

UN DERECHO A LA SALUD QUE PRETENDE GARANTIZAR EL PUNTO DE LLEGADA ANTES QUE EL DE PARTIDA. (SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL INCISO TERCERO DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY N° 18.993)*

IGNACIO COVARRUBIAS CUEVAS**

RESUMEN: El comentario somete a crítica algunas de las premisas sobre las que se construyó la sentencia del Tribunal Constitucional que declaró la inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres. Las objeciones giran en torno al análisis de cuál es la prestación garantizada por el derecho a la protección a la salud. A partir de ello cuestiona algunas consideraciones del fallo, a modo ilustrativo, la consagración de un supuesto derecho fundamental a permanecer en el sistema de salud privado, para finalmente concluir –entre otras consideraciones sobre la justiciabilidad de los derechos sociales y aspectos de la igualdad, etc.– que la sentencia paradójicamente estima que hay privación de una prestación respecto de la cual no existe derecho fundamental.

SUMARIO: I. Descripción de la sentencia de inconstitucionalidad, rol N° 1710/2010 1. Orden expositivo del trabajo 2. ¿Un fallo desmedidamente extenso? 3. El derecho de acceso a la protección de la salud como premisa fundamental de la vulneración a la igualdad en la decisión del Tribunal Constitucional 4. Otros presupuestos de la sentencia de inconstitucionalidad. 5. Las principales conclusiones de la sentencia de inconstitucionalidad II. Observaciones críticas a la sentencia de inconstitucionalidad 1. La justiciabilidad de los derechos sociales como premisa basal del fallo 2. La protección de la salud y de la seguridad social ¿derechos que aseguran el punto de llegada antes que el de partida? 3. ¿Puede haber privación de algo respecto de lo cual no existe derecho? ¿De qué igualdad estamos hablando? 4. Otros aspectos críticos de la sentencia.

* Este artículo constituye una versión revisada de aquel publicado en *Actualidad Jurídica* N° 23, enero 2011, pp. 463-489, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo.

** Doctor en Derecho, Director Centro Justicia Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo (icovarrubias@udd.cl).

I. DESCRIPCIÓN DE LA SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD, ROL N° 1710/2010¹

1. Orden expositivo del trabajo, excusas y solicitud al lector

El objeto de este trabajo consiste en sintetizar y comentar una sentencia, por lo que la primera parte de la exposición será preferentemente descriptiva, seguida, la segunda parte, de algunas opiniones críticas respecto de lo que se estima es el contenido más relevante del fallo en cuestión.

Atendido que no existe labor descriptiva exenta de toda valoración, se piden excusas por cualquier omisión que pueda haberse producido como consecuencia de haber preferido destacar algunas materias en perjuicio de otras, lo cual solo puede atribuirse a los énfasis como imperfecciones del autor.

Al tratarse de una sentencia cuya extensión, relevancia y alcances hace prácticamente imposible la tarea de abordarla de modo omni-comprendido a través de un comentario de jurisprudencia, solo nos pronunciaremos respecto de algunos de los aspectos tratados en el presente fallo con la profundidad propia de un trabajo cuya pretensión no es científica sino de divulgación.

Las aproximaciones expuestas en este trabajo corresponden a reflexiones preliminares que pretenden ser abordadas con mayor profundidad en un artículo posterior.

Entonces no se examinarán algunos aspectos de la sentencia comentada que han sido omitidos deliberadamente dado que exigen un mayor análisis. Entre dichos temas cabe mencionar lo tocante a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad y la interpretación del principio de subsidiariedad, entre otros asuntos.

En último término, solo agradecer de antemano la paciencia al lector por los yerros contenidos en el presente trabajo que puedan dificultar su tarea como asimismo estimularlo a que efectúe los comentarios que estime pertinentes sobre el contenido de este comentario.

¹ La referida declaración de inconstitucionalidad recayó en los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero de la citada disposición legal. El texto íntegro de la sentencia puede obtenerse en el siguiente link: <http://www.tribunalconstitucional.cl/index.php/sentencias/download/pdf/1479> o a través del sitio web del Tribunal Constitucional: www.tribunalconstitucional.cl

2. ¿Un fallo desmedidamente extenso?

Sin duda, se trata de una sentencia extensa –doscientas catorce páginas– de las cuales quince de ellas constituyen los considerandos relevantes del fallo. Este desequilibrio entre la parte expositiva y la considerativa de la sentencia se explica, entre otros motivos, por las siguientes circunstancias.

En primer lugar, por la naturaleza del proceso de inconstitucionalidad, en cuya virtud el Tribunal Constitucional (en adelante, “el Tribunal” o “la Magistratura Constitucional”) comunicó su decisión de iniciar el referido procedimiento a los organismos constitucionalmente interesados y, asimismo, dispuso la realización de audiencias públicas.

En dicho contexto, el Presidente de la República hizo presente sus observaciones por escrito y diversas entidades –representativas de la actividad política, académica, empresarial y profesional, entre otras– concurren a las referidas audiencias públicas, haciendo presente sus puntos de vista respecto de la eventual inconstitucionalidad del artículo 38 Ter de la Ley N° 18.933. En dicha labor de recuento, la sentencia dedica cuarenta páginas.

A lo anterior se añaden veintiséis páginas que sintetizan diversos antecedentes doctrinarios y jurisprudenciales acerca de la atribución de inconstitucionalidad de un precepto legal (su sustento jurídico positivo de tal potestad; la doctrina del Tribunal sobre lo mismo; la historia fidedigna de la declaración de inconstitucionalidad; la relación entre esta y la declaración de inaplicabilidad, etc.).

El tercer factor que contribuye decisivamente a la extensión del fallo es la fundamentación de las dos disidencias, que desarrolladas por separado, suman en total setenta y seis páginas.

Expuesto lo anterior, es posible advertir que la extensión del fallo no es del todo atribuible al sentenciador. Así, más de la mitad de la sentencia –ciento dieciséis páginas– corresponde al resultado que suma la primera parte que da cuenta de las audiencias públicas y el desarrollo, por separado, de las dos disidencias.

¿Es inevitable lo anterior? Previo a responder la pregunta, estimamos necesario tener en consideración los siguientes aspectos.

En efecto, si bien la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal

faculta a este para abrir un período de audiencias públicas, no le obliga a dar cuenta de ese proceso con el grado de detalle con que se hace en el presente fallo. De hecho, no es indispensable volver una y otra vez sobre algunos de los argumentos reiterados por varias organizaciones sino que cabía agruparlos atribuyéndoselos a quienes se encontraban en una posición o en otra².

Por otra parte, hay aspectos cuya exposición resultaba innecesaria por tratarse de materias ciertamente no disputadas, por lo que al respecto solo cabía hacer mención sin abundar mayormente en ellas (por ejemplo, el desarrollo sobre la “Inconstitucionalidad en el Derecho Comparado”, el “*Sustento Jurídico Positivo de la Declaración de Inconstitucionalidad de un Precepto Legal en Chile*” o la referencia a “*La voz ‘precepto legal’ en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*”, entre otros ejemplos).

En fin, la respuesta a la interrogante formulada sobre la extensión del fallo no puede ser absoluta en un sentido afirmativo o negativo, aunque indudablemente creemos que hay cierto espacio para que una sentencia de estas características pueda ser más breve, con los beneficios de socialización que ello conlleva.

Por último, una breve digresión sobre el abuso del recurso a la cita de bibliografía y la inconveniencia de aludir a citas genéricas sin precisar en qué sentido se adhiere a ellas. Indudablemente la cita de fuentes bibliográficas presta mucha utilidad cuando ellas van en apoyo directo a los fundamentos de los fallos. Sin embargo, en ciertos casos suele abusarse de la cita doctrinal –nacional o extranjera– en aspectos que no aportan sustantivamente a las conclusiones del fallo o en puntos que por su ambigüedad generan confusión si es que no se aclara el sentido en que se adhiere a unas u otras expresiones citadas.

