

Santiago, seis de agosto de dos mil diez.

VISTOS:

En ejercicio de la atribución conferida en los incisos primero, N° 7°, y duodécimo del artículo 93 de la Constitución Política de la República, en relación con lo dispuesto en el artículo 47 O de su Ley Orgánica Constitucional, N° 17.997, por resolución de 27 de abril de 2010, este Tribunal, de oficio, decidió iniciar el presente proceso a los efectos de examinar la constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, previamente declarado inaplicable por sentencias roles 976, 1218, 1273 y 1287, en atención a que su aplicación en las gestiones judiciales pendientes en los primeros dos casos referidos resultaba contraria a los numerales 2° y 9° del artículo 19 de la Constitución Política, mientras que en los otros dos casos transgredía los numerales 2°, 9° y 18° del mismo precepto constitucional aludido.

A su vez, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 47 S de la citada Ley N° 17.997, la mencionada resolución que dispuso la apertura de estos autos se puso en conocimiento del Presidente de la República, del Senado y de la Cámara de Diputados en sus calidades de órganos constitucionales interesados.

I. OBSERVACIONES FORMULADAS POR EL SEÑOR PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA:

Mediante escrito de 20 de mayo de 2010 -fojas 56 a 174-, el señor Presidente de la República ha pedido a esta Magistratura tener presente las siguientes observaciones, respecto de la materia objeto de este proceso constitucional:

Como cuestiones de carácter general, la autoridad se refiere a la atribución otorgada a este Tribunal en el numeral 7º del inciso primero del artículo 93 de la Carta Fundamental. Al tiempo de valorar dicha competencia como parte del perfeccionamiento de nuestro Estado de Derecho, la misma autoridad pública destaca su confianza en orden a que en este proceso se hará un ejercicio prudente de ella. En el mismo orden de consideraciones, el Jefe de Estado entiende que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal vigente, que podría ser el resultado del examen que se efectuará en este proceso, sería *“de cierta manera, la ultima ratio para lograr restablecer la armonía constitucional”*. A su vez, manifiesta su certeza en cuanto a que esta Magistratura Constitucional orientará su labor jurisdiccional en el *“valor superior”* de la seguridad jurídica y que, además, tendrá en consideración que, conforme a la normativa fundamental citada, la decisión que se adopte necesariamente se impondrá *“a lo resuelto por los poderes colegisladores, también en el ejercicio de sus potestades constitucionales”*.

El Ejecutivo solicita, por otra parte, atender a los criterios que este Tribunal Constitucional ha ido aplicando en diversas sentencias respecto de la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales, entre las cuales cita las recaídas en los procesos roles 43, 200, 226, 280, 513, 541, 546, 558 (590), 681, 792, 1173, 1254 y 1345. En particular, la autoridad apunta los siguientes: a) la inconstitucionalidad supone una comparación abstracta entre dos normas de distinto rango, sin referencia a una situación singular; b) imposibilidad de armonizar el precepto legal impugnado con la Constitución Política; c)

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; y d) afectación del contenido esencial de los derechos involucrados como requisito necesario para la declaración de inconstitucionalidad.

Asimismo, en la presentación en comentario se hace alusión a criterios que habría elaborado el Tribunal Constitucional alemán para fundar la decisión de abstenerse de declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, a los efectos de que sean también tenidos a la vista al adoptar la resolución en este caso. A saber: a) cuando se evita la creación de un vacío normativo; b) cuando la sentencia pueda incidir en la *“libertad de configuración normativa (Gestaltungsfreiheit) que corresponde al legislador”*; c) *“si la declaración de nulidad no es necesaria cuando se trata de corregir una omisión parcial del legislador”*; d) si *“la declaración de nulidad de la ley no alcanza a cubrir la finalidad perseguida por la sentencia; y e) “si la declaración de nulidad no puede eliminar el perjuicio que justamente se trata de evitar”*.

En el mismo orden de consideraciones generales y con el objeto de evidenciar las diferencias que existen entre el pronunciamiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y el de inconstitucionalidad materia de este proceso, el Presidente de la República enfatiza la declaración que formuló este Tribunal en cada una de las sentencias previas de inaplicabilidad que le sirven de sustento a estos autos y alude resumidamente a los fundamentos consignados en esos mismos fallos; luego, hace hincapié en que *“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 sus efectos contrarios a 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”.

Por su parte, el Capítulo IV de la presentación del Presidente de la República, en referencia, está dedicado a los antecedentes que surgen de la tramitación legislativa y al contenido del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 que es objeto del examen materia de este proceso constitucional, el cual, como se indica en el mismo escrito, corresponde al artículo 199 del texto refundido, coordinado y sistematizado de la aludida legislación, aprobado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de Salud, de 2005.

En el aspecto reseñado, el Ejecutivo hace notar que con anterioridad a la incorporación del artículo 38 ter a la legislación del rubro, por la Ley N° 20.015, el régimen establecido en el año 1995 por la Ley N° 19.381 *“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”.* La misma autoridad añade que tal 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”.

Con posterioridad, en el año 2005, la Ley N° 20.015 incorporó a la denominada “Ley de Isapres” -N° 18.933- los artículos 38, 38 bis y 38 ter, los cuales, en términos generales, según se relata, establecieron un **“nuevo régimen para la determinación del precio de los contratos de salud y su posibilidad de revisión por parte de las Isapres”** (el destacado es nuestro), que contempla las condiciones siguientes:

“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, 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) 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”.

Con todo, la autoridad afirma que, como efecto de los cambios legislativos aludidos, el precio base de los contratos de salud sólo podría ser modificado en condiciones generales que no importasen discriminación entre los afiliados de un mismo plan. También se prohibió tener en cuenta el estado de salud del afiliado para modificar el aludido precio base y se estableció la obligación de las Isapres de ofrecer planes alternativos.

Se indica, asimismo, que la nueva normativa intentó limitar la *“autorregulación de la industria”* mejorando la forma en que los afiliados recibían la información

respecto de las condiciones de los diversos planes con el objeto de que éstos pudiesen comparar efectivamente y tomar una buena decisión al momento de contratar con la respectiva Isapre. Las condiciones impuestas por tal regulación legal, según se indica en la presentación, también tendían a incentivar *“la aplicación de una política solidaria razonable en este aspecto y restringían la posibilidad de discriminar entre los afiliados según el mayor o menor riesgo en salud que presenten”*.

En este último punto, el Jefe de Estado cita la opinión de la senadora Evelyn Matthei, registrada en el Segundo Informe de la Comisión de Salud del Senado, en orden a que la norma que correspondía aprobar por el Congreso Nacional en aquella oportunidad *“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”*, añadiendo que *“el precio de los planes podía variar en función de la calidad de 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”*.

Se puntualiza, en otro orden de ideas, que, según el concepto contenido en la letra n) del artículo 170 de la legislación en análisis, la tabla de factores en los contratos de salud ***“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” (el destacado es nuestro) y, en seguida, subraya que la norma del artículo 38 ter buscó reducir la infinidad de tablas existentes previamente a una tabla por plan y a no más de dos para todos los planes que comercialice cada Isapre.

La autoridad también fija la atención en el hecho de que la Comisión de Salud del Senado, considerando la inconveniencia de “petrificar en la ley” cuestiones de hecho que normalmente debían tender a variar en el tiempo -como lo habían expresado los senadores Matthei y Boeninger-, acordó introducir en una disposición transitoria que regiría para los primeros diez años de vigencia de la legislación en comento, la regla que fija los rangos máximos de diferencia entre los factores de las tablas. Esta norma es el artículo segundo transitorio del texto aprobado de la Ley N° 20.015, que dispone: *“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 14 veces, en el caso de los hombres”.*

Luego asevera que el legislador tuvo a la vista que para concluir 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, la Superintendencia del ramo había expresado, según quedó registrado en el mismo documento legislativo citado anteriormente, que *“las 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 de cómo se distribuye el gasto en salud a lo largo del ciclo de vida de las personas”.

Refiriéndose a la estructura de los precios de los planes de salud que ofrecen actualmente las Isapres, el Ejecutivo expresa, en síntesis, que la cotización que los afiliados pagan por su plan de salud está compuesta por:

- a) **Precio base**, que es el mismo para todos los adscritos a un determinado plan y que la Institución de Salud Previsional puede adecuar o modificar una vez al año, en las condiciones que establecen los artículos 197 y 198 del D.F.L. N° 1, de Salud, de 2005;
- b) **Factor etario**, que se aplica respecto de los tramos etarios determinados en cada Tabla de Factores incorporada a los planes de salud según se trate del titular del contrato o de los beneficiarios, masculinos y femeninos. Como señala expresamente la autoridad en su informe: *“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) **Garantías Explícitas de Salud -GES-**, que se derivan del plan Auge y corresponden a las prestaciones básicas uniformes que el Estado garantiza a toda la población sin distinción por sexo o edad y cuyo precio está fijado conforme a lo establecido en la Ley N° 19.966.

Para graficar en términos simples cómo opera el sistema, el Presidente de la República indica que la

cotización de salud corresponde al precio base del plan respectivo, multiplicado *“por la suma de factores etarios del grupo familiar del afiliado”* y, luego, al valor que resulte de esa operación se le suma *“el precio de la GES por cada beneficiario”*.

Además de referirse en detalle a las reglas que se encuentran definidas por el legislador para calcular la adecuación del precio base de los planes de salud, el Ejecutivo se refiere al rol que cumple la tabla de factores en el sistema privado de salud.

En este punto en particular, se argumenta que como *“los planes de salud son, en definitiva, contratos de seguros frente a determinados riesgos, la prima dependerá del monto cubierto por 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”* (el destacado es nuestro). Se agrega que *“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”*.

Destaca asimismo la autoridad que el artículo 38 ter, que es objeto del presente examen de constitucionalidad, *“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 determinado factor, dependiendo del riesgo asociado al mismo. La disposición que sí se encargaría de establecer la relación máxima a que alude el numeral 4

del inciso tercero del mencionado precepto legal, es el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, que, como ya se señaló, dispone que para los primeros diez años contados desde la entrada en vigencia de la ley dicha relación será de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y de hasta 14 veces, en el caso de los hombres.

En esta parte de la presentación el Ejecutivo afirma que el referido precepto transitorio de la Ley N° 20.015 sería 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 pública impulsadas por el Estado”*.

Por otra parte y sin perjuicio de la exposición que se realiza en el Capítulo III de la presentación en análisis respecto de los preceptos constitucionales que sirvieron de fundamento a las sentencias de inaplicabilidad previas en que se sustenta el presente proceso constitucional, es en el Capítulo VI del mismo escrito en el cual el Ejecutivo hace valer argumentaciones respecto de la cuestión de fondo que ha de ser resuelta por esta Magistratura, a saber, si aquel precepto legal debe o no ser declarado inconstitucional con fundamento en *“el o los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento”*, en los términos que expresamente utiliza el artículo 47 V de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

Respecto a la **garantía de la igualdad ante la ley** asegurada a toda persona en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, con apoyo en la jurisprudencia de este Tribunal Constitucional (sentencias roles 53, 226

y 1273) y en doctrina especializada, el Jefe de Estado hace hincapié en cuanto a que la discriminación arbitraria, esto es, la que se encuentra prohibida por nuestra Carta Fundamental, es aquella que lesiona la justicia, agregando que *“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”*. Señala, asimismo, que para ajustarse a la Constitución las diferencias de trato deben ser establecidas con parámetros incuestionables, es decir, razonables y justificados.

En el mismo orden de consideraciones y partiendo del supuesto de que la razonabilidad es un principio que postula la proporcionalidad de medios y fines al momento de regular o establecer una limitación a un derecho fundamental, se enuncian los tres criterios o sub-principios que cabría observar al ejercer el control de constitucionalidad de tales regulaciones legislativas. A saber:

a) el criterio de la adecuación o idoneidad, según el cual la medida limitativa del derecho debe ser apta para el logro del fin propuesto por el legislador;

b) el criterio de la necesidad, conforme al cual entre las diversas alternativas de regulación o de limitación se ha de escoger la que resulte menos lesiva para el derecho; y

c) el criterio de la proporcionalidad o razonabilidad *stricto sensu*, que se aplica luego de que se hayan efectuado los dos análisis anteriores y que se

encarga de verificar que la limitación de que se trata guarde una relación razonable o proporcionada con el fin que se persigue obtener. Citando a la doctrina, la autoridad pública indica que se trata de un proceso de ponderación de las ventajas y las desventajas de la medida.

Se expresa, por otra parte, que buscar una igualdad absoluta, independientemente del sexo o de la edad de las personas, sería prudente sólo respecto de materias como la dignidad o dentro de lo que el mismo Presidente de la República denomina como un "mínimo ético común", conformado por los elementos que protegen tal dignidad, como serían, a modo ejemplar, la justa retribución por el trabajo, a que se refiere el numeral 16° del artículo 19 constitucional, o "las prestaciones básicas uniformes" aludidas en el numeral 18° de ese mismo precepto fundamental.

En este aspecto también se argumenta que en una sociedad democrática fundada en la iniciativa individual y en un Estado subsidiario sería imposible desconocer tanto las características propias del régimen político como las particularidades de cada individuo, las cuales, sin duda, pueden surgir de su sexo o de su edad.

Sin perjuicio de lo expresado, la autoridad reconoce la ilegitimidad de las diferencias basadas sólo en el sexo o en la edad de las personas cuando no existe la relación causal con el fin perseguido, agregando que, en todo caso, si la consideración del sexo y de la edad en una determinada disposición es fruto de un ejercicio racional y prudente para lograr un efecto plausible, no cabría objetar su constitucionalidad, toda vez que ello

sería reflejo de los criterios que priman dentro de la sociedad en un momento determinado.

En abono de la misma opinión expresada, el Jefe de Estado afirma que en sentencia Rol 976 esta Magistratura Constitucional habría declarado que la habilitación legal que permite a las Isapres aplicar la tabla de factores en los contratos de salud que celebran con los afiliados cotizantes no podía ser calificada como carente de razonabilidad, infundada o arbitraria.

Reconoce la autoridad, por otra parte, el interés doctrinario que suscita la tesis sostenida por este Tribunal en la sentencia Rol 1273, en cuanto a que *“el respeto a la igualdad ha sido complementado con la protección de las denominadas igualdades esenciales, de donde resulta inconstitucional ‘tratar desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales’*, y que ello se vincula con el respeto a la dignidad humana, reconocida en el inciso primero del artículo 1° de la Constitución, en cuanto el fallo sostiene que el aumento que sufre el precio de los contratos de salud en la medida que también aumenta la vulnerabilidad de las personas por el paso del tiempo y/o por la condición orgánica de mujer, configuraría una discriminación arbitraria. Sin embargo, el Presidente de la República resalta la idea de que, a su entender, el legislador nacional sí habría respetado las referidas igualdades esenciales en este tema y, por ende, la dignidad de las personas. Lo anterior, por cuanto ha regulado para facilitar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo,

garantizándole prestaciones básicas, sea que aquel sujeto se atienda en el sistema público o en el privado.

Hace presente, asimismo, que el sexo y la edad son factores normal y regularmente utilizados en materia de salud, por la literatura científica, y también en campañas del sistema público, agregando, por ejemplo, que focalizar las prestaciones en el área de la salud en los menores de edad y en los adultos mayores se ha entendido como una medida razonable y fundada, y partiendo de una hipótesis similar debiera concluirse que la norma que es sometida al control abstracto de constitucionalidad en la especie, que permite precisamente el agrupamiento de la población en grupos etáreos y de sexo, no configura un caso de discriminación arbitraria prohibida por el ordenamiento constitucional. En este mismo aspecto se añade que tampoco se alcanza a vislumbrar cómo un plan de salud más barato o la opción por el sistema público de salud podrían vulnerar la dignidad humana.

Se afirma por la autoridad estatal que en la medida que las políticas de salud son focalizadas a grupos de la población, mejores serían sus resultados, por lo que la declaración de inconstitucionalidad que eventualmente recaiga sobre el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que es un precepto que se inserta en esa hipótesis de política pública de salud, podría tener efectos perniciosos e insospechados.

En seguida, al intentar responder directamente a la pregunta de si el aludido artículo 38 ter objeto de examen infringe o no el numeral 2° del artículo 19 constitucional, el Ejecutivo plantea, básicamente, que la introducción de esa norma dentro del ordenamiento jurídico (por disponerlo así la Ley N° 20.015) surge de

“la convicción del legislador” en orden a que mejoraría sustancialmente los derechos de los usuarios de las Isapres, generando mayor transparencia y solidaridad entre hombres y mujeres y entre jóvenes y mayores, por aplicación del Plan Auge. Al mismo tiempo, *“para limitar el campo de acción de la Superintendencia (de Salud) se estableció una relación máxima de valores para el primer decenio”*, la que es mayor en el caso de los hombres en comparación con las mujeres.

Por otra parte, se observa que el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 no es la disposición que cuantifica la variación del factor entre cada grupo cubierto por el respectivo contrato de salud, sino que constituye sólo la norma legal que sienta las bases para la determinación de cada tramo etario sobre el cual se aplicará un factor previamente determinado, conforme al riesgo asociado a aquél. Añade que el precepto que sí establece la relación máxima a que alude el numeral 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, en examen, es el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, en los términos que ya se han explicado y, por lo tanto, la misma autoridad reitera la idea de que sería esta última la norma legal que eventualmente puede infringir la garantía constitucional en comentario.

A mayor abundamiento, el Presidente de la República expresa que si se siguen los pronunciamientos previos de inaplicabilidad que ha emitido esta Magistratura Constitucional, resultaría obligada idéntica conclusión a la esbozada, es decir, entender que lo que podría cuestionarse, desde la perspectiva del derecho en análisis, sería la regulación que el legislador ya ha establecido, aunque por un tiempo definido y acotado,

respecto de la relación que debe existir entre los factores que integran la denominada "*tabla de factores*" de los contratos de salud, mas no el establecimiento de esta última.

Conforme a lo anterior, se vuelve a afirmar que "*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*".

En cuanto al derecho a la protección de la salud, reconocido en el número 9° del artículo 19 de la Constitución, el Presidente de la República aduce, en primer lugar, que el texto constitucional vigente reemplazó al meramente referencial que contenía la Carta del año 1925 en la materia, estableciéndose concreta y claramente un deber del Estado que se traduce en asegurar a todas las personas el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud. Asimismo, la normativa constitucional vigente también considera, en este ámbito, la existencia del sistema público -FONASA- y del sistema privado -Isapres-.

Siguiendo con detención la discusión verificada al interior de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, el Jefe de Estado observa que, como quedó reflejado ya en el Acta Constitucional N° 3, se pasó de la tradicional visión estatista a la de un Estado subsidiario que actúa en función de la libertad de los individuos.

Ahora, refiriéndose en particular al derecho de que se trata, la misma autoridad reconoce que existen tres elementos básicos que orientan su configuración:

a) el deber estatal de proteger el libre e igual acceso a las acciones de salud,

b) el deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de dichas acciones, por entes estatales o privados, y

c) el derecho individual de libre elección entre el sistema privado o el sistema público.

Luego, en la misma presentación se entrega una explicación de cada uno de ellos, en los términos que, en síntesis, se expondrán:

En cuanto al deber estatal de proteger el libre e igual acceso a las acciones de salud, la autoridad indica que éste consiste en que se facilite a las personas hacer uso de ellas sin discriminaciones ni condiciones, salvo las derivadas de la salud pública e individual. Posteriormente, señala ejemplos de acciones de promoción y recuperación de la salud y sostiene que existe el derecho a demandar el acceso a ellas, pero no el derecho a incorporarse, a pertenecer o a mantenerse dentro de una determinada entidad, ya que el libre e igualitario acceso no guardaría relación con un derecho de contratación o afiliación a una determinada institución. Señala, asimismo, que las prestaciones mínimas que garantiza el Estado y que se reflejan en el sistema de atenciones del AUGE, contenidas en el artículo 156 del DFL 1/2005, sin pago adicional a la cotización del 7%, se han reforzado en el tiempo.

Además de lo anterior, se pide considerar que acceso libre e igualitario no sería sinónimo de acceso ilimitado, más allá del aludido mínimo asegurado.

En consideración a lo expresado, el Presidente de la República concluye que por el alza del costo del plan o por el cambio a otro plan de menor precio lo único que se alteraría sería la cobertura adicional que se otorga o que se tiene derecho a percibir, agregando que constituye un tema meramente contractual y que no cabe controlar, por ende, a esta Magistratura Constitucional el que alguien objetivamente más riesgoso para el sistema deba pagar un monto más caro en lo que excede a la garantía mínima estatal del AUGE.

Por otra parte, en cuanto concierne al deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud, se observa que, ya sea a través de entes privados o públicos, lo que el legislador busca garantizar es "*un nivel mínimo*" derivado de la integridad física y psíquica de las personas y, a partir de eso, surge un derecho subjetivo para optar sin apremios, presiones, restricciones o tributos infundados entre el sistema público y el privado de salud, entre las diversas instituciones existentes y entre los diferentes planes y programas de acciones, debiendo existir, en cualquier caso, variedad de alternativas para que este derecho se pueda ejercer de modo legítimo.

Haciendo una interpretación sistemática de las normas, el Ejecutivo plantea que las prestaciones básicas y uniformes establecidas por la Carta Fundamental se configurarían a nivel de ley en las acciones de salud, dentro de lo que cabe el Plan AUGE de la Ley N° 19.966, que garantiza derechos de cobertura exigibles en FONASA y

en las Isapres respecto de un conjunto de enfermedades o patologías que irá en aumento en el tiempo. Señala, asimismo, que ese conjunto mínimo de prestaciones constituiría el núcleo esencial del derecho configurado por el legislador y que con ello también se daría cumplimiento a la regulación del derecho a la seguridad social asegurado en el N° 18° del artículo 19 de la Constitución.

Sobre la base de tal configuración legal, la autoridad hace ver que los riesgos de salud cambian en función de la situación socioeconómica del país y que ello debe ser analizado por el Ministerio del ramo a los efectos de definir la política pública que deberá implementarse.

También se destaca que, según lo ha expresado el profesor José Luis Cea Egaña, las cotizaciones obligatorias autorizadas por la Constitución son patrimonio del cotizante, por lo cual el Estado no podría destinarlas a subsidios indirectos, pues, a su entender, se vulneraría el N° 22° del artículo 19 de la Constitución.

En cuanto a la consagración constitucional de la dualidad de sistemas de salud, el Presidente de la República señala que cada uno de ellos tiene sus propias reglas y principios y que las personas son libres para elegir uno u otro. Recalca la idea de que la Constitución Política no ha establecido un sistema único y que, así, el deber del Estado es de garantía, es decir, asume un rol en ausencia o falencia de los privados.

Tras enunciar la configuración, estratificación y forma de financiamiento del sistema público en base a la

cotización y el copago, se concluye que en él la contribución estatal resulta insoslayable. En comparación, advierte el Gobierno, el sistema privado de salud se encuentra concebido como un **“mercado de seguros voluntarios”** en el cual las prestaciones a que tienen derecho el afiliado y sus cargas, se financian con una cotización obligatoria no inferior al 7% de su renta imponible, según el valor del plan que contrate con la respectiva Isapre. Se especifica, además, que el ingreso al sistema privado se obtiene luego de la suscripción de un contrato de plazo indefinido, que contiene el precio y las prestaciones exigibles y que, como mínimo, debe contener las garantías explícitas y el plan complementario.

En la misma presentación en comento se describe el sistema de las Garantías Explícitas y su financiamiento mediante el llamado Fondo de Compensación. Se señala en la materia que la prestación de dichas garantías, siendo universales, puede ser focalizada por edad o sexo, citando ejemplos de ello. Atendido aquello, se afirma que la exclusión a priori del factor edad y del factor sexo sería un error; que no sería razonable ni beneficiosa, pues ambos factores serían parte de la cobertura que entrega el sistema de salud y si no existieran, por ende, se podría llegar a la desprotección de los sectores más débiles o vulnerables.

Para compensar el diferencial entre el costo y el riesgo en salud, dice el Ejecutivo, se estableció el Fondo de Compensación, que consolida una tarifa plana que se calcula por el riesgo promedio del sistema y no a nivel individual. Se destaca, por otra parte, que este sistema de financiamiento tiende a incentivar y proteger

las prestaciones universales y que fue el producto de un gran consenso legislativo.

También se afirma por el Gobierno que *“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”*, y que no es lo mismo que asegurar un acceso ilimitado, como lo ha señalado esta Magistratura en su sentencia Rol 1266. Por consiguiente, afirma el Ejecutivo, *“aun 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”*.

Lo que la Constitución Política asegura a todas las personas, insiste la autoridad, es el derecho, no absoluto, a elegir el sistema de salud al que deseen acogerse, pero dicha libertad no presupondría el derecho a permanecer en un determinado plan de salud sin asumir el mayor costo asociado a las prestaciones que sean superiores a las básicas uniformes.

Termina señalando el Jefe de Estado, en este mismo aspecto, que si se estableciera que una persona no debe pagar un mayor precio por el plan que le ofrece el

sistema privado de salud o por todo aquello que no cubre el Plan Auge, implicaría *“irrumper en un tema que excede la seguridad social y se ubica en un ámbito contractual propio de cada cual”*. Y recuerda que en la sentencia Rol 1218 esta Magistratura entendió 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”*.

También en cuanto al derecho a la libre elección del sistema de salud, se argumenta, citando la intervención del profesor Evans en la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, en cuanto a que no hay libertad irrestricta en la materia, pues la ley impone prescripciones a los distintos sectores. En el mismo sentido, se indica que el profesor Cea Egaña ha manifestado que el derecho a elegir es relativo, pues sólo se halla en condiciones de ejercerlo quien se encuentre en situación económica adecuada para escoger. A lo anterior la autoridad añade que dicha libertad no supone el derecho de permanecer en un plan que supere las prestaciones aseguradas sin asumir el mayor costo asociado, haciendo presente que el principio del sistema privado es el autofinanciamiento y que su solvencia depende de la siniestralidad.

En cuanto concierne al derecho a la seguridad social, asegurado en el numeral 18° del artículo 19 de la Ley Fundamental, el Ejecutivo analiza su evolución desde la Carta del año 1925 hasta llegar al rol subsidiario que se le asigna y reconoce al Estado en la Constitución Política de 1980. Destaca el término de las discriminaciones existentes con anterioridad al año 1980,

plasmadas en más de 100 regímenes previsionales distintos, y hace notar, con especial interés y fundado en citas del Consejo de Estado y de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, que el rol subsidiario del Estado se traduce en que los particulares deben buscar fórmulas propias sobre la base de un mínimo común que les garantiza el Estado en la forma de prestaciones básicas, y todo ello, en el marco de un mercado libre en el que las instituciones pueden crear condiciones más favorables.

Se argumenta, asimismo, que éste es un derecho configurado por el legislador, según lo ha reconocido esta Magistratura en su sentencia Rol 334, y que, por tratarse de un tema de "política legislativa", el *quantum* de las prestaciones básicas y uniformes no es revisable en esta sede constitucional. Hace valer que esta misma idea ha sido reconocida en el marco de un Estado social y democrático como España, citando al efecto sentencias del Tribunal Constitucional español.

Teniendo en consideración lo resuelto por esta Magistratura en la sentencia referida -Rol 334-, el Presidente de la República aduce que el límite de la configuración legislativa de este derecho estaría dado, en nuestro sistema, por la garantía de su contenido esencial. Agrega como otros factores propios de la regulación de este derecho la naturaleza social y prestacional del mismo, lo variable de su objeto, el principio de subsidiariedad y los ámbitos de acción del Estado y del legislador que deben ser respetados con la mayor deferencia posible.

El Jefe de Estado luego afirma que el precepto legal examinado en este proceso no infringiría el derecho a la

seguridad social y para fundar tal aserto reitera el concepto de "mínimo básico" asegurado y que en esta materia se está en presencia de una regulación del precio en lo que supera ese mínimo.

Por otra parte, la autoridad estatal insiste en el argumento según el cual las tablas de factores de los contratos de salud no serían reguladas por el precepto cuestionado en autos y que la eventual afectación de derechos se limita sólo a cierto grupo de personas, señalando que las diferencias por edad podrían ser discriminaciones positivas, aun cuando es el legislador y no la judicatura quien debe regular los derechos sociales. Insiste en señalar, asimismo, que la norma impugnada representa el ejercicio de la potestad que se le ha entregado al legislador para configurar el derecho y que este Tribunal Constitucional no podría ejercer un control de mérito a su respecto, si fuera fiel a los pronunciamientos previos en esta materia, contenidos en las sentencias roles 591, 664, 517, 535 y 1065, cuyos considerandos transcribe.

El Presidente de la República también se pronuncia respecto de los efectos que generaría la eventual declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933. En este aspecto, se argumenta que se podría volver a la situación vigente con anterioridad a la Ley N° 20.015, esto es, se permitiría una mayor discriminación dentro del sistema. Otro probable escenario es que se determine una "tarifa plana" para los planes de salud de las Isapres, lo cual, a juicio del Gobierno, obligaría a un millón de personas, aproximadamente, a emigrar al sistema público -FONASA-. Además, podría implicar que las personas más jóvenes

subsidién el sistema, aumentando el gasto directo en 3.700 millones de pesos por la vía del copago. Por otra parte, se generaría inseguridad jurídica al originarse un vacío legal, se provocaría una desigualdad entre los cotizantes adscritos a los antiguos planes y aquellos que entren al sistema luego de la sentencia de inconstitucionalidad, considerando que ésta no tendrá efectos retroactivos. Por último, se aduce que también se restringiría la interposición de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante este Tribunal.

Finalmente, el Jefe de Estado señala que el precepto cuestionado puede interpretarse de conformidad con la Constitución al permitir que el mayor cobro se refiera a los afiliados de entre 30 y 50 años, haciendo disminuir la carga a la tercera edad.

Por todo lo anterior, se solicita declarar que la norma que es objeto del presente proceso no es inconstitucional.

En el primer otrosí de la presentación, el Gobierno solicita tener presente que la Superintendencia de Salud se encuentra analizando medidas y propuestas para enfrentar la eventual declaración de inconstitucionalidad de la norma materia de este proceso y, como prueba de tal situación, se acompaña un informe del mismo órgano administrativo, además de un memorándum sobre acciones del Ejecutivo para mejorar la transparencia del sistema de Isapres y promover la competencia y la posibilidad de comparar entre los distintos planes de salud que se ofrecen en el mercado.

VII. AUDIENCIAS PÚBLICAS DECRETADAS EN LOS AUTOS:

Como consta a fojas 40, el Tribunal dispuso la realización de audiencias públicas en las que podrían exponer por escrito y oralmente sus observaciones las instituciones y organizaciones representativas de los intereses involucrados en el asunto materia de este proceso constitucional, en la forma y dentro del plazo que se regulan en la misma resolución, así como en aquella complementaria que rola a fojas 51.

Dichas audiencias se verificaron los días 25 y 26 de mayo de 2010 y en ellas fueron oídos los comparecientes que se individualizarán a continuación:

A) En contra de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, el Tribunal escuchó a:

- 1) **Isapre Consalud S.A., representada por el abogado Héctor Humeres Noguera:** Esta institución, en síntesis, se refirió a las características fundamentales del sistema de salud en Chile, desarrolló las diferencias que, a su entender, existen entre las prestaciones AUGE y su financiamiento y los planes complementarios de salud, distinguiendo, en estos últimos, el precio base y la tabla de factores. Agregó que la Constitución y la ley brindan a las personas la posibilidad de elegir entre el sistema público y el privado de salud de manera libre, por lo que cuando un usuario celebra un contrato de salud con una determinada Isapre, lo que hace es atenerse a las normas que regulan tal convención, por lo que termina sosteniendo que, a su juicio, estas normas no atentan en absoluto en contra del ordenamiento

constitucional.

- 2) **Isapres Banmédica S.A. y Vida Tres S.A., representadas por el abogado Alejandro Parodi:** Estas instituciones hicieron hincapié en los efectos de la eventual sentencia de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 que pronuncie esta Magistratura. Señalaron, básicamente, que la ley en examen no admite una discriminación arbitraria ni una vulneración de la libertad de elección del sistema de salud, toda vez que sería razonable la utilización de la edad y el sexo como factores de riesgo para calcular el costo de los planes de salud y también porque las alzas que sufre el precio de los planes de salud se justifican si se sostienen en el aumento del riesgo asociado al mismo contrato.
- 3) **Asociación de Isapres de Chile AG, representada por el abogado Rodrigo Díaz de Valdés y por su Presidente, señor Eduardo Aninat:** En estas exposiciones se sostuvo que de ser declarada inconstitucional la norma en cuestión, la estructura de costos de los planes de salud variará de tal forma que 3 de cada 4 afiliados sufrirán alzas notorias y que, además, ello obligaría al sistema de Isapres a fijar una "*tarifa plana*", sin modificación por riesgo, que haría incrementar los precios de los planes que consideren niños beneficiarios y también aquellos que beneficien a los más jóvenes. Al mismo tiempo se indicó que en el caso de los hombres de entre 20 y 24 años de edad, se producirían alzas de precio de un 124% promedio y que se podría estimar un traslado hacia el sistema público de salud de, aproximadamente, 700 mil usuarios, lo que

seguramente llevará a plantear la necesidad de crear algún subsidio estatal para ciertos grupos etéreos.

- 4) **Isapre Cruz Blanca S.A., representada por el abogado Miguel Ángel Fernández:** La entidad solicitó al Tribunal que no declare la inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, fundando tal petición en el hecho de que no se cumplirían los estándares fijados por esta misma Magistratura para declarar la inconstitucionalidad abstracta de efectos erga omnes. A su juicio, no existiría la incompatibilidad manifiesta de la norma legal con el texto constitucional, exigida en la sentencia Rol N° 558. Por otro lado, puntualiza que esta declaración de última *ratio* -la de inconstitucionalidad- exige tanto el respeto por el principio de la deferencia razonada, que ha esbozado la jurisprudencia de este Tribunal, como verificar que la declaración de inconstitucionalidad no generará efectos más nocivos que la pervivencia de la norma legal examinada. En este aspecto, se señaló que la disposición cuestionada fue introducida al ordenamiento jurídico con el objeto de limitar la facultad que tenían las Isapres para modificar los precios de los planes de salud y, al mismo tiempo, habilitó a la Superintendencia de Salud para establecer la estructura de la tabla de factores dentro de un margen regulado. Se agregó que las sentencias previas de inaplicabilidad dictadas en los procesos que le sirven de sustento al actual proceso de inconstitucionalidad son marcadamente concretas y, por ende, sus fundamentos no serían de aplicación general, es decir, no podrían ser los que fundaran el fallo de inconstitucionalidad abstracto que se

debe dictar en este caso. También sostuvo que el sistema actual no deja en indefensión al afiliado, ya que, sobre todo en el caso de cotizantes cautivos, la ley contempla mecanismos para impugnar las alzas desmedidas en los precios de los contratos de salud por la vía de la jurisdicción arbitral de la Superintendencia de Salud. En cuanto a la igualdad ante la ley, se señaló que el precepto cuestionado en ciertos casos iguala y en ciertos casos diferencia, añadiéndose que la Constitución no prohíbe establecer tablas de factores ni elementos de diferenciación en materia de salud. Se argumentó, además, que la norma en examen no establecería discriminaciones arbitrarias, ya que, en abstracto, el sexo y la edad serían factores relevantes al determinar precios de los planes de salud y también para determinar políticas públicas en la materia, cuestión que, mirando un caso concreto, puede ser diferente. En cuanto al juicio de proporcionalidad, se señaló que es un elemento propio del control concreto de constitucionalidad, pero que en materia de control abstracto este examen de proporcionalidad y la ponderación puede derivar en un examen de mérito, como lo han advertido autores como Prieto Sanchís y Alexy. Finalmente, se hizo valer que no existe consenso en la doctrina en cuanto a los efectos que produce la sentencia de inconstitucionalidad y, por ello, esta Magistratura debiera ser cautelosa en el ejercicio de la atribución que ha invocado al abrir el presente proceso constitucional.

