por hacer posible “el aumento de precio en la medida que aumenta la vulnerabilidad de las personas por el paso del tiempo y la condición orgánica de la mujer”.

Compartiendo que la hipótesis expuesta puede configurar una situación que se encuentra admitida por la referida norma legal, cabe reconocer que ésta, igualmente, deja subsistente la aplicación de otras hipótesis contenidas en el mismo artículo 38 ter y que admiten, por tanto, una interpretación conforme con la Carta Fundamental, como es el caso del ejemplo señalado precedentemente.

CAPÍTULO VIII. CONCLUSIONES

Con todo lo expuesto en el presente informe, ha quedado demostrado, que la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter no resulta procedente, toda vez que:

- 1) La norma impugnada en autos, no contraviene en abstracto, el artículo 19 n. 2 de la Constitución, ya que los factores que dicha norma establece sólo sirven de fundamento remoto para permitir diferenciar un componente del precio de los planes de salud que se cobra en el sistema privado de Isapres, sobre la base de diferencias que en ningún caso son arbitrarias, como son el sexo y la edad, toda vez que está científicamente acreditado que los costos de salud varían dependiendo de la edad y el sexo de las personas. Por lo tanto estableciéndose una diferencia que es objetiva y razonable entre distintos grupos etarios, no existe arbitrariedad alguna por lo que la norma es compatible con la igualdad ante la ley consagrada en el numeral segundo del artículo 19.

- 2) Tampoco la norma impugnada resulta contradictoria en abstracto, con la garantía del artículo 19 n. 9 de nuestra Carta Fundamental, ya que según se ha explicado, los factores establecidos en dicha norma, solo dicen relación con la diferencia de precio que los individuos voluntariamente afiliados al sistema de Isapres, pagan por las prestaciones adicionales al contenido esencial de prestaciones básicas garantizadas, no siendo la diferencia de precios que se paga por las prestaciones adicionales, en ningún caso, una amenaza al libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Tampoco existe atentado alguno a la posibilidad de elegir el sistema de salud al que las personas deseen acogerse, por el hecho de cobrarse en forma diferenciada por aquellas prestaciones que no constituyen el núcleo básico de prestaciones mínimas garantizadas. Finalmente, como sabe SS. Excm., el artículo 38 ter es precisamente fruto del empeño legislativo por proteger el derecho a la salud de quienes participan del sistema de salud privado.

- 3) A mayor abundamiento, el citado artículo 38 ter tampoco pugna en abstracto, con la norma del artículo 19 n. 18 ya que según se ha explicado, es facultad privativa del legislador regular la forma en que se ejerce este derecho, facultad respecto de la cual SS. Excma ha de guardar cierta deferencia, con prescindencia del juicio de mérito de las políticas públicas que al efecto adopten los poderes colegisladores.

La circunstancia que a algunos grupos objetivos de personas agrupados por sexo y edad, se les cobre un precio adicional por aquellas prestaciones que exceden de aquellas que la ley ha determinado como básicas y uniformes, en ningún caso implica una vulneración al artículo 19 n 18.

- 4) Por otra parte, según se ha explicado, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter contravendría los estándares que la propia SS. Excma. ha establecido para diferenciar el control concreto y el control abstracto de constitucionalidad. En efecto, y como se ha señalado, no solo la declaración de inconstitucionalidad generaría una situación compleja que se aleja aún más del ideal constitucional planteado por el Tribunal Constitucional sino que también desconocería que hay interpretaciones posibles que permiten armonizar esta disposición con el contenido de la Carta Fundamental. Asimismo, analizado el precepto sin consideración a situaciones específicas no se encuentran vulneraciones al contenido esencial de los derechos analizados.
- 5) Finalmente, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter resulta improcedente e inviable, toda vez que el efecto práctico que ella tendría, según se ha detallado sería, desde el punto de vista de las garantías constitucionales un grave retroceso respecto de la situación actualmente existente, ocasionado además un grave daño a la seguridad jurídica.

POR TANTO, y considerando que el artículo 38 ter no resulta del todo incompatible con la Constitución, que la norma que generaría eventuales efectos inconstitucionales en ciertos casos particulares, sería el artículo segundo transitorio

de la Ley N° 20.015, y que la declaración de inconstitucionalidad del art. 38 ter traería consigo efectos indeseados,

SOLICITO A US. EXCMO: Tener por formuladas las observaciones que a Este Presidente de la República, le merece la decisión de analizar la procedencia de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley 18.933, solicitando se me tenga por parte, para todos los efectos legales, declarando en definitiva que dicha norma no es inconstitucional.

PRIMER OTROSI: Ruego a SS. Excma. tener presente en relación con lo anterior, que actualmente la Superintendencia de Salud, se encuentran analizando propuestas con el objeto de perfeccionar el sistema de ajustes de precios de los planes de salud, propuestas que no podrían ser llevadas a la práctica si se declara inconstitucional el artículo 38 ter impugnado, ya que carecería de habilitación legal para ello. Con este fin acompaño en el segundo otrosí de esta presentación, los documentos que constatan la voluntad de este Gobierno de buscar una situación que armonice de mejor manera los diversos derechos fundamentales que concurren en la especie.

SEGUNDO OTROSI: Para facilitar la decisión del Excmo. Tribunal Constitucional vengo en acompañar los siguientes antecedentes:

1. Informe elaborado por la Superintendencia de Salud titulado “Eliminación de la Tabla de Factores: Impactos y Experiencia Internacional” Mayo 2010.
2. Memorándum elaborado por la Superintendencia de Salud titulado “Acciones del Ejecutivo”, en el cual se resumen las acciones llevadas a cabo por dicha repartición, en los últimos meses, tendientes a mejorar la transparencia del sistema de Isapres, promover la competencia y la comparabilidad de los planes de salud.

TERCER OTROSI: No obstante lo in dicado en el artículo 32 B de la LOCTC en orden que este Tribunal oirá alegatos en la vista de esta causa, manifiesto desde ya el interés de hacer uso de dicho derecho.

CUARTO OTROSI: Para gestionar y hacer los alegatos a que haya lugar ante el Excmo. Tribunal vengo en otorgar patrocinio y poder al abogado don Teodoro Ribera Neumann, correo electrónico rector@uautonoma.cl, que para estos fines fija domicilio en Avenida Pedro de Valdivia N° 641, comuna de Providencia, Santiago.