Si la frase extraída tuviera un sentido unívoco en que todos entienden fundamentalmente lo mismo, no habría problema, pero cuando se trata de una oración que se presta para múltiples interpreta-

² Al respecto, cabe recordar que de conformidad al art. 39 del DFL N° 5/2010, que fija el texto refundido de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, las “*sentencias del Tribunal deberán cumplir (...) con los requisitos indicados en los números 1° a 6°, inclusive, del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil*”, por lo que no se advierte imperativo legal de extender en demasía la parte expositiva de los fallos de la Magistratura Constitucional.

ciones no vale la pena citarla si no se dice en qué sentido adhiere a ella. Muestra de un ejemplo es la cita que se hace respecto del autor alemán Alexy cuando dice que los derechos fundamentales son “*mandatos de optimización*” sin mayor explicación. Abrigo mis serias dudas que muchos de los jueces de la mayoría en la presente sentencia crean que el derecho a la vida, a la intimidad y otros tantos más, deba someterse a un escrutinio de ponderación como el indicado.

Así, la alusión genérica al referido autor sin explicitar en qué sentido se adhiere a la doctrina citada, deja planteada la interrogante sobre si el Tribunal cree que la referida noción es aplicable a todos los derechos que la Constitución reconoce o solo a los denominados sociales³.

3. El derecho de acceso a la protección de la salud como premisa fundamental de la vulneración a la igualdad en la decisión del Tribunal Constitucional

La Magistratura Constitucional construye la sentencia de inconstitucionalidad fundado principalmente en que la disposición legal que se objeta vulnera la igualdad a los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social.

Lo que queremos señalar –adelantando nuestra valoración sobre la decisión del fallo– es que si bien es cierto que la premisa fundamental de la sentencia es la infracción al derecho a no ser discriminado arbitrariamente en materia de acceso a la salud, resulta imposible formular sólidamente la vulneración a dicha norma fundamental sin previamente sostener la infracción al derecho a la protección de la salud, la cual no se produce a nuestro juicio.

Por ello es que primeramente se analizará la eventual infracción al derecho a la protección de la salud como a la seguridad social, por constituir la vulneración a estos la premisa sin la cual no es posible sostener violación alguna al principio de igualdad en esta materia.

³ ZÚÑIGA URBINA (2011), p 95, al comentar la misma sentencia afirma que “*llama poderosamente la atención la vocación (...) por el principialismo (en la versión de Alexy) que la sentencia profesa (...) que es asumido sin asomo crítico, como buen sucedáneo (al parecer siguiendo modas, según atestiguan las referencias a fuentes germánicas o anglosajonas) de la ausencia de una dogmática de los derechos fundamentales*”.

3.1 Premisas que sustentan la infracción al contenido de los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social

Luego de citar las referidas disposiciones constitucionales y de afirmar que se trata de derechos sociales o de segunda generación, el sentenciador se vale del tenor literal de dichas normas, de parte de la historia fidedigna de su establecimiento y de parte de la doctrina, entre otras consideraciones, para formular las siguientes premisas que sustentarán la infracción a los señalados derechos.

- a) La sentencia afirma que la prestación asegurada por ambas disposiciones consiste en “*el libre e igualitario acceso a las acciones*” de salud (artículo 19 N° 9)⁴ como asimismo en garantizar “*el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes*” (artículo 19 N° 18)⁵.
- b) Respecto al rol del Estado en la materia, señala que le cabe “*tanto un rol de control o supervigilancia (...) de las acciones relacionadas con la salud*”⁶ como “*en seguridad social*”⁷ y, asimismo, le corresponde un “*deber preferente (...) de garantizar la ejecución de las acciones de salud*”⁸ como “*el goce del derecho (...) a la seguridad social*”⁹.
- c) Luego, recuerda el Tribunal que la Carta Fundamental “*garantiza a los particulares el derecho a elegir que las prestaciones les sean entregadas por entidades estatales o por entidades privadas*”¹⁰.
- d) Al existir un “*deber preferente*” del Estado de garantizar las acciones de salud, ello implica –citando al tratadista Silva Bascuñán– que aquel “*no es el único obligado a cumplir el deber que se le entrega, sino que él es el principal responsable*”¹¹, lo cual se

⁴ STCCH, rol 1710/2010, c. 114°.

⁵ *Ibidem*, c. 133°.

⁶ *Ibidem*, c. 116°.

⁷ *Ibidem*, c. 135°.

⁸ *Ibidem*, c. 118°. El fallo subraya que este deber preferente la Constitución solo lo contempla respecto de este derecho.

⁹ *Ibidem*, c. 135°.

¹⁰ *Ibidem*, c. 117°. En la protección a la salud, lo funda en el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse como asimismo en la prohibición de monopolio estatal sobre la materia. Respecto del derecho a la seguridad social, véase el c. 135°.

¹¹ *Ibidem*, c. 121°.

condice con el rol subsidiario del Estado en la materia¹². De modo similar ello se predica respecto del derecho a la seguridad social¹³.

- e) Tratándose del derecho a la seguridad social, la solidaridad –junto con otros principios fundamentales de la seguridad social tales como la universalidad, la suficiencia, etc.– han de entenderse incorporados en el derecho reconocido por el artículo 19 N° 19 de la Constitución¹⁴.
- f) Consecuencialmente, la Carta Fundamental exige, a su vez, “*que las prestaciones que envuelven los derechos en cuestión (también el derecho a la protección de la salud) han de ser suficientes, sea que se otorguen por el Estado o por agentes privados*”¹⁵.
- g) Que el “*principio de solidaridad se expresa en el deber que tiene el Estado (...) de garantizar económicamente el goce de estos derechos*” (las prestaciones básicas uniformes) a “*todos los habitantes*”¹⁶.

Entre otras consideraciones a las que nos referiremos con posterioridad –como el efecto del “cotizante cautivo”– el balance de la sentencia en esta materia es que las disposiciones cuestionadas resultan contrarias 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 le asiste a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado, ambas garantías previstas en el N° 9 del artículo 19 de la Constitución Política*”¹⁷.

¹² *Idem*.

¹³ STCCH, rol 1710/2010, c. 135°: “*Que (...) 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*”.

¹⁴ *Ibidem*, c. 129° y 130°.

¹⁵ *Ibidem*, c. 134°.

¹⁶ *Ibidem*, c. 131° y 132°.

¹⁷ *Ibidem*, c. 157°. A su vez, esta conclusión se encuentra directamente fundada en el c. 155° que expresa que atendido que el “*seguro de salud (...) tiene por objeto garantizar el acceso a las prestaciones de salud (...), 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*”.

Más adelante, en la parte valorativa, se discernirá si lo señalado se corresponde con el contenido efectivamente protegido por la Constitución. Entre otras interrogantes, nos preguntaremos si la Carta Fundamental exige uniformidad en todas las prestaciones de salud y de seguridad social o solo respecto de las que se estiman “básicas”.

3.2 La naturaleza justiciable de la protección de la salud y de la seguridad social como premisa fundante de la vulneración a estos derechos

La primera sentencia sobre acción de inaplicabilidad del artículo 38 ter –el caso *Silvia Peña*– declaró que “*el derecho a la protección de la salud es de índole social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción que tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea*”¹⁸.

Si bien el presente fallo no acogió la referencia al Estado Social, sí hizo suyo las opiniones de dos académicos que han sostenido la justiciabilidad de los derechos sociales.

El primero de los profesores citados por la sentencia –Nogueira Alcalá– afirma que “*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*”¹⁹.

Enseguida y, refiriéndose al segundo autor, el fallo señala que tales derechos “*no solo se han consolidado en su establecimiento normativo y en su garantía 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*”²⁰.

En la sección valorativa, se discutirá si la afirmación precedente ha

¹⁸ STCCH, rol 976/2007, c. 29°.

¹⁹ STCCH, rol 1710/2010, c. 94°, en que cita a Nogueira Alcalá (2008-2009), Tomo III, p. 26.

²⁰ *Ibidem*, c. 94°, en que cita a FIGUEROA GARCÍA HUIDOBRO (2009), pp. 587-620. Adelante veremos que el caso adoptado como modelo es el de revisión judicial por la Corte Constitucional Sudafricana.

significado –como algunos pretenden– que el derecho a la protección de la salud ha pasado “*a ser un derecho con las mismas calidades que los ‘derechos públicos subjetivos’*”²¹. Entonces nos preguntaremos si la denominada justiciabilidad de los derechos sociales es tan plena y exigible como la que opera respecto de los derechos civiles y políticos.