- 5) **Isapre Colmena Golden Cross S.A., representada por el abogado Claudio Arellano Parker:** Señaló en la

respectiva audiencia que a las Instituciones de Salud Previsional se les ha imputado incumplimientos reiterados, desconocer los derechos de los afiliados y estar desvinculadas de la realidad social; manifestó que frente a tales críticas se puede contestar que esa Isapre sólo obtuvo \$71 (setenta y un pesos) de utilidad operacional mensual por afiliado, con sólo un 0,2% de utilidad anual. Indicó, asimismo, que a las Isapres se les ha imputado ser parte de un mercado de gran concentración, lo que no es efectivo, y que debieran ser aplaudidas por mantenerse sirviendo a sus afiliados, según un llamado que formuló el Estado a través de la legislación que regula la actividad que desarrollan. Expuso también que los costos aumentan de manera sostenida y no se puede limitar la cobertura; por ende, para enfrentar la situación es necesario traspasar un porcentaje al afiliado, debiendo la Isapre asumir la diferencia. La institución hizo suyos los argumentos planteados por otros expositores que han defendido la constitucionalidad de la norma en examen y afirmó que no existirían en este caso discriminaciones por edad y sexo, sino que el establecimiento de *"unidades de riesgo"* para ponderar la cuantificación económica de los riesgos a futuro que deberá asumir cada parte del contrato de salud, lo que, a su juicio, excluye la idea de arbitrariedad. Indicó, también, que existiría un universo de más de 3 millones de personas que libremente han contratado con las Isapres y que con tal decisión, que sería expresión de un acto de solidaridad, han liberado al Estado de la carga de mantener su salud y de

entregar subsidios con cargo a su propio patrimonio. Concluyó expresando que las Isapres han debido adecuarse una y otra vez a modificaciones legislativas, sin que hayan sido beneficiarias de subsidios de ninguna especie.

B) A favor de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, el Tribunal escuchó a:

1. Sociedad Javier Fuenzalida y Compañía, representada por Javier Fuenzalida Asmussen: Al explicitar la estructura de la actividad económica de las Isapres, hizo hincapié en las prerrogativas unilaterales que éstas poseen, en cuáles son sus márgenes de utilidad y en la desigualdad de trato que existe hacia los afiliados del sistema, sobre la base de la discriminación por sexo y edad. La entidad sostuvo, además, que el precio de los contratos de salud se fija unilateralmente por la respectiva Isapre y que éste es conocido sólo el primer año de vigencia del acuerdo de voluntades suscrito. Agrega que en este sistema no se cumpliría el elemento esencial de todo contrato como es el acuerdo en relación al precio, según determina el Código Civil. En este sentido, afirma que no puede haber contrato sin precio y en este caso esa situación es precisamente la que se verifica. Tampoco se cumpliría, a su entender, con la libertad del mercado en este rubro, porque existirían barreras de entrada. En consecuencia, denuncia que se estaría frente a una actividad de carácter monopólico que infringiría la ley de libre competencia. En su opinión, las condiciones

de los contratos de adhesión que determina la Ley del Consumidor, tampoco serían respetadas en este sistema.

2. **Diputados del Partido Socialista señora Pacheco y señores Aguiló, Andrade, Castro, De Urresti, Díaz, Espinoza, Lemus, Monsalve, Montes y Schilling, representados por el abogado Marcelo Rojas Vega:** En esta presentación el grupo de diputados solicita a esta Magistratura declarar la inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que corresponde actualmente al artículo 199 del texto refundido, coordinado y sistematizado de dicha ley -DFL N° 1, de 2005, de Salud-, sobre la base de las infracciones constitucionales a la igualdad ante la ley y al derecho a la protección de la salud, ya declaradas en las sentencias de inaplicabilidad previas que dan sustento al presente proceso. En síntesis, luego de aludir a lo que Carlos Peña y Germán Bidart han señalado respecto de la garantía de la igualdad ante la ley, los parlamentarios afirman que por efecto de lo dispuesto en diversos preceptos de la ley del rubro (se citan los artículos 2°, letra m), y 38 ter de la Ley N° 18.933 y el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015), las Isapres han podido en una cantidad indeterminada, pero determinable de casos, subir unilateralmente el precio de los planes de salud y que el hecho de que la misma legislación aludida establezca una tabla de factores en base a la edad del afiliado, esto es, sobre la base de un hecho involuntario del individuo, trae como efecto la verificación

de una discriminación arbitraria prohibida constitucionalmente. En cuanto concierne al derecho a la protección de la salud, recogiendo algunas consideraciones contenidas en las sentencias roles 220 y 976 de esta Magistratura, los diputados sostuvieron que *"en cuanto derecho social"*, éste se halla ligado *"a otros atributos esenciales"* que se aseguran en el mismo texto de la Constitución, como es el derecho a la vida y a la integridad tanto física como psíquica. Afirman, en seguida, que todos ellos deben ser tutelados y promovidos para infundir legitimidad al ordenamiento jurídico.

3. **Pedro Barría Gutiérrez, por sí, y en representación de Infolex Limitada:** Afirmó este abogado que la norma objeto del examen de constitucionalidad de autos sería ilegítima y discriminatoria y que el sistema de Isapres tendría esas mismas características, aunque ya cumplió 30 años de operación o de existencia. Argumentó que este modelo podría ser mejorado si es que se introdujera mayor competencia entre los prestadores privados, los cuales, además, hoy día tendrían privilegios que en ningún otro sector de la economía existen. Sostuvo, por otra parte, la inconstitucionalidad de varios preceptos de la Ley 18.933, fundada en que establecen un marco de desequilibrio y de desigualdad entre las Isapres y los afiliados. Indicó, asimismo, que, como principio general, en los contratos no podría existir una parte más poderosa que otra, o que, como sucede en estas materias, una de las partes, la Isapre, tenga facultades unilaterales para

modificar el precio, poner término al acuerdo y actuar como juez y parte en el caso de las licencias. Si la parte poderosa tiene facultades unilaterales, dice la entidad, se produciría un quiebre del equilibrio del contrato y, por lo tanto, la legislación que así lo establezca o permita resultará contraria a la Constitución.

4. **Corporación Humanas, representada por la abogada Paulina Maturana:** La entidad expuso que existe un aumento de las sentencias de la Corte Suprema que resuelven y acogen acciones de protección deducidas en contra del aumento del precio de los planes de salud que en la correspondiente anualidad pretende aplicar la respectiva Isapre. Puntualizó, asimismo, que en esta materia está involucrado el derecho a la igualdad y a la no discriminación y que, en tal aspecto, en los hechos, se constata que el sistema de Isapres discrimina arbitrariamente a la mujer de una manera que se acentuará a futuro. Señaló, de la misma forma, que la disposición legal que admite tal discriminación arbitraria viola, además de la Constitución, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación en Contra de la Mujer, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
5. **Sociedad de Geriatria y Gerontología de Chile, representada por los doctores Juan Carlos Molina y Juan Eduardo Sánchez:** Se expuso ante el Tribunal que dichos profesionales representan a otros 150, entre ellos a los 30 geriatras formados en Chile. Denunciaron, en tal condición,

el carácter nocivo de la discriminación por edad y también la poca cobertura que entrega la salud privada a medida que la edad de las personas avanza, añadiendo que ello se agravará más si se tiene en cuenta el hecho objetivo de que la población envejece sostenidamente. Sostuvieron, asimismo, que el sistema de Isapres sería injusto, aludiendo, a los efectos de fundar tal afirmación, al siguiente ejemplo: se otorga a los ancianos un paraguas cuando hay sol y se les quita en plena tormenta. Pidieron considerar que la edad no es relevante en esta materia, sino que lo que importa es el estado de salud de la persona, pues se puede tener 40 años de edad y un corazón de una persona de 60. También se refirieron al compromiso adquirido por el Estado chileno en la Conferencia de Madrid, en el sentido de no discriminar a la vejez, asumiendo que la edad promedio de la población va en aumento. Sostuvieron que el incremento del precio de los planes de salud en el sector privado sería un verdadero "impuesto a la edad" y que en el sistema público la atención del adulto mayor es gratuita, habiéndose anunciado la posibilidad de la eliminación paulatina de la cotización del 7% que ellos pagan actualmente. Esta circunstancia llevará, a su juicio, a que el sistema público deba recibir a todos quienes no puedan seguir soportando el mayor costo de mantener un plan en el sector privado -a los adultos mayores y a los niños, fundamentalmente-, sin que éste presente en la actualidad y con los recursos de que dispone, condiciones aptas para ello. Los mismos

profesionales calificaron de distorsionadas las argumentaciones que se han dado en cuanto a los efectos que produciría la eventual declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, pues sería un hecho que el sistema debe hacerse cargo de la diferencia de costos. Los facultativos agregaron que, a su entender, el fondo del asunto es valórico: la valoración y el respeto al adulto mayor.

6. **Pablo Contreras Vásquez, Gonzalo García Pino, Tomás Jordán Díaz y Álvaro Villanueva Rojas, todos profesores de Derecho Constitucional, representados por el abogado Gonzalo García:** Hicieron presente al Tribunal que ellos no representan interés corporativo alguno, compareciendo en su calidad de académicos y como usuarios del sistema privado de salud. Luego argumentaron que esta Magistratura no estaría obligada a pronunciarse sobre los efectos de la inconstitucionalidad y que, sobre este aspecto, reconocen que ha habido una campaña para generar confusión. En control abstracto, señalaron, debe haber total prescindencia de la aplicación de la norma. Citaron, como casos de igualdad, los acaecidos en Estados Unidos sobre segregación racial en escuelas, cuando la Corte Suprema de ese país señaló que se iniciaba un proceso y se marginó de las consecuencias. Hicieron hincapié en cuanto a que existe un problema del ordenamiento legal en Chile al violarse la igualdad de trato. También razonaron sobre la base de que la constitucionalidad de la norma de que trata este proceso permitiría renunciar a

derechos fundamentales vía contrato. Sobre este particular indicaron que los elementos irrenunciables del contrato de salud ya fueron fijados por esta Magistratura en sus fallos de inaplicabilidad previos a la apertura de estos autos. Expresaron, también, que se configuraría una violación a la reserva legal relativa de derechos fundamentales del artículo 19 numeral 2º de la Constitución y, en tal medida, se adujo que el precepto cuestionado establece normas proporcionadas de diferenciación en la fijación de un precio, dejando fuera los factores sexo y edad, que quedan cuestionados. Agregaron que habría una reserva de ley negativa, que admite la colaboración reglamentaria. En este punto en particular, observaron que entre los 2 y los 80 años de edad la estructura de la tabla de factores debe ser determinada por la Superintendencia del rubro y ello implica que ha sido el legislador el que ha dejado entregada a la Administración la regulación de un derecho fundamental. A su entender, por otra parte, la norma legal de que se trata admitiría un trato discriminatorio no previsto por la Constitución, ya que invocando tal disposición las Isapres han procedido a crear una categorización por grupos de personas beneficiarias de los planes de salud que ellas ofrecen, fundada en una presunción de riesgo que no necesariamente está justificada. Ello, advirtieron, sería un problema de la ley en examen. Denunciaron, asimismo, que se vulneraría el contenido esencial del derecho de libre elección del sistema de salud que se asegura a

toda persona en la Constitución, ya que la norma legal, como efecto de su aplicación, obliga a quienes no pueden seguir pagando las constantes alzas de precios de los planes de salud a salir del sistema privado.

VIII. OTRAS PRESENTACIONES.

Comparecieron en este proceso acompañando informes, sin haber solicitado que se les escuchara en las audiencias señaladas, las siguientes instituciones:

- 1) **Altura Management, representada por sus directores Bernardo Luque López y Victoria Beaumont Hewitt:**
En su presentación de 20 de mayo de 2010 -fojas 106 a 114 del Cuaderno Especial-, esta empresa consultora acompañó un informe titulado *“Viabilidad del Sistema Isapre Sin Tabla de Factores”*, en el cual, según se indica, se intenta analizar las consecuencias que generaría para el cotizante y para las Isapres la eliminación -derogación- de la tabla de factores como mecanismo de asignación de riesgo en los contratos de salud y la eventualidad de que tras ello surja la idea de establecer una tarifa plana.
- 2) **Isapre Masvida S.A.:** A través de su Gerente General, señor Erwin Sario Rivera, dicha entidad, mediante presentación de 20 de mayo de 2010 -fojas 455 a 460 vuelta del Cuaderno Especial-, pidió al Tribunal: *“Tener presente en la audiencia pública y vista de la causa que los representantes de Isapre MASVIDA suscriben en todo las actuaciones y alegaciones formuladas por la Asociación de Instituciones de Salud Previsional A.G.”*.

3) **Colegio Médico de Chile (A.G.):** En presentación de fecha 12 de mayo de 2010, que rola a fojas 462 del Cuaderno Especial, el Presidente del organismo, señor Pablo Rodríguez Whipple, acompañó a este proceso un documento titulado *“Uso de Tablas de Factores de Riesgo para determinar el Precio de los Planes de Salud en las Isapre”*, elaborado por el señor Jaime Burrows Oyarzún y aprobado por el Departamento de Ética del mismo colegio profesional.

IX. VISTA DE LA CAUSA Y ADOPCIÓN DEL ACUERDO:

El día 27 de mayo de 2010 tuvo lugar la vista de la causa, escuchándose la relación y los alegatos del abogado señor Teodoro Ribera Neumann, en representación del señor Presidente de la República.

Concurrieron a ella los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios (Presidente), José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney.

Como consta en la certificación que rola a fojas 183, el Ministro señor José Luis Cea Egaña no concurrió al acuerdo adoptado por el Tribunal el día 27 de julio de 2010, no obstante haber participado en la vista de la causa, por haber cesado en su cargo con anterioridad a esa fecha, produciéndose, en consecuencia, la situación prevista en el inciso segundo del artículo 14 de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional.

CONSIDERANDO:

I. LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UN PRECEPTO LEGAL COMO ATRIBUCIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL.

A. LA INCONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO.

PRIMERO: Que la institución de la inconstitucionalidad de un precepto legal, entendida como control abstracto, a posteriori y con efectos generales o *erga omnes*, se encuentra muy extendida en el constitucionalismo moderno, abarcando no sólo los ordenamientos jurídicos norteamericano y europeo, sino a varios países de América Latina. Esta declaración de inconstitucionalidad, como control a posteriori, ha sido definida por el ex presidente de esta Magistratura, Juan Colombo Campbell, como: *“Un contencioso objetivo que se genera una vez dictada la ley o el acto administrativo cuestionado de inconstitucionalidad. En el derecho comparado es la facultad típica de la Corte Suprema norteamericana y en Europa y América Latina de los Tribunales Constitucionales”* (Juan Colombo Campbell: Tribunal Constitucional: Integración, Competencia y Sentencia, en: Francisco Zúñiga Urbina (coordinador): Reforma Constitucional, LexisNexis, Santiago de Chile, 2005, p. 559);

SEGUNDO: Que es sabido que la excepcional facultad de un órgano jurisdiccional para derogar una ley proveniente de los órganos colegisladores portadores de la voluntad popular se inauguró bajo la denominación de *judicial review* en 1803 con la sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos dictada en el caso *Marbury versus Madison*, mediante la interpretación de la Constitución que la propia Corte hizo en relación con sus atribuciones constitucionales: *“La demanda fue rechazada*

como no admisible, pero en su argumentación para llegar a la decisión el chief justice Marshall sentó la base para el control de constitucionalidad” (Wolfgang Hoffmann-Riem: La división de poderes como principio del ordenamiento, en: Konrad Adenauer Stiftung, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2007, Tomo I, p. 221);

TERCERO: Que durante la elaboración de la Constitución de Estados Unidos, Alexander Hamilton expresó: *“Por lo tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución, puede ser válido” (“No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid”).* Basándose en esta opinión, que no quedó reflejada en el texto aprobado en 1787, el juez John Marshall, Presidente de la Corte mandatado por sus pares, señaló: *“La Constitución o es una ley suprema, que no se puede modificar por la ley común, o está en el mismo nivel que los actos legislativos ordinarios (...) Si la primera parte de esta alternativa es correcta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley. Es, de modo categórico, competencia y deber del juez decir lo que la ley es”,* concluyendo: *“una ley contraria a la Constitución es nula, y los tribunales, así como los otros poderes del Estado, están obligados por aquélla” (“The Constitution is either a superior paramount law, unchangeable by ordinary means, or it is on a level with ordinary legislative acts (...) If the former part of the alternative be true, then a legislative act contrary to the Constitution is not law (...) It is, emphatically, the province and duty of the judicial department, to say what the law is”,* añadiendo: *“a law repugnant to the Constitution is void; and that courts as well as other departments, are bound by that instrument.”* (Everett

Carll Ladd: *The American Polity*, Norton & Company, New York/London, 1991, Fourth Edition, p. 251);

CUARTO: Que la competencia de los Tribunales Constitucionales para declarar la inconstitucionalidad de los preceptos legales se impuso en Europa, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, al establecerse en varios países tales Magistraturas, siguiendo la iniciativa, aunque no necesariamente el modelo, formulada por Hans Kelsen en la segunda década del siglo XX y concretizada en el establecimiento del Tribunal Constitucional austríaco en 1920, como "*Hüter der Verfassung*" ("Guardián de la Constitución"). (Una descripción comparada de las magistraturas constitucionales europeas se encuentra en la obra del profesor de Salzburgo, Friedrich Koja: *Allgemeine Staatslehre* (Teoría General del Estado,) Wien, 1993, p. 314). Esta innovación jurídica, material y formal, inauguró una fase que "*los textos constitucionales, más que fundamento de validez superior del ordenamiento, pasan a consustanciar la propia actividad política estatal a partir del establecimiento de los derechos fundamentales sociales y de los mecanismos para su concretización*" (Lenio Luiz Streck: *Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales*, en: *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 2007, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 397);

QUINTO: Que, por su parte, en América Latina la tendencia descrita se difundió en las últimas décadas del siglo XX con el establecimiento de Tribunales Constitucionales, así como a través de la asignación a Salas de las Cortes superiores de la competencia para

conocer los asuntos de jurisdicción constitucional. Como lo señala una completa obra de reciente publicación sobre la materia (Humberto Nogueira: El Derecho Procesal Constitucional y la Jurisdicción Constitucional en Latinoamérica y sus Evoluciones, CECOCH, Santiago de Chile, 2009, pp. 198-199): *“En el contexto latinoamericano se han desarrollado un conjunto de modelos de control de constitucionalidad que desbordan el estrecho marco conceptual del modelo norteamericano de control difuso y el modelo germano austríaco de control concentrado en un Tribunal Constitucional, generándose sistemas mixtos con distintas dosis de ambos modelos originarios o desarrollando fórmulas originales”;*

SEXO: Que, a diferencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, que ocupa la cúspide de la organización federal de justicia, los Tribunales Constitucionales europeos conforman una jurisdicción separada y autónoma del Poder Judicial, dotados de la facultad de interpretación vinculante de la Constitución y del control concentrado del apego a ella de las normas jurídicas. Dentro de tal estructura jurídica, que abarca la protección de los derechos y garantías fundamentales y la resolución de los conflictos entre los órganos públicos, cabe la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica expedida por los órganos colegisladores;

SÉPTIMO: Que la citada atribución ofrece varias modalidades, provenientes de las diferentes tradiciones jurídicas en las que rigen y de las formas de gobierno o de Estado en que se organizan. En general, sin embargo, a diferencia del ordenamiento chileno, donde está diseminada en varias atribuciones del artículo 93

constitucional, la atribución de declarar la inconstitucionalidad agrupa no sólo los preceptos legales, abarcando disposiciones que se denominan "*disposiciones normativas con fuerza de ley*" (España) o "*acto con rango de ley*" (Italia), o simplemente "*normativa*", como está establecido en el artículo 93, apartado 1, número 2 de la Ley Fundamental Alemana, y con lo que se alude a decretos del gobierno, estatutos territoriales o reglamentos parlamentarios. O los artículos 139 y 140 de la Ley Constitucional Federal austríaca, que señalan como revisables los decretos, las leyes refundidas, las leyes propiamente tales y los tratados. Además, la regla general es que la resolución de los asuntos de constitucionalidad en el control abstracto de normas es tramitada por los Tribunales Constitucionales en instancia única, sin mediar recursos frente a la decisión adoptada, aun cuando en la mayoría de los casos los actores legitimados son los órganos públicos y no se admite actuar de oficio. Debe agregarse, sin embargo, que en todos esos casos los Tribunales Constitucionales conocen de los recursos de amparo de garantías constitucionales;

OCTAVO: Que incluso en Gran Bretaña, donde por la peculiaridad de su proceso constitucional -basado en el parlamentarismo clásico- no es admisible la revisión de las leyes por parte de un tribunal, existen precedentes de objeciones jurisdiccionales a la formalidad de las leyes, especialmente a las leyes que se conocen como "*leyes privadas*" que conciernen a determinadas personas o grupos de personas, como ayuntamientos o empresas públicas o privadas. En un fallo de la Corte de Apelación de los años setenta se lee la opinión de un juez: "*En mi opinión es función del Tribunal ver que no se abusa del*

procedimiento del Parlamento mismo y que no se saca ventaja indebida de él. Haciendo esto el tribunal no está violando la jurisdicción del mismo Parlamento. Está actuando en ayuda del Parlamento y, podría añadir, en ayuda de la justicia "(Ignacio Torres Muro: El control jurisdiccional de los actos parlamentarios en Inglaterra, en: Revista Española de Derecho Constitucional, volumen 15, número 43, 1995, p. 68);

NOVENO: Que la potestad de la mayoría de los tribunales constitucionales europeos para controlar a posteriori las leyes se ha extendido incluso a la esfera comunitaria, pues el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha ejercido por décadas una especie de control del conjunto de instrumentos jurídicos que han conformado una Constitución no escrita de la Europa comunitaria. Este control se ha ejercido a través del recurso por incumplimiento, del recurso de anulación, del recurso por omisión y de las cuestiones prejudiciales. Esta actividad jurisdiccional supranacional ha sido entendida como control de constitucionalidad *"en la medida en que posibilita la revisión de la conformidad de los actos normativos de carácter general con los Tratados constitutivos"* (José Ignacio Martínez Estay: El sistema europeo-continental de justicia constitucional. El control de constitucionalidad en la Unión Europea, en: Estudios Constitucionales, año 3, N° 2, 2005, p.74);

DÉCIMO: Que con el contexto jurídico comparado descrito, la declaración de inconstitucionalidad en el ordenamiento constitucional chileno presenta similitudes y diferencias. Desde luego, la atribución entregada al Tribunal Constitucional chileno es análoga a la de sus congéneres europeos y a la Corte Suprema de Estados

Unidos en su capacidad para revisar una ley según su compatibilidad con la Constitución. Se trata de una de las características más innovadoras desde el punto de la doctrina y del derecho constitucional de los últimos dos siglos, pues relativiza formalmente el poder de los órganos legitimados por el principio de la soberanía popular para dictar, reformar y derogar las leyes. Esta innovación, debatida durante mucho tiempo, es hoy en día no sólo aceptada, sino que elogiada en el debate jurídico constitucional. Esta consolidación la resume la doctrina, refiriéndose al caso alemán: *“Es ésa la vía, por un lado, por la que se depura el ordenamiento jurídico, expulsando de su seno las normas inconstitucionales, y, por otro, es un procedimiento típico de garantía y de control de los derechos de las minorías, en particular de los de la oposición parlamentaria, frente a los proyectos aprobados por la mayoría.”*(Rainer Grote: El Tribunal Constitucional Alemán como Supremo Guardián de la Constitución, en: Universidad de Chile/Heidelberg Center para América Latina, et. al. (Editores): Estado de Derecho y Reformas a la Justicia, Santiago de Chile, 2005, p. 159);

DECIMOPRIMERO: Que una segunda coincidencia del ordenamiento chileno con gran parte de las instituciones comparadas se presenta en el carácter abstracto de este control. En palabras de la doctrina: *“El recurso de inconstitucionalidad es un control abstracto, es decir, un control de constitucionalidad de la norma independientemente de la aplicación de la misma a un caso concreto”* (Javier Pérez Royo: Curso de Derecho Constitucional, Marcial Pons, Madrid, 2007, undécima edición, p. 810).

Sin embargo, se ha observado, por parte de los expertos, que en ningún otro ordenamiento se establece la vinculación que en nuestro ordenamiento se prevé entre las declaraciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, en términos de requisito para la procedencia del recurso, cuya naturaleza será examinada en esta sentencia. Esta circunstancia limita la posibilidad de situar rigurosamente nuestra institución en una perspectiva comparativa (Lautaro Ríos: Análisis crítico de la acción de inconstitucionalidad en el derecho chileno, con referencias al derecho comparado, en: Konrad Adenauer Stiftung: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009, Montevideo, 2009, pp. 349-365);

B. EL SUSTENTO JURÍDICO POSITIVO DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE UN PRECEPTO LEGAL EN CHILE.

DECIMOSEGUNDO: Que el artículo 93, inciso primero, número 7°, de la Constitución Política establece que es atribución del Tribunal Constitucional: *“Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior”;*

DECIMOTERCERO: Que el inciso duodécimo del mismo artículo 93 señala: *“Una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6° de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio”;*

DECIMOCUARTO: Que el inciso tercero del artículo 94 de la Constitución establece: *“En el caso del N° 16° del artículo 93, el decreto supremo impugnado quedará sin efecto de pleno derecho, con el solo mérito de la sentencia del Tribunal que acoja el reclamo. No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”*;

DECIMOQUINTO: Que el Párrafo 7 del Título II del Capítulo II de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, reformada por la Ley N° 20.381, de fecha 28 de octubre de 2009, dispone las normas a las que debe ajustarse la tramitación de las *“Cuestiones de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable”*, señalándose en el artículo 47 O: *“En los casos en que el Tribunal proceda de oficio, así lo declarará en una resolución preliminar fundada, que individualizará la sentencia de inaplicabilidad que le sirve de sustento y las disposiciones constitucionales transgredidas”*;

DECIMOSEXTO: Que el artículo 47 V del cuerpo legal citado agrega: *“La declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas deberá fundarse únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento”*;

DECIMOSÉPTIMO: Que, asimismo, el artículo 47 W de la misma ley dispone: *“La sentencia que se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de todo o parte de un precepto*

legal, será publicada en la forma y plazo establecidos en el artículo 31 bis. El precepto declarado inconstitucional se entenderá derogado desde la fecha de la publicación en el Diario Oficial, sin efecto retroactivo”;

DECIMOCTAVO: Que en la sentencia de esta Magistratura recaída sobre el control obligatorio del proyecto de ley que modificó la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, Rol 1288, se señaló, en su considerando N° 14, que la oración *“la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento”*, del mencionado artículo 47 V, entre otras similares de distintos artículos de la misma ley, *“son constitucionales en el entendido que aluden a la o a las sentencias de inaplicabilidad en que se base la cuestión promovida o se funde la resolución preliminar o la declaración de inconstitucionalidad a que ellos se refieren, puesto que dichas sentencias pueden ser una o varias”;*

C. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE UN PRECEPTO LEGAL.

DECIMONOVENO: Que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable, establecida en el número 7° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución, ha sido uniformemente descrita e interpretada a través de la jurisprudencia de esta Magistratura;

VIGÉSIMO: Que el 26 de marzo de 2007, el Tribunal Constitucional dictó sentencia en la causa Rol 681, declarando, por primera vez en la historia constitucional

de Chile, la inconstitucionalidad de un precepto jurídico -el artículo 116 del Código Tributario-. Sobre el contenido y alcance de la facultad ejercida, la sentencia señaló que esta *“nueva atribución conferida al Tribunal Constitucional, tiene directa relación con los principios de supremacía constitucional, de concentración de la justicia constitucional y de igualdad ante la ley”*, agregándose, en el considerando sexto que se transcribe, que ella *“afecta, al mismo tiempo, el principio de certeza jurídica”*;

VIGESIMOPRIMERO: Que en la misma sentencia este Tribunal advirtió que la declaración de inconstitucionalidad *“en nada vulnera sino que, por el contrario, refleja y garantiza el necesario respeto hacia la labor de los órganos colegisladores y la plena eficacia de la presunción de constitucionalidad de la ley generada por los órganos legitimados para ello dentro de un Estado democrático”*. En esta línea de razonamiento, en el mismo considerando séptimo de la sentencia que se cita se señala que esta competencia del Tribunal *“procura regular el correcto funcionamiento y la eficacia del Estado de Derecho, lográndose con ello el fortalecimiento constante de los frenos y contrapesos en el actuar de los órganos del Estado en forma compatible con aquella división de funciones prevista en los artículos 6° y 7° de la Constitución”*;

VIGESIMOSEGUNDO: Que la envergadura de esta nueva atribución del Tribunal Constitucional y la repercusión que su ejercicio produce en el ordenamiento jurídico han sido asumidas nítidamente por la jurisprudencia producida por esta Magistratura. En efecto, en sentencia de fecha 5 de junio de 2007, recaída en causa Rol 558, que rechazó

la acción de inconstitucionalidad formulada respecto del artículo 416 del Código Procesal Penal, esta Magistratura sostuvo que *“es indiscutible que dicha declaración constituye el último recurso para asegurar la supremacía constitucional, desde que implica no sólo la anulación o derogación de un acto emanado de un órgano legislativo -expresión éste (sic) irrecusable de la soberanía popular- , sino que conlleva un cierto grado de inseguridad jurídica ante el vacío normativo que se produce por la desaparición de la norma jurídica naturalmente destinada a regular inmediatamente las conductas, cuyo reemplazo es incierto”*, agregándose en el mismo fallo que: *“Una decisión de tal envergadura requiere la ponderación 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 en 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”*;

VIGESIMOTERCERO: Que en sentencia de 26 de mayo de 2009, en causa Rol 1345, que declaró la inconstitucionalidad de determinadas expresiones del artículo 171 del Código Sanitario, esta Magistratura diferenció nítidamente entre la atribución de la cual dispone para resolver sobre la inconstitucionalidad de un precepto legal y aquella que lo habilita para resolver su inaplicabilidad por inconstitucionalidad en una gestión judicial pendiente, sosteniendo que *“los exámenes propios de la acción de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad, tanto por su regulación constitucional como por sus efectos en las respectivas*

sentencias, son de naturaleza diversa. Así, el primero exige examinar si la concreta aplicación de un precepto legal a un caso determinado -que constituye la gestión pendiente- es capaz de producir en él un resultado contrario a la Constitución, mismo que la sentencia debe evitar, declarando inaplicable la norma para ese solo caso. En cambio, el juicio que ha de emitirse en una acción de inconstitucionalidad exige, por los mismos efectos generales del fallo, un análisis abstracto, siendo procedente acoger la acción sólo si se concluye que el texto legal, en cualquier circunstancia y cualquiera sea la interpretación que de él se haga, infringe la Carta Fundamental. Por lo mismo, este Tribunal ha sostenido que no constituye un deber, sino una facultad declarar inconstitucional un precepto previamente declarado inaplicable”;

D. LA HISTORIA FIDEDIGNA DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

VIGESIMOCUARTO: Que el instituto de la inconstitucionalidad como control abstracto de un precepto legal vigente con efectos generales, ya encontró gérmenes durante la redacción del proyecto de Constitución que vino a dictarse en 1980. En efecto, hubo dos intentos concretos para introducirlo a través de un artículo propuesto por la Subcomisión de Justicia de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución y mediante un artículo introducido en el Anteproyecto que la mencionada Comisión elevó al Consejo de Estado. El primero de estos artículos, que llevaba el número 86 bis, referido a la inaplicabilidad como atribución de la Corte Suprema, disponía que *“después de tres fallos, en un*

mismo sentido, acogiendo el recurso, la inaplicabilidad producirá efectos generales". La segunda disposición, que reemplazaba a la anterior, convertida en artículo 88 N° 12, entregaba al Tribunal Constitucional la atribución de *"declarar con efectos generales la inconstitucionalidad de un precepto de acuerdo a lo prescrito en el inciso final de este artículo"*, el que, a su vez, disponía que la Corte Suprema deberá requerir el pronunciamiento del Tribunal Constitucional cuando haya declarado la inaplicabilidad de un precepto en tres fallos uniformes y consecutivos. Agregaba que si el Tribunal declaraba que tal precepto se ajustaba a la Constitución, no podía volver a declararlo inaplicable (Enrique Navarro Beltrán: Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad de las leyes, en: Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año X, N° 10, 2006, pp. 65-66);

VIGESIMOQUINTO: Que esta modalidad de control fue reiterada por la Corte Suprema en el informe enviado a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado durante el primer trámite de la discusión de las reformas constitucionales de 2005: *"(la Corte) fue de parecer que el recurso de inaplicabilidad existente, en la forma como se encuentra concebido, debe continuar siendo de la competencia de la Corte Suprema, sin perjuicio de las innovaciones adecuatorias que podrían formularsele. Como sería, por ejemplo, que después de tres fallos uniformes que acojan la inconstitucionalidad de un precepto legal, la Corte comunique el antecedente al Tribunal Constitucional para los efectos sancionatorios de carácter general que también deberían establecerse. La modificación constitucional a este respecto sería, en consecuencia, menor, más simple y de la misma efectividad que la*

insinuada" (Emilio Pfeffer Urquiaga: Reformas Constitucionales 2005. Antecedentes-Debates-Informes, Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 380);

VIGESIMOSEXTO: Que una variante de esa proposición fue reiterada durante la discusión de la reforma constitucional de 2005, a través de la comparecencia del entonces Ministro del Tribunal Constitucional, señor Eugenio Valenzuela Somarriva, en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en el primer trámite legislativo, quien sugirió que *"después de tres fallos uniformes (del Tribunal Constitucional), en recursos de inaplicabilidad distintos, nacería la segunda acción, la de inconstitucionalidad. Si ésta se acoge, traería como consecuencia que la ley quede sin efecto con carácter general"*;

VIGESIMOSÉPTIMO: Que en comparecencia similar, el entonces Ministro del Tribunal Constitucional, señor Juan Colombo Campbell, abogó por conferir a la sentencia que declare la inconstitucionalidad el efecto de *"expulsar la norma del ordenamiento jurídico"*, agregando que este cambio puede parecer radical, pero no vulnera atribuciones de los poderes Legislativo y Ejecutivo. Por el contrario, señaló, *"proporciona la eficacia con la que los propios legisladores quieren dotar al Tribunal, además de constituirlo en un verdadero guardián de la Constitución"*. En una segunda comparecencia, el Ministro señor Valenzuela Somarriva profundizó su opinión respecto de los efectos, rechazando la derogación de la norma una vez declarada su inconstitucionalidad: *"El criterio es que hay una inconstitucionalidad y no una derogación. Esa es la correcta doctrina, porque la inconstitucionalidad y*

la derogación son dos institutos jurídicos diferentes y la inconstitucionalidad es siempre previa a la derogación. Para que haya derogación tácita es necesario que dos textos se contrapongan y desde el momento en que los textos legal y constitucional se contraponen ya se generó el vicio de inconstitucionalidad. En consecuencia, la derogación no tiene sentido; hay derechamente una inconstitucionalidad y no una derogación” (Emilio Pfeffer Urquiaga: ob.cit., pp. 375, 379 y 384).

