

## INFORME EN DERECHO

ROL Nº1710-10. INC, PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD INICIADO DE OFICIO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON RELACIÓN AL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY Nº 18.933.

La Asociación de Instituciones de Salud Previsional, ISAPRES de Chile, ha solicitado a la suscrita un informe en Derecho acerca de la causa Rol Nº1710-10. INC, Proceso de inconstitucionalidad iniciado de oficio por el Tribunal Constitucional con relación al artículo 38 ter de la Ley Nº 18.933.

El informe contiene el siguiente listado de materias:

- I) Los derechos económicos y sociales (DES), su naturaleza y los equilibrios y coordinación con otros derechos del sistema constitucional.
  - 1.- DES, obligaciones de los Estados y prestaciones.
  - 2.- Contenidos del deber de solidaridad generado por los DES.
  - 3.- La problemática de la extensión del concepto de solidaridad por la vía de la creación jurisprudencial.
  
- II) Los contenidos de la garantía constitucional de protección de la salud: Art. 19 Nº 9. La eventual extrapolación de criterios aplicables al derecho a la seguridad social, Art. 19 Nº 18.
  - 1.- El Artículo 19 Nº 9 de la Carta Fundamental.
  - 2.- El derecho a la libre elección del sistema de salud: ¿Derecho a la permanencia en el sistema elegido? Efectos constitucionales, legales y contractuales.
  - 3.- Extrapolación del ámbito de la seguridad social.
  
- III) Análisis de los argumentos esgrimidos en las sentencias de inaplicabilidad sobre el artículo 38 ter: Los efectos de una creación jurisprudencial.
  - 1.- Tabla de factores y contrato de salud. Constitucionalidad del artículo 38 ter y su injerencia en el modelo general de la salud privada en Chile.
  - 2.- Las claves de los fallos del Tribunal Constitucional en esta materia.
  - 3.- Las consecuencias de los votos de mayoría de los fallos en estudio: El problema de las garantías prestacionales: Recursos versus igualdad.
  
- IV) Posibles efectos de una declaración de inconstitucionalidad: El colapso del sistema de salud privado. Sistema de salud privado sin tabla de factores: ¿Es una posibilidad viable?

## INFORME EN DERECHO

## ROL N°1710-10. INC, PROCESO DE INCONSTITUCIONALIDAD INICIADO DE OFICIO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL CON RELACIÓN AL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY N° 18.933

## I) Los derechos económicos y sociales (DES), su naturaleza y los equilibrios y coordinación con otros derechos del sistema constitucional.

El surgimiento y consagración de los derechos fundamentales ha sido paulatino y evolutivo, desde la consideración como garantía de los derechos del ideario liberal hasta las reflexiones propias de los criterios de igualdad y de la consagración del colectivo como titular. En esa perspectiva, los derechos económicos y sociales (DES) corresponden a la llamada *segunda generación* de derechos, cuya consagración derivó de la famosa discusión sobre la cuestión social de fines del siglo XIX y primera mitad del siglo XX, plasmándose en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y culturales aprobado por la Asamblea de la ONU el 16 de Diciembre de 1966, que entró en vigencia el 3 de enero de 1976.

La existencia histórica de estos derechos se ha asociado con la necesidad de establecer un "complemento a las insuficiencias constatadas en relación con los clásicos derechos de libertad para encargarse de algunos problemas y demandas sociales"<sup>1</sup>, corrigiendo así las inequidades de los sistemas sociales y estatales y la dificultad de consagración material del principio de igualdad. Sin embargo, **a nuestro juicio erróneamente, la creación de estos derechos como un complemento a los consagrados con anterioridad ha hecho considerar a algunos autores o intérpretes constitucionales la existencia de una cierta jerarquía o mayor importancia de éstos respecto de los demás derechos.** Tal situación importa no sólo la estimación de preferencia de tales garantías cada vez que se encuentran con otras en binomios posiblemente controvertidos (libertad/derecho a la prestación o propiedad/solidaridad), sino que da lugar necesariamente a lo que la doctrina española ha considerado la creación de derechos "príncipe" versus derechos "cenicienta"<sup>2</sup>, donde como es obvio los DES gozan de una categoría principesca.