3.3 La vulneración al derecho a la igualdad en el acceso a la atención médica

El Tribunal, junto con efectuar un breve recuento de la doctrina clásica en materia de igualdad –hay igualdades que son injustas así como desigualdades que son justas²²– invoca el criterio recaído en la tercera sentencia de inaplicabilidad del mismo precepto legal ahora sometido al juicio de inconstitucionalidad.

Entonces como ahora la sentencia hace suya la perspectiva alemana de la igualdad, que “*distingue conceptualmente entre ‘igualdades esenciales’ y ‘desigualdades esenciales’, de tal modo que estamos en presencia de una igualdad esencial cuando ‘personas o grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (tertium comparationis), son comparables’*”²³.

De este modo, a juicio del fallo se verifica una lesión a 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*”²⁴.

Efectuadas las consideraciones generales previas, la Magistratura menciona los compromisos internacionales contraídos por Chile y que se tuvieron a la vista al momento de incorporar la oración “*hombres y mujeres son iguales ante la ley*” en el número 2° del artículo 19 de la Constitución.

²¹ COUSO Y REYES (2009), p. 188.

²² Ello es concludible de la cita que hace el Tribunal de la fórmula aristotélica de la justicia como “igualdad entre iguales”, recogida por la citada jurisprudencia de la Corte Suprema como de la Magistratura Constitucional, en el rol 1710/2010, c. 98° y 99°.

²³ STCCH, rol 1710/2010, c. 100°.

²⁴ *Idem.*

Uno de ellos es la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas, cuyo artículo 12.1 compromete a los Estados Parte a adoptar *“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(...)”*²⁵.

Para concluir –cita un par autores extranjeros y una recomendación del Consejo de la Unión Europea– señala que *“el legislador no puede establecer diferencias únicamente en razón del sexo”, “pues no constituye per se una diferencia objetiva ni razonable”*²⁶, por lo que el sexo, *“como factor actuarial no debería dar pie a diferencias entre las primas y las prestaciones de seguros”*²⁷.

Precisando el reproche sobre el factor etario, en relación con la seguridad social, la Magistratura afirma que resulta *“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”*²⁸.

4. Otros presupuestos de la sentencia de inconstitucionalidad

4.1 La conclusión del test de proporcionalidad

Afirma el fallo que el Tribunal ha examinado si la disposición legal objeto de este proceso constitucional cumple con ser (a) *“adecuado”* a los fines constitucionales de tutelar la igualdad ante la ley, de proteger la salud de las personas incorporadas al sistema privado de salud, (b) *“indispensable para alcanzar los fines señalados”* y (c) *“si guarda proporcionalidad con tales objetivos”*²⁹.

En el considerando inmediatamente siguiente el Tribunal señala que *“ha logrado la convicción en cuanto a que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.993 no cumplen los supuestos descritos en el considerando precedente y, por consiguiente son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmen-*

²⁵ STCCH, rol 1710/2010, c. 103° y 104°. (La cursiva es de la sentencia).

²⁶ *Ibidem*, c. 105°, en que cita a ZOCO ZABALA (2007), p. 255

²⁷ *Ibidem*, c. 106°.

²⁸ *Ibidem*, c. 136°.

²⁹ *Ibidem*, por todas, c. 143°.

*te 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 en nuestra Carta Fundamental*³⁰.

En los considerandos siguientes –sin llegar a explicitar los fundamentos de los subprincipios del referido test de proporcionalidad– la sentencia profundiza sobre los motivos acerca de la carencia de condiciones de razonabilidad o de parámetros razonables por parte de la regulación contenida en las normas legales sometidas a revisión de constitucionalidad.

En lo que al estricto método de proporcionalidad se refiere, el Tribunal sostiene que las disposiciones objetadas “*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 (...) 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*”³¹.

Enseguida añade que “*esa clase de disposiciones*” que brindan “*amplia libertad de actuación a un organismo de la Administración en los términos señalados (...) 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*”³².

Así parece desprenderse con claridad que el Tribunal asocia indisolublemente las estrictas exigencias del examen de proporcionalidad con la verificación del principio de razonabilidad, cuya satisfacción, a su vez, queda al parecer condicionada al cumplimiento de la igualdad en sus diversas manifestaciones, como puede ilustrarse en los considerandos 47° y 48° y siguientes de la sentencia.

4.2 Noción de derechos fundamentales: principios, reglas y la ponderación

A partir del considerando 89°, la sentencia efectúa un recuento doctrinario de algunas clasificaciones sobre la noción de derechos

³⁰ *Ibidem*, c. 144°.

³¹ *Ibidem*, c. 145°.

³² *Ibidem*, c. 146°.

fundamentales. Luego, subraya la difundida distinción formulada por Alexy entre *principios* y *reglas*, identificando implícitamente las normas de principios como derechos fundamentales.

Siguiendo al autor citado, el fallo da cuenta del modo en que la distinción recién anotada es de utilidad para dilucidar los conflictos en materia de derechos fundamentales, por lo que en caso de colisión de principios, “uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro”, añadiendo que “el criterio para tal dilucidación debe ser la ponderación”³³, lo cual la sentencia reitera citando otra obra del autor alemán³⁴.

Conforme a lo reseñado, el Tribunal considera que los derechos reconocidos en las disposiciones constitucionales que se han estimado vulneradas en las sentencias de inaplicabilidad del artículo 38 ter, vale decir, aquellos derechos que se aseguran a toda persona en los numerales 2°, 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución, además de ser fundamentales, “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”³⁵.

5. Las principales conclusiones de la sentencia de inconstitucionalidad

5.1 La norma cuestionada no satisface el examen de proporcionalidad

Como se señaló en el 3.1 precedente, el Tribunal sostuvo de que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo impugnado no cumple con las exigencias del test de proporcionalidad, por lo que “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

³³ *Ibidem*, c. 92°, en que cita a ALEXY (2002), pp. 88-89.

³⁴ Se refiere a ALEXY (2010), p. 59, donde afirma que la ponderación entre los principios “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”.

³⁵ STCCH, rol 1710/2010, c. 93°.

*el sentido que todos ellos se encuentran reconocidos en nuestra Carta Fundamental*³⁶.

El incumplimiento del referido test de proporcionalidad genera la infracción a la que nos referiremos inmediatamente.

5.2 La disposición legal impugnada admite el establecimiento de diferencias arbitrarias al no prever límites razonables

La sentencia expresa que la vulneración a la igualdad ante la ley se produce, no por establecer diferencias fundadas en la edad y el sexo, sino desde el momento en que la norma cuestionada autoriza la colaboración reglamentaria de un modo tan amplio que admite que la autoridad administrativa infrinja, por la vía de dictar instrucciones generales, su deber preferente de garantizar la ejecución de las acciones de salud como de seguridad social³⁷, apartándose así “de la razonabilidad que debe presidir la regulación de los derechos fundamentales”³⁸.

Sobre este último aspecto y luego de preguntarse el sentenciador “*si el grado de discrecionalidad que el precepto (...) 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*”, concluye que la “*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*”³⁹.

5.3 Otras consideraciones relevantes: de la “confiscación de las rentas” hasta el efecto de “cotizante cautivo”

Entre otros argumentos, la sentencia expone que, atendido el mecanismo de reajustabilidad que opera en este ámbito es exponencial, admitiendo un reajuste indefinido del precio, de la regulación

³⁶ *Ibidem*, c. 144°.

³⁷ Lo señalado se desprende del c. 145° al c. 152°.

³⁸ *Ibidem*, c. 146°: “(...)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.”

³⁹ *Ibidem*, c. 158°.

sujeta a 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 pueda ser equivalente a la confiscación de las rentas de un afiliado”⁴⁰.

En cuanto al derecho a elegir el sistema de salud al que deseen acogerse, sea estatal o privado, señala que “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”⁴¹.

Este efecto indeseable posee una gravitación relevante en el resultado del fallo, como se verá a continuación.

5.4 Motivación decisiva de la sentencia: la indignidad que padece el cotizante cautivo

En uno de los considerandos finales, el fallo concluye que el aumento de los precios efectuado al amparo de la norma examinada “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”⁴².