De lo expresado anteriormente, debe concluirse que el artículo 94 de la Constitución, al referirse a los efectos de la declaración de inconstitucionalidad, y señalar que la norma declarada inconstitucional se entenderá derogada, alude a una especie de derogación *sui generis*, que debe distinguirse de la derogación efectuada por el legislador, toda vez que no responde a razones de mérito sino a la verificación de un vicio constitucional de orden público; por lo mismo, un efecto ultractivo de las normas derogadas es limitado y sólo opera para el futuro;

VIGESIMOCTAVO: Que el veto N° 18 del Presidente de la República sobre la reforma constitucional describió la envergadura de la nueva atribución del Tribunal Constitucional con los siguientes términos: *“el acto que caracteriza la expresión moderna de los Tribunales Constitucionales radica en su capacidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley. Este poder ha sido cuestionado doctrinariamente por constituir un poder contramayoritario o un contrapoder democrático. No obstante, como reseña un autor, es perfectamente conciliable con la democracia, puesto que, a diferencia de los demás órganos del Estado, que existen para algo,*

la tarea del Tribunal Constitucional no es hacer el bien, sino evitar que se haga el mal, entendido éste como la actuación de los demás poderes al margen de lo previsto en la Constitución. Es un órgano defensivo del Estado Democrático frente a su posible desnaturalización. Por lo mismo, en su tarea de declarar la inconstitucionalidad ha de actuar con la debida prudencia y ejercicio de la última ratio que dicha fórmula exige”;

E. LA RELACIÓN ENTRE LAS DECLARACIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD Y DE INAPLICABILIDAD.

VIGESIMONOVENO: Que, como ya se ha señalado en los considerandos vigesimoprimeros a vigesimoterceros de esta sentencia, el constituyente y el legislador orgánico vincularon la declaración de inconstitucionalidad con la de inaplicabilidad, tanto en su relación de existencia como en su contenido. Por una parte, la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal es condición *sine qua non* para que el mismo precepto sea declarado inconstitucional. Por otra parte, la declaración de inconstitucionalidad debe fundarse únicamente en los preceptos constitucionales considerados trasgredidos por la sentencia de inaplicabilidad previa que le da sustento;

TRIGÉSIMO: Que la primera dimensión de la vinculación señalada entrega una base de certeza respecto a los antecedentes que obran en poder de la Magistratura para acometer una decisión de la envergadura de expulsar el precepto del ordenamiento jurídico. Como se ha señalado por la doctrina desde esta Magistratura: *“Ciertamente es que la declaración de inconstitucionalidad supone que, previamente, el precepto legal impugnado haya sido declarado inaplicable por el mismo Tribunal, pero debe*

considerarse, al mismo tiempo, que la inconstitucionalidad sólo procederá si, desde ninguna perspectiva o interpretación, es posible conciliar el aludido precepto con la Carta Fundamental. De aquí se deduce que las declaraciones previas de inaplicabilidad no importan una inconstitucionalidad automática” (Marisol Peña Torres: Cuatro Estudios de Justicia Constitucional, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 36, p. 37);

TRIGESIMOPRIMERO: Que, sin embargo, la vinculación entre ambas instituciones adiciona al examen de constitucionalidad la exigencia, no usual en el derecho comparado, de condicionar el control abstracto al control concreto de constitucionalidad, aun cuando, como se ha explicado en el considerando vigesimotercero de esta sentencia, se trata de dos facultades jurisdiccionales de distinta naturaleza. No sólo la inaplicabilidad se refiere a una gestión judicial pendiente, esto es, a un caso concreto que conoce la judicatura, sino que su verificación se produce después de examinar los resultados que tendrá la aplicación del precepto cuestionado. La inconstitucionalidad, por su parte, no se encuentra definida en la Constitución ni en la ley orgánica. Sus contornos son definidos por la atribución que el número 7° del inciso primero del artículo 93 de la Ley Fundamental entrega al Tribunal Constitucional para autorizar su declaración respecto de un precepto legal ya declarado inaplicable, así como por el inciso decimosegundo del mismo artículo, que determina el procedimiento para su tratamiento, y por el efecto derogatorio, compartido con otras declaraciones, que se le atribuye en el tercer inciso del artículo 94 de la Constitución. Esas tres reglas determinan que la

inconstitucionalidad sea un control abstracto y con efecto *erga omnes*;

TRIGESIMOSEGUNDO: Que la situación descrita sobre las relaciones entre la inconstitucionalidad y la inaplicabilidad introduce, inevitablemente, en el examen abstracto de inconstitucionalidad que nos ocupa en autos, el examen concreto de las sentencias que sirven de apoyo al proceso. Esta imposibilidad práctica de separar ambos controles se hace más evidente con la segunda dimensión de la relación entre ambos institutos sobre la delimitación en la infracción de las disposiciones constitucionales vulneradas;

TRIGESIMOTERCERO: Que la declaración de inconstitucionalidad debe recaer sobre los mismos artículos de la Constitución invocados en las resoluciones previas de inaplicabilidad. Sin embargo, debe considerarse que tal infracción ha recaído sobre la aplicación del precepto cuestionado en un caso concreto, en una gestión pendiente, razón por la cual el Tribunal, al ejercer control abstracto de constitucionalidad no puede limitarse a reproducir los mismos razonamientos y análisis efectuados en el análisis de los casos concretos;

F. LA VOZ "PRECEPTO LEGAL" EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

TRIGESIMOCUARTO: Que la voz *precepto legal* empleada en las disposiciones constitucionales y legales que conciernen a la materia de autos, ha sido objeto de abundante tratamiento en los fallos de esta Magistratura (sentencias roles N°s. 626, 944, 1254, 1345, 1416 y 1535);

TRIGESIMOQUINTO: Que en el fallo recaído en la causa de inaplicabilidad Rol 626, este Tribunal declaró: *“Ni la Constitución ni la ley definen lo que es un precepto (legal), término que acota lo que esta Magistratura puede declarar inaplicable. La doctrina y la jurisprudencia no han dudado que tal expresión es equivalente a la de “norma jurídica” (de rango legal). Así, la Corte Suprema señaló, más de una vez, que el término precepto legal es indicativo “de una norma o artículo de algún precepto legal; esto es, de una regla a la que debe ajustarse la conducta humana”;*

TRIGESIMOSEXTO: Que resulta necesario señalar en primer lugar que la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, alude en su artículo 47 W a *“la sentencia que se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de todo o parte de un precepto legal”*, precisando así el ámbito en el que puede recaer la decisión de autos. Desde luego, la declaración de inconstitucionalidad resuelta en la causa Rol 1254, respecto del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, recayó sobre una expresión, una palabra del mencionado precepto, la voz *“gratuitamente”*, misma a la que se habían restringido las declaraciones previas de inaplicabilidad que le dieron sustento;

TRIGESIMOSÉPTIMO: Que en los considerandos decimoprimeros al decimotercero de la sentencia recién citada, se especifica el entendimiento sobre la expresión *precepto legal* que sustenta esta Magistratura en los términos siguientes: *“Que, como ya se ha sentenciado, la expresión precepto legal es equivalente a la de norma jurídica con rango legal, la que puede estar contenida en una parte, en todo un artículo o en varios en que el*

legislador agrupa las disposiciones de una ley. Así, se ha razonado que “una unidad de lenguaje debe ser considerada un precepto legal a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución (roles N°s 626/2007 y 944/2008)”. De este modo, para que una unidad lingüística pueda ser considerada un precepto legal de aquellos a que alude el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa sino que se baste a sí misma”;

TRIGESIMOCTAVO: Que en la sentencia Rol 626 esta Magistratura agregó la siguiente precisión sobre el alcance de la expresión “precepto legal”: *“En consecuencia, es efectivo que un precepto legal puede ser sólo una parte del enunciado normativo que compone un mismo artículo o inciso de una ley y es perfectamente posible que el precepto que resulta contrario a la Constitución sea una parte del artículo o sólo una parte del inciso”;*

TRIGESIMONOVENO: Que, en consecuencia, la voz “precepto legal” a la que aluden los números 6° y 7° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución y, en especial, los artículos 47 V y 47 W de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura, y a la que debe ajustarse el tratamiento de la cuestión de autos, no debe, necesariamente, abarcar el texto de un artículo completo, manteniéndose como *“una unidad lingüística que establezca las conductas que hacen debida la consecuencia, los sujetos obligados y las consecuencias mismas”* (considerando séptimo de la sentencia interlocutoria de inadmisibilidad en la causa Rol 626);

G. SOBRE LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

CUADRAGÉSIMO: Que los efectos de todas las sentencias del Tribunal Constitucional, especialmente de aquellas que, como en la especie, resuelvan una cuestión de constitucionalidad, deben entenderse a la luz del principio de la **supremacía constitucional** consagrado en el artículo 6° de la Constitución, especialmente desde dos perspectivas fundamentales. Por una parte, el deber de observancia que a ella deben los titulares e integrantes de los órganos del Estado y, por la otra, su irradiación a toda persona, institución o grupo. El sustento de esta segunda perspectiva es que la comunidad tiene también *“el deber de reconocer, respetar y amparar los derechos fundamentales de sus integrantes, sometiéndose tanto a su soberanía y a las autoridades legítimas que la ejerzan, como a los principios democrático y de juridicidad”* (Jorge Reyes Riveros: La Supremacía Constitucional en Chile, en: Revista de Derecho de la Universidad Finis Terrae, Año XI, N° 11, 2007, p. 110);

CUEDRAGESIMOPRIMERO: Que los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional de Chile, después de su transformación a través de la reforma constitucional de 2005, han sido objeto de varios estudios en la doctrina nacional. En el último de ellos, se lee: *“Así queda expresamente consagrado en el texto constitucional que las sentencias del Tribunal Constitucional producen efecto ex nunc desde su publicación en el Diario Oficial. Así, ni el legislador orgánico constitucional ni el Tribunal Constitucional podrán dar efecto retroactivo a las sentencias del juez*

constitucional que expulsen preceptos jurídicos de nuestro ordenamiento jurídico por inconstitucionales”.

“La Constitución no asume la hipótesis de desvincular la decisión de separar el precepto jurídico inconstitucional del ordenamiento jurídico de la determinación de qué pasa con los actos jurídicos desarrollados mientras el precepto expulsado del ordenamiento tuvo vigencia”.

“Los efectos del precepto jurídico determinado como inconstitucional es un problema empírico que no se encuentra resuelto por la decisión de inconstitucionalidad y tampoco por la resolución que priva de eficacia al precepto inconstitucional hacia el futuro, lo que significa un pronunciamiento sobre borrar o validar los efectos cumplidos en el pasado, lo que debe ser decidido por el juez constitucional, ya que la sentencia constitucional ocupa el lugar dejado por el precepto jurídico inconstitucional y nulo” (Humberto Nogueira: La Sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: Análisis y reflexiones jurídicas, en: Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, 2010, pp. 79-116);

CUADRAGESIMOSEGUNDO: Que las decisiones del Tribunal Constitucional están obligadas a fallarse *“de acuerdo a derecho”*, según el nítido mandato del artículo 92 de la Constitución, sin perjuicio de que deben ser adoptadas por sus miembros a la luz del sitio que le otorga el ordenamiento jurídico.

En efecto, no es ajeno a la atención de esta Magistratura que a ella le cabe la función de ser lo que los especialistas denominan el *“órgano de cierre del ordenamiento jurídico”*, pues, junto con interpretar la

Carta Fundamental, sus decisiones no pueden ser impugnadas ni revisadas. En consecuencia, todas las implicancias de sus resoluciones que se extiendan a la seguridad jurídica, a la eficacia de las normas, así como a la coherencia de todo el ordenamiento jurídico, se incorporan en la ponderación global que acompaña a sus fallos (Humberto Nogueira: El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional de Chile y los efectos de sus sentencias, en: Konrad Adenauer Stiftung: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006, Montevideo, 2006, pp. 454-455);

CUADRAGESIMOTERCERO: Que, igualmente, como lo ha destacado el ex magistrado del Tribunal Constitucional Federal alemán, Dieter Grimm, *“frecuentemente la pregunta por la función (del Tribunal Constitucional) es reducida a la alternativa entre derecho y política. Empero estos términos opuestos parecen ser demasiados gruesos para abarcar la jurisdicción constitucional. En gran medida el derecho constitucional requiere ser concretado y desarrollado debido a su carácter de principio y de compromiso”* (Dieter Grimm: Jurisdicción Constitucional, en: Dieter Nohlen (ed.): Diccionario de Ciencia Política, Editorial Porrúa, México, tomo II, 2006);

CUADRAGESIMOCUARTO: Que es posible, en consecuencia, que las decisiones del Tribunal Constitucional tengan un impacto político o económico, o social, o cultural inevitable, lo que no significa que tales decisiones hayan sido políticas o económicas o culturales. Las decisiones del Tribunal Constitucional son todas estrictamente jurídicas, sin perjuicio de la naturaleza del impacto que produzcan, sea político, económico,

social o cultural. Visto el problema desde otra perspectiva, al adoptar una decisión el Tribunal puede tener plena conciencia del impacto extrajurídico que puede producir, pero tal convicción no puede inhibirlo de resolver el asunto que ha reclamado su intervención, sea que actúe de oficio o a requerimiento de persona u órgano legitimado;

CUADRAGESIMOQUINTO: Que, considerando los efectos extrajurídicos que inevitablemente pueden producir las sentencias del Tribunal Constitucional, es indispensable mencionar el rol de *legislador negativo*, de *órgano defensivo*, o de *guardián de la Constitución* que esta clase de magistraturas cumplen en los respectivos ordenamientos constitucionales y que tienen expresión en el derecho chileno. En efecto, la generalidad de los tribunales constitucionales decide sobre lo que **no** se debe hacer en un Estado, resguardan el orden constitucional, garantizan la supremacía constitucional y, en tal sentido, son defensivos;

CUADRAGESIMOSEXTO: Que lo expresado contrasta con una función propositiva o activa que en algunos casos europeos el ordenamiento permite. El Tribunal Constitucional de Chile puede declarar que un precepto jurídico vulnera la Constitución y, en consecuencia, producirse su derogación. O sea, la desaparición del ordenamiento desde la fecha de la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que así lo ordena. Sin embargo, una vez adoptada tal resolución, a esta Magistratura no le está dada la atribución de señalar al colegislador cuál debiera ser la norma que reemplace al precepto derogado. Este Tribunal no es colegislador. Y la apreciación que sobre las bondades o carencias de este

criterio pudiera formularse, tampoco es de su competencia;

CUADRAGESIMOSÉPTIMO: Que asociar la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal con un efecto jurídico negativo lleva inherente la interrogante sobre su propia existencia y conveniencia. En efecto, la declaración de inconstitucionalidad se verifica sobre un precepto vigente, que se encuentra cumpliendo una función jurídica, tanto que sobre él ha debido recaer previamente una sentencia de inaplicabilidad en una gestión pendiente en la que su aplicación podía ser decisiva para resolver el asunto controvertido. Si el ordenamiento jurídico permite esta situación, es porque su verificación no amenaza su existencia o su eficacia, sino, más bien, contribuye a su sana depuración;

CUADRAGESIMOCTAVO: Que la eventual antinomia entre derogación y nulidad, ocasionalmente válida en el derecho común sustantivo y procesal, presenta matices específicos en la jurisdicción constitucional. La doctrina chilena advirtió sobre esta materia recién aprobada la reforma constitucional de 2005 y antes de resolverse la primera declaración de inconstitucionalidad por parte de esta Magistratura. Un destacado exponente de la doctrina lo expresó de este modo: *“la derogación y la anulación (inconstitucionalidad) no son conceptos homologables, ya que pertenecen a ámbitos distintos: el primero a la producción de normas (actos estatales) de un ordenamiento y el segundo al control de normas”*. Esta conclusión doctrinaria la obtiene el autor después de efectuar un análisis sobre el nuevo instituto de la inconstitucionalidad en el derecho chileno: *“A nuestro juicio la inconstitucionalidad es una sanción específica*

en el género de las nulidades en Derecho Público, que opera por infracción de la Constitución, y que en cuanto parte integrante de un sistema de garantías configura la jurisdicción constitucional” (Francisco Zúñiga Urbina: Control de Constitucionalidad y Sentencia, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 34, año 2006, p. 107);

CUADRAGESIMONOVENO: Que respecto de esta misma materia, la constitucionalista y ex ministra de esta Magistratura, profesora Luz Bulnes Aldunate, ha señalado: *“en el proceso de la reforma constitucional se debatió sobre el efecto derogatorio y el de nulidad de la norma declarada inconstitucional. La derogación se diferencia de la nulidad en que se produce al momento de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial y no afecta los derechos adquiridos bajo el amparo de la ley inconstitucional; la nulidad en cambio opera con efecto retroactivo y puede afectar a tales derechos. En conformidad con el nuevo artículo 94 la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal produce la eliminación de la norma del ordenamiento jurídico desde la fecha de la publicación de la misma. Este punto tiene gran importancia, pues de él depende la posibilidad de adquirir y mantener derechos que nacieron al amparo de la ley inconstitucional” (Luz Bulnes Aldunate: Los recursos de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad en la reforma constitucional, en: Revista Actualidad Jurídica, N° 13, enero de 2006, pp. 113-114);*

II. EL PRECEPTO LEGAL SOMETIDO A DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

A. EL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY N° 18.933.

QUINCUAGÉSIMO: Que el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que corresponde al artículo 199 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N° 2.763, de 1979, y de las leyes 18.933 y 18.469, dispone 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.”;

QUINCAGESIMOPRIMERO: Que, como se observa, el artículo 38 ter transcrito constituye una norma de estructura compleja, destinada a regular una serie de materias sobre la determinación del precio de los planes de salud contratados con las Instituciones de Salud Previsional, no sólo vinculadas estrechamente entre sí, sino también con otras disposiciones de la Ley N° 18.933. Tales características determinan que el examen de constitucionalidad de autos debe distinguir entre los

diferentes aspectos que el precepto trata y tener en cuenta el efecto que una decisión de inconstitucionalidad tendría en las otras normas de la ley vinculadas con él;

QUINCUAGESIMOSEGUNDO: Que el primer inciso de ese artículo está destinado a establecer el procedimiento para determinar el precio del plan de salud que cada afiliado está obligado a pagar a la respectiva Isapre, aun cuando contempla un componente dispuesto en el artículo 38 bis de la misma ley -correspondiente al artículo 198 del texto refundido de la ley- al que se aplican los factores que corresponden a cada beneficiario de acuerdo a la respectiva tabla;

QUINCUAGESIMOTERCERO: Que, dado que el artículo 38 bis al que alude el artículo 38 ter no se encuentra sujeto al examen de constitucionalidad de autos, el pronunciamiento de esta Magistratura no puede recaer sobre el precio base cuya determinación aquél regula, sino sobre los factores resultantes de las respectivas tablas;

QUINCUAGESIMOCUARTO: Que la tabla de factores aludida es aquella definida en la letra n) del artículo 2° de la Ley N° 18.933, actual artículo 170 en el texto refundido de dicha legislación (D.F.L. N° 1, de Salud, de 2005), en los términos siguientes:

"Artículo 170.- Para los fines (de la Ley N° 18.933) de este Libro se entenderá:

n) La expresión "tabla de factores" por 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.”;

QUINCUAGESIMOQUINTO: Que en el segundo inciso del artículo 38 ter se dispone la obligación, que recae en la Superintendencia de Salud, de fijar, mediante instrucciones de aplicación general, la estructura de las tablas de factores que deberán utilizar las Isapres en los contratos de salud que ofrezcan a sus afiliados. Como se observa, esta norma no hace sino reiterar lo ya establecido en el artículo 170 citado. Al mismo tiempo, la norma impone que la referida estructura considere los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o de carga, y los rangos de edad que se deban utilizar, conforme, esto último, a las reglas establecidas en su inciso tercero, a las que se hará alusión en seguida;

QUINCUAGESIMOSEXTO: Que en el segundo inciso del artículo 38 ter se dispone la obligación que recae en la Superintendencia de Salud, de fijar, mediante instrucciones de aplicación general, la estructura de las tablas de factores que deberán utilizar las Isapres en los contratos de salud que ofrezcan a sus afiliados. Como se observa, esta norma no hace sino reiterar lo ya establecido en el artículo 170 ya citado. **Esta norma**

faculta a la Superintendencia del ramo para ejercer esta potestad. Para determinar el contenido y los criterios conforme a los cuales ella debe ejercerse, hay que atender a lo prescrito en el inciso siguiente, el cual impone que la referida estructura considere los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o de carga, y los rangos de edad que se deben utilizar conforme a las reglas establecidas en su inciso tercero.

Así, este inciso segundo sólo puede concebirse en relación a los numerales contenidos en el inciso tercero, en el cual se fijan los parámetros que debe considerar la Superintendencia al determinar la estructura de la tabla;

QUINCUAGESIMOSÉPTIMO: Que el tercer inciso del artículo 38 ter establece las reglas a las que debe sujetarse la fijación de los rangos de edad en las instrucciones impartidas por la Superintendencia, de las cuales tres se refieren directamente a los tramos de edad y las otras dos, a criterios de relación entre los factores. La observancia de estas reglas es una condición de ejercicio, tanto de la potestad de la Superintendencia para fijar la estructura de las tablas de factores regulada en el inciso segundo, como de la libre determinación de los factores dentro de la tabla por parte de las Isapres, conforme al inciso cuarto;

QUINCUAGESIMOCTAVO: Que las tres primeras reglas relativas a los rangos de edad están destinadas a fijar tramos según se sigue: i) Un tramo desde el nacimiento hasta menos de dos años, ii) Los tramos que van desde los dos años hasta los ochenta años, según límites de un mínimo de tres años y un máximo de cinco años, y iii) El o los tramos "que correspondan" después de los ochenta años, fijados por la Superintendencia. Debe señalarse que

el segundo grupo de tramos es, en verdad, un amplio espacio etéreo en el que pueden tener cabida entre 15 y 26 tramos, dependiendo de la cantidad de años máxima o mínima establecida en la norma;

QUINCUAGESIMONOVENO: Que en el número 4 del mencionado inciso tercero del artículo 38 ter se establece el primer criterio de relación entre los factores, el cual consiste en entregar a la Superintendencia la facultad de fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de la tabla, diferenciada por sexo;

SEXAGÉSIMO: Que, sin embargo, fue el propio legislador el que fijó dicha relación entre factores para el primer período de diez años, por la Ley N° 20.015, de 17 de mayo de 2005 -la misma legislación que incorporó el artículo 38 ter bajo examen-. En efecto, su artículo segundo transitorio dispone: *“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”*.

SEXAGESIMOPRIMERO: Que la Superintendencia de Salud materializó la facultad que le entrega el precepto legal bajo examen y que especificó el artículo segundo transitorio citado, a través de la Circular N° 6, de 2 de junio de 2005, denominada *“IMPARTE INSTRUCCIONES SOBRE LA ESTRUCTURA DE LAS TABLAS DE FACTORES DE LOS PLANES DE SALUD COMPLEMENTARIOS”*. En dicho instrumento el referido organismo público estableció la estructura de la aludida tabla de factores, fijando los factores más altos y más bajos de acuerdo al tenor legal señalando: *“La relación*

máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla será de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y de hasta 14 veces, en el caso de los hombres, para el período comprendido entre el 1 de julio de 2005 y el 1 de julio de 2015”;

SEXAGESIMOSEGUNDO: Que la correspondencia entre estas dos normas originadas en la misma ley -N° 20.015-, el número 4 del inciso tercero del artículo 38 ter y el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, establece entre ellas un lazo jurídicamente indisoluble, de tal modo que ninguna de ambas cobra vigencia y eficacia sin el complemento de la otra. En efecto, el mandato que la ley le asigna a la Superintendencia del ramo para fijar *“cada diez años la relación máxima entre el factor más alto y el más bajo, diferenciada por sexo”* es inocuo sin la correspondiente determinación cuantitativa de uno y de otro extremo, así como respecto al sexo del beneficiario. Por su parte, ni la ley ni la Superintendencia podrían haber fijado cifras respecto de los mencionados factores sin remitirse al mencionado artículo 38 ter y a la cobertura que proporciona;

SEXAGESIMOTERCERO: Que a resultas de lo expresado y como se detallará, la indisolubilidad señalada presenta a las dos normas involucradas como un todo para los efectos del examen de constitucionalidad de autos;

SEXAGESIMOCUARTO: Que el segundo criterio de relación establecido en este inciso tercero del artículo bajo examen, se refiere a la correspondencia que debe existir entre los beneficiarios de un mismo plan, al señalar que *“en cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo”;*

SEXAGESIMOQUINTO: Que los cuatro incisos siguientes del artículo 38 ter están destinados a regular **la proporcionalidad que deben cumplir los distintos tramos al interior de** las tablas de factores. Primero se establece la libertad de las Isapres para determinar los factores de cada tabla, conforme a lo dispuesto en el inciso tercero ya comentado, **de modo que las reglas que se analizaron también determinan el ejercicio de este derecho. La ley dispone expresamente** la no variabilidad de la tabla de un determinado plan para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos a él, así como también para quienes se incorporen al mismo, a excepción que la modificación signifique una disminución de los factores, autorizada por la Superintendencia y aplicable a todos los planes que la utilicen. **Así, no se reconoce discrecionalidad amplia a las Isapres para determinar los factores de cada tabla, sino sólo en la medida que lo hagan utilizando la tabla de factores estructurada de conformidad a los numerales del inciso tercero. Luego,** los incisos siguientes señalan exigencias sobre el número de tablas, una por cada plan de salud y no más de dos para la totalidad de planes que se comercializan por la respectiva Isapre. Asimismo, conforme a la regulación legal en comento, las Isapres podrán establecer nuevas tablas cada cinco años;

SEXAGESIMOSEXTO: Que el último inciso del artículo 38 ter se refiere a la obligación que periódicamente les cabe a las Isapres, en el sentido de ajustar el factor que corresponda en la respectiva tabla en razón de la edad, aumentándolo o disminuyéndolo, y de comunicar tales variaciones al cotizante;

B. GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 38 TER.

SEXAGESIMOSÉPTIMO: Que esta Magistratura, en sentencia recaída en la causa Rol 1273 destinó los considerandos décimo al decimoséptimo, ambos inclusive, *“a describir la evolución histórica de las disposiciones legales que se han ocupado de regular la revisión del precio de los contratos de salud previsional que ofrecen las Isapres”*, desde la dictación de la primera formulación legal en el Decreto con Fuerza de Ley N°3 de 1981, la que, en lo sustancial, se transcribirá en los considerandos que siguen, por la pertinencia directa que tiene en la especie con el tópico que se abordará en este acápite;

SEXAGESIMOCTAVO: Que el artículo 38 ter bajo examen fue incorporado a la Ley N° 18.933 por el artículo 1°, N° 15, de la Ley N° 20.015 y, por disposición expresa del inciso primero de su artículo 2°, entró en vigencia en el mes de julio del año 2005, fecha coincidente con la del Reglamento a que alude el mismo artículo (Decreto Supremo N° 170, del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial de 28 de enero de 2005);

SEXAGESIMONOVENO: Que el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 1981, del Ministerio de Salud (publicado en el Diario Oficial de 19 de mayo de 1981), que fijó normas para el otorgamiento de prestaciones y beneficios de salud por instituciones de salud previsional, estableció en su artículo 14 que los trabajadores debían suscribir *“un contrato”* con una Isapre que elijan, en el que las *“partes podrán convenir libremente el otorgamiento, forma, modalidad y condiciones de las prestaciones y beneficios para la recuperación de la salud”*.

Como se advierte, en esta primera norma sobre la materia primó la autonomía de la voluntad, sin

establecerse condición alguna para los contratos que contienen los respectivos planes de salud. Nótese, además, que la promulgación de esta legislación es posterior a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1980;

SEPTUAGÉSIMO: Que el referido Decreto con Fuerza de Ley fue derogado por la Ley N° 18.933, en su texto publicado en el Diario Oficial de 9 de marzo del año 1990. En esta ley se contiene un artículo 38, que en su inciso tercero reguló, entre otros aspectos, la revisión de los contratos de salud transcurrido un año de vigencia del contrato, en los términos siguientes: *“las Isapres podrán revisar los contratos de salud que correspondan, pudiendo sólo adecuar sus precios, prestaciones convenidas y naturaleza y el monto de sus beneficios, a condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan, excepto en lo que se refiere a las condiciones particulares pactadas con cada uno de ellos al momento de su incorporación al plan, las que no podrán tener en consideración la edad del afiliado”*.

Conforme a esta norma, se limitó la libertad de las Isapres para establecer condiciones de ajuste del precio de los contratos que éstas ofrecieran a los afiliados, a la regla general de no discriminación dentro de un mismo plan, agregando la especificidad de prohibir que las excepciones a tal regla general se funden en la edad del afiliado;

SEPTUAGESIMOPRIMERO: Que la primera modificación que sufrió el citado artículo fue aprobada por la Ley N° 18.959, publicada en el Diario Oficial el 24 de febrero

de 1990, esto es, con anterioridad a la fecha de publicación de la normativa que dispuso modificar.

Conforme a la alteración aprobada en esta oportunidad, se sustituyó la expresión *“las que no podrán tener en consideración la edad del afiliado”* por la frase *“las revisiones no podrán tener en consideración el estado de salud del afiliado”* como condición para la adecuación anual de los precios de los contratos de salud. De esta manera, esta nueva legislación reemplazó la edad por el estado de salud del afiliado como condición o factor excluido de la revisión del precio de los contratos de salud previsional, formulación que se repetirá en la nueva modificación de la legislación que comentamos, aprobada por la Ley N° 18.964, publicada en el Diario Oficial unos días más tarde (10 de marzo del año 1990). Debe agregarse que el factor edad, si bien fue suprimido como limitación a la discriminación, no fue establecido expresamente como factor a tener en cuenta para fijar el reajuste del precio del plan de salud, lo cual, como veremos, se entendió a posteriori;

SEPTUAGESIMOSEGUNDO: Que, en el año 1995, la Ley N° 19.381 introdujo una nueva modificación al referido artículo 38 de la Ley N° 18.933, agregando, en el inciso tercero de la disposición comentada, que las revisiones de los contratos de salud no sólo no pueden tener en consideración el estado de salud del afiliado, sino que tampoco el de los beneficiarios.