Atendido lo señalado, señala que de la vigencia de las normas legales cuestionadas “se desprende una situación contraria a los principios de solidaridad y de equidad que informan no solo la seguridad social, sino todo el conjunto de derechos fundamentales sociales garantizados en nuestra Constitución”⁴³.

⁴⁰ *Ibidem*, c. 155°.

⁴¹ *Ibidem*, c. 157°.

⁴² *Ibidem*, c. 160° (el destacado en negritas es nuestro).

⁴³ *Ibidem*, c. 161° (el destacado en negritas también es nuestro).

II. OBSERVACIONES CRÍTICAS A LA SENTENCIA DE INCONSTITUCIONALIDAD

1. La justiciabilidad de los derechos sociales como premisa basal del fallo

Como ya se señaló en la parte expositiva, la sentencia hace suya las afirmaciones de Nogueira Alcalá en cuanto a que los derechos sociales gozan “*del mismo nivel jurídico y (...) la misma eficacia que los derechos civiles y políticos*”⁴⁴ como de Figueroa García-Huidobro, quien sostiene que aquellos derechos “*se han consolidado en su establecimiento normativo y en su garantía positiva*”⁴⁵.

Similar planteamiento ya se había esbozado en la primera sentencia de inaplicabilidad —el caso *Silvia Peña*⁴⁶— lo que ha llevado a algunos a sostener apresuradamente a nuestro juicio, que el derecho a la salud ha pasado “*a ser un derecho con las mismas calidades que los ‘derechos públicos subjetivos’*”⁴⁷.

De este modo la sentencia elabora el punto de arranque para conducir hábilmente a la inevitable conclusión de que los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social, del modo como los entiende el Tribunal, han sido vulnerados por gozar del mismo grado de exigibilidad o eficacia directa que los denominados derechos individuales (o derechos civiles y políticos).

Atendida la naturaleza de este trabajo solo esbozaremos algunos inconvenientes que esta atractiva formulación plantea no solo para los derechos civiles y políticos sino que también para los mismos derechos de prestación, pero antes advertiremos lo complejo que resulta la posición de la sentencia en esta materia.

⁴⁴ STCCH, rol 1710/2010, c. 94°. Cabe señalar que anteriormente el mismo autor citado señalaba en VERDUGO, PFEFFER Y NOGUEIRA (1994), pp. 201-204, que el derecho a la protección de la salud se trataba de una norma programática orientadora de la actividad Estatal y de los particulares, sin eficacia directa, que no *garantiza* el derecho sino que solo *protege* el libre e igualitario acceso a las prestaciones de salud previstas por la Constitución.

⁴⁵ FIGUEROA GARCÍA HUIDOBRO (2009), pp. 587-620.

⁴⁶ STCCH, rol 976/2007, c. 29°: “*el derecho a la protección de la salud es de índole social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción que tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social en la democracia constitucional contemporánea.*”

⁴⁷ COUSO Y REYES (2009), p. 188.

1.1 *¿Los derechos sociales son igualmente justiciables que los derechos civiles o políticos?*

Problemático resulta para las futuras perspectivas del fallo comentado, que la posición adoptada por el Tribunal en este particular aspecto haya sido parcialmente desmentida –en recientes trabajos– por el mismo autor citado en el considerando inmediatamente siguiente al que sustenta la plena exigibilidad de los derechos sociales.

En efecto, el sentenciador se vale de un artículo publicado por el profesor Figueroa García Huidobro⁴⁸ el año 2009 para complementar la conclusión adoptada sobre la materia, siendo del todo pertinente la cita del referido autor en tal sentido ya que efectivamente este sostiene lo que el fallo señala y el Tribunal no pudo haber tenido a la vista

El punto es que el mismo autor citado por la Magistratura Constitucional morigeró el juicio categórico adoptado por esta, como quiera que el profesor admita en un artículo publicado durante el presente año, que la propia Corte Constitucional Sudafricana –el modelo a seguir según varios autores– “señaló que estos derechos son, hasta cierto punto, justiciables”⁴⁹.

Además de relativizar la posición tradicionalmente sustentada sobre la plena eficacia de los derechos sociales, el trabajo del profesor Figueroa advierte que en la mayoría de los casos pronunciados por la Corte Constitucional Sudafricana, citados como modelos de justiciabilidad, la exigibilidad de los referidos derechos no aplica con la misma *eficacia directa* con la que esta opera respecto de los derechos civiles y políticos, por parte de los tribunales ordinarios o especializados de justicia constitucional.

Así, en la casi totalidad de los casos resueltos por la magistratura sudafricana, esta ha sustentado, lo que podríamos denominar, una exigibilidad mediata o indirecta que podría sintetizarse en que, por una parte, el referido Tribunal ha adoptado decisiones meramente

⁴⁸ FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO (2009), pp. 587-620.

⁴⁹ FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO (2010), p. 129. Por otra parte, SQUELLA NARDUCCI (2007), p 122, relativiza también el carácter “directamente justiciables” de los derechos sociales, “puesto que al no hallarse satisfechos en un caso dado, la persona afectada no puede presentarse ante un juez para que se le reconozca el derecho y se le proporcione, directamente, la educación, el empleo o la salud que no tiene en ese momento”.

declarativas que no invalidan el precepto impugnado⁵⁰, mientras que por la otra, algunas de sus resoluciones han tenido como fundamento inmediato el derecho a no ser discriminado arbitrariamente en el acceso a un beneficio o prestación antes que directamente en el derecho social invocado⁵¹, lo cual da cuenta en estos casos, de una exigibilidad o justiciabilidad mediata, o bien, encubierta por un derecho que no es de aquellos que pueden denominarse como sociales⁵².

Expuesto lo anterior, veremos en qué sentido es posible sostener que los derechos sociales no son igualmente justiciables que los derechos individuales⁵³.

1.2 Los derechos sociales no son igualmente justiciables que los derechos civiles y políticos: no gozan de eficacia directa

Constatado, en el caso sudafricano, que los derechos sociales no son tan directa y plenamente exigibles como lo son habitualmente los derechos civiles y políticos, estimamos que no es pertinente ni conveniente agrupar bajo un mismo denominador común derechos que no gozan de la misma identidad en lo que a justiciabilidad se refiere.

En cuanto a la pertinencia de la denominación, si por justiciabilidad entendemos exigibilidad o eficacia directa y plena, por lo que de esta perspectiva entre los derechos sociales y los derechos civiles

⁵⁰ En el caso *Grootbom*, CCT 11/00, si bien el Tribunal estimó inconstitucional la política de vivienda y señaló los criterios que debía satisfacer, no dictó una orden de exigibilidad directa. En *Elizabeth Municipality*, CCT 53/03, la Corte también se limitó a dictar una sentencia meramente declarativa que apoyaba el anterior fallo de la C. Suprema sobre la materia.

⁵¹ En el caso *Treatment Action Campaign*, CCT 8/02, la Corte Constitucional efectuó un juicio de política pública sobre un programa de salud y ordenó al gobierno eliminar las restricciones de acceso a ese programa y adoptar medidas para facilitar el acceso a la droga, entre otras tendientes a eliminar las barreras de acceso. En *Khosa y Mablaule* CCT 12/03, interpretó latamente la expresión de un precepto con el fin de hacer extensible determinado beneficio de asistencia social a los extranjeros residentes.

⁵² Sobre la materia sugiero revisar las conclusiones de PALMER (2007) pp. 47-48, sobre la justiciabilidad de los derechos sociales en la perspectiva comparada. Señala en p. 48 que en EE.UU. como en Canadá los tribunales han brindado esporádicamente protección a los derecho prestacionales acudiendo a las cláusulas de protección a la igualdad o al debido proceso.

⁵³ Para una discusión más amplia y con argumentos adicionales a los aquí esbozados, MARTÍNEZ ESTAY (2010), pp. 1-28.

o políticos existen más diferencias que semejanzas, no cabe otorgarle a los derechos sociales un atributo del que, en gran medida, carecen.

Tampoco es preciso denominar a los derechos de prestación como justiciables si no se precisa en qué consiste dicha exigibilidad ya que esta lo es en un sentido muy distinto respecto de los denominados derechos de primera generación. Al tratarse de una justiciabilidad en grado e intensidad tan diversa es mejor hablar derechamente de que los derechos sociales no son justiciables si no se dice qué se entiende por tal calificación⁵⁴.

De lo contrario, se arriesga que por fortalecer a los segundos (los derechos sociales) se termine debilitando a los primeros (los derechos civiles o políticos).

La inconveniencia de considerar como directamente justiciables a los derechos sociales estriba en que mientras en estos la adjudicación depende en buena medida de la abundancia o escasez de los recursos financieros, entre otras consideraciones de política pública, en el caso de los derechos civiles o políticos la tutela de los mismos no depende de análogos factores sino que fundamentalmente de jueces dispuestos a reconocerles a Cayo y a Ticio *lo suyo*.

En este sentido, si bien la afirmación de Alexy en cuanto a que los derechos fundamentales constituyen “*mandatos de optimización*” puede resultar aplicable a los derechos de prestación –para cuya satisfacción no solo basta un juez firmemente dispuesto a adjudicarlo– creemos firmemente que ello no resulta extensible a otros bienes como los derechos a la vida, a un juicio imparcial, a la intimidad o a no ser discriminado arbitrariamente, entre otros, cuya justiciabilidad directa –aunque siempre perfectible– depende principalmente de la condición humana antes de cualquier otra consideración.

2. La protección de la salud y de la seguridad social ¿derechos que aseguran el punto de llegada antes que el de partida?

Ya Bobbio expresaba que los derechos sociales, como manifestación

⁵⁴ FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO (2010), p. 127, emplea la expresión “*justiciabilidad*” como “*control judicial*”, aunque el Tribunal Constitucional asume dicha expresión como sinónimo de “*eficacia*”, término constitucionalmente mucho más acotado que el de control.

de la búsqueda de la igualdad de oportunidades, son derechos que buscaban asegurar el punto de partida antes que el de llegada⁵⁵.

En el presente caso, el entusiasmo por el afán de justicia ha llegado al punto –particularmente aplicable respecto del derecho a la protección de la salud– de invertir la fórmula al estimar que la Carta Fundamental asegura no solo el derecho de acceder sino también de permanecer en el plan de salud privado por parte de los requirentes mayores de edad.

No obstante tratarse de una sentencia de inconstitucionalidad, esta igualmente basa sus fundamentos en razones constitucionales y en consideraciones de derecho fundamental, motivo por el cual independientemente de la simpatía que pueda tenerse con el resultado del fallo sus fundamentos lo trascienden en la interpretación de los derechos fundamentales, motivo por el cual procuraremos mostrar que el Tribunal fuerza en demasía los límites del contenido protegido por el derecho a la protección de la salud.

El siguiente autor explica sintéticamente por qué la igualdad no puede ser de todos en todo, sino que de todos en algo: “*no se quiere propiciar que todos deban ser iguales en todo respecto de sus condiciones de vida, sino que todos sean a lo menos iguales en algo, a saber, en la satisfacción de sus necesidades básicas de educación, salud, trabajo, vivienda, descanso y asistencia social*”⁵⁶.

2.1 Las prestaciones sociales como derechos pendientes de realización

Asegurados los derechos sociales con “*la misma eficacia que los derechos civiles y políticos*”⁵⁷ el paso siguiente estriba en observar los derechos a la protección de la salud o a la seguridad social como si se tratara de derechos directamente vinculantes cuya exigibilidad ha de operar sin mayor consideración de los preceptos legales que desarrollan dicho derechos y garantizan las prestaciones.

Lo anterior pudo haber contribuido a pasar por alto que tratándose de derechos que caben ser satisfechos “*dentro de las posibilidades*

⁵⁵ BOBBIO (1993), p. 77.

⁵⁶ QUELLA NARDUCCI (2005), p. 111 (lo destacado en negritas es nuestro).

⁵⁷ STCCH, rol 1710/2010, c. 94°.

*jurídicas y reales existentes*⁵⁸ la definición constitucional sobre los mismos no puede ser exhaustiva, por lo que corresponde a la Constitución solo la determinación de su contenido mínimo o esencial, siendo su delimitación tarea primaria del legislador que desarrolle progresivamente el precepto fundamental⁵⁹.

De este modo, el contenido efectivamente garantizado por un derecho de tipo prestacional no puede quedar determinado solo por el mínimo –contenido esencial– definido por la Carta Fundamental sino por este en consideración al desarrollo legislativo del derecho en cuestión⁶⁰, por lo que estimamos pertinente señalar que los derechos sociales son derechos en permanente adecuación y realización, en buena medida porque deben ser satisfechos “*en la mayor medida de lo posible*” conforme a las posibilidades financieras existentes⁶¹, lo cual implica que las referidas prestaciones siempre estarán pendientes de realización y perfeccionamiento.

Si el reproche de constitucionalidad efectuado por el Tribunal es –fundamentalmente– respecto del libre e igualitario acceso a las acciones de salud, cabe preguntarse cuáles son las prestaciones garantizadas por el derecho a la protección de la salud y su progenie legislativa, a fin de determinar en qué sentido la norma cuestionada pudo haber vulnerado el derecho a la protección de la salud.

2.2 ¿En qué consiste la prestación garantizada por la Constitución y la ley en el derecho a la protección de la salud?

Constatado que el avance en los derechos sociales depende, en buena medida, del impulso que reciban de la regulación legal que los

⁵⁸ En este estricto sentido estimamos aplicables las afirmaciones de ALEXY (2002), p. 86.

⁵⁹ Así lo reconoce críticamente Silva Cimma (1996), quien señala que las consideraciones en torno al derecho a la salud “*en ningún modo implican que podamos afirmar enfática (sic) que el derecho a la salud se encuentra muy diáfana y claramente consagrado en la norma constitucional(...). Al contrario, creemos que falta mucho todavía para que pueda llegar a lograrse el reconocimiento de lo que significa la realidad del derecho a la salud amparado por la norma constitucional*”.

⁶⁰ Ello es coherente con la convicción de que los derechos sociales son derechos que aseguran el punto de partida antes que el de llegada.

⁶¹ Así lo ha sostenido recientemente el Tribunal Constitucional Español en STCE N° 128/2009, Fundamento Jurídico 4, en que sostuvo: *el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es un derecho de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema en atención a circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquel (STC 65/1987, de 21 de mayo, FJ 17, entre otras)*”, (lo destacado en nuestro).

desarrolle, cabe representar al modo en que las referidas prestaciones se encuentran garantizadas considerando la regulación constitucional y legal de tales derechos.

El artículo 19 N° 9 de la CPR asegura a todas las personas el derecho a la protección de la salud. Conforme a dicha norma, el “Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”. Estas prestaciones constituyen el contenido mínimo o esencial del derecho, correspondiéndole al Estado garantizar la ejecución de tales acciones de salud “en la forma y condiciones que determine la ley”.

En consonancia con lo dicho, la Magistratura Constitucional, pronunciándose en la Sentencia rol N° 1.266 recaída en un recurso de inaplicabilidad para impugnar el artículo 33 bis de la Ley N°18.933 –actual artículo 190 del D.F.L. N°1, de 2005, del Ministerio de Salud– sostuvo que “[d]e la sola lectura de este precepto resulta claro que el derecho a las acciones de salud no es ilimitado, sino que debe ejercerse en la ‘forma y condiciones que determine la ley’. Naturalmente que la ley no puede regularlo de manera irracional, caprichosa o de un modo que afecte los derechos en su esencia o les imponga condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

De las cuatro acciones que el Estado debe garantizar y, en lo pertinente al fallo, interesa tener claridad respecto de las acciones de “promoción” y “protección” de la salud.

Según la doctrina mayoritaria⁶², de ambas actividades prestacionales –promoción y protección– se desprende la obligación del Estado de crear las condiciones necesarias para que las personas se vean menos expuestas a riesgos que pongan en peligro o dañen su salud como a defender y ayudar a quienes actualmente se encuentran más expuestos a sufrir un deterioro en su salud⁶³.