La misma legislación estableció en el inciso quinto del artículo 38 la siguiente disposición: *“No obstante la libertad de las Isapres para adecuar el precio y su obligación de no discriminar en los términos señalados en el inciso tercero, 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”;

SEPTUAGESIMOTERCERO: Que en la Ley N° 19.381 por primera vez aparecen mencionados los criterios de sexo y edad como condiciones o factores determinantes para la fijación del precio de los contratos de salud ya suscritos, contrariamente a lo que, referido a la edad, la normativa aprobada el año 1990 prohibía expresamente. Además, conforme se puede desprender de su texto, tal referencia tiene valor sólo si la edad estuviera considerada como factor de adecuación del precio en un contrato de salud vigente a esa fecha. En la modificación del precepto comentada, queda de manifiesto que la eliminación de la edad como causal de discriminación fue entendida y utilizada como si expresamente hubiese sido establecida como factor de fijación de dicho precio;

SEPTUAGESIMOCUARTO: Que la nueva modificación a la Ley N° 18.933, verificada en el año 2005, por efecto de la Ley N° 20.015 (D.O. de 17.05.05), incorporó el artículo 38 ter, bajo examen de constitucionalidad en estos autos, y, además, aprobó un nuevo texto para el referido artículo 38, en el que se dispuso que 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 también nuevo artículo 38 bis y agregó que, al comunicar la respectiva adecuación del contrato a sus afiliados, las Isapres sólo podrían ofrecer planes que estén disponibles para todos

ellos y que su precio *“deberá corresponder al precio base modificado por las tablas de riesgo según edad y sexo correspondientes”*, **sin que el legislador determinara razonablemente las relaciones y tramos entre los distintos factores;**

SEPTUAGESIMOQUINTO: Que, ahora bien, la evolución legislativa antes referida da cuenta de que de la prohibición expresa de la discriminación y de la consideración de la edad y del sexo como factores determinantes del precio, se pasó a la permisividad de ambos criterios y, en consecuencia, al respaldo a la discriminación basada en ellos;

C. LA ELABORACIÓN LEGISLATIVA DEL ARTÍCULO 38 TER.

SEPTUAGESIMOSEXTO: Que la introducción del artículo 38 ter a la Ley N° 18.933, hecho que, como se ha señalado, ocurrió por disposición expresa de la Ley N° 20.015, es producto de un debate legislativo que se extendió por espacio de tres años, desde que, con fecha 2 de junio de 2002, se presentó en la Cámara de Diputados el respectivo Mensaje como parte de un conjunto de iniciativas legislativas que conformaron una vasta reforma del sector salud en Chile;

SEPTUAGESIMOSÉPTIMO: Que la documentación parlamentaria oficial sobre esta tramitación legislativa da cuenta de las numerosas transformaciones que sufrió el texto del proyecto de ley original, de las opiniones que se entregaron en las diversas instancias de la formación de la ley por parte de los parlamentarios y de los representantes de diversas organizaciones de la sociedad interesadas en esta materia;

SEPTUAGESIMOCTAVO: Que, independientemente de las mencionadas opiniones, durante toda la discusión parlamentaria hubo continuidad respecto de algunos temas y surgió también la preocupación de los intervinientes en cuanto a algunos aspectos en particular. Entre ellos se encuentran la fijación de tarifas, cuya regulación conforme a criterios objetivos y transparentes constituía un objetivo de la nueva legislación, la situación de los cotizantes cautivos y su eventual destino de abandonar el sistema privado de salud si no pueden sufragar sus costos, así como la situación desmedrada y sujetos a discriminación en que quedan determinados segmentos de la población como los menores de dos años, las mujeres en edad fértil y los mayores de edad de ambos sexos. A modo de ejemplo, el entonces Diputado señor Edgardo Riveros en la discusión de la Sala en la Honorable Cámara de Diputados, durante el primer trámite legislativo, el 7 de enero de 2003, se preguntaba si *“¿se cumplen los objetivos como el de no discriminación y no expulsión del sistema a las personas que necesitan atención de salud?”* Y el mismo se respondía que *no se cumplen esos objetivos básicos*. Luego afirmó que *“la discriminación del sistema se presentaba respecto de las mujeres en edad fértil, los adultos mayores y las personas que por largo tiempo cotizaron y han adquirido una enfermedad catastrófica o crónica”*;

SEPTUAGESIMONOVENO: Que el Honorable Diputado señor Patricio Melero, en la misma sesión de la Cámara de Diputados, señalaba: *“En definitiva, la modificación de la ley de Isapres tiene de dulce y de agraz, con algunos aspectos vinculados a la limitación del alza de precios, a los contratos, a la uniformidad de los aranceles, a nuevas facultades de la Superintendencia, en fin, que nos*

parecen positivos; con otros, como la definición del cotizante cautivo, los índices de precios, la integración vertical, la obligación de las instituciones de salud previsional respecto de las isapres que quiebran, que nos parecen inadecuados". El mismo parlamentario, después de haber presentado indicaciones, opinó en la discusión del segundo informe: *"Los objetivos principales que se persiguen con esta iniciativa ya se han anunciado; pero, en lo sustancial, buscan corregir situaciones de discriminación, especialmente en el sentido de limitar las alzas de precio de los contratos de salud";*

OCTOGÉSIMO: Que al discutirse en la sala del Senado el primer informe, el 9 de marzo de 2005, el Senador informante, señor Ruiz-Esquide, señaló, sobre los objetivos de la iniciativa: *"Acotar en la ley en proyecto las alzas de precios de los programas y planes, dentro de una banda estructurada en torno a las variables de precios base y tabla de factores por sexo y edad. Además -señala el proyecto- no podrá ser de más de 1,3 veces el promedio ponderado de los porcentajes en que hayan cambiado los precios bases. A estos efectos, se definen los términos "precios base" y "tabla de factores";*

OCTOGESIMOPRIMERO: Que en el tercer trámite constitucional del mencionado cuerpo legislativo, a propuesta del Senado, se agregaron dos disposiciones nuevas, los artículos 38 bis y 38 ter, en lugar del artículo 38 bis tramitado hasta entonces. Las siguientes fueron las principales innovaciones que presentó la nueva regulación propuesta: *i) limitaciones del alza de precios de los planes a una banda, fijando para ello 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; *ii*) regulación de la tabla de factores en los términos que quedaron en la ley; *iii*) la inclusión de la relación máxima entre el factor más alto y el más bajo de cada tabla para el primer decenio, tal como quedó en el artículo segundo transitorio ya transcrito, señalando que para el período posterior -correspondiente a la regulación permanente- la facultad de fijar tal relación quedaría entregada a la Superintendencia de Salud (Historia de la Ley 20.015, pp. 593, 597, 598 y 605);

OCTOGESIMOSEGUNDO: Que, una vez aprobada la ley, persistieron los puntos de vista sobre los temas en debate arriba descritos, incluso por no haberse incorporado en la decisión. En la discusión en la sala, el 19 de abril de 2005, el Honorable Diputado señor Rossi señaló: *“Este proyecto de ley, lamentablemente, perpetúa la discriminación por sexo y por edad, aunque establece una tabla de factores que modifican el valor del plan. Así, al adulto mayor y a la mujer en edad fértil les seguirá costando más caro su plan. Lo mismo les ocurrirá a los menores de dos años, a los lactantes - que requieren más prestaciones de salud- y a los enfermos crónicos, porque el fondo compensatorio interisapres sólo opera con las patologías Auge”;*

OCTOGESIMOTERCERO: Que en la misma sesión de cierre de la discusión en la Cámara de Diputados, el Honorable Diputado señor Bayo, por su parte, sostuvo: *“Es indudable que la ley que se quiere modificar presenta cuestionamientos en materia de costos de planes; de exclusiones de cobertura en las preexistencias; de cumplimiento de contratos; de cancelación de registro de una isapre y de cómo compensar los riesgos de salud. Lo*

cierto es que la mayor parte de estas materias ya fueron consideradas en el proyecto de ley que aprobamos en primer trámite parlamentario. Pero otras, como la forma de enfrentar los riesgos derivados por diferencias de edad y sexo, no lo fueron”;

III. LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES AFECTADOS POR EL PRECEPTO LEGAL BAJO EXAMEN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

OCTOGESIMOCUARTO: Que los derechos que se encuentran consagrados en las disposiciones constitucionales consideradas trasgredidas por las sentencias previas de inaplicabilidad que dan sustento a este proceso, sólo pueden ser descritos si se enmarcan en su sustrato normativo constitucional -en la dignidad de la persona- y en su pertenencia a la calidad de derechos fundamentales;

A. LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y SU IRRADIACIÓN EN LOS DERECHOS AFECTADOS.

OCTOGESIMOQUINTO: Que el artículo primero de la Constitución señala: *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*. Se trata de una disposición que no sólo encabeza la Carta Fundamental, sino que se irradia en todo su articulado. Consecuentemente, todos los preceptos de la Constitución deben subordinarse a su tenor literal y a su significado. Al referirse al alcance de la citada norma, antes de su reforma en 1999, cuando se reemplazó la expresión *hombres* por *personas*, el tratadista Alejandro Silva Bascuñán señaló que la expresión *“dignidad”* tiene *“su raíz tanto en las consideraciones de las cualidades de la persona humana como en el fin para el cual ha sido creada”*, destacando que tal encabezamiento del articulado de la Constitución

representa el *“reconocimiento de un pilar central de su ordenación que no se mencionaba en las Constituciones precedentes”*(ob. cit., p. 30);

OCTOGESIMOSEXTO: Que, respecto de la misma materia, el tratadista José Luis Cea Egaña sostuvo sobre la aludida disposición constitucional, en lo relativo a la expresión dignidad, que *“toda persona humana, por ser tal y sin más exigencias, nace y ha de convivir con la cualidad de digno, o sea, de trascendente en la historia, sujeto libre e igual al prójimo, cuyo destino es realizar un proyecto de vida, con sello singular o propio”*, agregando que *“el hombre (como equivalente de persona) resulta así un depósito o cúmulo de valores supremos, con los cuales nace y los concreta durante su vida. Entre ellos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le reconoce con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia. Tales son, v. gr., el derecho a la vida y a la integridad, a la defensa jurídica en un proceso justo, a la libertad de conciencia y expresión, a la libertad personal, al trabajo, al descanso, de la protección de la salud y a la propiedad. Pues bien, la dignidad es la fuente de esos atributos naturales.”* (José Luis Cea: Derecho Constitucional Chileno, Ediciones UC, segunda edición actualizada, 2002, p. 170);

OCTOGESIMOSÉPTIMO: Que, como lo declaró esta Magistratura en causa Rol 1287, *“el sistema institucional vigente en Chile se articula en torno de la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, siendo menester poner de relieve que si la Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales,*

lo hace en el entendido de que preexisten a ella; y que, en armonía con lo preceptuado en el artículo 5º, inciso segundo, los órganos públicos y los agentes privados, cada cual en ejercicio de la competencia y facultades que les han conferido, respectivamente, la Constitución y la ley, no sólo están obligados a respetar esos derechos, sino que, además, a protegerlos y promoverlos” (considerando decimoctavo);

OCTOGESIMOCTAVO: Que, asimismo, esta Magistratura señaló en dos de los considerandos de su sentencia recaída en la causa Rol 1273 (cuadragesimoquinto y cuadragesimosexto) que la irradiación de la dignidad de la persona hacia todo el articulado de la Constitución presenta una doble dimensión, como principio y como norma positiva. En la misma sentencia el Tribunal razonó en el sentido de que, sin perjuicio de la singularidad sustantiva y procesal de cada disposición constitucional invocada como vulnerada por el mismo precepto bajo actual examen, los derechos en ellas consagrados *“no pueden considerarse de manera aislada o independiente unos de otros. Al contrario, ellos se manifiestan de manera integrada, constituyendo un entramado de normas y principios cuyo alcance no puede apreciarse correctamente sin considerar una visión de conjunto que los incluya a todos ellos y que, también, incorpore su relación a otras disposiciones y valores constitucionales”* (considerando cuadragesimoséptimo);

B. NOCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

OCTOGESIMONOVENO: Que la definición de derechos fundamentales ha sido abordada a fondo por nuestra doctrina. Como lo señala una reciente obra sobre la materia (Eduardo Aldunate Lizana: Derechos Fundamentales,

LegalPublishing, Santiago de Chile, 2008, pp. 47-48):*“La expresión “derechos fundamentales” apunta a un concepto jurídico. En un sentido general, que es el más difundido, se usa para aludir a aquellos derechos de la persona que han recibido consagración positiva, en particular, a nivel constitucional. Otra postura, en cambio, expone la idea de “derechos fundamentales” como aquellos derechos de los que es titular el hombre, no por graciosa concesión de las normas positivas, sino por el mero hecho de ser hombre. Se trata de aquellos atributos vinculados directamente a la dignidad humana y que constituyen un conjunto limitado en su extensión sólo a aquellos que son condición para la satisfacción de las necesidades inherentes a una vida digna (...) Como una tercera alternativa, se ha propuesto reservar la utilización teórica (como opuesta a dogmática) de la expresión “derechos fundamentales” en un sentido formal o estructural para “aquellos derechos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos, de personas con capacidad de obrar”;*

NONAGÉSIMO: Que los derechos fundamentales son susceptibles de clasificarse en diversas categorías conceptuales según el criterio con que se les analice o se les emplee jurídicamente. Una distinción clásica se da entre igualdades y libertades, como la propuesta para los derechos consagrados en el artículo 19 de la Constitución por Pablo Ruiz-Tagle (*“Una visión democrática y liberal de los derechos fundamentales”*, en: Andrés Bordalí (coord.): *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, LexisNexis, Santiago, 2007, p. 119). Otra diferenciación se presenta entre garantías y derechos, según si la verificación de éstos se encuentra respaldada

material y formalmente en el derecho positivo y si fluyen de la naturaleza humana o de la ley. Una tercera diferenciación que nos interesa, es aquella clásica de la consagración internacional de los derechos fundamentales: políticos, económicos, sociales y culturales. Una cuarta perspectiva es apreciar los derechos fundamentales como derechos subjetivos y *“como componentes del orden constitucional objetivo”* (Humberto Nogueira). Y, por último, la distinción que formula Ferrajoli entre *“derechos fundamentales”* y *“derechos patrimoniales”* (Luigi Ferrajoli: *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 45). Esas cuatro diferenciaciones hasta hace un par de décadas muy nítidas tanto en la doctrina y en la legislación, como en su correlato jurisprudencial, han sufrido importantes innovaciones;

NONAGESIMOPRIMERO: Que, independientemente de las clasificaciones anotadas, la definición de derecho fundamental está vinculada a su verificación positiva. Es lo que Robert Alexy denomina relación entre los conceptos de *norma de derecho fundamental* y *derecho fundamental*: *“Siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga ese derecho. Es dudoso que valga lo inverso”*. Esta diferencia debe acompañarse de otra distinción propuesta por el autor, la existente entre principios y reglas, siendo los principios *“aquellas normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales posibles”*, o sea entendidas como *“mandatos de optimización”*, mientras que *“las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no. Si la regla es válida, entonces de (sic) hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las*

reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible”, concluyendo: “Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio” (Robert Alexy: Teoría de los Derechos Fundamentales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 47, 86-87);

NONAGESIMOSEGUNDO: Que, según el mismo autor citado precedentemente, las diferenciaciones descritas sirven de base para la dilucidación de los conflictos en materia de derechos fundamentales. Si la norma es equivalente a principio, *“no puede ser el caso que valgan dos juicios concretos de deber ser recíprocamente contradictorios”*. Y si no se introduce una cláusula de excepción, hay que declarar inválida por lo menos una de las reglas. En la colisión de principios, por su parte, *“uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción”* y el criterio para tal dilucidación debe ser la ponderación (ob. cit., pp. 88-89). En otra obra, Alexy es muy conciso sobre el punto: *“...la forma de aplicación de los principios es la ponderación. Esta es la estructura preferible para una teoría de la justicia. Permite la consideración adecuada de todos los puntos de vista, que es uno de los postulados fundamentales de la racionalidad. De ese modo, se puede intentar obtener en ella un equilibrio razonable entre los derechos de libertad liberales y los derechos sociales en un catálogo de derechos fundamentales”* (Robert Alexy: La Institucionalización de la Justicia, Editorial Comares, Granada, 2010, p. 59);

NONAGESIMOTERCERO: Que los derechos consagrados en las disposiciones constitucionales que se estimaron vulneradas por la aplicación concreta del artículo 38 ter en las sentencias de inaplicabilidad que dan sustento al proceso de autos, esto es, aquellos que aseguran a toda persona los numerales 2°, 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución, son: a) fundamentales, apegándose a los citados criterios entregados por la doctrina, y b) corresponden a lo que Alexy denomina normas de principios, esto es, mandatos de optimización, cuya dilucidación en caso de conflicto debe ser abordada con el criterio de la ponderación;

NONAGESIMOCUARTO: Que en lo concerniente a la presencia de los derechos fundamentales como derecho positivo en Chile, en la más amplia obra de la doctrina nacional sobre la materia (Humberto Nogueira Alcalá: Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, CECOCH, Santiago de Chile, 2008-2009, tres tomos), el autor señala por una parte: *“La Constitución enuncia los derechos fundamentales asegurados por ella, delimitando los derechos, fijando sus atributos, los elementos subjetivos y objetivos que los identifican”* (Tomo 1, p. 86) y, por la otra, en lo que atañe a los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social: *“En tal perspectiva, los derechos fundamentales sociales se presentan en el sistema jurídico chileno como principios, reglas y parámetros hermenéuticos del orden constitucional, del mismo nivel jurídico y con la misma eficacia que los derechos civiles y políticos, encontrándose en un mismo artículo constitucional, el artículo 19, fortalecidos por el artículo 5°, inciso segundo, de la Carta Fundamental(...)A ello debe agregarse el artículo 6° de nuestra Constitución, que otorga fuerza*

normativa y aplicabilidad directa a los enunciados normativos constitucionales, salvo que el propio texto constitucional disponga otra cosa” (Tomo 3, p. 26);

NONAGESIMOQUINTO: Que los derechos fundamentales sociales no sólo se han consolidado en su establecimiento normativo y en su garantización positiva, sino que en el actual debate jurisdiccional constitucional se discute su justiciabilidad, precisamente a partir de casos de revisiones judiciales del derecho a la salud acaecidos en varios países (Rodolfo Figueroa García Huidobro: Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión teórica, en: Revista Chilena de Derecho, 36, 3, 2009, pp. 587-620);

C. EL DERECHO DE IGUALDAD ANTE LA LEY.

NONAGESIMOSEXTO: Que la Constitución consagra la garantía de la igualdad ante la ley en los siguientes términos:

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

2º. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.

Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”;

NONAGESIMOSÉPTIMO: Que la consagración de la igualdad ante la ley en la Constitución chilena, en los términos vigentes transcritos, responde a una tradición de nuestros textos constitucionales, incluyendo algunas

referencias del número 1º del artículo 10 de la Carta de 1925. Sin embargo, el precepto constitucional hoy vigente contiene dos disposiciones que han ampliado y profundizado el contenido de esta garantía y que se vinculan directamente con al asunto que esta Magistratura resuelve en autos: a) La consagración de la igualdad ante la ley de hombres y mujeres, y b) La prohibición a la ley y a la autoridad de establecer diferencias arbitrarias;

NONAGESIMOCTAVO: Que la jurisprudencia chilena, tanto ordinaria como constitucional, ha trazado una línea interpretativa uniforme sobre la igualdad, algunas de cuyas expresiones más citadas se encuentran en dos sentencias, dictadas casi simultáneamente por el Tribunal Constitucional y por la Corte Suprema, en abril y julio de 1985, respectivamente, que asumieron la difundida y clásica fórmula de Aristóteles, expresada en la *Política*, III 9 (1280^a): *"Por ejemplo, parece que la justicia consiste en igualdad, y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales"* (Tomada de la nota al pie de página 15 del capítulo octavo de la obra de Robert Alexy: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, ob. cit., p. 385);

NONAGESIMONOVENO: Que, en efecto, en la sentencia Rol N° 28, considerando cuarto, este Tribunal Constitucional señaló: *"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"*. A su vez, la Corte Suprema, en fallo publicado en la *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo LXXXII, 2^a

parte, sección 5^a, p. 183, declaró: “El principio de *isonomía exige que sean tratadas de igual modo las situaciones iguales y de manera distinta las desiguales*” (Tratado de Derecho Constitucional de Alejandro Silva Bascuñán, ob. cit., Tomo XI, p. 108);

CENTÉSIMO: Que en el fallo Rol 1273, recaído en causa de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que sirve de sustento al procedimiento de autos, esta Magistratura incorporó en su entendimiento sobre la igualdad los criterios jurisprudenciales que en el derecho comparado se han utilizado en la última década para afrontar las crecientes complejidades que presentan los casos sobre tal garantía constitucional, así como los afanes desplegados por la doctrina en la misma dirección. De estos aportes, entre otros descritos en la sentencia citada, destaca el enfoque alemán que distingue conceptualmente entre “*igualdades esenciales*” y “*desigualdades esenciales*”, de tal modo que estamos en presencia de una igualdad esencial cuando “*personas, grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (tertium comparationis), son comparables*”, de lo que, consecuentemente, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha decidido que la Ley Fundamental considera arbitrario y, por ende, inconstitucional, **tratar desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales**. Además, se agrega la denominada “*nueva fórmula*”, consistente en considerar lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un

tratamiento desigual. Para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de **examen de proporcionalidad**, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto”;

D. LA IGUALDAD ENTRE EL HOMBRE Y LA MUJER.

CENTESIMOPRIMERO: Que la expresión *“hombres y mujeres son iguales ante la ley”* que la Carta introdujo en la última parte del numeral 2° de su artículo 19, encontró su consagración constitucional en 1999, dando cuenta su historia fidedigna de la envergadura de tal reforma constitucional, así como del contexto cultural y jurídico, nacional e internacional, en el que se aprobó. Con ello el Estado de Chile encontró concordancia entre su ordenamiento constitucional y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer;

CENTESIMOSEGUNDO: Que en la sesión del Senado celebrada el 12 de enero de 1999 y convocada para conocer el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Corporación sobre el proyecto de reforma constitucional que establece la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres, se hizo mención a los compromisos internacionales contraídos por Chile sobre esta materia, especialmente, al artículo 2° de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas, que entró en vigor en 1981, y que señala: *“Los Estados Parte condenan la discriminación de la mujer en todas sus*

formas, convienen en seguir por todos los medios apropiados y sin dilaciones una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, y, con tal objeto, se comprometen a: a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus Constituciones nacionales y en cualquiera otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio". Asimismo, en la misma sesión del Senado, el Senador informante del proyecto, el señor Juan Hamilton, señaló: *"La iniciativa tiene por objeto consagrar en forma expresa la igualdad del hombre y la mujer ante la ley como un **valor superior de todo el ordenamiento jurídico**";*

CENTESIMOTERCERO: Que el artículo 12.1 de la citada Convención señala: *"Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para **eliminar la discriminación contra la mujer** en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a **servicios de atención médica**, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia."* A su vez, la Observación General 16, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, aprobada en Ginebra en el 34º período de sesiones del 25 de abril al 13 de mayo de 2005, se refiere a *"la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)";*

CENTESIMOCUARTO: Que la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha calificado los conceptos de discriminación de derecho o de hecho,

así como la discriminación directa o indirecta, como *“conceptos clave en relación con la discriminación y la igualdad”*, precisando que *“la discriminación directa se define como una diferencia de trato que consiste en **forma explícita en distinciones basadas en el sexo** o en una de las categorías reconocidas de discriminación”*. Por su parte, *“la discriminación indirecta se produce cuando una ley, una política o un programa que parecen neutros (por ejemplo en lo que atañe a hombres y mujeres) tienen un efecto discriminatorio en el momento de su aplicación. En ese caso, el resultado o efecto final provoca una situación de desventaja de la mujer con respecto al hombre, debido a las desigualdades existentes no tratadas por una medida supuestamente neutra.”* (Naciones Unidas, Consejo Económico y Social: Informe de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Nueva York, 6 de junio de 2008, pp. 10-11).

De todo lo expuesto es nítido que la igualdad de derechos del hombre y de la mujer es una categoría estándar en las legislaciones nacionales e internacionales, según la medida de equiparación de los derechos de la mujer respecto de los del hombre. Esto es, **impedir el menoscabo o la desventaja de la mujer respecto del hombre en la consagración y el goce de los derechos;**

CENTESIMOQUINTO: Que todo lo señalado respecto de la prohibición de discriminación entre hombres y mujeres no significa que el ordenamiento jurídico no pueda establecer diferencias entre ambos sexos. La igualdad entre hombres y mujeres no puede ser absoluta, incluso para resguardar el propio beneficio de la mujer. Como lo señala un reciente estudio: *“el legislador puede establecer diferencias entre los hombres y las mujeres en*

el contenido de las normas, siempre y cuando existan diferencias reales y efectivas que discriminen a uno de los sexos en ámbitos concretos de la realidad vital; y significa también que el legislador no puede establecer diferencias únicamente en razón del sexo. El ser hombre o el ser mujer, o las diferencias que otrora existieron entre los sexos, no pueden ser susceptibles de diferencias en el contenido de la norma, pues el sexo no constituye per se una diferencia objetiva ni razonable, como tampoco son objetivas y razonables las diferencias pasadas que existieron entre hombres y mujeres en ámbitos concretos de la realidad vital.” (Cristina Zoco Zabala: Igualdad de género en la nueva normativa nacional y estatutaria a la luz de las innovaciones del ordenamiento comunitario, en: Revista Aragonesa de Administración Pública, 30, junio de 2007, p. 255);

CENTESIMOSEXTO: Que la igualdad jurídica entre hombres y mujeres tiene expresiones muy concretas en el goce de los derechos sociales, del derecho a la salud y, específicamente, en lo relativo a las prestaciones de salud, incluyendo los denominados seguros de salud. En el ámbito comunitario europeo, el Consejo de la Unión Europea adoptó un acuerdo, en diciembre de 2004, sobre la ampliación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y a su suministro, en el que se lee, en relación a la cuestión de autos: *“Su ámbito incluye los seguros y actividades financieras conexas siempre que sean privadas, voluntarias y ajenas a la relación laboral. En este contexto, la igualdad de trato es un principio rector, por lo cual la inclusión del sexo como factor actuarial no debería dar pie a diferencias entre las primas y las prestaciones de los seguros”,* agregándose: *“En cualquier*

caso, los costes relacionados con el embarazo y la maternidad no deberán crear diferencias en las primas y prestaciones” (Consejo de la Unión Europea, Comunicado de prensa c/04/350, Bruselas, 13 de diciembre de 2004);

CENTESIMOSÉPTIMO: Que, igualmente, la doctrina comparada ha puesto hincapié en la disconformidad con el derecho fundamental constitucional de igualdad entre hombres y mujeres, de la diferencia de primas o cotizaciones en los sistemas de seguros de salud. En un artículo se sostiene que *“la diferencia de primas entre hombres y mujeres en los seguros privados de salud se relaciona directamente con el sexo de los asegurados, y no con la apreciación de riesgo de hombres y mujeres, pues su monto no se calcula individualmente, sino a partir de su sexo. Así los asegurados son discriminados directamente por su sexo.”* (Michael Wrasse y Susanne Baer: Unterschiedliche Tarife für Männer und Frauen in den Privaten Krankenversicherung-ein Vortoss gegen den Gleichheitssatz des Grundgesetzes (Diferentes primas para hombres y mujeres en los seguros privados de salud. Una vulneración de la igualdad constitucional de la Ley Fundamental): NJW, 23, 2004, pp. 1623-1627);

CENTESIMOCTAVO: Que el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 incluye, en su inciso segundo, tres tipos de diferenciaciones o criterios para que las tablas de factores determinen los tipos de beneficiarios: **sexo, condición de cotizante o carga y los rangos de edad;**

CENTESIMONOVENO: Que de entre los tres criterios enunciados, debe distinguirse sexo y edad, por una parte, y condición de cotizante o carga, por la otra. Mientras que esta última obedece a una situación en la que cada persona se coloca contractualmente en el marco de la

autonomía de la voluntad, el sexo y la edad son factores cuya existencia y evolución transcurren independientemente de la voluntad de las personas. Según el Diccionario de la Lengua Española, sexo significa *“condición orgánica que distingue al macho de la hembra en los seres humanos, en los animales y en las plantas”*, mientras que edad significa *“tiempo que ha vivido una persona o ciertos animales y vegetales”*. Ambas expresiones, por lo tanto, denotan estados naturales, inimputables a las personas que los viven, especialmente para ser afectados negativamente por la ley;

E. EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.

1. Formulación positiva y evolución de su establecimiento.

CENTESIMODÉCIMO: Que el derecho de protección de la salud está consagrado en el número 9° del artículo 19 de la Constitución, que señala:

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

9°. 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 corresponderá, 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 a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado”;

CENTESIMODECIMOPRIMERO: Que la doctrina jurídica chilena ha establecido la naturaleza del derecho asegurado en el número 9° del artículo 19 de la Constitución. El tratadista Alejandro Silva Bascuñán afirma: *“el derecho a la salud forma parte de los “derechos sociales”, o de segunda generación, que superando la concepción liberal del Estado, se basan en los principios de igualdad y de solidaridad y cuyo titular es la persona humana, la que puede exigir su cumplimiento a la sociedad en su conjunto”* (Alejandro Silva Bascuñán: Tratado de Derecho Constitucional, ob. cit., Tomo XII, p.130);

CENTESIMODECIMOSEGUNDO: Que el mismo autor arriba a la citada definición después de trazar la evolución de la garantía en los textos constitucionales chilenos, desde 1925, pasando por la reforma de 1971 y deteniéndose en la génesis de su actual formulación, especialmente durante los debates en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, en los que destaca un oficio enviado por el entonces Ministro de Salud, general Fernando Matthei, fechado el 23 de marzo de 1976, en cuyo texto se lee: *“las personas podrán elegir libremente el sistema estatal o la atención privada, debiendo someterse a las normas que rigen el funcionamiento de cada uno de ellos, según corresponda”*. Según el tratadista citado, en esa frase

radica el origen del inciso final del número 9° del artículo 19 de la Constitución (Alejandro Silva Bascuñán: ob. cit., Tomo XII, pp. 128 y ss.);

CENTESIMODECIMOTERCERO: Que el derecho a la protección de la salud, como está formulado en la Constitución chilena, se encuentra profundamente enraizado en una serie de convenciones internacionales vigentes y contraídas por Chile. Desde luego el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, cuyo Comité está encargado de presentar informes periódicos sobre el estado de cumplimiento de los diferentes derechos consagrados en el Pacto. Este Comité del mencionado Pacto *“interpreta el derecho a la salud como un derecho de contenido complejo que engloba no sólo el derecho a una asistencia sanitaria oportuna y adecuada, sino que también se extiende a los determinantes básicos de la salud, tales como el acceso al agua potable y al saneamiento, la vivienda adecuada, el suministro adecuado de alimentos sanos, las condiciones saludables de trabajo y medio ambiente, etc.”*. *“El derecho a la salud debe entenderse como el derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto grado de salud”* (Juan Ma. Pemán Marín: El derecho a la salud como derecho social. Desarrollos recientes desde la perspectiva internacional y en el derecho comparado, en: Revista de Administración Pública, 179, Madrid, 2009, p. 50);

2. El rol constitucional del legislador y del administrador en la regulación de los derechos sociales.

CENTESIMODECIMOCUARTO: Que los principales derechos sociales que la Constitución asegura a todas las personas son configurados a partir de la posibilidad de acceder a una determinada prestación. Así sucede con el derecho a la protección de la salud, en que se debe proteger *“el libre e igualitario acceso a las acciones”* (artículo 19, N° 9°); lo mismo sucede con el derecho a la seguridad social, en que la acción del Estado debe estar dirigida *“a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones”* (artículo 19, N° 18°);

CENTESIMODECIMOQUINTO: Que la Constitución garantiza el acceso a dichas prestaciones asignándole roles al Estado y a los particulares;

CENTESIMODECIMOSEXTO: Que la Ley Fundamental le asigna al Estado un rol de control o supervigilancia. Así, establece que al Estado le corresponde el *“control de las acciones relacionadas con la salud”* (artículo 19, N° 9°) y, tratándose del derecho a la seguridad social, dispone que *“el Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social”* (artículo 19, N° 18°);

CENTESIMODECIMOSÉPTIMO: Que, a su vez, la Constitución le garantiza a los particulares el derecho a elegir que las prestaciones les sean entregadas por entidades estatales o por entidades privadas. Así, en el derecho a la salud esto se expresa en que *“cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse”* (artículo 19, N° 9°). Por otra parte, la Carta Fundamental garantiza que no exista monopolio prestacional del Estado. Estas prestaciones, entonces, pueden ser entregadas por *“instituciones públicas o privadas”* (artículo 19, N°s 9° y 18°);

CENTESIMODECIMOCTAVO: Que, tratándose del derecho a la salud, la Constitución va más allá, pues establece el *“deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud”*. Esta expresión es utilizada únicamente en este derecho (Silva Bascuñán, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 140); la Constitución no califica de igual manera otros deberes del Estado (Bulnes Aldunate, Luz; El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980; en Gaceta Jurídica N° 294, diciembre, 2004, p. 18);

CENTESIMODECIMONOVENO: Que este deber del Estado está asociado a que la Constitución no garantiza el derecho a la salud, sino que el derecho *“a la protección de la salud”*;

CENTESIMOVIGÉSIMO: Que la fórmula constitucional parte por señalar que es *“deber del Estado”* dicha protección. Los deberes se ubican entre las situaciones pasivas, junto a la sujeción, a la obligación y a la carga. A diferencia de una obligación, que posee un contenido determinado y concreto, la conducta o actividad en que consiste el deber aparece descrita de modo abstracto y genérico. Además, la obligación tiende a servir el interés de un sujeto concreto, en tanto que el deber público es una conducta impuesta en interés general o de la colectividad. Asimismo, la obligación tiene como correlato un derecho subjetivo, lo que no existe en el deber público (Santamaría Pastor, Juan Alfonso; Principios de Derecho Administrativo General, Editorial Iustel, Madrid, 2006, p. 437);

CENTESIMOVIGESIMOPRIMERO: Que, en seguida, la Constitución utiliza la expresión *“preferente”*, lo que en

doctrina ha sido interpretado en el sentido de que el Estado *“no es el único obligado a cumplir el deber que se le entrega, sino que él es el principal responsable”* (Silva Bascuñán, A; ob. cit., p. 140). Se trata de un deber prioritario y preeminente (Nogueira Alcalá, Humberto; Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Tomo III, Editorial Librotecnia; Santiago, 2009, p. 127). El Estado no puede jamás dejar de cumplir esta función (Cea, José Luis; Derecho Constitucional chileno, tomo II; Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2004, p. 310). El Estado no puede siquiera poner en riesgo la ejecución de dichas acciones respecto de la población (Nancuante Almonacid, Ulises, y Sotomayor Klapp, Roberto; El derecho de la salud; Editorial Conosur, Santiago, 2001, p. 24). El establecimiento de este deber *“significa que el sector privado asume un rol subsidiario en relación con la actividad estatal y no como se entiende en el contexto del orden público económico que ampara la Constitución, en que el Estado se repliega o limita ante el principio de la libre iniciativa o del derecho de toda persona de desarrollar cualquier actividad económica, permitiendo así que los particulares asuman un rol de promotores de esta última”* (Vásquez Márquez, José Ignacio; El déficit garantístico del artículo 19 N° 9 de la Constitución; en XXXIV Jornadas de Derecho Público, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2004, p. 397);

CENTESIMOVIGESIMOSEGUNDO: Que, a continuación, la Constitución utiliza la expresión *“garantizar”*. Con ello, se apunta a dar seguridad o certeza de que se ejecuten las pertinentes acciones de salud (Silva Bascuñán, A.; ob. cit., p. 140). Para el profesor Cea Egaña, se busca *“asegurar o dar certeza, a cualquier titular del derecho,*

que las acciones de salud le serán proporcionadas, sin discriminación, cuando necesite acceder a una o más de ellas" (ob. cit., p. 310). Se pretende que todo titular del derecho, sin diferencias arbitrarias, podrá efectivamente gozar de las prestaciones de salud (Nogueira Alcalá, H.; ob. cit., p. 127);

CENTESIMOVIGESIMOTERCERO: Que, conforme a la Constitución, dicho deber preferente debe llevarse a cabo, además, *"en las formas y condiciones que la ley determine"*. Ello, sin embargo, no implica una reserva legal absoluta o particularmente intensa, pues la Carta Fundamental establece que sólo *"las materias básicas relativas al régimen previsional y de seguridad social"* son materias de ley (artículo 63, N° 4°) y tal razonamiento debe entenderse extendido a la regulación del derecho a la protección de la salud. **En tal contexto, tiene cabida la potestad reglamentaria del Presidente de la República o la que corresponde a los organismos reguladores, de acuerdo a las formas y condiciones determinadas por la ley, no por la autoridad administrativa.**

Por otra parte, la Constitución encarga al Estado *"el control de las acciones relacionadas con la salud"*, siendo perfectamente legítimo, en consecuencia, que el legislador otorgue, a los efectos del ejercicio de tal deber-atribución, una potestad normativa a la Superintendencia de Salud, en su condición de organismo de la Administración del Estado (artículo 106, D.F.L. N° 1, de Salud, 2005);

F. EL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL.

CENTESIMOVIGESIMOCUARTO: Que el derecho a la seguridad social se encuentra consagrado en el número 18° del artículo 19 de la Constitución:

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

18. 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.”;

CENTESIMOVIGESIMOQUINTO: Que en sentencia de inaplicabilidad Rol 1287 esta Magistratura resolvió el asunto sometido a su conocimiento aludiendo como vulnerado al citado derecho consagrado en el número 18° del artículo 19 de la Constitución, definiéndolo en su considerando decimoséptimo como un *“precepto que obliga al Estado a asegurar el acceso de todos sus habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes y a supervigilar el adecuado ejercicio de ese derecho”*, concluyendo en su considerando sexagesimonoveno que el requerimiento de autos es acogido por resultar la aplicación del precepto impugnado *“contraria a los derechos asegurados a la*

requiriente en los numerales 9° y 18° de la Carta Fundamental”;

CENTESIMOVIGESIMOSEXTO: Que, consecuentemente, el proceso de oficio de autos puede incluir dentro del examen de constitucionalidad que exige su sustanciación, la eventual trasgresión del número 18° del artículo 19 de la Constitución, tratándose de uno de *“los preceptos constitucionales que fueron considerados trasgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento”*, como lo prescribe el artículo 47 V de la Ley N° 17.997, orgánica del Tribunal Constitucional”;

CENTESIMOVIGESIMOSÉPTIMO: Que la introducción de la protección del derecho a la seguridad social en el texto constitucional es el producto de una evolución histórica del último siglo.

En efecto, *“la reforma constitucional introducida a la Constitución de 1925 por la Ley N° 17.398, es decir, el llamado Estatuto de Garantías Constitucionales, publicada en el Diario Oficial el 9 de enero de 1971, reconoció, por primera vez en un texto fundamental chileno, el “derecho a la seguridad social”, agregando al artículo 10 de dicha Carta Política un nuevo numeral 16°, del tenor siguiente:*

“Art. 10.- La Constitución asegura a todos los habitantes de la República:

N° 16.- El derecho a la seguridad social.

El Estado adoptará todas las medidas que tiendan a la satisfacción de los derechos sociales, económicos y culturales necesarios para el libre desenvolvimiento

de la personalidad y de la dignidad humanas, para la protección integral de la colectividad y para propender a una equitativa redistribución de la renta nacional.

La ley deberá cubrir, especialmente, 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.

El Estado mantendrá un seguro social de accidentes para asegurar el riesgo profesional de los trabajadores.

Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salud, y";" (STC rol N° 1218, C. 28°);

CENTESIMOVIGESIMOCTAVO: Que en el Acta Constitucional N° 3, contenida en el Decreto Ley N° 1552, publicado en el Diario Oficial el 13 de septiembre de 1976, mantuvo la protección constitucional del derecho a la protección social e introdujo los principios solidarios en que se basaría. En efecto, se estableció que:

“Artículo 1º.- Los hombres nacen libres e iguales en dignidad. Esta Acta Constitucional asegura a todas las personas:

(...)