Por su parte, la legislación que ha desarrollado y complementado el derecho a la protección de la salud –fundamentalmente las leyes N°

⁶² Además de los clásicos SILVA BASCUÑÁN (2008), CEA EGAÑA (2002), VERDUGO, PFFER Y NOGUEIRA (2002), se consultó a ÁLVAREZ ROJAS (1990); BULNES ALDUNANTE (2005), (2001) y (1998); NANCUANTE ALMONACID Y SOTOMAYOR KLAPP (2001) y, VÁSQUEZ MÁRQUEZ (2005), entre otros autores. Para una mirada panorámica fundamentalmente en lo descriptivo, COUSO Y REYES (2009).

⁶³ SILVA BASCUÑÁN (2008), pp. 133-134.

18.469⁶⁴, y N° 19.966 conocida como AUGE– han ido consagrando de modo progresivo prestaciones básicas y uniformes.

Mientras la primera ley estableció que el “*Sistema Nacional de Servicios de Salud no podrán negar atención a quienes lo requieran ni condicionarla al pago previo de tarifas, o aranceles fijados a este efecto*”⁶⁵ –creando asimismo un régimen de prestaciones de salud– la reforma del AUGE introdujo mecanismos con el objeto de asegurar una cobertura mínima de asistencia sanitaria, consistentes en transformar en exigibles, tanto para el sistema público (FONASA) como para el privado (ISAPRES), la cobertura de un número creciente de patologías (ochenta al año 2010) bajo las garantías explícitas de *acceso, calidad, oportunidad y cobertura financiera*⁶⁶.

De hecho la Ley AUGE incorporó un régimen de garantías de salud con el fin de asegurar que “*toda persona residente en el territorio nacional, independiente de su edad, sexo, educación, etnia, preferencias sexuales o ingreso, pueda contar con un mecanismo de protección social que le dé acceso universal a una atención de salud adecuada y oportuna para enfrentar las situaciones de enfermedad*”⁶⁷.

Advertido lo anterior, no se comprende en qué sentido las disposiciones cuestionadas por el Tribunal podría equivaler a una vulneración al derecho a la protección de la salud en lo que a acceso a las prestaciones se refiere.

2.3 La uniformidad no se exige de todas las prestaciones sino de las que la Carta y la ley considera básicas: ¿derecho fundamental a permanecer en el sistema de salud privado?

Veremos si revisadas las premisas del fallo en materia de protección a la salud, es posible arribar a similares conclusiones que las previstas en la sentencia.

⁶⁴ Ley N° 18.469 que “*regula el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud y crea un régimen de prestaciones de salud*”.

⁶⁵ Ley N° 18.469, art. 2.

⁶⁶ La garantía de *acceso* se refiere al derecho a recibir atención en su lugar de residencia. En virtud de la garantía de *oportunidad*, debe haber un límite de tiempo máximo entre la primera atención y el posdiagnóstico. La garantía de *calidad* asegura que las prestaciones se realizarán según estándares técnicos preestablecidos a partir de evidencia médica. Por último, conforme a la garantía de cobertura financiera, se dispone de financiamiento fiscal para asegurar la atención.

⁶⁷ Mensaje presidencial correspondiente al proyecto de ley que estableció un régimen universal de garantías de salud, Boletín 2947-11 (lo destacado en negritas es nuestro).

Premisa a) El derecho a la protección de la salud asegura “*el libre e igualitario acceso a las acciones*” de salud.

Premisa b) Al Estado le corresponde un “*deber preferente (...) de garantizar la ejecución de las acciones de salud*”.

Premisa c) También se “*garantiza a los particulares el derecho a elegir que las prestaciones les sean entregadas por entidades estatales o por entidades privadas*”.

Premisa d) Asimismo –interpretando, como lo hace el Tribunal– el “*principio de solidaridad se expresa en el deber que tiene el Estado (...) de garantizar económicamente el goce de estos derechos*”, conforme a los principios de universalidad, uniformidad y suficiencia.

Sentadas las indicadas premisas, la sentencia concluye que las disposiciones cuestionadas resultan contrarias 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 le asiste a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea este estatal o privado, ambas garantías previstas en el N° 9 del artículo 19 de la Constitución Política*”⁶⁸.

Del reproche de constitucionalidad planteado, estimamos que del hecho indiscutido de que la prestación asegurada por el derecho a la protección de la salud deba ser satisfecha por el sistema público o privado, indistintamente, no se deriva indefectiblemente que la *suficiencia, universalidad y uniformidad* tenga que brindarse respecto de todas las prestaciones de salud sino que solamente de aquellas que la ley considera *básicas*.

Si lo anterior es efectivo, el derecho a permanecer en el sistema público o privado elegido –en ello se ha traducido la libre elección– no puede sino entenderse en relación a la satisfacción de las prestaciones básicas a que igualitariamente deben tener acceso las personas con independencia de su edad, condición social, sexo, etc.

⁶⁸ STCCH, rol 1710/2010, c. 157°. A su vez, esta conclusión se encuentra directamente fundada en el c. 155° que expresa que atendido que el “*seguro de salud (...) tiene por objeto garantizar el acceso a las prestaciones de salud (...), 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*”.

Lo contrario supondría el reconocimiento de un particularísimo derecho adquirido a permanecer con las prestaciones garantizadas contractualmente en el sistema privado de salud elegido, prestaciones que exceden con mucho las garantías básicas, igualitarias y uniformes a cuyo acceso se tiene indubitado derecho.

Nuestra objeción se funda no solo en las consideraciones precedentemente expuestas en cuanto a que a los derechos sociales cabe asegurar un punto de partida, unas prestaciones básicas, con independencia que ese mínimo vaya progresivamente cerrando la brecha con el óptimo y acercándose al punto de llegada.

En segundo término, lo anterior se condice plenamente con lo ya señalado respecto que las prestaciones sociales son derechos siempre pendientes de realización, motivo por el cual la Constitución previó el desarrollo y complemento de las acciones de salud “*en la forma y condiciones que determine la ley*”.

Esta misma Magistratura, pronunciándose sobre el referido derecho a la protección de la salud, ha dicho que “[d]e la sola lectura de este precepto resulta claro que el derecho a las acciones de salud no es ilimitado, sino que debe ejercerse en la forma y condiciones que determine la ley. Naturalmente que la ley no puede regularlo de manera irracional, caprichosa o de un modo que afecte los derechos en su esencia o les imponga condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”⁶⁹.

En cuarto lugar, lo señalado también se cohonesta, en una interpretación sistemática y finalista, con el derecho a la seguridad social, el que explícitamente consagra el “*goce de prestaciones básicas uniformes*” a todos los habitantes.

De este modo, si el interprete ha complementado la interpretación del derecho a la salud a partir de algunos elementos favorables que presenta el derecho a la seguridad social (universalidad y suficiencia) la ecuanimidad exige también que el Tribunal debe haberse hecho cargo de aquellos elementos que sin ser odiosos no resultaban tan favorables a su análisis (carácter mínimo o básico de las prestaciones).

En sexto lugar, la generalidad de la doctrina, de la jurisprudencia judicial y constitucional no han concebido una interpretación tan

⁶⁹ STCCH, rol N.º 1266/2008, c. 23º. Recaída en un recurso de inaplicabilidad cuyo objetivo era impugnar el artículo 33 bis de la Ley N.º 18.933 - actual artículo 190 del D.F.L. N.º 1, de 2005, del Ministerio de Salud.

extensiva de la referida disposición constitucional ni tampoco ella se desprende de las concepciones menos conservadoras que sobre el punto quedaron plasmadas en la discusión que tuvo lugar en la Comisión Ortúzar.

De este modo, si la obligación del Estado de dirigir su acción a asegurar el acceso y permanencia igualitario al goce de prestaciones básicas uniformes se encuentra garantizado por la Constitución y la ley, la elasticidad del artículo 19 N° 9 no puede llegar al extremo de entender que se reconoce un derecho a permanecer con la cobertura del sistema privado de salud contratado.

3. ¿Puede haber privación de algo respecto de lo cual no existe derecho? ¿De qué igualdad estamos hablando?

Hemos sostenido que las disposiciones legales cuestionadas no infringen el derecho a la protección a la salud fundado en que aquellas aseguran un piso –acceso igualitario a prestaciones básicas– que es el que la Constitución asegura, y no un techo –derecho a permanecer con la cobertura del sistema privado de salud contratado–.