21.- El derecho a la seguridad social.

Corresponde al Estado formular la política nacional de seguridad social, controlar el funcionamiento del sistema y asegurar el derecho preferente de los afiliados a efectuar su operación.

La ley establecerá un sistema de seguridad social que satisfaga de modo uniforme, solidario y suficiente los estados de necesidad individuales y familiares producidos por cualquier contingencia y, especialmente, por los de maternidad, vejez, muerte, accidente, enfermedad, invalidez, cargas familiares y desempleo, mediante las correspondientes prestaciones preventivas, reparadoras y recuperadoras”; (STC rol N° 1218, C. 29°);

CENTESIMOVIGESIMONOVENO: Que cabe tener presente en este punto las Actas Oficiales de la Comisión de Estudio del Anteproyecto de la Constitución vigente, de las cuales se extrae el pasaje siguiente, que demuestra cuál fue el propósito que se tuvo para introducir la modificación aludida, especialmente en relación con el principio de solidaridad: *“El señor Ortúzar (Presidente) pregunta al señor Camiruaga (Asesor de la Superintendencia de Seguridad Social) si podría definirle*

los principios de universalidad, uniformidad, integralidad, solidaridad y suficiencia, a que se ha hecho referencia. (...) El señor Camiruaga agrega que la solidaridad se manifiesta en un principio fundamental; es de la esencia de la seguridad social. Donde no existe el principio de solidaridad, acota, no se puede hablar de seguridad social, sino de algún sistema de ahorro obligatorio o de otro similar. (...) Es un principio totalmente opuesto al sistema del Derecho Civil que parte de la base de la conmutatividad: en una compraventa los valores deben ser equivalentes. Aquí no." (Acta de la sesión 204^a, pp. 4 y 6);".". (Sentencia Rol 1218, C. 30°).

Con todo, la Comisión optó por no enumerar los principios de la seguridad social, y así quedó recogido en el texto constitucional;

CENTESIMOTRIGÉSIMO: Que, sin embargo, como lo ha sostenido esta Magistratura: "la supresión, en el texto del artículo 19, N° 18°, de la Constitución, de los principios rectores de la Seguridad Social, incluidos en el inciso tercero del numeral 21 del artículo 1 del Acta Constitucional N° 3, carece de relevancia, pues tales principios configuran la esencia de aquel derecho, de modo que se entienden siempre absorbidos por él, pues de lo contrario perdería su identidad específica." (Sentencia Rol 1218, C. 30°);

CENTESIMOTRIGESIMOPRIMERO: Que el contenido esencial de la seguridad social se revela en una interpretación sistemática del texto constitucional en el que se recogieron los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la salud (artículo

19, N° 9°) y el derecho a la seguridad social (artículo 19, N° 18°). Así, en primer lugar, el principio de solidaridad se expresa en el deber que tiene el Estado, es decir, la comunidad políticamente organizada, de garantizar económicamente el goce de estos derechos. Las expresiones de la Constitución son claras en este sentido, toda vez que se obliga al Estado a *“garantizar”* el goce de los derechos; asimismo, se faculta al legislador para establecer cotizaciones obligatorias (numerales 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución);

CENTESIMOTRIGESIMOSEGUNDO: Que, por otra parte, la Constitución incorpora el principio de universalidad subjetiva, pues estos derechos se encuentran asegurados a todas las personas, sin distinciones de ninguna especie. La expresión *“todas las personas”* no sólo forma parte del encabezado del artículo 19 constitucional, sino que se refleja en el uso de los términos *“cada persona”*, que utiliza su numeral 9°, *“prestaciones básicas uniformes”* y *“todos los habitantes”*, contenidos en su numeral 18°;

CENTESIMOTRIGESIMOTERCERO: Que también la Constitución acoge el principio de universalidad objetiva, pues asegura estos derechos a las personas frente a un rango amplio de riesgos individuales. En el derecho a la protección de la salud se otorgan *“acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”* y la *“ejecución de las acciones de salud”* (artículo 19, N° 9°). En el derecho a la seguridad social, se asegura *“el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes”* (artículo 19, N° 18°);

CENTESIMOTRIGESIMOCUARTO: Que nuestra Constitución, a su vez, establece claramente que las prestaciones que

envuelven los derechos en cuestión han de ser igualitarias y suficientes, sea que se otorguen por el Estado o por agentes privados. Las expresiones que en tal sentido emplea el texto constitucional son: *“libre e igualitario acceso”* (artículo 19, N° 9°) y *“prestaciones básicas uniformes”* (artículo 19, N° 18°). Por su parte, por mandato de la misma Carta Fundamental, el Estado debe *“garantizar”* los derechos (artículo 19, N° 9°, inciso cuarto, y N° 18°, inciso tercero) y/o *“supervigilar”* (artículo 19, N° 18°, inciso cuarto), o incluso *“coordinar y controlar”* (artículo 19, N° 9°);

CENTESIMOTRIGESIMOQUINTO: Que, finalmente, la Constitución ha previsto normativamente la unidad del sistema de protección en materia de seguridad social. Dicha unidad está dada por el deber del Estado de *“garantizar”* el goce del derecho a la protección de la salud y a la seguridad social, sea que lo preste por sí mismo o por sujetos privados (artículo 19, N° 9°, inciso cuarto, y N° 18°, inciso tercero). Su papel es el de dirección y regulación de los privados. En materia de salud, le corresponde *“coordinar y controlar”* las prestaciones (artículo 19, N° 9°, inciso tercero) y en seguridad social, específicamente le compete *“supervigilar”* el sistema (artículo 19, N° 18°, inciso cuarto);

CENTESIMOTRIGESIMOSEXTO: Que la vinculación estrecha entre el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social se ve manifestada en los propósitos de los sistemas de seguridad social, que son los de asegurar a sus beneficiarios *“condiciones de vida ante la ocurrencia de riesgos como la desocupación, la vejez, la incapacidad, entre otros, que les impiden a quienes los*

experimentan obtener, mediante el trabajo, los medios indispensables para su subsistencia o la de su grupo familiar.” (Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira: Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, 1997, Tomo I, p. 210).

Como se observa, el factor edad es constituyente de ambas garantías, resultando incompatible con sus respectivos propósitos el que la desprotección frente a los estados de necesidad aumente en la misma medida en que aumentan los años de vida;

CENTESIMOTRIGESIMOSÉPTIMO: Que, a mayor abundamiento, la relación entre el derecho a la seguridad social y el derecho a la protección de la salud se ha visto expresada en las consagraciones jurídicas internacionales, como en el Convenio N° 102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que incluye como *“riesgos y contingencias sociales en el ámbito de su protección: **enfermedad, maternidad, vejez, invalidez, muerte, cesantía o desempleo, cargas familiares y riesgos profesionales**”* (citado en: Gobierno de Chile, MINSEGPRES: Doctrina Constitucional del Presidente Ricardo Lagos Escobar (2000-2006), LOM, Santiago de Chile, 2010, Tomo I, p. 223);

CENTESIMOTRIGESIMOCTAVO: Que, como se señaló por este Tribunal en la sentencia Rol 1287, la definición de la seguridad social ha encontrado sustancioso tratamiento en la doctrina chilena, la que ha profundizado en el detalle de sus componentes esenciales y en el alcance de los mismos. Así entendida como *“el conjunto de principios que reconocen a todo ser humano el derecho a los bienes indispensables para prevenir sus contingencias sociales y cubrir sus efectos y que regulan las instituciones*

requeridas para ello" (Alfredo Bowen Herrera: **Introducción a la Seguridad Social**, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1992, p. 97), la seguridad social moderna se sustenta en determinados principios que le otorgan su esencia y que la reciente doctrina nacional ha enumerado como los siguientes: i) respecto de los sujetos amparados: universalidad subjetiva, ii) respecto de las contingencias cubiertas: universalidad objetiva, iii) respecto de las prestaciones: igualdad, integridad o suficiencia, iv) respecto del financiamiento: solidaridad, y v) respecto de la administración: unidad o descentralización, subsidiariedad (Héctor Humeres Noguera: **Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2005, Tomo III, pp. 31 y ss.);

CENTESIMOTRIGESIMONOVENO: Que en la misma sentencia citada, esta Magistratura estableció la relación existente entre el derecho a la seguridad social y el derecho a la protección de la salud en el derecho chileno sobre la base de constatar que *"en el artículo 92 del DL. N° 3.500, de 1980, contempló la cotización del 7% de las remuneraciones imponibles de los trabajadores para contribuir al financiamiento de las prestaciones exigidas para la satisfacción de uno y otro de esos atributos esenciales de la persona"*;

IV. LA DILUCIDACIÓN DEL EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD.

CENTESIMOCUADRAGÉSIMO: Que esta Magistratura declaró en el considerando quinto del auto cabeza de este proceso: *"Que el artículo 38 ter transcrito precedentemente ha sido declarado inaplicable por este Tribunal Constitucional en cuatro sentencias recaídas en*

las causas de roles N°s 976, 1218, 1287 y 1273. En ellas, esta Magistratura ha declarado que la aplicación del citado precepto, en las respectivas gestiones pendientes, resulta contraria a la Constitución, al vulnerarse los derechos asegurados en los números 2°, 9° y 18° de su artículo 19”;

CENTESIMOCUADRAGESIMOPRIMERO: Que al dilucidar la cuestión de constitucionalidad que ocupa a esta Magistratura, resulta conveniente reiterar el significado de la declaración de inconstitucionalidad, ya descrito en el apartado I, A de esta sentencia. Los reputados catedráticos Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández han descrito la institución con una breve formulación: *“En general, es evidente, el problema de inconstitucionalidad habrá que resolverlo por un simple contraste lógico de compatibilidad entre dos normas abstractas, la constitucional y la que es objeto de juicio”* (Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, Curso de Derecho Administrativo I, Thomson Civitas, Navarra, decimocuarta edición, 2008, p. 171);

CENTESIMOCUADRAGESIMOSEGUNDO: Que tratándose de un examen abstracto, esto es, sin referencia a casos concretos, como aquel que se debe desarrollar en el juicio de inaplicabilidad, y que, además, recae sobre derechos fundamentales, como los garantizados en los números 2°, 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución, el que se ha propuesto realizar esta Magistratura respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 debe ponderarse según el criterio de razonabilidad, teniendo presente sus dimensiones de adecuación o idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad, a las que también aludió

el señor Presidente de la República en el informe evacuado en estos autos;

CENTESIMOCUADRAGESIMOTERCERO: Que, consecuentemente con el método descrito, en el caso de autos esta Magistratura ha examinado si el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, objeto de este proceso constitucional: a) cumple con ser adecuado a los fines constitucionales de tutelar la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, de proteger la salud de las personas incorporadas al sistema privado de salud en el cual actúan las Instituciones de Salud Previsional, especialmente en lo que concierne al rol preferente del Estado en garantizar la ejecución de las acciones de salud y en proteger el libre e igualitario acceso a ellas de todas esas personas, y de asegurar que las personas accedan al goce de las prestaciones básicas uniformes de seguridad social, garantizadas por la acción del Estado; b) cumple con ser indispensable para alcanzar los fines señalados; y c) si guarda proporcionalidad con tales objetivos;

CENTESIMOCUADRAGESIMOCUARTO: Que, como corolario del análisis efectuado, este Tribunal ha logrado convicción en cuanto a que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 no cumplen los supuestos descritos en el considerando precedente y, por consiguiente, son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en el sentido que todos ellos se encuentran reconocidos y asegurados en nuestra Carta Fundamental;

CENTESIMOCUADRAGESIMOQUINTO: Que, en primer lugar, es dable observar que si bien las diferencias fundadas en los criterios de la edad y del sexo de las personas, no son, en sí mismas, jurídicamente reprochables, ni tampoco *prima facie* arbitrarias, **siempre que respondan a una fundamentación razonable**, sí lo son aquellas que se derivan de dichos preceptos. En efecto, los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 son contrarios a la igualdad ante la ley asegurada en el numeral 2° del artículo 19 de la Carta Fundamental, toda vez que admiten el establecimiento de diferencias arbitrarias al no instituir límites idóneos, necesarios, proporcionados y, por ende, razonables, respecto del ejercicio de la potestad discrecional que el mismo precepto legal le entrega a la Superintendencia del ramo para determinar, a través de "*instrucciones de general aplicación*", los topes de edad, dentro de la estructura de las tablas de factores que, a su vez, deben utilizar las Isapres al elaborar los planes de salud que ofrezcan a sus afiliados y para determinar la manera cómo influirá en la variación del precio de tales contratos el aumento o la reducción del factor que corresponda a un beneficiario del respectivo plan en razón de su edad;

CENTESIMOCUADRAGESIMOSEXTO: Que, a mayor abundamiento, como ya constató esta Magistratura - considerandos sexagesimoprimeros y sexagesimosegundo de esta sentencia- y lo reconoció el señor Presidente de la República en el informe evacuado en este proceso- principalmente en la afirmación que formula la autoridad a fojas 91, con letra destacada, en el punto 3.7. del Capítulo IV del documento-, resulta desproporcionada y carente de razonabilidad la norma contenida en el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, y con

apoyo en el mismo juicio jurídico debe estimarse inconstitucional la parte del articulado permanente de la ley en examen que entrega amplia libertad de actuación a un organismo de la Administración en los términos señalados, ya que esa clase de disposiciones se aparta de la razonabilidad que debe presidir la regulación de los derechos fundamentales, como lo recuerdan la doctrina y la jurisprudencia citadas en el cuerpo de este fallo;

CENTESIMOCUADRAGESIMOSÉPTIMO: Que la expresión *arbitraria* que usa nuestra Constitución en varias de sus disposiciones, entre éstas, en el numeral 2º de su artículo 19, encontró una precisión jurisprudencial en sentencia de la Corte Suprema de 15 de junio de 1988, que refuerza este parecer al admitir que *“la ley pueda hacer diferencias entre grupos siempre y cuando no sea una discriminación arbitraria, esto es, **contraria a la ética elemental o que no tenga una justificación racional**”* (citada en Alejandro Silva Bascuñán, ob. cit., p. 124);

CENTESIMOCUADRAGESIMOCTAVO: Que, además, como lo ha señalado esta Magistratura en sentencias recientes -roles 1273 y 1348-, la diferenciación por sexo y edad que permite el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, establece un trato desigual para **igualdades esenciales**, como son: *i)* la igualdad en dignidad y derechos con que las personas nacen (inciso primero del artículo 1º de la Constitución), *ii)* la igualdad de oportunidades como derecho de las personas en la participación en la vida nacional (inciso quinto del artículo 1º de la Ley Fundamental), *iii)* la igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer (oración final del inciso primero del número 2º del artículo 19 de la Constitución), y *iv)* la igualdad de acceso a las acciones de salud (inciso

segundo del número 9° del artículo 19 de la Constitución);

CENTESIMOCUADRAGESIMONOVENO: Que, en segundo lugar, en relación al derecho a la protección de la salud, debe señalarse que una misma materia no puede ser regulada indistintamente por la ley y por normas administrativas y que, en consecuencia, no le corresponde al legislador legalizar o deslegalizar materias, pues eso lo define el constituyente;

CENTESIMOQUINCUAGÉSIMO: Que, como ya se ha señalado, mientras el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015 estableció, por el plazo de 10 años contados desde la entrada en vigencia de dicha legislación, la relación máxima entre el factor de edad más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo, señalando que ésta iba a ser de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y de hasta 14 veces, en el caso de los hombres, el número 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 le entregó tal definición a la Superintendencia del ramo;

CENTESIMOQUINCUAGESIMOPRIMERO: Que si el legislador, en el año 2005, fijó en el citado precepto transitorio la determinación de tales márgenes en el entendido de que éstos se hallan dentro de las “materias básicas” de la seguridad social, él mismo vulneró la Constitución al entregarle su definición a un organismo regulador, esto es, a la Superintendencia del ramo, en la determinación permanente -específicamente en el numeral 4 del inciso tercero del artículo 38 ter bajo control-;

CENTESIMOQUINCUAGESIMOSEGUNDO: Que los primeros cuatro numerales del inciso tercero del artículo 38 ter

tampoco cumplen lo dispuesto en el inciso cuarto del numeral 9° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en orden a fijar "*las condiciones*" del deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud y, por consiguiente, son inconstitucionales;

CENTESIMOQUINCUGESIMOTERCERO: Que, en efecto, dichos preceptos permiten la operación de un complejo mecanismo de reajustabilidad del precio de los planes de salud que se ofrecen en el sector privado. Así, el precio final del plan de salud que debe pagar el afiliado a una Isapre se determina multiplicando el precio base por el respectivo factor de edad que corresponda al afiliado o a alguno de los beneficiarios, de conformidad a la respectiva tabla de factores (artículo 170, letra m), del D.F.L. N° 1, de Salud, 2005). Por otra parte, el plan de salud es elaborado por la Isapre, la estructura de la tabla de factores es definida por la Superintendencia a través de instrucciones y los factores de cada tabla son libremente determinados por la Isapre. A través de este mecanismo, en consecuencia, no se han fijado directamente por la ley "*las condiciones*" que le manda establecer la Constitución para garantizar el acceso a la prestación, sino que lo que ha hecho el legislador es dispersar la determinación de tales condiciones en distintos actores. Resulta claro, además, que en tal esquema el papel del afiliado, que es el actor principal del derecho a la protección de la salud, prácticamente desaparece, pues queda constreñido a aceptar o a rechazar lo que la entidad previsional le ofrezca;

CENTESIMOQUINCUGESIMOCUARTO: Que, en este mismo orden de consideraciones, resulta imprescindible indicar que el contrato que celebra un afiliado con una

determinada Isapre no equivale a un mero seguro individual de salud, regido por el principio de autonomía de la voluntad, pues opera en relación con un derecho garantizado constitucionalmente a las personas en el marco de la seguridad social y en que la entidad privada que otorga el seguro, tiene asegurada, por ley, una cotización, o sea, un ingreso garantizado. Así, las normas que regulan esta relación jurídica son de orden público;

CENTESIMOQUINCUGESIMOQUINTO: Que, por otra parte, el mecanismo de reajustabilidad que opera en este ámbito material es exponencial, pues implica que el precio base del plan se multiplica por el factor determinado en su tabla y, de esta forma, se permite un reajuste indefinido. En efecto, de la regulación contenida en las disposiciones bajo examen se puede concluir que la ley no ha establecido condiciones o parámetros razonables, ya que permite que el precio por el seguro de salud contratado con la Isapre aumente en una dimensión que puede ser equivalente a la confiscación de las rentas de un afiliado.

El seguro de salud que opera en este ámbito tiene por objeto garantizar el acceso a las prestaciones de salud. Por lo mismo, precios desproporcionados en relación a las rentas, determinados en base a factores como el sexo y la edad, ambos inherentes a la condición humana, afectan el libre e igualitario acceso a las acciones de salud que el Estado está obligado a garantizar. Para ajustarse a la garantía constitucional reseñada, el legislador debió establecer parámetros prudentes, dentro de latitudes razonables, al determinar las condiciones a las que debe ajustarse la fijación del

precio de un seguro de salud que se contrate con una Isapre.

Por otra parte, dicho mecanismo potencia una discriminación en contra de las mujeres, los adultos mayores y los niños menores de dos años, que no tiene justificación racional y, por lo tanto, no se aviene a la Constitución;

CENTESIMOQUINCUGESIMOSEXTO: Que en el inciso cuarto del numeral 9° de su artículo 19, la Constitución faculta a la ley para establecer "*cotizaciones obligatorias*", las que son administradas por "*instituciones públicas o privadas*". Se les asegura, por tanto, a las Isapres, un ingreso constante. Frente a esa regla el legislador se encuentra obligado a ponderar la obligación del trabajador (afiliado-cotizante) de pagar tales cotizaciones obligatorias y, al mismo tiempo, propender al cumplimiento del deber de asegurar la "*protección de la salud*", previsto en el inciso primero de la misma disposición constitucional. No obstante, el mecanismo de reajustabilidad definido por el legislador en esta materia genera un desequilibrio entre el cobro de las cotizaciones y la protección del derecho a la salud, que deja a este último sin la tutela que la Constitución exige;

CENTESIMOQUINCUGESIMOSÉPTIMO: Que, en síntesis, los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 resultan contrarios a la Constitución, en cuanto impiden garantizar el libre e igualitario acceso de las personas a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y el derecho que les asiste a elegir el sistema de salud al que deseen acogerse, sea éste estatal o privado, ambas

garantías previstas en el número 9° del artículo 19 de la Constitución Política de la República. Además, el aumento desmedido del precio de los planes de salud al que conduce la amplitud no razonable que la disposición en examen permite, especialmente en los tramos de edad superiores, produce la calidad de "cotizante cautivo" que obliga a emigrar a un sistema al que la persona no desea pertenecer, lo que riñe directamente con el texto constitucional;

CENTESIMOQUINCUGESIMOCTAVO: Que en relación al número 4 citado, debe agregarse que respecto de la sola formulación del precepto impugnado, sin vinculación con el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, esto es, en su validez como norma permanente habiendo transcurrido el primer período de diez años que este último contempla, cabe la interrogante sobre su conformidad con la exigencia constitucional dispuesta en el inciso cuarto del numeral 9° del artículo 19 citado. Esto es, como esta Magistratura ya lo ha expuesto, apreciar si el grado de discrecionalidad que el precepto bajo control le entrega a la Superintendencia de Salud para actuar en la materia referida, corresponde a la envergadura de los bienes jurídicos que su ejercicio abarca o cubre. En efecto, la forma y condiciones como se prestan las acciones de salud, que es la materia cobijada en la reserva legal que nos ocupa, se refiere a un deber del Estado que está destinado a posibilitar que se cumpla la garantía del derecho a la protección de la salud de las personas. Por lo tanto, sin pretender que el legislador determine en este caso un tipo de actividad administrativa plenamente reglada, como se denomina en doctrina, las referidas *forma y condiciones* de la ejecución de las acciones de salud sí deben determinarse

por la ley con un grado de precisión tal que impida que el ejercicio de la discrecionalidad administrativa se extienda a la vulneración de los derechos constitucionales;

CENTESIMOQUINCUGESIMONOVENO: Que, en tercer lugar, en relación al derecho a la seguridad social garantizado en el artículo 19, N° 18°, de la Constitución, en íntima relación con el derecho a la protección de la salud ya analizado, es necesario resaltar que también resulta infringido por los preceptos legales en análisis. Lo anterior ocurre, toda vez que, no estableciéndose en la fijación de la relación máxima entre el más alto y el más bajo de los factores de cada tabla que surge del número 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, ninguna precisión ni regla especial para las personas que se encuentran en situación de obtener las prestaciones de seguridad social, se vulnera su propósito esencial: *“La Seguridad Social tiene su razón de ser en que los administrados están sujetos a contingencias sociales. La necesidad de proteger de estas contingencias al ser humano y a los que de él dependen emana de su derecho a la existencia; de la obligación de conservar su vida y hacerlo en un nivel digno y acorde con su condición de tal”* (Héctor Humeres Noguera: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo III, ob. cit., p.23);

CENTESIMOSEXAGÉSIMO: Que, en efecto, el aumento de los precios al amparo de la norma cuestionada puede traer consigo, y así ocurre en la realidad de muchas personas, una completa imposibilidad de costearlos, ocasionando la indignidad que ello significa para el transcurrir de sus vidas y la evidencia de la falta de concreción de la obligación que el texto de la Constitución le asigna al

Estado para dirigir su acción a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes;

CENTESIMOSEXAGESIMOPRIMERO: Que de la vigencia de los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter citado, se desprende una situación contraria a los principios de solidaridad y de equidad que informan no sólo la seguridad social, sino todo el conjunto de derechos fundamentales sociales garantizados en nuestra Constitución, lo que exige de esta Magistratura declararlos como contrarios a ella;

CENTESIMOSEXAGESIMOSEGUNDO: Que, consecuentemente con lo razonado hasta este punto y advirtiéndose el reconocimiento expreso que ha manifestado en autos el Ejecutivo-órgano colegislador, esta Magistratura constata que la formulación de los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, cuyo correlato de este último se encuentra en el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, como podría encontrarse en cualquiera otra norma que se expidiera al amparo del amplio mandato que entrega, es contraria a la Constitución Política de la República, afectando, en lo que a la causa de autos concierne, a los números 2°, 9° y 18° de su artículo 19, y así se declarará;

V. SOBRE LOS EFECTOS DE ESTA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

CENTESIMOSEXAGESIMOTERCERO: Que este Tribunal ha sentenciado estrictamente bajo los presupuestos exigidos por el artículo 93, inciso primero, N° 7°, de la Constitución, no emitiendo, en consecuencia, pronunciamiento alguno respecto de las demás normas

contenidas en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, actual artículo 199 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud. **Esta Magistratura estima necesario, además, hacer presente que la determinación de la estructura de las tablas de factores y la fijación de los factores de cada una de ellas deberán ajustarse a lo que establezcan, en uso de sus facultades, los órganos colegisladores para dar cabal cumplimiento a lo resuelto en este fallo;**

CENTESIMOSEXAGESIMOCUARTO: Que, asimismo, lo resuelto en esta sentencia no prejuzga, en sentido alguno, lo que pueda resolverse sobre la constitucionalidad de tales normas en procedimientos futuros o respecto de las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad cuya resolución se encuentra pendiente ante esta Magistratura. Lo anterior se apega al numeral segundo de artículo 47 F de la Ley N° 17.997, según el cual únicamente procede declarar la inadmisibilidad de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en razón de un pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional, concurriendo tres requisitos copulativos: a) que la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado expresamente conforme a la Constitución, b) que el pronunciamiento previo en cuestión haya sido emitido en un control preventivo o conociendo de un requerimiento, y c) que se invoque el mismo vicio que fue materia de la respectiva sentencia previa;

CENTESIMOSEXAGESIMOQUINTO: Que ninguno de los señalados presupuestos podría configurarse respecto de las demás normas contenidas en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 o del DFL N° 1, de 2005, del Ministerio de

Salud, respecto de las cuales el Tribunal no ha declarado la inconstitucionalidad, pues no se emite pronunciamiento sobre ellas y la presente sentencia no se dicta en el contexto de un control preventivo ni con ocasión de un requerimiento, ya que este Tribunal actuó de oficio en la presente cuestión. Además, cabe hacer presente que la referida norma del numeral segundo del artículo 47 F de la Ley N° 17.997, debe ser interpretada en el sentido de no impedir el acceso al Tribunal Constitucional de quienes pudieran, en el futuro, solicitar su intervención;

CENTESIMOSEXAGESIMOSEXTO: Que el artículo 94 de la Constitución establece al respecto que: *“No obstante, el precepto declarado inconstitucional en conformidad a lo dispuesto en los numerales 2, 4 ó 7 del artículo 93, se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo, la que no producirá efecto retroactivo”*;

CENTESIMOSEXAGESIMOSÉPTIMO: Que la doctrina y esta misma sentencia han señalado que esta norma consagra expresamente que las sentencias del Tribunal Constitucional producen efectos *ex nunc* (Nogueira, Humberto, “El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional de 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias”, en: Francisco Zúñiga (coordinador), Reforma constitucional, Editorial LexisNexis, 2005, p. 615), esto es, produce efectos desde la publicación del fallo *“hacia el futuro, no afectando situaciones anteriores producidas al amparo de dicha norma”* (ob. cit., p. 608). De esta manera, *“ni el Tribunal Constitucional ni el legislador orgánico*

constitucional podrán dar efecto retroactivo a las sentencias que expulsen de nuestro ordenamiento jurídico disposiciones de rango constitucional” (ob. cit., p. 615).

Este Tribunal Constitucional, por su parte, ha señalado que el hecho de que su sentencia carezca de efectos retroactivos significa que no afecta situaciones acaecidas ni actos realizados con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial” (Sentencia Rol 597, considerando 5°);

CENTESIMOSEXAGESIMOCTAVO: Que como consecuencia de lo anterior se puede concluir que la irretroactividad se traduce en que la sentencia no puede afectar *“situaciones anteriores producidas al amparo de dicha norma”* (Nogueira, Humberto, “El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional de 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias”, ob. cit., p. 467), ni *“situaciones acaecidas ni actos realizados con anterioridad”* (Sentencia Rol 597). Así, la sentencia que dicte el Tribunal Constitucional no puede afectar situaciones consolidadas, esto es, nacidas y concluidas bajo el imperio de la o las normas declaradas inconstitucionales;

CENTESIMOSEXAGESIMONOVENO: Que la regla constitucional señalada resulta de una adecuada consideración entre la seguridad jurídica y la supremacía constitucional. Si bien la supremacía constitucional exigiría la expulsión de todas las normas que pugnen con la Constitución, la seguridad jurídica exige limitar dichos efectos para no afectar a quienes actuaron bajo la expectativa de que el marco legal vigente era regular;

CENTESIMOSEPTUAGÉSIMO: Que, sin embargo, hay que considerar la naturaleza del contrato de salud que junto con ser un contrato con elementos de orden público, lo es de tracto sucesivo, no de ejecución instantánea. A diferencia de, por ejemplo, un contrato de compraventa, el contrato de salud origina una relación de permanencia entre la Isapre y el cotizante. De hecho, ésta es la razón por la cual se permiten revisiones en las condiciones del contrato. Las circunstancias fácticas que se tuvieron en consideración al momento de celebrar el contrato pueden cambiar y por ello se admiten ciertas modificaciones (en un marco de razonabilidad y proporcionalidad). Lo mismo autoriza a que, si cambia el marco jurídico aplicable nada menos que por una declaración de inconstitucionalidad, entonces cambien también -hacia futuro- las cláusulas del contrato;

CENTESIMOSEPTUAGESIMOPRIMERO: Que, además, debe tenerse presente que la derogación o expulsión de una norma por una declaración de inconstitucionalidad tiene un alcance distinto a una derogación de una norma por el legislador. El Tribunal Constitucional es un órgano que falla de acuerdo a derecho (artículo 92 de la Carta Fundamental); no es un ente de deliberación política que se pronuncie sobre cuestiones de mérito, como los órganos colegisladores. Por ello, su declaración de inconstitucionalidad se basa en que la norma posee un vicio. En cambio, la derogación realizada por el legislador se basa en una nueva evaluación política de la situación. Es una decisión de mérito político. De hecho, es posible hacer un paralelo entre la derogación por inconstitucionalidad efectuada por el Tribunal Constitucional y la derogación efectuada por el legislador, con la invalidación y la revocación de un

acto administrativo que efectúa la Administración. Unas situaciones se basan en un vicio y las otras, en cambio, en una valoración de mérito;

CENTESIMOSEPTUAGESIMOSEGUNDO: Que, por las argumentaciones desarrolladas en esta sentencia, queda demostrado que se declarará la inconstitucionalidad de los preceptos en cuestión basándose en los mismos vicios detectados en los casos ya resueltos en sede de inaplicabilidad;

CENTESIMOSEPTUAGESIMOTERCERO: Que, dilucidándose la cuestión de autos, es necesario distinguir, como ya se hizo en esta sentencia en las letras C y E del apartado I, la facultad que el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Constitución otorga a este Tribunal de aquella establecida en el N° 7° del mismo artículo y que se ejerce en este proceso. Se trata de situaciones de distinto alcance, supuestos y efectos. Mientras en el primer caso se está frente a una contradicción concreta, en atención al caso específico, entre una determinada aplicación de un precepto legal y la Constitución, en la segunda se afronta una situación de contradicción abstracta, absoluta y palmaria entre un precepto legal - sin considerar sus aplicaciones concretas- y la Constitución;

CENTESIMOSEPTUAGESIMOCUARTO: Que la diferencia descrita exige una distinta fundamentación de una y otra decisión. En efecto, en primer lugar, la Constitución exige congruencia entre las decisiones pasadas y la declaración de inconstitucionalidad, pero no una igualdad de argumentaciones. Cada uno de los exámenes de constitucionalidad de la ley va creando un verdadero sistema donde los controles pasados "despejan" a los

futuros. Así, el control preventivo de la ley (artículos 37 y 45 bis de la Ley N° 17.997) se vincula con la acción de inaplicabilidad (artículos 47 B y 47 F, N° 2, de la Ley N° 17.997) y ésta a la declaración de inconstitucionalidad (artículos 47 R y 47 V de la Ley N° 17.997);

CENTESIMOSEPTUAGESIMOQUINTO: Que, a través de tal mecanismo, la Constitución y la ley orgánica constitucional aludida exigen a este Tribunal ser coherente en la identificación de los vicios en cada una de las etapas sucesivas del control de constitucionalidad de la ley, por cuanto éstos pueden presentarse en distintos casos y demostrarse de manera diferente. En todo caso, en sede de inconstitucionalidad el Tribunal no puede ampliar su campo de acción a infracciones constitucionales sobre las que no se ha pronunciado antes. En otras palabras, lo que le está impedido hacer a esta Magistratura es ampliar los vicios que justifican su fallo, pero no así el abundar en las razones que le sirven de apoyo;

CENTESIMOSEPTUAGESIMOSEXTO: Que, por tanto, aunque se trate del mismo vicio, es posible fundamentar su existencia de un modo distinto a lo declarado en las inaplicabilidades previas. Si el Tribunal estuviera vinculado por las consideraciones que tuvo en el pasado, la facultad del artículo 93, inciso primero, N° 7°, constitucional perdería sentido. Ella sería prácticamente automática e indistinguible de las inaplicabilidades;

CENTESIMOSEPTUAGESIMOSÉPTIMO: Que, a su vez, el vicio cuya existencia se exige consiste en una contradicción entre el precepto legal que fue declarado inaplicable y la Constitución. Por lo tanto, hay que

buscar una identidad entre los preceptos constitucionales que fueron considerados como infringidos en sede de inaplicabilidad y la declaración de inconstitucionalidad; no en la argumentación empleada en aquélla. Ello se demuestra en la forma en que está redactado el artículo 47 V de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal, que señala: *“la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas deberá fundarse únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron considerados trasgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento”*;

CENTESIMOSEPTUAGESIMOCTAVO: Que en el presente caso existe una identidad entre las normas constitucionales que se consideran infringidas con aquellas identificadas en las sentencias de inaplicabilidad previas. Se han declarado vulnerados los numerales 2º, 9º y 18º del artículo 19 de la Constitución. Por tanto, los vicios que en esta sentencia se invocan son los mismos que se consideraron en las inaplicabilidades previas;

CENTESIMOSEPTUAGESIMONOVENO: Que, de acuerdo a la sentencia pronunciada en el proceso Rol 1288-2008-INA, que declaró inconstitucional la norma del proyecto de ley orgánica constitucional de esta Magistratura que establecía un plazo para el ejercicio de la facultad prevista en el artículo 93, inciso primero, N° 7º, de la Constitución, no existe hoy en día un plazo para su ejercicio. Se tuvo presente que *“no es posible concluir que haya sido la voluntad del constituyente subordinar el ejercicio de la función de velar por la supremacía constitucional que le ha encomendado a esta Magistratura, en una situación de tanta relevancia que puede determinar que uno o más preceptos legales sean expurgados de*

nuestro ordenamiento jurídico, a que la cuestión se promueva dentro de un plazo, como lo disponen las normas del proyecto que se analizan" (C. 79°). Este Tribunal, por tanto, es libre de declarar la inconstitucionalidad de una ley sin perjuicio del tiempo transcurrido desde la declaración de inaplicabilidad, cumpliendo con los demás supuestos;

Y VISTO, además, lo dispuesto en los artículos 1°, 6°, 19, N°s. 2°, 9° y 18°, 63 y 93, inciso primero, N° 7°, e inciso decimosegundo y 94, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE QUE LOS NUMERALES 1, 2, 3 y 4 DEL INCISO TERCERO DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY N° 18.933, SON INCONSTITUCIONALES.

PUBLÍQUESE LA PRESENTE SENTENCIA EN EL DIARIO OFICIAL, FECHA DESDE LA CUAL SE ENTENDERÁN DEROGADOS LOS PRECEPTOS LEGALES DECLARADOS INCONSTITUCIONALES.

El Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto previene que concurre a lo resuelto en la sentencia, pero lo hace basado únicamente en la consideración de que los preceptos legales declarados inconstitucionales contienen una regulación incompleta e imprecisa de las reglas a utilizar en la configuración de la estructura de las tablas de factores que se utilizan para reajustar el precio de los planes de salud, lo que ha permitido: a) el establecimiento de diferencias arbitrarias entre los diferentes grupos de beneficiarios y, b) un incumplimiento del deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud en la

forma y condiciones que determine la ley, mandato que ésta no ha cumplido a cabalidad.

Los Ministros señores Hernán Vodanovic Schnake y Francisco Fernández Fredes concurren a lo resuelto en esta sentencia, pero previenen en el sentido de que, en su opinión, la inconstitucionalidad comprende todo el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 (hoy artículo 199 del DFL N° 1, de Salud, de 2005), en razón de las siguientes consideraciones:

I. Naturaleza jurídica del contrato de salud previsional.

1° Que, contra lo sostenido en estrados por algunas de las personas que emitieron opinión en favor de la constitucionalidad de la norma legal materia de examen, el contrato de salud previsional es una institución jurídica que se inscribe dentro del ámbito de la seguridad social y, por consiguiente, presenta diferencias sustanciales respecto del contrato de seguro mercantil regulado en el Código de Comercio y en sus leyes complementarias.

2° Que, en efecto, el contrato de salud previsional celebrado entre una Isapre y sus afiliados tiene por objeto cubrir contingencias de las llamadas vitales o sociales, cuyo rasgo característico es su carácter universal tanto desde el punto de vista subjetivo (compartición de riesgos entre una pluralidad considerable de personas) como desde un ángulo objetivo, es decir, respecto de prestaciones que todos los seres humanos requerimos frente a necesidades que nos son comunes y que la vida depara inevitablemente.

3° Que, a diferencia del rasgo precedentemente anotado y que es común a todas las expresiones de seguro social, en el seguro mercantil el riesgo que se desplaza es de ocurrencia eventual o incierta para el asegurado, lo que explica que el monto de la prima o precio que éste paga por el seguro sea directamente proporcional al grado mayor o menor de siniestralidad o exposición al riesgo que la persona o cosa asegurada presente.

4° Que, así las cosas, en el contrato de salud suscrito por un asegurado con una Isapre no es concebible la existencia de una relación lineal (como en el seguro mercantil) entre el monto de la prima y la mayor o menor probabilidad de ocurrencia del siniestro, motivo por el cual en todas las modalidades de seguro social (y, como ha quedado dicho, el contrato de salud previsional lo es) resulta insoslayable la existencia de un grado de redistribución solidaria de los costos del sistema entre todos los afiliados al mismo.

5° Que no le resta carácter de seguro social al contrato de salud previsional el hecho de que sea de celebración voluntaria por el asegurado y que su administración se ejerza por un ente privado, toda vez que ello es una simple consecuencia de la posibilidad constitucionalmente admitida (y alentada) de que los particulares intervengan en la administración de los sistemas de financiamiento de las prestaciones de salud. Pero no hay que perder de vista que si lo hacen, es en calidad de sustitutos institucionales del Estado, sujetos a las mismas condiciones en que éste lo haría para atender satisfactores de indudable relevancia e impacto colectivo, como es el caso.

6° Que por todo lo anteriormente expresado resulta claro, a juicio de estos previnientes, que las normas del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 que permiten incrementar los precios base de los contratos de salud por la vía de aplicarles factores de riesgo independientes de la voluntad de los sujetos asegurados (como son el sexo y la edad), más aun si se considera que esos precios base están expresados usualmente en unidades indexadas, que se reajustan automáticamente conforme se incrementa el Índice de Precios al Consumidor, vulneran ostensiblemente las garantías constitucionales consagradas en los numerales 2°, 9° y 18° del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental y, por ello, el vicio de inconstitucionalidad afecta al mencionado artículo en toda su extensión.

II. Transgresión al principio de reserva legal en la regulación de las condiciones para la prestación de acciones de salud.

7° Que aun para el evento de considerarse (como lo hace este fallo) que un mecanismo de reajuste razonable y proporcionado de los montos de las primas por los contratos de salud previsional no sería en sí mismo inconstitucional, incluso basando tales reajustes en los criterios de sexo y edad de los asegurados, resulta inconcuso para estos previnientes que ello sólo podría hacerse por medio de una ley que fijara precisa e inequívocamente la fórmula de reajustabilidad y no encomendando tal facultad a la autoridad administrativa ni mucho menos habilitando a las Isapres para determinar libremente los factores a aplicar con tal objeto. Por ello, son también inconstitucionales todos los preceptos contenidos en el mencionado artículo que así lo permiten.

Lo anterior se basa en el claro tenor del inciso cuarto del numeral 9° del artículo 19 constitucional, en cuya virtud **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.

Acordada con el voto en contra de la Ministra señora Marisol Peña Torres, quien estuvo por negar lugar a la declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 -que corresponde al actual artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005-, en la parte que indica la sentencia, por las razones que se consignan a continuación:

I.- De la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal.

1°.- Que, como se sabe, la facultad para declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal fue conferida al Tribunal Constitucional por la Ley N° 20.050, de 2005, que, entre otras materias, modificó las atribuciones de esta Magistratura, agregando algunas nuevas, como es el caso de la que hoy se contiene en el numeral 7° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución;

2°.- Que, hasta la fecha, el Tribunal Constitucional ha ejercido la potestad conferida por la norma constitucional señalada en cinco ocasiones: en tres casos, declarando la inconstitucionalidad de un precepto legal o de una parte del mismo (roles N°s. 681, 1.254 y 1.345) y en dos oportunidades, rechazando una declaración similar (roles N°s. 558 y 590 acumulados y 1.173);

3°.- Que los pronunciamientos referidos a la inconstitucionalidad del artículo 116 del Código Tributario, del artículo 595 del Código Orgánico de Tribunales, en lo que respecta a la expresión "gratuitamente", y del artículo 171 del Código Sanitario, respecto de la frase "para dar curso a ellos se exigirá que el infractor acompañe el comprobante de haber pagado la multa", han sido emitidos sobre la base de constatarse, por esta Magistratura, el cumplimiento de los presupuestos que se desprenden del artículo 93, inciso primero, N° 7°, e inciso duodécimo, de la Constitución. En otras palabras, una vez que se comprobó: a) que la norma cuya constitucionalidad se cuestionaba era un precepto de rango legal; b) que dicha norma había sido declarada previamente inaplicable por sentencia de este Tribunal, pronunciada en virtud de lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, e inciso undécimo de la Carta Fundamental; y c) que el respectivo proceso de inconstitucionalidad se había iniciado por el ejercicio de una acción pública acogida a tramitación por esta Magistratura o por una resolución de la misma actuando de oficio;

4°.- Que a las exigencias constitucionales anotadas debe agregarse aquella que se desprende de lo preceptuado en el artículo 47 V de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional, en el sentido que *"la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas deberá fundarse únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento"*;

5°.- Que, sin perjuicio de lo señalado, las sentencias de inconstitucionalidad dictadas por este Tribunal han ido configurando una doctrina que esta juez disidente estima necesario sintetizar para razonar, posteriormente, sobre la factibilidad de declarar la inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, con los efectos previstos en el artículo 94 de la Carta Fundamental;

6°.- Que, así, una primera consideración inherente al examen que tiende a determinar la inconstitucionalidad de un precepto legal consiste en que el juicio que realiza el Tribunal Constitucional sea el propio de un control abstracto que, por su propia naturaleza, está destinado a producir efectos *erga omnes*. En la sentencia recaída en los roles N°s. 558 y 590 acumulados, nuestra Magistratura señaló, en este sentido, 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 referencia a una situación singular"* (considerando 5°).

Por su parte, explicando la diferencia entre el juicio de inaplicabilidad y el de inconstitucionalidad de un precepto legal, este Tribunal ha sostenido que: *"el carácter concreto y no abstracto del requerimiento de inaplicabilidad y de la sentencia de esta Magistratura que lo decide, son de efectos necesariamente acotados a las partes respectivas, debiendo ser desestimada toda pretensión de extenderlos a otras gestiones pendientes, sean iguales o semejantes, porque hacerlo involucraría infundirle las cualidades de abstracción y generalidad"*

que singularizan el pronunciamiento de inconstitucionalidad, erga omnes, de cierta disposición legal." (Sentencia Rol N° 1.218, considerando 13°).

En efecto, el análisis tendiente a determinar la eventual inconstitucionalidad de un precepto legal, por mucho que tenga como antecedente una o más declaraciones previas de inaplicabilidad de la misma norma, debe superar el solo juicio de aquéllas para proyectarse sobre todas las posibles situaciones de aplicación de la norma, sin referencia a una o varias situaciones particulares. Ésta es la única forma de armonizar la declaración de inconstitucionalidad que se pretende con la presunción de legitimidad que ampara a los actos del legislador y que, en definitiva, llevará a expulsar la norma cuestionada del ordenamiento jurídico vigente.

Por otra parte, y en opinión de quien suscribe este voto, debe considerarse que la sentencia constitucional por la cual se deroga un precepto legal introduce una profunda alteración en el sistema de fuentes del derecho, según el cual la ley, en principio, sólo puede quedar sin efecto de la misma manera en que fue aprobada. Así, dejar sin efecto una ley en virtud de la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que declara su inconstitucionalidad exige un ejercicio de particular prudencia por parte de una Corte como ésta;

7°.- Que un segundo criterio aplicable a la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, ya sea producto del ejercicio de una acción pública o de un proceso instruido de oficio, como en este caso, es que no exista ninguna interpretación de la norma cuestionada que permita armonizarla con la Carta Fundamental. En ese sentido, la sentencia recaída en el Rol N° 681, afirmó

que: *“tal y como lo han reconocido uniformemente la doctrina y la jurisprudencia comparadas, el respeto hacia la labor que desarrolla el legislador obliga al Tribunal Constitucional, en su función de contralor de la constitucionalidad de la ley, a buscar, al menos, alguna interpretación del precepto cuestionado que permita armonizarlo con la Carta Fundamental y **sólo en el evento de no ser ello posible**, unido a la necesidad de cautelar integralmente la vigencia de los principios de supremacía constitucional, igualdad ante la ley y certeza jurídica, **resultará procedente y necesaria la declaración de inconstitucionalidad**”* (considerando 8°) (las negritas son nuestras).

La misma razón recordada fue la que llevó a desechar la acción pública de inconstitucionalidad deducida contra el artículo 416, inciso tercero, del Código Procesal Penal, en la sentencia roles acumulados N°s. 558 y 590. En dicha oportunidad, este Tribunal expresó: *“Que, desde la perspectiva de un cotejo abstracto con la Constitución, el precepto legal contenido en el inciso tercero del artículo 416 del Código Procesal Penal no aparece, en principio, vulnerando **-en todo evento y modalidad de aplicación-** el mandato del artículo 61, inciso segundo, de la Constitución (...)*” (considerando 1°) (las negritas son nuestras);

8°.- Que las referencias jurisprudenciales que se han recordado se avienen con las opiniones de autorizados iuspublicistas como Víctor Ferreres Comella, quien señala:

“La presunción de constitucionalidad impone a quien sostiene que el texto de una ley es inconstitucional la carga de argumentar

convincentemente que se da una incompatibilidad entre la norma que ese texto expresa y el sistema de normas que el texto constitucional expresa. Para mostrar que se da esta incompatibilidad, el impugnante habrá de mostrar que la interpretación correcta del primer texto (el de la ley) contradice la interpretación correcta del segundo (el de la Constitución). Cualquier duda acerca de la interpretación correcta de uno u otro texto se resolverá a favor de la ley: *in dubio pro legislatore*.

Dado que las dudas pueden suscitarse tanto respecto del texto de la ley como respecto del texto constitucional, hemos de distinguir dos casos distintos. En unos casos, lo que no está claro es qué norma expresa el texto de la ley. Entonces -cabe sostener- el juez debe presumir que el legislador no quiso aprobar una norma inconstitucional, por lo que debe interpretar el texto de la ley de tal modo que incorpore una norma conforme con la Constitución. Se trata, en definitiva, de aplicar la doctrina de la "interpretación de la ley conforme a la Constitución", que hemos examinado en el capítulo primero. En otros casos, en cambio, lo que no está claro es qué norma expresa el texto constitucional, porque existen varias propuestas interpretativas que son razonables. Entonces -cabe decir- **el juez constitucional no debe dar el paso de estimar correcta aquella propuesta interpretativa bajo la cual la ley es inconstitucional,**

frente a aquellas otras propuestas también razonables bajo las cuales la ley es constitucional. En su lugar, el juez de la constitucionalidad debe entender que la cuestión acerca de cuál es la interpretación correcta del texto constitucional es dudosa, con la consecuencia de que debe optar por declarar válida la ley. A veces se habla del principio de "interpretación de la Constitución conforme a la ley" para referirse a esta doctrina." (Justicia constitucional y democracia. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, pp. 141 y 142) (Las negritas son nuestras).

En un sentido similar, Ignacio de Otto sostiene que:

*"De que la ley sea expresión de la voluntad popular deriva la consecuencia de que opere en su favor una presunción de legitimidad constitucional, en virtud de la cual **sólo procederá declarar su inconstitucionalidad cuando se haya producido una clara e inequívoca colisión con la norma constitucional**" (De Otto, Ignacio, *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes*, Editorial Ariel, Barcelona, 1988, p. 148) (las negritas son nuestras);*

9°.- Que, además, de los fallos de inconstitucionalidad pronunciados por este Tribunal puede inferirse una última exigencia, consistente en que la declaración del Tribunal Constitucional, mediante la cual se expulsa del ordenamiento jurídico vigente un determinado precepto legal, no debe acarrear efectos aún

más nocivos que los que produce la supervivencia del precepto cuestionado. Así se razonó en la sentencia recaída en el Rol N° 1.173 cuando, a propósito de los presupuestos necesarios para declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, se señaló 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 4°). En esta última decisión, este Tribunal había advertido que:

*“el ordenamiento constitucional es un sistema normativo, que regula poderes públicos, reconoce y ampara derechos subjetivos y fundamenta, en fin, la cohesión y equilibrio político y social. La exclusión de una norma legal es consecuencia de la ruptura de ese ordenamiento, para restablecerlo en plenitud. **Dicha finalidad 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 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." (Considerando 19°) (Las negritas son nuestras);

10°.- Que, en el mismo sentido recién anotado, puede recordarse lo afirmado por el maestro español, Eduardo García de Enterría:

*"(...) La anulación de una Ley es un suceso bastante más grave que la anulación de un acto de la Administración, porque crea por sí sola una gran inseguridad jurídica. El legislador no tiene agilidad suficiente para cubrir inmediatamente el hueco que deja la norma anulada y ese hueco da lugar a una enorme confusión jurídica para los ciudadanos y para los poderes públicos. Con frecuencia esa anulación, que no implica por sí misma el restablecimiento de vigencia de la Ley anterior a que sustituyó la anulada (Cfr., art. 2, 2 CC), y **la laguna que crea, puede determinar de hecho, como ha dicho alguna vez el Tribunal Constitucional italiano, una "situación de mayor inconstitucionalidad" en la solución práctica de los problemas que la Ley anulada regulaba.** Este horror vacui es el que determina el principio formulado así por el Tribunal Federal Constitucional alemán: "es válido el principio de que una Ley no puede ser declarada nula cuando puede ser interpretada en consonancia con la Constitución"."* (García de Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Editorial Civitas, 3ª Ed., Madrid, 1985, pp. 95 y 96).

El ex magistrado de la Corte Constitucional de Italia, Gustavo Zagrebelsky, ha afirmado, por su parte, que:

*"(...) la justicia constitucional como función "modesta", no "agresiva" (...) reconoce una suerte de primacía al legislador democrático, como intérprete auténtico de las concepciones éticas y políticas de la comunidad e insiste sobre el necesario self restraint de las cortes y sobre la necesaria ética de las consecuencias. **Cuando están en juego dos apreciaciones distintas, además de los principios y las convicciones, debe considerarse con pragmatismo también la calidad de los efectos sociales, económicos y políticos de las decisiones.**"* (Jueces constitucionales. Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Año 6, 2006, p. 320). (Las negritas son nuestras).

11°.- Que, de esta forma, la consideración de los efectos que la declaración de inconstitucionalidad va a generar, no sólo respecto del ordenamiento jurídico, sino que en un sentido amplio, se torna imprescindible para el juez constitucional. Con mayor razón cuando, como en el caso sometido a la decisión de este Tribunal, se encuentran en juego aspectos medulares del sistema de salud vigente en Chile que combina los esfuerzos públicos y privados que el legislador ha debido regular en forma congruente con los valores, principios y reglas contenidos en la Carta Fundamental.

Es por esta razón, avalada por la doctrina constitucional autorizada, que esta juez disidente no comparte lo razonado en el considerando

cuadragésimo cuarto de la sentencia, que llama al juez constitucional a no "inhibirse" de resolver el asunto que ha reclamado su intervención, aunque esté consciente del impacto político, económico y social de sus decisiones. Por el contrario, en concepto de quien suscribe este voto, la consideración de los efectos que la sentencia denomina "extrajurídicos" resulta fundamental a la hora de decidir la inconstitucionalidad de un precepto legal, pues de su análisis integral puede concluirse que tal declaración producirá un efecto más inconstitucional que el que se trata de prever, lo que es razón suficiente para que la magistratura constitucional se abstenga de expulsar el referido precepto del ordenamiento jurídico vigente;

12°.- Que, en esta misma línea de razonamiento, en diversos ordenamientos constitucionales comparados se ha tenido presente el peligro que encierra la declaración de inconstitucionalidad de la ley, con su consiguiente expulsión del ordenamiento jurídico, si, como consecuencia de esa declaración de inconstitucionalidad, se generará un efecto aún más nocivo del que tal declaración trata de remediar. Así, en Alemania, por ejemplo, se han elaborado diversas técnicas para suavizar el impacto político de las decisiones del Tribunal Constitucional o evitar el caos político o económico que podría resultar de la declaración de inconstitucionalidad (Kommers, Donal P., *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2ª edición, Duke University Press, Durham-London, 1997, p. 53). De esta forma, si una norma declarada nula (inconstitucional) por el Tribunal Constitucional de Alemania ha abrogado la norma precedente, ésta no queda inmediatamente sin vigor como consecuencia del pronunciamiento de

inconstitucionalidad sino hasta que el legislador competente llene la laguna existente (Olivetti, Marco, y Groppi, Tania. *La Giustizia Costituzionale en Europa*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 111).

Por lo demás, debe recordarse que, tal como lo han planteado diversos profesores de Derecho Constitucional, encabezados por Pablo Contreras, y que se han hecho presentes en estos autos, durante la tramitación de la reforma constitucional aprobada en el año 2005 mediante la Ley N° 20.050, se planteó una moción parlamentaria destinada a conceder el plazo de un año para la entrada en vigencia del fallo del Tribunal Constitucional que hubiere declarado la inconstitucionalidad de la ley. Agregan que *"con ello se pretendía crear una especie de período de creación normativa para que el Congreso Nacional regulara la materia que quedaría no cubierta por la inconstitucionalidad (...)"* (p. 6). Esta moción fue desechada, no obstante que habría contribuido a morigerar el impacto de la declaración de inconstitucionalidad en el contexto del ordenamiento jurídico como un todo.

Los propios Tribunales Constitucionales también han ido dejando constancia en sus fallos de la preocupación por los efectos que produce la declaración de inconstitucionalidad. Así ocurre con la Corte Constitucional de Colombia, que ha afirmado que *"no siempre la constatación de que una norma es inconstitucional acarrea inevitablemente su automática declaración de inexecutable, por la sencilla razón de que puede ocurrir que el retiro inmediato de la disposición del ordenamiento ocasione una situación peor, desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales."* (Sentencia C-141/01, de 7 de febrero de 2001);

13°.- Que, con arreglo a los criterios esbozados, se procederá a examinar la constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, a fin de fundamentar una decisión que se avenga con las exigencias establecidas en la propia Constitución y en la ley orgánica de este Tribunal, así como también con aquellas delineadas por la doctrina y la jurisprudencia constitucional comparadas y, ciertamente, con los criterios ya sentados por esta propia Magistratura Constitucional.

II.- Los fallos previos de inaplicabilidad recaídos sobre el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 y su relación con este proceso de inconstitucionalidad.

14°.- Que la resolución pronunciada por este Tribunal que ha dado inicio al presente proceso de inconstitucionalidad ha tenido presente cuatro sentencias previas de inaplicabilidad, que dan cumplimiento al requisito constitucional de resolver la inconstitucionalidad *"de un precepto legal declarado previamente inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior"* (artículo 93, inciso primero, N° 7°). Se trata de los roles N°s. 976, 1218, 1287 y 1273;

15°.- Que, con miras a resolver la cuestión que ocupa a esta Magistratura, resulta necesario precisar las características que tienen los aludidos pronunciamientos de inaplicabilidad -que corresponden a la modalidad de un control concreto de constitucionalidad-, que sólo obligan al juez y a las partes que intervienen en la gestión judicial pendiente en la que, precisamente, se ha solicitado inaplicar un precepto legal;

16°.- Que, desde el punto de vista de tales características, puede sostenerse que:

- 1) Las referidas acciones de inaplicabilidad fueron deducidas por personas afiliadas a diversas

Instituciones de Salud Previsional (Isapres), quienes fueron notificadas, mediante la respectiva carta de adecuación, de un alza en el precio de su plan de salud como consecuencia de la modificación experimentada en el valor de éste, no en su precio base, sino que en la aplicación de la tabla de factores a que alude el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, en base a los factores de edad y sexo, respectivamente.

- 2) Los diversos requirentes de inaplicabilidad, en cada uno de esos procesos, fueron personas de 60 años de edad o más.
- 3) Cada uno de los procesos de inaplicabilidad registró, como gestión pendiente, sendos recursos de protección deducidos ante las Cortes de Apelaciones del país, reclamando de la ilegalidad y arbitrariedad en que había incurrido la Isapre respectiva, al subir unilateralmente el precio del plan de salud por aplicación de la tabla de factores ya mencionada.
- 4) Los respectivos contratos de salud habían sido suscritos antes y después de la vigencia de la Ley N° 20.015, que modificó el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, en julio del año 2005.
- 5) Los preceptos constitucionales que se estimaron vulnerados por las respectivas sentencias de inaplicabilidad fueron los numerales 2° (igualdad ante la ley); 9° (derecho a la protección de la salud, en lo que se refiere, específicamente, a la libertad de elegir el sistema de salud); y 18° (derecho a la seguridad social) del artículo 19, sobre la base de las

argumentaciones que se sintetizarán más adelante. Estos preceptos son los únicos sobre los cuales puede fundarse una eventual declaración de inconstitucionalidad de acuerdo a lo prevenido por el artículo 47 V de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional;

17°.- Que esta Ministra disidente concurrió a las referidas declaraciones de inaplicabilidad considerando, precisamente, que la vulneración, en cada una de las gestiones judiciales pendientes, de los derechos constitucionales mencionados se producía porque el alza del precio del respectivo plan de salud, como consecuencia de la aplicación de la tabla de factores, se producía considerando el factor edad a que ella alude, de forma que personas que, objetivamente, se encontraban en condiciones de particular vulnerabilidad, no sólo por su edad, sino por su condición de "cotizantes cautivos", eran discriminadas y desprotegidas desde el punto de vista de la seguridad social, haciendo además ilusorio su derecho a elegir el sistema de salud al que habían decidido estar adscritas.

En efecto, es natural pensar que a medida que avanza la edad, en forma por lo demás coincidente con el momento para jubilar, disminuye la percepción de los ingresos de las personas tornando prácticamente imposible asumir cualquier alza del precio del plan de salud comunicada por la Isapre respectiva.

Al mismo tiempo, tampoco podría discutirse el hecho de que en la medida que una persona avanza en edad, su salud se torna más frágil, demandando una mayor cantidad de prestaciones tanto de medicina preventiva, curativa como de rehabilitación. De allí que se sostiene que "a

edad avanzada, el organismo no responde de igual forma ante las patologías y las condiciones ambientales que lo amenazan, comenzando a manifestarse deterioros del organismo que traen consecuencias que se traducen en pérdidas de la funcionalidad. Así, muchas de las patologías recurrentes que enfrentan los mayores los hacen más vulnerables a caer en dependencia.” (Las personas mayores en Chile. Situación, avances y desafíos del envejecimiento y la vejez. Documento elaborado por el Servicio Nacional del Adulto Mayor, Santiago, 2009, p. 11).

Ante dicho escenario, cobra especial trascendencia la finalidad asignada al Estado, en colaboración con los particulares, de contribuir a *“crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”* (artículo 1º, inciso cuarto, de la Constitución Política), finalidad en la que, en lo que se refiere al derecho a la protección de la salud, los particulares colaboran hoy en día, en virtud del principio de subsidiariedad;

18º.- Que, en la misma línea argumental, conviene recordar que la sentencia recaída en el Rol N° 976 precisó:

“Que el deber de los particulares y de las instituciones privadas de respetar y promover el ejercicio de los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana en cuanto a su existencia y exigibilidad, se torna patente respecto de aquellos sujetos a los cuales la

Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos que ella garantiza. Tal es exactamente lo que sucede con las Instituciones de Salud Previsional, en relación con el derecho de sus afiliados a gozar de las acciones destinadas a la protección de la salud, consagrado en el artículo 19, N° 9, de la Constitución.”
(Considerando 36°).

“Que, sin duda, las instituciones aludidas tienen también asegurados sus derechos en la Carta Política, pero, con idéntica certeza, ha de afirmarse que ellos se encuentran sometidos a los deberes correlativos, de los cuales resulta menester realzar aquí su contribución al bien común, haciendo cuanto esté a su alcance, dentro del ordenamiento jurídico, por materializar el goce del derecho a la protección de la salud (...).”
(Considerando 37°);

19°.- Que la sentencia recaída en el Rol N° 1.273 reúne la totalidad de los argumentos que, configurando vicios de inconstitucionalidad, llevaron a declarar inaplicable, en cuatro casos concretos, el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, más conocida como Ley de Isapres. Esos argumentos pueden sintetizarse como sigue:

- 1) La diferenciación por sexo y edad que permite el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 establece un trato desigual para igualdades esenciales, como son: i) la igualdad en dignidad y derechos con que las personas

nacen (inciso primero del artículo 1° de la Constitución), ii) la igualdad de oportunidades como derecho de las personas en la participación en la vida nacional (inciso quinto del artículo 1° de la Ley Fundamental), iii) la igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer (oración final del inciso primero del número 2° del artículo 19 de la Constitución), y iv) la igualdad de acceso a las acciones de salud (inciso segundo del número 9° del artículo 19 de la Constitución) (considerando 72°). Luego, se vulnera el artículo 19 N° 2° de la Carta Fundamental;

- 2) La evolución del factor edad consultado en las respectivas tablas de factores, incorporadas a cada contrato, como consecuencia de haber cumplido 60 años o más, implica que no se ha respetado la proporcionalidad de las prestaciones derivadas de un contrato que, por exigencias de orden público, debe tender a maximizar el goce de las prestaciones de salud, impidiendo a los respectivos cotizantes mantener el régimen privado de atención al que habían deseado acogerse. Si el respectivo afiliado no puede seguir pagando el nuevo costo del plan, quedaría obligado a abandonar el sistema privado de salud para incorporarse, obligadamente, al equivalente público vulnerándose su derecho a elegir el sistema de salud al que desea acogerse, de acuerdo con lo que le asegura el numeral 9° del artículo 19 de la Constitución (considerandos 66° y 67°);
- 3) La existencia de reajustes periódicos del precio del plan de salud previsional sólo por el aumento de edad, independientemente de la iniquidad de su cuantía, por estar expresada en múltiplos del precio base, resulta inconciliable con el derecho a la seguridad social,

garantizado en el numeral 18° del artículo 19 de la Ley Suprema, puesto que resulta incompatible con los propósitos que persiguen las instituciones de seguridad social -entre las que se encontraría el contrato de salud previsional- el que la desprotección frente a los estados de necesidad aumente en la misma medida en que aumentan los años de vida (considerandos 78° y 80°);

20°.- Que habiéndose recordado las principales características de los procesos de inaplicabilidad -roles N°s. 976, 1218, 1273 y 1287- que han servido de fundamento al actual proceso de inconstitucionalidad, corresponde preguntarse, precisamente ahora, si el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 o Ley de Isapres, resulta contrario, en abstracto, a uno o más preceptos de la Carta Fundamental, esto es, si el referido precepto es inconstitucional *per se*, más allá de aquellos casos en que ha sido declarado inaplicable y si ninguna interpretación posible del mismo permite conciliarlo con la Ley Suprema.

III. Análisis constitucional en abstracto del artículo 38 ter de la Ley de Isapres e interpretaciones posibles.

21°.- Que, a pesar de que ha sido reproducido en el fallo, esta disidencia no puede prescindir de la cita pertinente del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que corresponde al artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N° 2.763, de 1979, y de las Leyes N°s. 18.933 y 18.469, que señala:

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 deben 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 dicha 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 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 197.”;

22°.- Que para entender la forma en que se determina el precio del plan de salud que debe pagar cada afiliado a una Institución de Salud Previsional puede acudir a la explicación entregada por S.E. el Presidente de la República en su escrito de observaciones acompañado a estos autos. Allí se indica que la cotización que pagan los afiliados por su plan de salud consulta los siguientes elementos que determinan el precio final a pagar (p. 33):

- 1) **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. El D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005, señala al respecto que la expresión “precio base” corresponde al “*precio asignado por la Institución a cada plan de salud*” (artículo 170, letra m). El artículo 197, inciso tercero, señala, por su parte, que “*anualmente, en el mes de suscripción del contrato, las Instituciones podrán revisar los contratos de salud, pudiendo sólo modificar el precio base del plan, con las limitaciones a que se refiere el artículo 198, en condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan. Las revisiones no podrán tener en consideración el estado de salud del afiliado y beneficiario.*”
- 2) **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. El artículo 170, letra m) del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005, expresa, en su parte final, que: *“El precio final que se pague a la Institución de Salud Previsional por el plan contratado, excluidos los beneficios adicionales, se obtendrá multiplicando el respectivo precio base por el factor que corresponda al afiliado o beneficiario de conformidad a la respectiva tabla de factores.”*

- 3) **GES (garantías explícitas de salud):** estas garantías, derivadas del Plan Auge, constituyen el núcleo básico de las prestaciones básicas y uniformes en materia de salud, sin consideración a factores de sexo y edad. 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;

23°.- Que, así, el precio o cotización del plan de salud de cada afiliado se fija multiplicando el precio base del plan respectivo por la suma de factores etarios del afiliado y sus cargas, sumando a este resultado el valor de las GES por cada beneficiario;

24°.- Que, en consecuencia, la tabla de factores a que alude el artículo 38 ter de la Ley de Isapres (hoy artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005), otorga los parámetros por los que se debe multiplicar el precio base de cada plan de salud, dependiendo de la edad del afiliado, de su sexo y de su condición de cotizante o carga. De allí que la letra n) del artículo 170 del decreto con fuerza de ley mencionado defina la “tabla de factores” como: *“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 un 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.”* (Las negritas son nuestras);

25°.- Que, como se expresó, y de acuerdo a la ley vigente, la estructura de la tabla de factores debe ser fijada por la Superintendencia de Salud mediante instrucciones de general aplicación, considerando los factores de sexo, edad y la condición de cotizante o de carga. El inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 -que corresponde al artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005-, establece las reglas específicas a que debe sujetarse el cumplimiento de este cometido de la Superintendencia en relación con cada rango de edad. Específicamente, se señala que, cada diez años, la Superintendencia deberá fijar la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo. Por su parte, y como recuerda el considerando 60° del fallo, el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015 fijó dicha relación entre factores, para el primer período de diez años (2005-2015), en “*hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y hasta 14 veces, en el caso de los hombres*”. Esta diferencia fue ratificada en la Circular N° 6, de 2

de junio de 2005, de la Superintendencia de Salud, tal como se recuerda en el considerando 61° de la sentencia;

26°.- Que, en consecuencia, y tal como lo ha hecho presente el Informe de la firma Clarke y Asociados, de mayo de 2010, acompañado a estos autos por la Isapre Banmédica, la estructura de la tabla de factores que forma parte de los contratos de salud previsional, como los que suscribe esa Isapre, a partir de la vigencia de la Ley N° 20.015 y de conformidad con lo establecido por la circular aludida precedentemente, es la siguiente:

Tramo Edad	Tabla Factores Precio			
	Afiliados		Cargas	
	Hombre	Mujer	Hombre	Mujer
0-1	1,8	1,8	1,8	1,8
2-4	0,8	0,8	0,6	0,6
5-9	0,7	0,7	0,5	0,5
10-14	0,7	0,7	0,5	0,5
15-19	0,7	0,7	0,5	0,5
20-24	0,8	2,0	0,5	0,8
25-29	0,9	2,4	0,7	1,5
30-34	1,0	3,3	1,0	1,9
35-39	1,0	3,3	1,0	1,8
40-44	1,2	2,4	1,2	1,6
45-49	1,3	2,4	1,3	1,8
50-54	1,6	2,5	1,6	1,9
55-59	2,1	2,6	2,1	2,1
60-64	2,7	2,7	2,7	2,7
65-69	3,2	3,2	3,2	3,2
70-74	3,8	3,8	3,8	3,8
75-79	4,5	3,9	4,5	3,9
80 y más	4,7	4,5	4,7	4,5

En la referida tabla de factores puede comprobarse, efectivamente, que la diferenciación de factores, por tramo, se produce en consideración a la edad, al sexo y la condición de cotizante o carga de cada persona;

27°.- Que sobre la base del ejemplo de la estructura de la tabla de factores que se ha consignado en el considerando que precede, cabe analizar si tal estructura resulta contraria a los derechos a la igualdad ante la ley, a la libre elección del sistema de salud y a la seguridad social de cualquier afiliado al sistema de salud privado que administran las Instituciones de Salud Previsional, más allá de las situaciones examinadas por esta Magistratura y que han llevado a declarar inaplicable el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 en aquellos casos particulares;

28°.- Que, en ese sentido, basta observar la tabla de factores indicada como ejemplo en este voto, para darse cuenta que ella genera una situación de bastante estabilidad para aquellos cotizantes cuyas cargas oscilan entre los 2 y los 19 años de edad, toda vez que, en esos tramos, el factor tiende a mantenerse e, incluso, a bajar (de 0,6 a 0,5), independientemente del sexo de la carga. En el caso de los cotizantes, el factor es el mismo (0,7) entre los 5 y los 19 años de edad, independientemente del sexo del afiliado.