Según lo ya señalado, que el acceso a las prestaciones de salud sea igualitario significa que debe asegurarse una atención de una calidad básica mínima, con prestaciones sanitarias básicas iguales para todos y una oportunidad de atención también igualitaria, con prescindencia de la situación económica de las personas y del lugar que ocupan dentro de la sociedad.

De este modo, una discriminación arbitraria tendría lugar en caso que una normativa legal o administrativa impidiera o restringiera injustificadamente el acceso a alguna prestación de salud respecto de la cual tengo derecho constitucional o legalmente reconocido.

El punto es que en el presente caso al no existir derecho fundamental (art. 19 N° 9) ni legal (N° 18.469 y N° 19.966) alguno que sustente la exigencia de permanecer en el sistema de salud privado según las prestaciones contratadas, tampoco podría verificarse discriminación arbitraria por parte de un acto legislativo o de autoridad administrativa que no asegurara dicha pretensión⁷⁰.

⁷⁰ Argumentos adicionales en: MONTT OYARZÚN Y CÁRDENAS (2011), quienes en pp. 34-41 controvierten uno de los “mitos” de la declaración de inconstitucionalidad, cual sería que “*el artículo 38 ter de la Ley de Isapres vulnera materialmente derechos fundamentales de las personas*”.

Lo anterior se funda en una obviedad que suele pasarse por alto: que no hay igualdad a algo de lo que se carece. Dicho de otro modo: no es posible demandar igualdad respecto de lo cual no se tiene derecho. A modo ilustrativo, no se puede exigir acceso gratuito a la Universidad si la Constitución no asegura el acceso a la educación superior en dichos términos.

Por el contrario, dado que la cobertura sanitaria exigida por la Carta Fundamental y sus leyes complementarias protege el acceso universal a determinadas prestaciones básicas, no podría una norma jurídica restringir su acceso injustificado por motivos de sexo, edad, condición social o lugar de residencia sin que con todo ello se configurara una discriminación arbitraria⁷¹.

En fin, si no se ha infringido el derecho a la protección de la salud, tampoco es posible sostener que en dicho respecto ha habido una vulneración del derecho de igualdad ante la ley de los destinatarios de la norma legal declarada inconstitucional

Consecuencialmente, si las disposiciones legales objetadas por el Tribunal no infringen el derecho de protección a la salud, la aplicación del factor de sexo o edad tampoco podrá constituir discriminación arbitraria alguna, como quiera que las referidas restricciones autorizadas por las disposiciones cuestionadas no afectan el acceso ni la permanencia a que las personas-residentes⁷² tienen derecho, esto es, al acceso y cobertura igualitaria de prestaciones básicas de salud.

4. Otros aspectos críticos de la sentencia

4.1 *La (in)aplicación del examen de proporcionalidad*

El Tribunal ya había advertido, al analizar la eventual lesión a la igualdad ante la ley, que para dimensionar la infracción a dicho principio en caso que los mismos destinatarios de la norma fueran

⁷¹ En este sentido concordamos en general con ZÚÑIGA FAJURI (2010), p. 3, cuando señala “que una vez determinado el mínimo sanitario, su cobertura no podrá restringirse por la administración en razón de circunstancias como la edad, el sexo o el lugar de residencia”.

⁷² En efecto, el plan AUGE asegura el acceso, calidad, oportunidad y costo de las prestaciones garantizadas por dicha ley a “las personas residentes en el territorio nacional”. El trabajo de ZÚÑIGA FAJURI (2010), cit. en nota al pie precedente, da cuenta en qué sentido dichas garantías han sido vulneradas por la autoridad administrativa, infringiendo el principio de igualdad.

tratados de manera distinta, se “*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 aquella persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto*”⁷³.

No obstante el imperativo señalado para justificar la legitimidad de la norma impugnada, la sentencia no expone de qué modo se verían satisfechos los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad (propiamente tal) para llegar a la convicción que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 Ter de la ley 18.993 vulneran el derecho a la igualdad ante la ley.

Por el contrario, la sentencia solo se limita a señalar que las disposiciones legales objetadas satisfacen los estándares del test de proporcionalidad, esto es, que “*son adecuadas*”, “*cumple con ser indispensable para alcanzar los fines señalados*” y “*si guarda proporcionalidad con tales objetivos*” sin añadir nada respecto de los motivos que justificarían la idoneidad y necesidad de la restricción, por parte de la norma objetada, en la esfera protegida de los derechos invocados. Nada se dijo, tampoco, respecto del cumplimiento del subprincipio de proporcionalidad.

El fallo dice que las disposiciones cuestionadas satisfacen el cumplimiento de los requisitos de proporcionalidad sin señalar en qué sentido se justifica el cumplimiento de requisitos que no son autoevidentes en su comprensión.

De este modo, en la presente sentencia no hay, *strictu sensu*, un examen de proporcionalidad sino que la mera reafirmación de conclusiones cuyas premisas se desconocen.

4.2 El previsible impacto de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en las políticas públicas ¿La Constitución debe dar respuesta a todas las injusticias?

Ha sido un cliché criticar los efectos generales que las sentencias de los tribunales de justicia –no solo las del TC– generan en la realidad social o en las políticas públicas cuya formulación y aplicación corresponde a los órganos colegisladores.

⁷³ STCCH, rol 1710/2010, c. 100°.

Coincidimos en lo cuestionable que resulta que los tribunales midan las consecuencias generales de sus decisiones particulares, toda vez que ello alcanzaría negativamente la función primigenia de la justicia del caso concreto que es dar a cada uno lo suyo⁷⁴.

Sin embargo, dicha crítica no es extensible al Tribunal Constitucional en el caso del ejercicio de su atribución de declarar inconstitucional un precepto legal, ya que en este evento es la propia Carta Fundamental la que ha previsto entregarle una función que –aunque fundada en el derecho– indefectiblemente tendrá efectos generales⁷⁵ y, por lo mismo, es probable que afecte políticas públicas.

Así por lo demás lo ha entendido la propia Magistratura Constitucional al señalar que en la eventual inconstitucionalidad de un precepto legal debe ponderarse “*si una eventual declaración de inconstitucionalidad del precepto legal impugnado en estos autos podrá acarrear efectos aún más nocivos que aquellos que importa la supervivencia*”⁷⁶ de la norma jurídica bajo examen.

En los casos de mayor ocurrencia, en cambio –las sentencias de inaplicabilidad– la pregunta no es si los fallos del Tribunal pueden afectar o no políticas públicas. Lo relevante a nuestro juicio es procurar que la afectación en dicho ámbito se produzca como efecto consecuencial y no directo de la sentencia.

En efecto, si el resultado de una sentencia de inaplicabilidad tiene perjuicios en una política pública, el Tribunal no habrá sino efectuado su rol constitucional de hacer justicia en el caso concreto lo que supone necesariamente que en ocasiones debe brindarle a Cayo y a Ticio lo suyo⁷⁷ “*aunque perezca el mundo*”⁷⁸.

⁷⁴ Sin perjuicio de la obligatoriedad del efecto relativo de los fallos de los tribunales de justicia como de la sentencia de inaplicabilidad, es de la esencia de la justicia “darle a Cayo y a Ticio lo suyo”.

⁷⁵ El artículo 94, inciso tercero, de la CPR señala que “*el precepto declarado inconstitucional (...) se entenderá derogado desde la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que acoja el reclamo*”.

⁷⁶ STCCH, rol 1173/2008, c. 23°. Previamente, en la STCCH, rol 558(590)/2006, c. 19° afirmó que el intérprete constitucional “*no debe desatender los efectos reales que sus decisiones pueden tener para el funcionamiento pleno de las instituciones que gobiernan el Estado de Derecho*”. En el mismo sentido, la STCCH, rol 1.254, c. 21°

⁷⁷ Pertinente resulta, por tanto, la afirmación sostenida en la STCCH, rol 1710/2010, c. 44°, de que es inevitable “*que las decisiones del Tribunal Constitucional tengan un impacto político o económico, o social, o cultural (...), 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 de impacto que produzcan, sea político, económico, social o cultural*”.

⁷⁸ Cicerón, *La República*, Cap. V, en que afirma que debe hacerse justicia “*aunque perezca el cielo*”.