Por ello y en términos estrictamente constitucionales, no puede decirse que, en dichos tramos, se introduzcan diferencias carentes de razonabilidad, que vayan a incidir en que los afiliados se vean impedidos de continuar cotizando en la Isapre respectiva debiendo emigrar, forzosamente, al sistema público de salud, tornando ilusorio, al mismo tiempo, su derecho a elegir el sistema de salud. En otras palabras, no puede

sostenerse, a juicio de esta juez disidente, que las reglas sobre tramos de edad contenidas en los numerales 2 y 3 del inciso tercero del artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005 (que corresponde al artículo 38 ter de la Ley N° 18.933), sean contrarias a la Constitución en toda circunstancia, en la medida que, como se ha comprobado al analizar la estructura de una de las tablas de factores utilizada en el mercado, puede apreciarse que, en determinados tramos, el factor correspondiente a la edad del afiliado o de sus cargas tiende a mantenerse en el tiempo o, incluso, a bajar.

Del mismo modo, no se ve cómo la mantención o la rebaja del factor a lo largo de la etapa que va desde los 2 a los 19 años de edad pueda estimarse vulneratoria del derecho a la seguridad social que exige atender debidamente a los estados de necesidad que afectan a las personas y que obliga al Estado a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas y uniformes, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas.

Más bien, podría decirse que la estructura de la tabla de factores que se ha analizado resulta conveniente para familias que tengan hijos entre esos tramos de edad, pues les brindaría estabilidad en un período en que deben afrontar accidentes escolares -que suelen ser frecuentes-, así como enfermedades propias de esa etapa de la vida cuando, al mismo tiempo, deben sufragarse gastos escolares que encarecen cualquier presupuesto familiar;

29°.- Que bastaría con tener en cuenta las consideraciones que preceden para estimar que no procede declarar inconstitucional los numerales indicados del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley de Isapres -

que corresponde al artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005-, pues, como ha quedado demostrado, la afectación de los derechos constitucionales constatada en los procesos previos de inaplicabilidad, no se produce respecto de todos los casos a los que se aplica la tabla de factores a que ella alude, lo que remite, más bien, a un examen de constitucionalidad caso a caso, propio de un control concreto y no de un control abstracto de constitucionalidad como el que en esta oportunidad se verifica;

30°.- Que, en otras palabras y a juicio de quien suscribe este voto, la introducción de factores de edad y de sexo en las tablas de factores no resulta inconstitucional en sí misma, sin desconocer que su aplicación a determinadas situaciones es la que podría producir resultados contrarios a la Carta Fundamental, dependiendo de si el alza del precio del plan de salud, efectivamente, importa la afectación de derechos fundamentales;

31°.- Que, en esta línea de razonamiento, cabe recordar la historia de la Ley N° 20.015, publicada en el Diario Oficial de 17 de mayo de 2005, que introdujo el artículo 38 ter a la Ley N° 18.933. Lo primero que llama la atención es que esta norma no venía incluida en el Mensaje del Presidente de la República, sino que fue adicionada mediante la indicación N° 43 formulada por el Ejecutivo.

Precisamente, explicando el sentido de esta indicación, el Superintendente de Salud sostuvo que, en diciembre de 2003, existían más de 2.440 tablas de factores por sexo y edad, lo que hizo posible que las Instituciones de Salud Previsional aplicaran "políticas

de nichos”, en desmedro de la solidaridad. Así, se buscó reducirlas a una tabla por cada plan y a no más de dos para todos los planes que comercialice cada institución. En lo que se refiere a **“la relación máxima establecida entre el factor mínimo y el máximo de cada tabla en las reglas 4 y 5 del inciso tercero, manifestó que esas cifras están basadas en el análisis de los costos reales que para las Instituciones de Salud Previsional significan sus usuarios diferenciados por sexo, extraídas de los datos recogidos entre 2001 y 2003, y están en estrecha correspondencia con las que se practican en las tablas de otros países. Preciso que esas disposiciones determinan que el factor máximo de una determinada tabla no puede 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.”** (Historia de la Ley N° 20.015. Segundo Informe de la Comisión de Salud del Senado en el segundo trámite constitucional, 25 de enero de 2005. Boletín N° 2981-11). (Las negritas son nuestras).

De los párrafos recordados de la historia de la ley es posible extraer, a modo de conclusión, que la relación entre los factores mínimo y máximo de cada tabla no obedeció a un criterio arbitrario del legislador, a diferencia de lo que sostiene el fallo en su considerando 125°, cuando afirma que **“el número 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, materializado para los primeros diez años de vigencia de la norma en el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, es arbitrario, pues establece, sin más, un rango excesivo en el cual se puede mover la fijación del precio de su plan de salud.”** (Las negritas son nuestras).

Como ha podido demostrarse, el criterio considerado por el legislador fue el de la experiencia de las tablas

aplicadas en otros países, lo que elimina la característica de arbitrario que se imputa al precepto contenido en el N° 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933;

32°.- Que la explicación anterior debe ser complementada con los antecedentes contenidos en el Informe "Eliminación de la Tabla de Factores: Impactos y experiencia internacional", de mayo de 2010, de la Superintendencia de Salud, acompañado por S.E. el Presidente de la República. En él puede observarse que la tabla de factores se elabora sobre la base del concepto de "factor de riesgo". Como señala el informe, *"lo que pretende la ley al incorporar la tabla de factores es introducir un mecanismo equitativo de asignación de factores de riesgo de los afiliados (...)"* (p. 11). Agrega que *"en la práctica, la estructura de factores establecida por las Isapres para los diferentes tipos de beneficiarios en cada tabla, busca vincular los precios a los gastos esperados en prestaciones de salud y subsidios por incapacidad laboral (SIL) de cada individuo según sus propias características. Es decir, la operación de un principio de equivalencia en que cada cual pague de acuerdo con su propio nivel de riesgo."* (idem). Tal razonamiento se adiciona con el Gráfico 1 referente a la "Tabla de Factores y del Gasto Observado de Prestaciones de Salud y SIL, por Sexo y Grupos de Edad del Sistema Isapre al año 2009" (p. 13). En él se lee:

"Desde el grupo de edad 15-19 años y hasta el grupo 55-60 años, las mujeres tienen un gasto observado superior al de los hombres, lo que corresponde básicamente a la edad fértil de la mujer, con una curva positiva entre los 25 y 44 años, en plena etapa reproductiva. A

partir de los 60 años, los gastos en las mujeres se incrementan, pero a una tasa menor que los hombres adultos mayores (...).

A partir del tramo de edad 60-64 años, los hombres presentan un mayor gasto observado de prestaciones de salud con respecto a las mujeres (...).” (pp. 13-14).

Similares argumentos, en base a cuadros estadísticos, se contienen en el Informe de Clarke y Asociados, presentado por Isapre Banmédica, páginas 7 a 10. El mismo diagnóstico es reproducido en el Informe de Alejandro Ferreiro, de diciembre de 2009, acompañado por la Asociación de Isapres, páginas 23 y 24.

En lo que respecta a la experiencia internacional, el Informe de la Superintendencia de Salud señala que *“al aplicar el ajuste de riesgos los distintos países aplicaron distintos modelos y tipo de ajustadores **teniendo todos en común la edad**. Pero Bélgica incorporó **edad/género**, urbanización, discapacidad, ingreso, tipo de empleo, y mortalidad, todo en un modelo agregado de regresión. Alemania **edad/género**, discapacidad, licencias médicas e ingreso. Holanda **edad/género**, urbanización, licencias y corrección por costos históricos. Suiza **edad/género** y región e Israel **sólo edad** (...). (p. 47). (Las negritas son nuestras).*

Cabe dejar constancia que las citadas estadísticas y las conclusiones que de ellas se derivan no han sido refutadas ni desvirtuadas en estos autos, lo que permite concluir, en este punto, que las reglas contenidas en los numerales 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, y especialmente esta última, en cuanto a la diferencia entre el factor mínimo y máximo en las tablas de factores, no obedeció al capricho del

legislador, sino que constituyó una aplicación de la experiencia internacional en la materia, además de la consideración del incremento de prestaciones de salud que, objetivamente, se observa en ciertos grupos etarios como los adultos mayores y las mujeres en edad fértil;

33°.- Que, desde esta perspectiva, la introducción de elementos como el sexo y la edad, como criterios para estructurar la tabla de factores a que alude el artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005 -ex artículo 38 ter de la Ley N° 18.933-, tiene estrecha relación con la naturaleza del contrato de salud previsional en cuanto contrato de seguro privado donde el factor riesgo juega un rol fundamental.

En este sentido, Osvaldo Contreras Strauch ha sostenido que el contrato de seguro es *"aquél en virtud del cual se transfieren al asegurador uno o más riesgos, a cambio del pago de una prima, quedando éste obligado a indemnizar, dentro de los términos contractuales y legales, el daño que sufriere el asegurado, o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas."* Agrega que *"dentro del concepto de seguro que hemos dado, el riesgo es el elemento esencial y constituye, en general, la eventualidad de un suceso que ocasiona al asegurado una pérdida o una necesidad susceptible de estimarse en dinero."* (El contrato de seguro. Editorial Jurídica La Ley, Santiago, 2002, pp. 22 y 25).

Sergio Baeza Pinto entiende, por su parte, que el seguro tiene por objeto evitar que las personas sufran alteraciones en su nivel de vida, con motivo de las contingencias que pueden afectar a sus medios de subsistencia. Consiste en una de las formas técnicas de encarar la previsión, definida como *"un método que*

permite compensar los efectos materiales de riesgos realizados, mediante la concurrencia colectiva y anticipada de las personas amenazadas por determinadas contingencias". (El Seguro. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, p. 16));

34°.- Que no obstante constituir el contrato de salud previsual un seguro privado de salud, afecto, por ende, a las reglas propias de este tipo de contratos, no puede desconocerse que, por relacionarse con la satisfacción de derechos sociales básicos, como es el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, adquiere, más bien, un carácter mixto. Combina, así, los elementos propios de un contrato de seguro con la solidaridad indispensable que deriva de los factores propios de la seguridad social involucrados en la necesidad de asegurar el acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación, especialmente a los segmentos más vulnerables de la población.

Esta realidad mixta del contrato de salud es reconocida en el Informe de la Superintendencia de Salud, acompañado por el Ejecutivo, donde se precisa que: "*(...) académicos y países se han hecho la pregunta de ¿Cómo combinar la solidaridad, establecida por lo general constitucionalmente, con la elección del consumidor de seguro de salud? (Van de Ven et al, 2001). Un mercado de seguros de salud en el cual los consumidores pueden escoger periódicamente el pool de riesgo de seguro de salud en el que quieren estar, crea una gran oportunidad respecto de cómo alcanzar solidaridad en tal mercado. El principio de solidaridad, el cual es latamente valorado en particular en países de Europa, implica que los individuos de alto riesgo y bajo ingreso reciban un*

subsidio para incrementar su acceso a la cobertura del aseguramiento de la salud. Se usa el término solidaridad en el sentido de "subsidio de solidaridad" y no en el sentido de "solidaridad-por-opción" (...)" (p. 8).

La importancia de la solidaridad en materia de salud también quedó en evidencia en el debate parlamentario que precedió a la aprobación de la Ley N° 20.015, al sostener el diputado señor Bayo, en el primer trámite constitucional, que *"cuando los diputados analizaron las modificaciones introducidas en el Senado, llegaron a la convicción de que éstas apuntaban en un sentido correcto, porque se regula claramente el alza de precios, se reducen drásticamente las tablas de factores de riesgo a alrededor de treinta y cuatro, dos por cada Isapre; hoy hay más de dos mil. Además, la creación del fondo de compensación interisapres está destinado a compensar los riesgos en salud derivados de las enfermedades o de la diferencia de edad y sexo; se introduce un concepto de solidaridad: los más jóvenes ayudarán a pagar la salud de los más viejos quienes vivirán más tranquilos gracias a ese aporte."*

35°.- Que, a estas alturas, puede sostenerse que la introducción de factores como el sexo y la edad, así como la diferencia de tramos en aplicación de esos criterios, en cuanto modalidades de estructuración de una tabla de factores, como aquella que contribuye a determinar el precio del plan de salud de las personas afiliadas a las Isapres en Chile, no son, en sí mismas, arbitrarias o carentes de razonabilidad, en la medida que se basan en la consideración de factores objetivos y fácilmente comprobables, como la mayor demanda de prestaciones de salud por parte de la mujer en edad fértil o de las personas mayores de 60 años de edad.

Distinto es lo relativo a la forma cómo se aplica la tabla de factores, sin considerar la vulnerabilidad que, en determinadas etapas de la vida, afecta a ciertas personas. Un aumento indiscriminado de los precios de los planes de salud respecto de ellas, ciertamente, podría lesionar los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social cuando no se consideran mecanismos de solidaridad que permitan soportar dichas alzas sin discontinuar el acceso a las prestaciones de salud;

36°.- Que, teniendo presente los razonamientos que preceden, una declaración de inconstitucionalidad de los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, introducido por la Ley N° 20.015, resulta improcedente, a nuestro juicio, por las siguientes razones:

1.- Porque, como se ha dicho, la diferenciación por cada tramo de la tabla de factores, en base a consideraciones de sexo y de edad, así como las reglas para estructurar los tramos respectivos que se contienen en los numerales 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, no son, en sí mismas, arbitrarias, sino que obedecen a factores objetivos que les imprimen una justificación racional.

2.- Porque la facultad asignada a la Superintendencia de Salud por el N° 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, no se ha ejercido directamente. Fue el artículo 2° transitorio de la Ley N° 20.015 el que fijó, para los primeros diez años, a contar de la vigencia de la ley (2005-2015), la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo, pero no es ésta la norma cuestionada en el presente proceso de constitucionalidad. De este forma, la Circular N° 6, de 2

de junio de 2005, de la Superintendencia de Salud, que determina que el factor máximo de una determinada tabla no puede 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, no hace sino repetir lo dispuesto en el artículo 2º transitorio de la Ley N° 20.015, que, como se ha dicho, no está impugnado en estos autos.

En este sentido, ha de tenerse presente, una vez más, la naturaleza excepcional de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, que importa su expulsión del ordenamiento jurídico. Tal naturaleza impide extender tal declaración a normas que no han sido impugnadas en el respectivo proceso abierto de oficio o en ejercicio de la acción pública respectiva, sobre todo atendida la estrecha relación que, entre nosotros, existe entre inaplicabilidad e inconstitucionalidad de la ley. Como ya se expresó, el tenor imperativo del artículo 93, inciso primero, N° 7º, de la Constitución Política exige pronunciarse sólo sobre aquellas normas respecto de las cuales ha existido una declaración previa de inaplicabilidad y en ninguno de los cuatro procesos que han servido de fundamento a la presente declaración de inconstitucionalidad se ha incluido al artículo 2º transitorio de la Ley N° 20.015;

37º.- Que, conforme a lo razonado, esta juez disidente estima que no concurre, en la especie, la exigencia de que el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 - hoy artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005- sea inconstitucional en abstracto, más allá de las situaciones concretas que han motivado previamente su declaración de inaplicabilidad;

38º.- Que, al mismo tiempo, es posible sostener, a nuestro juicio, que tampoco concurre, en la especie, el

requisito de que no exista ningún punto de vista bajo el cual el precepto legal reprochado pueda conformarse con la Constitución.

Basta observar la propia tabla de factores reproducida en este voto para reafirmar la idea de que ella no resulta inconstitucional en algunos de sus tramos. Desde luego, respecto de las cargas entre los 2 y los 19 años de edad (mantienen un factor de 0,5); de los afiliados entre 10 y 19 años de edad (mantienen un factor de 0,7 sin distinguir entre hombres y mujeres) y de aquellos afiliados o cargas de sexo femenino sobre los 75 años de edad (se les aplica un factor de 3,9, mientras que a los hombres de la misma edad, un factor de 4,5).

A su vez, es posible corroborar que la norma contenida en el inciso final del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 resulta plenamente constitucional al analizar la tabla de factores que se viene comentando, pues el factor que corresponda a un beneficiario, en razón de su edad, puede aumentar, pero también reducirse, como ocurre con las afiliadas de sexo femenino, en el tramo que va desde los 35 a 39 años de edad -al cual se aplica un factor de 3,3- y los tramos que van desde los 40 a 44 años y de los 45 a 49 años de edad, donde el factor baja a un 2,4.

Como se ha sostenido, en base a la doctrina y jurisprudencia comparadas, el carácter excepcional de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal y su consiguiente impacto en el sistema de fuentes del derecho, impide expulsar tal precepto del ordenamiento jurídico, si el intérprete encuentra al menos una forma de conciliarlo con la Carta Fundamental, tal y como procedió este Tribunal en los roles N°s. 558 y 590 acumulados.

**IV. Efectos de la declaración de
inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de
Isapres.**

39°.- Que, por último, esta disidencia se hará cargo de la tercera exigencia necesaria para proceder a la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal con efectos *erga omnes*, y que se refiere a que los efectos derivados de la referida declaración no sean más inconstitucionales que los que se trata de prever;

40°.- Que, en dicho sentido, debe partirse señalando que, en Chile, la población afiliada a Isapres se acerca a los 2.8 millones de personas, esto es, a poco más del 16% de la población total del país. El resto de la población se encuentra adscrita al sistema público de salud representado por el Fondo Nacional de Salud (FONASA), que otorga cobertura al 72.7%, esto es, a 12.248.257 personas, según estadísticas oficiales de FONASA. Entretanto, una cifra cercana al 13% de la población está adscrita al sistema de salud de las Fuerzas Armadas y Carabineros (Alejandro Ferreiro. Informe "Efectos para los afiliados de la aplicación de una tarifa plana en caso que se declare inconstitucional la norma legal que regula la tabla de factores relativos a sexo y edad". Diciembre de 2009, pp. 3 y 5);

41°.- Que las diferencias entre el sistema público de salud, representado por FONASA, y el sistema privado, representado por las Isapres han sido explicadas, en estos autos, en diversos informes presentados tanto por S.E. el Presidente de la República como por la Asociación de Instituciones de Salud Previsional de Chile AG.

De la lectura detallada de esos informes, y en lo que interesa al asunto que debe resolverse, importa

rescatar, particularmente, lo referido al financiamiento de las prestaciones de salud en uno y otro sistema.

Así, puede observarse que, en el caso de las personas afiliadas a FONASA, su acceso a las prestaciones de salud respectivas se realiza sobre la base de la cotización legal del 7% de la renta imponible (hasta 60 UF), la que no varía en el tiempo y es independiente del sexo o edad del afiliado y de sus cargas, así como del tamaño del grupo familiar. Alejandro Ferreiro sostiene que se trata de *“una prima colectiva calculada en proporción a la capacidad de pago, aunque sólo financia una fracción de los costos en que incurren los afiliados. En el caso de FONASA, la cotización de prima no guarda relación con el riesgo del cotizante y sus beneficiarios”* (Informe citado, p. 8). Como las cotizaciones de muchas personas afiliadas a FONASA no alcanzan a cubrir las prestaciones de salud que requieren, el sistema se complementa con aportes estatales que, considerando la Ley de Presupuestos del año 2009, alcanzaron al 49,3% del total del presupuesto de FONASA. (Presentación de la Asociación de Isapres AG, de 20 de mayo de 2010, nota 5, p. 3).

En el sistema privado representado por las Isapres, el afiliado contrata un plan de salud con beneficios que varían según su monto cotizado, pudiendo incluso cotizar más del 7% a que lo obliga la ley, o, bien, guardar parte de la cotización obligatoria como excedentes, los que se utilizan, entre otras cosas, para pagar prestaciones de salud. (Informe de Clarke y Asociados, mayo de 2010, p. 4). El Estado no aporta actualmente al financiamiento de las prestaciones de salud a través del sistema de las Isapres, sino que *“la redistribución de recursos producto de no cobrar el costo esperado de salud a cada uno -*

especialmente los más riesgosos- proviene de las cotizaciones de otros individuos (subsidios cruzados)". Se ha indicado, por lo mismo, que "la última reforma de la Ley de Isapre (sic), generó un sistema de adecuación de planes que solidarizó los costos entre cotizantes de un mismo plan y entre todos los planes de la Isapre, y además creó una banda de contención de las alzas de precios. El resultado final fue encarecer todos los planes de salud, para solventar colectivamente a los cotizantes de mayores costos (...)." (Informe de Altura Management, "Viabilidad del Sistema Isapre sin tabla de factores", pp. 3-4);

42°.- Que, en consecuencia, y en lo que a este proceso constitucional se refiere, resulta necesario dimensionar el impacto de una declaración de inconstitucionalidad de los numerales 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley de Isapres, que, correspondiendo hoy al artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005, importaría dejar sin efecto la estructura de la tabla de factores, en cuanto a la diferencia de tramos que ella contiene en la actualidad;

43°.- Que, para precisar este punto, debe tenerse presente, en primer término, que la declaración de inconstitucionalidad con la que se disiente no importa la eliminación de la tabla de factores. En efecto, se mantienen vigentes los incisos primero y segundo del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, hoy artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005, que prescriben:

"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."
(Las negritas son nuestras).

Debe recordarse que la definición de lo que es una tabla de factores se contiene en el artículo 170, letra n), del mismo cuerpo normativo, que tampoco ha sido declarado inconstitucional por la sentencia;

44°.- Que al declararse inconstitucionales los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter, objeto de este proceso, y por efecto de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 94 de la Constitución, tales numerales quedarán derogados desde la fecha en que se publique esta sentencia en el Diario Oficial. Concretamente, lo que quedará derogado, a partir de ese momento, serán las reglas a las cuales debía sujetarse, hasta hoy, la Superintendencia de Salud para fijar los rangos de edad que componen las tablas de factores sobre la base de tramos que consideran: a) desde el nacimiento hasta los dos años de edad; b) desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta, con un mínimo de tres años y un máximo de cinco años; c) la determinación de tramos desde los ochenta años de edad; y d) la fijación, cada diez años, de la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo.

Al no declararse inconstitucional el numeral 5 del inciso tercero del artículo 38 ter que se analiza, subsiste el imperativo de que, en cada tramo, el factor que corresponda a una carga no pueda ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo;

45°.- Que si lo único que se declara inconstitucional y, por ende, quedará derogado a partir de la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial, es la estructura de la tabla de factores en base a los tramos que se consideraban, hasta hoy, en los numerales 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, cabe preguntarse cómo se determinará, de ahora en adelante, la mencionada estructura de la tabla de factores, la que sigue considerando los diversos tipos de beneficiarios en base a los criterios de sexo, edad y condición de cotizante o carga, como se desprende del inciso segundo del artículo 38 ter, que permanece vigente. Cabe recordar aquí lo afirmado en el Informe Técnico de la firma Clarke y Asociados en el sentido que *"la existencia de tablas de factores, es simplemente el reflejo en precios de los costos asociados a la atención en salud, de acuerdo a la edad y sexo, y que las propias personas deben financiar"*. (p. 10);

46°.- Que, al respecto, considera esta juez disidente que, ante la interrogante planteada, cobra plena fuerza lo dispuesto en los restantes incisos del artículo 38 ter que tampoco han sido afectados por la declaración de inconstitucionalidad pronunciada por este Tribunal.

En otras palabras, habrá que tener en cuenta que *"las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen"*

(inciso cuarto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933) (las negritas son nuestras). Esta facultad de las Isapres aparecerá limitada por lo siguiente:

- 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, disminución que se hará aplicable a todos los planes de salud que utilicen esa tabla (inciso cuarto del artículo 38 ter).
- Cada plan de salud sólo podrá tener incorporada una tabla de factores y las Isapres no podrán establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización (inciso quinto del artículo 38 ter).
- Las Isapres podrán establecer nuevas tablas de factores cada cinco años, contados desde las últimas informadas a la Superintendencia, manteniéndose vigentes las anteriores en los planes de salud que las hayan incorporado (inciso sexto del artículo 38 ter).
- Las Isapres 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 del factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada (inciso final del artículo 38 ter);

47°.- Que, atendido lo recién expresado, puede apreciarse que el principal efecto de la declaración de inconstitucionalidad que pronuncia la presente sentencia consiste en potenciar la **libertad** de que gozan las Instituciones de Salud Previsional para determinar los factores de cada tabla que empleen sobre la base de la estructura, por tramos de edad, sexo y condición de cotizante y carga, que, también, determine **libremente** la Superintendencia de Salud al no existir reglas objetivas, fijadas por la ley, que establezcan la mínima certeza en los tramos de edad.

En este punto hay que atender a lo señalado en el considerando 57° de la sentencia, cuando sostiene que *"la observancia de estas reglas (las que se contienen en el inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933) es una condición de ejercicio, tanto de la potestad de la Superintendencia para fijar la estructura de las tablas de factores regulada en el inciso segundo, como de la libre determinación de los factores dentro de la tabla por parte de las Isapres, conforme al inciso cuarto."*;

48°.- Que esa mayor libertad de que gozarán las Isapres para determinar los factores de cada tabla sin consideración a las reglas hoy existentes producirá, desde luego, que la relación entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo -diferencia que sigue existiendo al no haberse derogado el inciso segundo del artículo 38 ter- quede entregada al arbitrio de dichas instituciones, toda vez que la Superintendencia habría perdido la facultad de fijar esa relación cada diez años. Esta situación adquiere connotaciones de gravedad si se atiende a que el abogado que representó a S.E. el Presidente de la República, en

la vista de la causa en este proceso de inconstitucionalidad, afirmó, en estrados, que no existía ningún proyecto de ley presentado al Congreso Nacional que pudiera suplir un eventual vacío en esta materia.

Adquiere, aquí, plena relevancia la carencia de alguna regla constitucional o legal que permita a esta Magistratura diferir los efectos de la declaración de inconstitucionalidad hasta que los órganos colegisladores hayan podido llenar el vacío producido por la declaración de inconstitucionalidad;

49°.- Que, de esta forma, si la aplicación de la tabla de factores, a que alude el artículo 38 ter de la Ley de Isapres, ha resultado inconstitucional en determinadas situaciones como las que fueron objeto de las sentencias de inaplicabilidad que este Tribunal tuvo en vista al instruir este proceso de oficio, la derogación de los numerales 1 a 4 del inciso tercero de ese precepto legal, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad, sitúa al 16% de la población de nuestro país, afiliada al sistema privado de salud, en una situación de incerteza que esta juez disidente no puede avalar.

En efecto, al quedar exentas la Superintendencia de Salud y las Isapres del respeto a ciertas reglas objetivas, como las que se contenían en los numerales ya mencionados del artículo 38 ter, en cuanto a la determinación de los tramos de edad sobre los que podían aplicarse los factores de la tabla, se genera un escenario de gran incertidumbre para los afiliados que suscriban sus contratos de salud previsional con posterioridad a la publicación de esta sentencia en el Diario Oficial. Dicha incertidumbre no se compadece con el deber que se asigna al Estado de proteger el *"libre e*

igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo", garantizado por el artículo 19 N° 9 de la Constitución Política. La libertad e igualdad a que esa norma fundamental se refiere supone, precisamente, que las diferencias en el acceso a las prestaciones de salud no sean exorbitantes, generando que algunas personas queden privadas de ellas por no poder financiarlas, atendido el alza de los precios de sus planes de salud como consecuencia de la aplicación de factores que no obedezcan a ninguna regla objetiva y racional;

50°.- Que, finalmente, quien suscribe este voto debe recordar que, conforme se ha expresado, concurrió a las declaraciones previas de inaplicabilidad que motivaron la apertura del presente proceso de oficio, por estimar que tales declaraciones favorecieron el pleno amparo de derechos sociales fundamentales como el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social respecto de personas que estaban afectadas por condiciones objetivas de vulnerabilidad. Difícilmente podría, entonces, concurrir a una decisión que, al tenor del análisis detallado del contenido del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, podría llegar a afectar, por la falta de regulación normativa que produce, los derechos sociales fundamentales de un universo mucho más amplio de personas de aquellas que fueron beneficiadas por las declaraciones de inaplicabilidad contenidas en los roles N°s. 976, 1218, 1287 y 1273;

51°.- Que, en consecuencia, considerando que la declaración que el Tribunal pronuncia en esta oportunidad genera un vacío que el legislador no podría llenar inmediatamente, favoreciendo una inconstitucionalidad mayor que la infracción a la supremacía constitucional

que se trata de remediar, es que esta disidente se inclina por descartar la declaración de inconstitucionalidad de los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que corresponde al artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005.

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Enrique Navarro Beltrán, quien estuvo por desechar la acción de inconstitucionalidad, teniendo presente las siguientes consideraciones:

I. PRECEPTO LEGAL QUE PODRÍA ESTIMARSE CONTRARIO A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA.

PRIMERO: Que el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, actual 199 del DFL N° 1, de 2005, de Salud, señala, en su inciso tercero, que 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”*;

SEGUNDO: Que, como se indica en diversas consideraciones de la presente sentencia, dicha normativa podría estimarse que contraviene disposiciones constitucionales, en particular el artículo 19, N°s 2, 9

y 26, en cuanto se incumpliría el mandato de la **reserva legal en materia de derechos fundamentales**;

TERCERO: Que las aludidas preceptivas constitucionales exigen de manera imperativa que en materia de derechos y garantías fundamentales sea la ley la que determine el contenido esencial de los mismos, estando vedado el reenvío en términos genéricos y no precisos a la potestad reglamentaria de ejecución, en este caso a la potestad normativa de la Superintendencia de Salud;

CUARTO: Que, en efecto, como lo ha sostenido reiteradamente este Tribunal, las disposiciones legales que regulen el ejercicio de los derechos fundamentales deben reunir los requisitos de "determinación" y "especificidad". El primero *"exige que los derechos que puedan ser afectados se señalen, en forma concreta, en la norma legal"*. El segundo requiere que la ley *"indique, de manera precisa, las medidas especiales que se pueden adoptar con tal finalidad"* (Rol N° 325, consid. 40°);

QUINTO: Que, a su turno, si bien la potestad reglamentaria de ejecución de ley puede resultar procedente, como lo ha señalado esta Magistratura, *"ella puede ser convocada por el legislador, o ejercida por el Presidente de la República, nada más que para reglar cuestiones de detalle, de relevancia secundaria o adjetiva, cercana a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular. Tal intervención reglamentaria, por consiguiente, puede desenvolverse válidamente sólo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la*

ley exige para ser llevada a la práctica" (Rol N° 370, consid. 23°);

SEXTO: Que, en consecuencia con lo anterior, no cabe la remisión normativa genérica y sin delimitación alguna a la potestad reglamentaria. Por lo mismo, como lo ha precisado este Tribunal, *"abocado al cumplimiento cabal de la exigencia constitucional explicada, el legislador debe conciliar la generalidad, abstracción e igualdad de la ley, así como sus características de normativa básica y permanente, por un lado, con la incorporación a su texto de los principios y preceptos, sean científicos, técnicos o de otra naturaleza, que permitan, sobre todo a los órganos de control de supremacía, concluir que el mandato constitucional ha sido plena y no sólo parcialmente cumplido"*. No puede la ley, por ende, *"reputarse tal en su forma y sustancia si el legislador ha creído haber realizado su función con meros enunciados globales, plasmados en cláusulas abiertas, o a través de fórmulas que se remiten, en blanco, a la potestad reglamentaria, sea aduciendo o no que se trata de asuntos mutables, complejos o circunstanciales. Obrar así implica, en realidad, ampliar el margen limitado que cabe reconocer a la discrecionalidad administrativa, con detrimento ostensible de la seguridad jurídica"* (Rol N° 370, consid. 19°). Por lo mismo se estimó contrario a la Carta Fundamental la circunstancia de que el legislador no haya *"establecido **parámetros objetivos y precisos** a los que deba sujetarse la autoridad administrativa para la concurrencia de la situación de exención del impuesto"* (Rol 718, consid. 85);

SÉPTIMO: Que, de esta forma, el mandato que establecen los números uno a cuatro del actual inciso

tercero del artículo 199 del DFL N° 1, de 2005, de Salud, podría estimarse que resulta contrario a la Carta Fundamental, particularmente el número cuatro, desde que no ha establecido ni fijado parámetros razonables y prudenciales para la actuación del ente fiscalizador. En tal sentido, cabe tener presente, por su parte, que el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, que determina los múltiplos máximos durante los primeros diez años no ha sido previamente declarado inaplicable por esta Magistratura, por lo que no cabe pronunciarse sobre el mismo;

**II. PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.
LA INAPLICABILIDAD PREVIA COMO REQUISITO ESENCIAL.**

OCTAVO: Que el artículo 93, inciso primero, numeral 7°, de la Constitución Política establece que es atribución de este Tribunal Constitucional: *“Resolver por la mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, la inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable en conformidad a lo dispuesto en el numeral anterior.”*. El inciso duodécimo del mismo artículo agrega: *“Una vez resuelta en sentencia previa la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal, conforme al número 6° de este artículo, habrá acción pública para requerir al Tribunal la declaración de inconstitucionalidad, sin perjuicio de la facultad de éste para declararla de oficio”*;

NOVENO: Que, por su parte, el artículo 47 Ñ de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, modificada por la Ley N° 20.381, de 2009, indica que *“en el caso del número 7° del artículo 93 de la Constitución Política de la República, la cuestión de inconstitucionalidad podrá ser promovida por el Tribunal*

Constitucional actuando de oficio y por las personas legitimadas a que se refiere el inciso duodécimo del mismo artículo". A su turno, el artículo 47 O de la misma ley indica que "en los casos en que el Tribunal proceda de oficio, así lo declarará en una resolución preliminar fundada, que individualizará la sentencia de inaplicabilidad que le sirve de sustento y las disposiciones constitucionales transgredidas";

DÉCIMO: Que de diversas disposiciones también se desprende que resultan fundamentales para la declaración de inconstitucionalidad los argumentos sustentados por esta Magistratura en las acciones previas de inaplicabilidad. En tal sentido, el artículo 47 P indica que si la cuestión de inconstitucionalidad es promovida por acción pública, quienes la ejerzan *"deberán fundar razonablemente la petición, indicando precisamente la sentencia de inaplicabilidad previa en que se sustenta y los argumentos constitucionales que le sirven de apoyo"*. A su vez, el artículo 47 R establece como causal de inadmisibilidad de la acción de inconstitucionalidad *"cuando la cuestión se funde en un vicio de inconstitucionalidad distinto del que motivó la declaración de inaplicabilidad del precepto impugnado";*

DECIMOPRIMERO: Que, finalmente, el artículo 47 V concluye que *"la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas deberá fundarse únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento"*. En cuanto al alcance de esta disposición, el Mensaje Presidencial hizo presente que *"el Tribunal puede fundar la declaración de inconstitucionalidad de*

las normas legales cuestionadas, únicamente en la infracción de los preceptos constitucionales que fueron considerados transgredidos en la sentencia previa que le sirve de sustento. Con ello no se hace más que establecer claramente la vinculación entre la inaplicabilidad y la inconstitucionalidad". Por lo mismo, como se dejó constancia en el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado se *"limita las facultades del Tribunal Constitucional, en cuanto sólo podrá fundar la sentencia que declare la inconstitucionalidad de un precepto legal, en la infracción de las normas constitucionales que la sentencia de inaplicabilidad consideró transgredidas"*. De este modo, el conflicto de constitucionalidad es la consecuencia de uno o más procesos previos de inaplicabilidad en los que el Tribunal ha declarado su no sujeción a la Carta Fundamental;

DECIMOSEGUNDO: Que no debe olvidarse que, tratándose de la acción de inaplicabilidad, procederá declarar su inadmisibilidad cuando la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado conforme a la Constitución por el Tribunal, sea ejerciendo el control preventivo o conociendo de un requerimiento, *"y se invoque el mismo vicio que fue materia de la sentencia respectiva"* (artículo 47 F, número 2º, de la Ley N° 17.997). Por lo mismo, el artículo 47 L de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional señala que *"resuelta la cuestión de inaplicabilidad por el Tribunal Constitucional, no podrá ser intentada nuevamente, por el mismo vicio, en las sucesivas instancias o grados de la gestión en que se hubiere promovido"*. Del mismo modo, cabe tener presente que el artículo 47 J indica que *"excepcionalmente y por razones fundadas, el Tribunal*

podrá declarar la inconstitucionalidad de las normas cuestionadas basado únicamente en fundamentos constitucionales distintos a aquellos que han sido invocados por las partes en la litis. En este caso, deberá advertirles acerca del uso de ese posible precepto constitucional no invocado y permitirles así referirse a ello. Dicha advertencia podrá efectuarse en cualquier etapa del juicio, incluyendo la audiencia de la vista de la causa, cuando proceda, y también como medida para mejor resolver". Esta última disposición ratifica lo señalado, desde que sólo se contempla en el caso de la acción de inaplicabilidad, no así en la de inconstitucionalidad, dado que ésta es consecuencia indisoluble de la primera;

DECIMOTERCERO: Que, como se ha señalado, resultan, por lo tanto, fundamentales los razonamientos y fundamentos de la decisión de inaplicabilidad, pues ellos son los que servirán de base a una eventual decisión de inconstitucionalidad, con efectos generales y derogatorios del precepto legal. La doctrina especializada denomina 'ratio decidendi' a "*las razones básicas y necesarias que fundamentan la parte dispositiva o resolutive de la sentencia*" (Jesús María Casal, Constitución y Justicia Constitucional, 2006, p. 274). En palabras de Rupp, son "*aquellas razones o motivos sin las que el fallo no podría existir*". El Tribunal Constitucional español ha señalado por lo mismo que se trata de las "*razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundadores de la decisión*" (STC 14/1991). En tal sentido, no debe tampoco olvidarse que esta misma Magistratura ha sentenciado que "*la motivación de la sentencia es connatural a la jurisdicción y fundamento indispensable*

para su ejercicio. Constituye, a la vez que un deber del juzgador, un derecho para el justiciable. Es inherente al derecho a la acción y, por ende, a la concreción de la tutela judicial efectiva; elementos propios de las garantías de un procedimiento racional y justo, cuya ausencia o limitación vulnera la exigencia constitucional y autoriza declarar la inaplicabilidad del precepto objetado” (Rol N° 1373-2009, consid. 15°);

DECIMOCUARTO: Que de los preceptos constitucionales transcritos se desprende que los presupuestos necesarios para que esta Magistratura pueda declarar la inconstitucionalidad de una determinada norma legal, con los efectos previstos en el artículo 94, incisos tercero y cuarto, de la Carta Fundamental, son los siguientes: a) Debe tratarse de la inconstitucionalidad de un precepto de rango legal; b) La referida norma debe haber sido declarada previamente inaplicable por sentencia de este Tribunal, pronunciada en virtud de lo dispuesto en el artículo 93, inciso primero, numeral 6°, e inciso undécimo, de la Constitución; c) El proceso de inconstitucionalidad debe haberse iniciado por el ejercicio de una acción pública acogida a tramitación por este Tribunal o por una resolución del mismo, actuando de oficio; d) Debe tratarse de los mismos vicios o infracciones que motivaron las inaplicabilidades previas; y e) Debe abrirse proceso sustanciándose y dictándose la correspondiente sentencia en que se concluya la absoluta contradicción entre el precepto legal en cuestión y las disposiciones de la Constitución Política de la República. Por último, no debe olvidarse que, según lo ha señalado esta Magistratura, *“la declaración de inconstitucionalidad constituye el último recurso -la “última ratio”- para asegurar la supremacía*

constitucional, desde que implica el dejar sin efecto, con carácter derogatorio, un acto emanado del órgano legislativo -expresión de la soberanía popular-, lo que puede eventualmente conllevar un cierto grado de inseguridad jurídica ante el vacío normativo que se produce por la desaparición de un determinado precepto legal que se expulsa del ordenamiento jurídico por ser manifiestamente contrario a la Carta Fundamental” (Rol 1254);

III. EL PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD Y LOS PRONUNCIAMIENTOS PREVIOS DE INAPLICABILIDAD.

DECIMOQUINTO: Que, en el caso de autos, por resolución de 27 de abril de 2010, este Tribunal de oficio inició el presente proceso, dando cuenta *“que el artículo 38 ter transcrito precedentemente ha sido declarado inaplicable por este Tribunal Constitucional en cuatro sentencias, recaídas en las causas roles N°s 976, 1218, 1273 y 1287. En ellas, esta Magistratura ha declarado que la aplicación del citado precepto, en las respectivas gestiones precedentes, resulta contraria a la Constitución al vulnerarse los derechos asegurados en los números 2°, 9° y 18° de su artículo 19”;*

DECIMOSEXTO: Que corresponde analizar si en la especie se dan los presupuestos para que se declare la inconstitucionalidad. En primer lugar, se trata de un precepto legal determinado, como es el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, actual 199 del DFL N° 1, de 2005, de Salud. En segundo lugar, el aludido precepto ha sido declarado previamente inaplicable en cuatro oportunidades. El proceso se inició de oficio, según consta en resolución individualizada en el considerando decimosegundo. Como se ha indicado en el capítulo

primero, podría considerarse que existe contradicción entre la normativa constitucional y legal cuestionada, pero lo que corresponde analizar son los vicios, razones constitucionales y fundamentos en virtud de los cuales se declaró previamente la inaplicabilidad por esta Magistratura;

DECIMOSÉPTIMO: Que en la primera causa de inaplicabilidad, autos Rol N° 976, se indicó por de pronto que *“estando basada la estructura de la tabla de factores en criterios objetivos y de común o general vigencia, la diferencia que ella importa en sí, por los rangos de edad que establece, no puede ser calificada por esta Magistratura como carente de razonabilidad, infundada o arbitraria”* (consid. 52). Sin embargo, en el caso concreto y singular sub lite, *“al no estar justificada la magnitud de la diferencia resultante de la aplicación de los factores asignados a la tabla, incorporada al contrato de salud de la requirente de autos, en función del rol que han de servir las instituciones de salud previsional, debe concluirse que se trata de una facultad cuyo ejercicio permite incurrir en discriminación infundada o distinción carente de justificación razonable y, en esa medida, arbitraria”*. De esta forma, *“aunque amparada en el texto del precepto legal impugnado en esta litis precisa, se torna evidente que tal disposición lesiona la esencia de la igualdad entre las partes asegurada por el artículo 19, N° 2, de la Constitución”* (consid. 62). A su vez, en relación a la libertad para elegir el sistema de salud, consagrada en el artículo 19, N° 9, se indica que en el caso concreto queda restringida o impedida si *“se está frente a una cotizante cuya situación previsional es desmedrada, producto de las inestabilidades que experimentó durante*

su vida laboral activa, tal como ella lo argumentó en estrados. Así, 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” (consid. 65). Por lo mismo, se concluye que se acoge 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 (...) para determinar el costo de su plan de salud, es inaplicable en la causa (...) por ser contraria a cuanto le asegura el artículo 19, N° 9, de la Constitución”;

DECIMOCTAVO: Que, a su turno, en los autos Rol N° 1218, junto con considerarse también vulnerado el artículo 19 N° 9°, en términos similares al anterior, se estima también infringido el artículo 19, N° 18°, relativo a la seguridad social. Así, luego de señalarse que el contrato de salud provisional no tiene el carácter de un seguro privado, se afirma que *“se torna constitucionalmente inaceptable el incremento de las cotizaciones en el tiempo por el solo hecho del envejecimiento natural del beneficiario, toda vez que, como se dijo, forma parte del sentido intrínseco de la seguridad social proteger a la persona de los estados de necesidad derivados de contingencias vitales de universal ocurrencia (como es el riesgo de enfermar y el envejecimiento natural). Ello hace que la existencia misma de los reajustes periódicos del precio del plan de salud previsional sólo por el aumento de edad, que consagra el precepto legal impugnado en autos - independientemente de la iniquidad de su cuantía, por estar expresada en múltiplos del precio base-, resulte*

inconciliable con el derecho a la seguridad social, constitucionalmente asegurado en el número 18° del artículo 19 de nuestra Ley Fundamental, precepto que obliga al Estado a asegurar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes y a supervigilar el adecuado ejercicio de este derecho” (consid. 62). En atención a lo anterior se acoge el requerimiento en el que se solicitaba la declaración de inaplicabilidad de *“la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.993”*. Cabe señalar que la tercera sentencia de inaplicabilidad, Rol N° 1.287, tiene un idéntico razonamiento jurídico al anterior, acogándose también la acción en la que se solicitaba la inaplicabilidad *“del artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley (Ministerio de Salud) N° 1, de 2005”*;

DECIMONOVENO: Que, finalmente, la última causa que sirve de base a la presenta acción, autos Rol N° 1273, se centra en la contravención a los artículos 19, N°s 2 y 9, de la Constitución Política. Así, se sostiene que *“la diferenciación por sexo y edad que permite el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, impugnado en estos autos, establece un trato desigual para igualdades esenciales, como son: i) la igualdad en dignidad y derechos con que las personas nacen (inciso primero del artículo 1° de la Ley Fundamental, ii) la igualdad de oportunidades como derecho de las personas en la participación de la vida nacional (inciso quinto del artículo 1° de la Ley Fundamental), iii) la igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer (oración final del inciso primero del número 2° del artículo 19 de la Constitución), y iv) la igualdad de acceso a las acciones de salud (inciso segundo del número 9° del artículo 19 de la Constitución)”* (consid. 72). Del mismo modo, se afirma

que la *“diferenciación por sexo y edad que permite el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 es arbitraria”*, dado que no resulta conciliable *“el aumento de precio en la medida en que aumenta la vulnerabilidad de las personas por el paso del tiempo y la condición orgánica de mujer, como en el caso de autos”* (consid. 73). También se indica, en relación al derecho a la seguridad social, que *“se torna constitucionalmente inaceptable el incremento de las cotizaciones en el tiempo por el solo hecho del envejecimiento natural del cotizante y/o de los beneficiarios del respectivo plan, toda vez que forma parte del sentido intrínseco de la seguridad social proteger a la persona de los estados de necesidad derivados de contingencias vitales de universal ocurrencia, como es el riesgo de enfermar y el envejecimiento natural”*, de modo que *“la circunstancia expuesta hace que la existencia misma de los reajustes del precio del plan de salud previsional sólo por el aumento de edad, que consagra el precepto legal impugnado en autos, independiente de la iniquidad de su cuantía, por estar expresada en múltiplos del precio base, resulte inconciliable con el derecho a la seguridad social”* (consid. 78). De esta forma, se acoge el requerimiento *“en tanto la aplicación del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 en la causa (...) resulta contraria a los derechos asegurados a la actora en los numerales 2° y 9° del artículo 19 de la Constitución Política, en relación con lo dispuesto en los demás preceptos constitucionales citados en este fallo”*;

VIGÉSIMO: Que de lo dicho se desprende que en los cuatro fallos previos que sirven de fundamento para incoar esta acción de inconstitucionalidad, este Tribunal fundó sus decisiones de inaplicabilidad en la infracción

constitucional del precepto legal en cuestión al artículo 19, N°s 2, 9 y 18, de la Carta Fundamental. Esto es, se concluyó que la tabla de factores de riesgo, contemplada en el artículo 199 del DFL N° 1, de 2005, de Salud, al diferenciar por razones de edad y sexo, importó en el hecho una vulneración a la igualdad ante la ley, desde que se discriminó sin fundamento, provocando un trato desigual por el solo aumento de edad o por la circunstancia de ser mujer. A lo que debe agregarse la contravención de la libre elección del sistema de salud y al derecho a la seguridad social, al incrementar las cotizaciones -en múltiplos del precio base- por el solo hecho del envejecimiento natural del cotizante;

VIGESIMOPRIMERO: Que, en consecuencia, como se ha explicado en el capítulo segundo, la única decisión a que está habilitada esta Magistratura de acuerdo a la normativa constitucional y legal vigente, es a declarar la contravención completa y absoluta entre el precepto legal ya declarado previamente inaplicable y la normativa constitucional aludida. No resulta factible, en cambio, declarar la inconstitucionalidad fundado en otros vicios o razonamientos, por justificados que éstos sean, los que incluso podría compartir de algún modo este disidente según se ha señalado en el capítulo primero de este voto. Y es que, como se ha sentenciado, *“este Tribunal 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”* (Rol 1254);

IV. EN DECISIONES PREVIAS DE INAPLICABILIDAD ESTE DISIDENTE ESTIMÓ QUE EL PRECEPTO LEGAL EN CUESTIÓN NO RESULTABA DECISIVO.

VIGESIMOSEGUNDO: Que también resultan fundamentales para pronunciar el presente voto, los razonamientos sostenidos por este disidente en las acciones de inaplicabilidad que sirven de base a la presente acción de inconstitucionalidad, desde que, como se ha señalado reiteradamente, este proceso tiene precisamente su fundamento único y exclusivo en las decisiones previas en sede de inaplicabilidad;

VIGESIMOTERCERO: Que para estimar que no se trataba de preceptos decisivos, se tuvo presente que el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República dispone que es atribución del Tribunal Constitucional *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución”*. A su turno, la misma norma constitucional expresa en su inciso decimoprimer que, en este caso, *“la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto”* y agrega que *“corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”*;

VIGESIMOCUARTO: Que, de este modo, para que prosperare la acción de inaplicabilidad resultaba necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos: a) que se acreditara la existencia de una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial; b) que la solicitud fuera formulada por una de las partes o por el juez que conoce del asunto; c) que la aplicación del precepto legal en cuestión pudiera resultar decisiva en la resolución de alguno de los asuntos y fuera contraria a la Constitución Política de la República; d) que la impugnación estuviera fundada razonablemente; y e) que se cumplieran los demás requisitos legales. En ninguno de los casos previos que motivaron las respectivas decisiones de inaplicabilidad, en opinión de este disidente, el precepto resultaba decisivo para la resolución de los respectivos asuntos;

VIGESIMOQUINTO: Que, en efecto, como se ha expresado, uno de los supuestos fundamentales para la procedencia de la acción de inaplicabilidad es la circunstancia de que la aplicación del precepto legal -tanto de carácter sustantivo como adjetivo, en su caso, dado que la norma no distingue al efecto- sea decisiva para la resolución de la gestión pendiente o de un asunto, en los términos que establece el artículo 93, N° 6°, de la Constitución Política de la República. En otras palabras, el precepto legal que se impugna por la requirente de inaplicabilidad debe ser considerado en el razonamiento que pronuncie el sentenciador o servirle de fundamento, situación que no se produce en la especie;

VIGESIMOSEXTO: Que, como ha señalado este mismo Tribunal, independiente de la naturaleza del precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita, el artículo 93,

Nº 6º, de la Constitución Política exige que el precepto legal pueda resultar decisivo en la resolución del asunto o gestión pendiente, *“lo que implica que la inaplicabilidad declarada deba ser considerada por el juez llamado a resolverla, tanto en lo que se refiere a los fundamentos de ésta cuanto a todo otro razonamiento que implique que la decisión del asunto no resultará contraria a la Constitución”*. (Rol Nº 472/2006. En el mismo sentido roles Nº 809 y 831, ambos de 2007). De lo que se trata en definitiva es de efectuar *“un análisis para determinar si de los antecedentes allegados al requerimiento puede concluirse que el juez necesariamente ha de tener en cuenta la aplicación de la norma legal que se impugna, para decidir la gestión”* (roles Nº 688/2006 y 809/2007). Así, la exigencia contenida en el artículo 93, inciso undécimo, en orden a que *“la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto”*, no puede, entonces, interpretarse prescindiendo de la finalidad que anima a la institución de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley. En otras palabras, *“en sede de inaplicabilidad, el Tribunal está llamado a determinar si la aplicación del precepto en la gestión específica resulta contraria a la Constitución. Lo que el Tribunal debe practicar es un examen concreto de si el precepto legal, invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado, producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución”* (sentencia de 27 de julio de 2006, Rol 480, considerando 27º). Como se ha indicado por la doctrina autorizada, *“por intermedio de la acción de inaplicabilidad, la parte cuestiona la inconstitucionalidad de determinados preceptos legales decisivos para la resolución del asunto y la sentencia de*

inaplicación libera al juez del sometimiento al imperio de la ley" (Gómez B., Gastón, La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional, en Reforma Constitucional, 2005, p. 669). El requisito constitucional en cuanto a que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, *"supone un análisis muy exhaustivo por parte del Tribunal para determinar si de los antecedentes allegados al requerimiento puede concluirse que el juez habrá necesariamente de acudir a la aplicación de la norma legal para decidir la gestión"* (Alejandro Silva Bascuñán y María Pía Silva Gallinato, Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional, ponencia a XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público, 2006, p. 22). En suma, el precepto legal debe ser considerado por el juez al momento de resolver el asunto, ya sea que diga relación con aspectos de carácter procedimental o de fondo, esto es, sean normas ordenatorio o decisorio litis;

VIGESIMOSÉPTIMO: Que el precepto legal que se solicitó inaplicar fue el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, modificado por el artículo 1° N° 15 de la Ley N° 20.015, publicada en el Diario Oficial de fecha 17 de mayo de 2005, y que dice relación con las tablas de factores que deben tomarse en consideración para la modificación de los planes, particularmente vinculados al sexo y edad de los beneficiarios. Sin embargo, el inciso final del artículo 2° de la aludida Ley N° 20.015 expresa -en su primera parte- que *"tratándose de contratos en curso a la fecha de entrada en vigencia de la ley, las tablas de factores que ellos contengan se mantendrán en vigor hasta que el afiliado opte por aceptar un plan*

alternativo que se le ofrezca en alguna adecuación o hasta que contrate un plan de salud distinto”;

VIGESIMOCTAVO: Que consta de los antecedentes de autos que a lo menos tres de los contratos acompañados que motivaron las respectivas acciones de inaplicabilidad previas fueron suscritos antes de 2005 (correspondientes a los años 1997, 1999 y 2000), habiéndose así incorporado a ellos los derechos y deberes impuestos por el ordenamiento vigente, entre los cuales obviamente no se encontraba el artículo 38 ter de la Ley, en los términos actualmente vigentes, que, como se ha señalado, sólo fue incorporado el año 2005. Por lo mismo, por aplicación del artículo 2º de la Ley N° 20.015, el artículo 38 ter en cuestión no resultaba aplicable a los contratos de salud suscritos con anterioridad a su entrada en vigencia, a menos que el cotizante afiliado optara expresamente por su aplicación, lo que no habría acaecido. Tampoco pudo estimarse que la proposición de aumento de los costos del plan -y que habría motivado las gestiones pendientes de protección- importara aceptar un plan alternativo ni menos un plan de salud distinto, en los términos que señala el aludido artículo 2º de la Ley N° 20.015;

VIGESIMONOVENO: Que así, por lo demás, lo ha razonado la Sala Constitucional de la Corte Suprema (Rol 7779-2008), al hacer presente que *“el legislador expresamente exceptuó de la regulación contenida en el artículo 199 a aquellos contratos anteriores que habían incorporado las aludidas tablas de factores de sexo y edad, prescribiendo -como ya se consignó- que tratándose de dichos contratos operará lo acordado al momento de su celebración”*. En consecuencia, concluye la Corte Suprema, *“el precepto en cuestión no resulta aplicable para la*

resolución del asunto sometido al conocimiento de esta Corte, pues no forma parte del estatuto jurídico que rige la relación contractual existente entre el reclamante y la Isapre mencionada;

TRIGÉSIMO: Que, invocando similares argumentos, esta Magistratura declaró inadmisibles presentaciones de inaplicabilidad. Así, en los autos Rol N° 1544, enfatiza que *“resulta evidente que el precepto legal impugnado no tendrá incidencia en la resolución del asunto sub lite pendiente (...) ya que no es legislación aplicable al contrato de salud que vincula actualmente a la actora y a la Isapre (...), el cual, como ya se indicó, data del mes de octubre del año 2002. A mayor abundamiento, el inciso final del mismo artículo de la Ley N° 20.015, anteriormente citado, permite deducir que la tabla de factores incorporada a tal convención continúa en vigor a la fecha del requerimiento deducido en estos autos. En efecto, de los antecedentes tenidos a la vista se colige que la (...) afiliada no ha aceptado un plan alternativo ofrecido previamente por la correspondiente Isapre, como tampoco ha contratado un nuevo plan de salud, distinto del que la ligaba con aquélla a la fecha de entrar a regir el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, por lo que sólo cabe concluir que éste es un precepto que no podrá aplicarse en la decisión que habrá de adoptar la Corte de Apelaciones de Santiago”*. Del mismo modo lo ha sostenido en los autos roles N°s 1644 y 1646, al afirmar que *“resulta evidente que el precepto legal impugnado no tendrá incidencia en la resolución del asunto sub lite pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, ya que no es legislación aplicable al contrato de salud que vincula actualmente a la actora y a la Isapre (...), el cual, como ya se indicó, data del mes de abril del año*

2003". A mayor abundamiento, y en relación con lo dispuesto en el inciso final del mismo artículo 2° de la Ley N° 20.015, de los antecedentes que obran en autos se concluye que la afiliada *"no ha aceptado un plan alternativo ofrecido previamente por la Isapre ni ha contratado un nuevo plan de salud, distinto del que la ligaba con aquélla a la fecha de entrada en vigor del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, por lo que sólo cabe concluir que éste es un precepto que no podrá aplicarse en la decisión que habrá de adoptar la Corte de Apelaciones de Santiago al resolver el recurso de protección Rol N° 454-2010"*;

TRIGESIMOPRIMERO: Que, en razón de lo anterior, desde el punto de vista del proceso jurisdiccional de inconstitucionalidad, este disidente estima que no se ha dado uno de los supuestos de procedencia del mismo, al no haber existido propiamente un precepto legal decisivo en las gestiones previas de inaplicabilidad;

V. SE PRETENDIÓ -EN EL HECHO- EN LOS PROCESOS PREVIOS DE INAPLICABILIDAD UNA ACCIÓN DE AMPARO DE DERECHOS FUNDAMENTALES, LO QUE ES DE COMPETENCIA, EN DEFINITIVA, DE LA CORTE SUPREMA.

TRIGESIMOSEGUNDO: Que la acción de inaplicabilidad previa supone esencialmente un control preciso de contradicción entre dos normas, debiendo primar la Ley Fundamental. En otras palabras, el conflicto sometido a

decisión siempre debe centrarse en la contradicción concreta y determinada entre la ley y la Constitución;

TRIGESIMOTERCERO: Que en efecto, como ha señalado esta misma Magistratura, *“debe estarse siempre en presencia de un conflicto de constitucionalidad, esto es, frente a una contradicción directa, clara y precisa, entre determinado precepto legal que se pretende aplicar en el caso concreto, con la propia Constitución, pues el juez constitucional no puede interpretar o corregir la ley ordinaria si no es con relación a su constitucionalidad”*. Lo anterior en atención a que *“la tarea de interpretar la ley le corresponde a los tribunales de justicia, sean ordinarios o especiales, y, en nuestro sistema judicial, el órgano llamado a unificar su interpretación es la Corte Suprema”* (Rol N° 810/2008, consid. 9°);

TRIGESIMOCUARTO: Que, de esta forma, este Tribunal no está autorizado para emitir un pronunciamiento valorativo sobre hechos litigiosos de las gestiones respectivas que motivaron las acciones de inaplicabilidad, en atención a que la ponderación de los mismos corresponde a los jueces del fondo, por ser también un tema de legalidad ordinario y estar dentro de su competencia relativa a la gestión, no correspondiendo que esta Magistratura los pondere. (roles N°s 1130/2008, 1210/2008, 1266/2008 y 1324/2009);

TRIGESIMOQUINTO: Que, como ha señalado esta Magistratura, el sistema chileno de control de constitucionalidad de las normas es de carácter concentrado y compartido. Así, la protección de las garantías constitucionales respecto de actos u omisiones ilegales o abusivas corresponde a la Corte de Apelaciones

respectiva y a la Corte Suprema, en tanto el control de constitucionalidad de la ley, al Tribunal Constitucional. En efecto, la Constitución Política, en su artículo 20, establece el proceso de protección, cuyo tribunal competente es, según lo dispone la misma norma, la Corte de Apelaciones respectiva, en primera instancia, y la Corte Suprema, en segunda instancia. Por su parte, el artículo 93 constitucional, en su numeral 6º, otorga competencia privativa a este Tribunal Constitucional para resolver acerca de la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución. En consecuencia, *“la acción cautelar de derechos fundamentales que contempla el artículo 20 y la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 93, inciso primero, N° 6, e inciso undécimo, de la Ley Fundamental, constituyen y dan origen a dos procesos completamente autónomos que deben iniciarse, sustanciarse y resolverse en la forma que indican la Constitución y sus leyes complementarias, destacándose, entre estas últimas, la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura”* (Rol N° 1324-2009);

TRIGESIMOSEXTO: Que este disidente estimó, adicionalmente, que de la lectura de los respectivos requerimientos de inaplicabilidad que motivaron la presente acción se estaba en el hecho frente acciones de amparo de derechos fundamentales, dado que lo que realmente se impugnaba era el aumento de los respectivos planes de salud, el que se estimaba abusivo, materias todas que corresponde sean resueltas precisamente en sede de protección;

TRIGESIMOSÉPTIMO: Que, por otra parte, los cuestionamientos se encontraban también dirigidos a las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Salud, en las que se fija la estructura de la tabla de factores, lo que este disidente estimó que debía ser impugnado a través de otras vías judiciales, como es el caso de los contencioso administrativos. En efecto, como lo ha señalado este Tribunal, *“el conflicto de que conoce esta Magistratura debe producirse entre la Constitución y un precepto de rango o fuerza de ley; pero no entre una decisión de una autoridad y la ley. De este último conflicto conocen otras instancias jurisdiccionales”* (Rol N° 1385/2009);

VI. LAS TABLAS DE FACTORES SE INCORPORARON A LOS CONTRATOS EN TÉRMINOS TALES QUE LO QUE SE PRETENDIÓ FUE LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ACUERDOS.

TRIGESIMOCTAVO: Que, adicionalmente, es del caso tener presente que las tablas de factores se incorporaron a los respectivos contratos, de suerte tal que las acciones de inaplicabilidad no han podido resultar idóneas para declarar la inconstitucionalidad de contratos suscritos, lo que debe impugnarse a través de las vías ordinarias que prevé el ordenamiento jurídico;

TRIGESIMONOVENO: Que, de esta forma, de la lectura de los escritos de inaplicabilidad y de las consideraciones efectuadas en las sentencias, lo que se pretendió más bien fue dejar sin efecto los aumentos de precio del costo del plan, experimentados por la requirente, todo lo cual emana de una tabla convenida contractualmente y no de un determinado precepto legal, razón por la cual este disidente estimó que las

respectivas acciones de inaplicabilidad no podían prosperar. Así las cosas, la discusión planteada más bien se relacionaba con un conflicto acerca de la aplicación adecuada o no de la ley del contrato, lo que no correspondía fuera dilucidado a través de una acción de inaplicabilidad sino que de una protección de derechos fundamentales;

CUADRAGÉSIMO: Que todo lo razonado no significa en modo alguno validar o legitimar el actuar de las entidades de salud previsional, lo que debe ser determinado -como se ha explicado- soberanamente por el tribunal que conoce de la acción de protección, teniendo presente este disidente la reiterada doctrina sostenida por la Corte Suprema en cuanto a que la facultad de revisar el monto de un plan *“debe entenderse condicionada a un cambio efectivo y variable del valor de las prestaciones médicas, en razón de una alteración sustancial de sus costos, para que se mantenga una verdadera equivalencia entre las obligaciones contractuales de ambas partes”* (Rol N° 3902-2007). Se trata, en definitiva, que la facultad de las isapres para -en su caso- adecuar los planes de salud se ejerza de manera razonable y equitativa, preservando así el debido equilibrio en las contraprestaciones de los contratantes;

CUADRAGESIMOPRIMERO: Que, por su parte, la misma Corte Suprema ha precisado que *“en la actualización del denominado Factor de Riesgo, que se vincula con la variación de las edades de los beneficiarios de un determinado plan de salud, motivo adicional invocado por la recurrida para justificar la alteración en el precio, no puede hablarse de adecuación del plan de salud del cotizante, sino de un ajuste que le afecta por aplicación*

del referido factor -operación que es genérica-, lo que significa que está contenida en los planes de salud de todas las Isapres, siendo conocida previamente por todos los afiliados al momento de contratar, y no depende de ninguna otra circunstancia que no sean el sexo y la edad del cotizante y beneficiario" (Rol 1499-2010). Obviamente nada impide cuestionar y revisar en dicha sede de protección la racionalidad y justicia de la referida tabla de factores, en un caso concreto, a la vez que determinar si al confeccionarse y aplicarse la misma se ha ejecutado una potestad administrativa de manera racional y si ha resultado o no una situación que importe en el hecho una discriminación arbitraria o manifiestamente abusiva o desproporcionada para la parte contratante, en atención a la naturaleza propia de contrato de adhesión que reviste el seguro de salud previsional;

VII. REFLEXIONES FINALES. EXHORTACIÓN AL LEGISLADOR.

CUADRAGESIMOSEGUNDO: Que de todo lo señalado se desprende que si bien las facultades de la Superintendencia de Salud no tienen fijados parámetros razonables y acotados y, por tanto, pueden tornarse contrarias a la Constitución Política de la República, al no fijarle límites adecuados y precisos, dicho vicio no motivó esencialmente las anteriores declaraciones de inaplicabilidad, lo que impide a este disidente concurrir a la presente resolución de inconstitucionalidad;

CUADRAGESIMOSTERCERO: Que, en efecto, como se ha explicado en el capítulo tercero, las referidas decisiones de inaplicabilidad apuntaron más bien a declarar la contravención a la Carta Fundamental, en los casos concretos, de la tabla de factores, fundadas en la

circunstancia de que los factores de edad y sexo en que se sustenta se estimaron arbitrarios y contrarios a la igualdad ante la ley -al discriminar sin fundamento, por el solo aumento de edad y la condición de mujer- y a los derechos a la protección de la salud y seguridad social - al incrementar las cotizaciones en múltiplos sobre el precio base por el sólo hecho del envejecimiento natural del cotizante-. Sin embargo, en todos los aludidos casos, este disidente estimó que no se trataba de preceptos legales decisivos para la resolución de dichos asuntos, a lo que debe agregarse que se estaba más bien frente a acciones de amparo de derechos fundamentales;

CUADRAGESIMOCUARTO: Que la Ley N° 20.015, aprobada hace sólo cinco años, persiguió morigerar sustancialmente los efectos de las alzas en los precios de los contratos de salud, limitando así las facultades de las instituciones de salud previsional, lo que se desprende inequívocamente de la historia fidedigna de su establecimiento. La incorporación del aludido artículo 38 ter tuvo por objeto precisar que el valor final se calcularía de acuerdo a un precio base y a una tabla de factores, agregando que la Superintendencia debía 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 deben utilizar;

CUADRAGESIMOQUINTO: Que, sin perjuicio de lo anterior, este disidente estima un imperativo categórico que los legisladores democráticos -Congreso Nacional y Presidente de la República- se hagan cargo de las evidentes inequidades e injusticias que motiva a diario

la aplicación de la referida normativa, particularmente respecto de las mujeres en edad fértil y de los adultos mayores;

CUADRAGESIMOSEXTO: Que así por lo demás lo señalaron diversos parlamentarios durante la discusión de la Ley N° 20.015. Así, el Senador Eduardo Frei hizo presente la necesidad de solucionar diversos problemas, como *“la desprotección de los usuarios frente a determinadas enfermedades; la discriminación por sexo y edad, y las expulsiones de afiliados por alza de precios en los planes de salud”*. El Senador Espina, por su lado, puntualizó que *“en cuanto a las Isapres, no hay duda de que hoy presentan tres grandes deficiencias: primero, generalmente el precio de los planes es alto; segundo, acusan una diferenciación por sexo y edad, que el proyecto corrige; y tercero, la reajustabilidad resulta muy incierta para los afiliados”*. El Senador Sabag, por último, concluye que *“otro aspecto que debemos destacar es la forma de fijar los precios de los planes, que se basa en el riesgo de las personas. De este modo, los planes son más caros para las mujeres en edad fértil y para los adultos mayores, lo que representa para los afiliados una suerte de discriminación, la cual se ve agravada cuando las Isapres proceden a expulsarlos del sistema”*;

CUADRAGESIMOSÉPTIMO: Que, en todo caso, es necesario recordar que el Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar por que la ley no vulnere los límites constitucionales, lo que significa, a la vez, la garantía de cierta esfera de autonomía del legislador, que comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito, 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 en que éste haya incurrido (Vid., entre otros, Rol N° 664/2006, consid. 22°). Dicho principio constituye una regla básica adoptada explícitamente por los más importantes Tribunales Constitucionales de Europa. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español 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"*. 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);

CUADRAGESIMOCTAVO: Que, en suma, la normativa dictada el año 2005 importó acotar sustancialmente el margen de discrecionalidad en materia de tablas de factores; sin embargo, resulta evidente que las miles de acciones de protección acogidas desde el año 2005 en las Cortes de Apelaciones del país y las acciones de inaplicabilidad que motivan este proceso de inconstitucionalidad dan cuenta de una situación compleja de la que deben hacerse cargo los poderes colegisladores, cumpliendo así el mandato esencial del Estado de dar protección a las personas y a la familia y de tutelar adecuadamente la igualdad y dignidad de las mismas, principios cardinales de nuestro ordenamiento constitucional, en estricta armonía con los de servicialidad y subsidiariedad del Estado. Como nos recuerda Bobbio, los derechos sociales *“obligan al Estado, como representante de la colectividad en su conjunto, a intervenir positivamente en la creación de instituciones adecuadas para hacer posible el acceso a la*

vivienda, para ejercer un trabajo o para recibir asistencia sanitaria” (Teoría General de la Política, Madrid, 2003, p. 545). Ello además se engarza ineludiblemente ni más ni menos que con la propia libertad de los ciudadanos. Y es que, como señala el mismo autor, “una persona instruida es más libre que una inculta; una persona que tiene un empleo es más libre que una desocupada; una persona sana es más libre que una enferma”.

Redactó la sentencia el Ministro señor Mario Fernández Baeza, las prevenciones los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto y Francisco Fernández Fredes, respectivamente. A su vez, las disidencias fueron redactadas por la Ministra señora Marisol Peña Torres y por el Ministro señor Enrique Navarro Beltrán, respectivamente.

Notifíquese, regístrese y publíquese en el Diario Oficial dentro de tercero día. Cumplido lo anterior, archívese.

Rol 1710-10-INC.

Se certifica que el Ministro Enrique Navarro Beltrán concurre al acuerdo, pero no firma por encontrarse en comisión de servicios en el exterior.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios (Presidente), Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, señora Marisol Peña Torres y señores Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes, Carlos Carmona Santander y José Antonio Viera-Gallo Quesney.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.