El punto central estriba en que tratándose de una sentencia de inconstitucionalidad, la valoración del interés público que reviste la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma cuestionada debe ser ponderada a la luz de graves vulneraciones a la Carta Fundamental, como la propia Magistratura lo ha señalado.

Así, cuando el Tribunal Supremo norteamericano autorizó a una persona de color asistir a clases en el mismo colegio público de los blancos –declarando inconstitucional la norma estatal que establecía la segregación– podemos imaginar el gigantesco e inmediato impacto que ello tuvo en el diseño y aplicación de la política pública educacional en los estados sureños de Estados Unidos, pero dicho resultado se produjo como efecto consecencial o indirecto de haberle reconocido “*lo suyo*” al recurrente de color, esto es, su derecho indubitado a no ser discriminado arbitrariamente por motivos de color⁷⁹.

Siguiendo dicho ejemplo, estimamos que atendido el efecto *erga omnes* de la sentencia de inconstitucionalidad, solo en casos calificados de graves infracciones a la Constitución por parte de la disposición legal que se objeta, la única motivación que ameritaría una declaración de efectos generales sería que la injusticia que se pretende erradicar con la referida sentencia fuera de aquellas que “*claman al cielo*”.

Abrigamos dudas acerca de la conveniencia de declarar la inconstitucionalidad en casos en que sin existir una clara e indubitada infracción a la Constitución, tampoco la legislación cuestionada sea una de aquellas que pueda dar lugar a una injusticia atroz.

No creemos que la Carta Fundamental deba ser una respuesta a todas las injusticias. Sin duda estas se presumen cuando la vulneración a los derechos fundamentales es grave y flagrante. Pero en casos de duda, lo que puede contribuir a inclinar la balanza es la injusticia atroz, no cualquier injusticia.

Si pensáramos que la Constitución debe prever una solución a todas las injusticias –aunque estas no fueran atribuibles a la infracción de derechos fundamentales– podría darse el absurdo que el día de mañana se declarase inaplicable y, más tarde inconstitucional, la ley que permite que los dividendos puedan seguir subiendo en el caso de los mayores de cierta edad.

⁷⁹ *Brown vs. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).

De conformidad con la lógica subyacente en el presente fallo, ello podría configurar una situación de *indignidad* equiparable a una infracción al principio de igualdad y no discriminación arbitraria.

En concreto, estimamos que la *indignidad* resultante del aumento de los precios efectuado al amparo de la norma objetada no solo no es atribuible directamente a esta, sino que tampoco encuentra su anclaje en la vulneración de algunos de los derechos fundamentales. Menos todavía pensar que la situación padecida por los afectados por el alza de sus planes de salud pueda ser calificado como un caso de grave injusticia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert (2002): *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales).
- ALEXY, Robert (2010): *La Institucionalización de la Justicia* (Granada, Editorial Comares).
- ALDUNATE LIZANA, Eduardo (2008): *Derechos Fundamentales* (Santiago, Editorial LegalPublishing).
- BOBBIO, Norberto (1993): *Igualdad y libertad* (Barcelona, Editorial Paidós).
- BULNES ALDUNATE, Luz (2001): “*El derecho a la protección a la salud en la Constitución de 1980*”, *Actualidad Jurídica*, Año II, N°4, pp. 131-148.
- BULNES ALDUNATE, Luz (2005): “*El derecho a la protección a la salud en la Constitución de 1980*”, *Gaceta Jurídica*, N°295, pp. 12-29.
- CEA EGAÑA, José Luis (2004): *Derecho Constitucional Chileno. Derechos, Deberes y Garantías* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile. Tomo II).
- CICERÓN, *La República*.
- COUSO, Javier y REYES, Mauricio (2009): “*Notas acerca del origen y trayectoria del derecho constitucional a la protección a la salud en Chile*”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, N° 2, pp. 161-194.

- FIGUEROA GARCÍA HUIDOBRO, Rodolfo (2010): “Modelo de control jurídico de los derechos económicos, sociales y culturales”, en Cazor A., Kamel y Salas S., Carolina (coord.), *Estudios Constitucionales* (Santiago, Editorial Librotecnia), pp. 127-145
- FIGUEROA GARCÍA HUIDOBRO, Rodolfo (2009): “Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Discusión teórica”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 36, N°3, pp. 587-620.
- MARTINEZ ESTAY, José Ignacio (2010): “Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena” [Versión preliminar del artículo aceptado para su publicación en la Revista del Centro de Estudios Constitucionales de Chile].
- MONTT OYARZÚN, Santiago y CÁRDENAS, José Luis (2011): “La Declaración de Inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres: mitos y realidades de un fallo histórico”, *Anuario de Derecho Público 2011*, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, pp. 17-53.
- NANCUANTE ALMONACID, Ulises y SOTOMAYOR KLAPP, Roberto (2001): “Derecho a la Salud” (Santiago, Editorial Jurídica ConoSur).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2008-2009): *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales* (Santiago, Centro de Estudios Constitucionales, Tomo I).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2010): “Protección de los derechos sociales como derechos fundamentales de eficacia inmediata y justiciables en jurisdicción constitucional: La sentencia del Tribunal Constitucional Rol 1710-2010-Inc, del 6 de agosto de 2010, sobre la constitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley de Isapres”, *Estudios Constitucionales*, vol. 8 N° 2, pp. 763-798.
- PALMER, Ellie (2007): *Judicial Review, Socio Economic Rights and the Human Rights Act* (Oxford, Hart Publishing).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997): *Tratado de Derecho Constitucional*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo II).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (2008): *Tratado de Derecho Constitucional* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo XII).

- SILVA CIMMA, Enrique (1996): *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Principios fundamentales del Derecho Público Chileno y Comparado* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SQUELLA NARDUCCI, Agustín (2005): “El derecho a la salud como uno de los derechos fundamentales de las personas”, *Anuario de Filosofía Política y Social, Edeval*, pp. 103-133.
- VÁSQUEZ MÁRQUEZ, José Ignacio (2005): “El Déficit Garantístico del artículo 19 N° 9 de la Constitución”, *XXXIV Jornadas de Derecho Público Universidad Católica, 25-27 de noviembre de 2004* (Santiago, Editorial LexisNexis).
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario; PFEFFER URQUIAGA, Emilio; NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2002): *Derecho Constitucional*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, Tomo I).
- ZOCO ZABALA, Cristina (2007): “Igualdad de género en la nueva normativa nacional y estatutaria a la luz de las innovaciones del ordenamiento comunitario”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° 30, pp. 209-260.
- ZÚÑIGA FAJURI, Alejandra (2010): “Conflicto de poderes en la regulación del derecho a la asistencia sanitaria”, Ponencia en las XL Jornadas de Derecho Público, Valparaíso (versión preliminar).
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2008): “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, *Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado*, N° 20, pp. 83-109. Disponible en www.cde.cl en línea [Fecha de consulta: 7 de octubre de 2010].
- ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2011): “La Declaración de Inconstitucionalidad de la Ley de Isapres en el Tribunal Constitucional”, *Anuario de Derecho Público 2011*, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, pp. 54-95.

Jurisprudencia

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (STCCH), 6 de agosto de 2010, Rol 1.710/2010.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (STCCH), 8 de septiembre de 2009, Rol N° 1.287/2009.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (STCCH), 16 de abril de 2009, Rol 1.173/2008.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (STCCH), 29 de enero de 2009, Rol N.º 1.266/2008.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (STCCH), 26 de junio de 2008, Rol N.º 976/2007.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE (STCCH), 5 de junio de 2007, Rol N.º 558 (590)/2006.

CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA, caso *Grootboom*, 4 de octubre de 2000 (CCT 11/00).

CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA, caso *Treatment Action Campaign*, 5 de julio de 2002 (CCT 8/02).

CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA, caso *Khosa y Mahlaule*, 4 de marzo de 2004 (CCT 12/03).

CORTE CONSTITUCIONAL DE SUDÁFRICA, caso *Elizabeth Municipality*, 1 de octubre de 2004 (CCT 53/03).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL (STCE), N.º 128/2009.

TRIBUNAL SUPREMO NORTEAMERICANO, *Brown vs. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954).