---

<sup>1</sup> MOLLER (2008), p. 340.

<sup>2</sup> En la obra de *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. una alternativa a los conflictos de derechos* de SERNA Y TOLER (2000), considera que las tesis conflictivistas de derechos, a la postre resultan en el sacrificio de uno de los derechos, lo que implica el

La verdad es que la genuina pretensión de la comunidad internacional y de los sistemas estatales ha de ser que tanto los DES como los derechos propios de las garantías de libertad han de constituir junto con los derechos civiles y políticos "un conjunto indivisible, que ha de ser cumplido integralmente. **No se puede, en consecuencia, procurar el cumplimiento de un grupo de derechos y despreciar el otro, ni afirmar que unos son superiores o de mayor importancia que otros**"<sup>3</sup>.

### 1.- DES, obligaciones de los Estados y prestaciones.

Sin duda, a nuestro juicio, la relación de los DES con otros derechos tiende a aclararse bastante si se dilucidan cuáles son las obligaciones que asumen los Estados como signatarios del pacto y cuál es, en consecuencia, el régimen de protección de los DES en ese entorno, que ha de trasuntarse a las normativas locales.

En efecto, en el entorno del Pacto, los Estados son susceptibles por sus nacionales de brindar prestaciones determinadas, exigencia que ha de ser protegida por recursos judiciales o administrativos<sup>4</sup>, lo cual sólo tiene sentido si esta imposición al Estado queda reflejada en el ordenamiento interno del Estado. Tal cosa explica la creciente demanda que, agregadas a las garantías de orden negativo que limitan la acción del Estado y de las personas frente a realidades autogeneradas y desarrolladas por las personas, se establezcan garantías de intervención positiva, también llamadas *garantías prestacionales*, respecto de las cuales Alexy ha considerado la existencia de una amplia gama, que "se extiende desde la protección del ciudadano frente a los demás, a través de normas del derecho penal, pasando por la edición de normas de organización y procedimiento, hasta prestaciones en dinero y bienes"<sup>5</sup>.

Sin embargo, es importante evitar confundir a los DES en su naturaleza con derechos de carácter puramente prestacional, **pues podría llegarse a dar ese tratamiento a garantías asociadas con las materias cubiertas por los DES**

---

desmedro y la pérdida de algunos derechos de su calidad de fundamentales, para convertirse unos en derechos príncipe y otros en derechos cenicienta, "cuya medianoche es cruzarse con un derecho considerado más fuerte".

<sup>3</sup> ADAME GODDARD (2002), p. 62. En el mismo sentido, "no se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias *a priori*, sino de conjugar, desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca": PRIETO SANCHIS (2003), p. 190.

<sup>4</sup> PESCES BARBA (198) p. 28.

<sup>5</sup> ALEXY (2001), p. 427.

**pero respecto de las cuales la estructura y cometido del derecho es diversa y representa una obligación de distinta naturaleza para el Estado y el colectivo.** Así, "los derechos sociales consisten fundamentalmente en prestaciones. Así fueron concebidos por el constituyente francés de 1848 y así también recogidos por las Constituciones de tipo social posteriores. Pero nótese que no hemos afirmado que esos derechos sean prestaciones, no hemos utilizado la expresión como sinónimo de aquéllos. **Esto se debe a que determinados derechos sociales no consisten en prestaciones**"<sup>6</sup>.

Sin embargo, como es efectivo que la mayoría de los DES se canalizan a través de prestaciones, "el principal obligado a ellas, o sea, el Estado, necesita contar con los recursos económicos indispensables para llevarlas a cabo. Pero el Estado, como cualquier agente económico, no puede sustraerse del problema básico sobre el cual se estructura la ciencia económica: la escasez de los recursos"<sup>7</sup>.

## **2.- Contenidos del deber de solidaridad generado por los DES.**

El reconocimiento de la escasez de los recursos, por una parte, y por la otra el consenso acerca de la universalidad de los derechos no sólo respecto de las fronteras geográficas de los Estados, sino en relación con hacer de los derechos un imperativo social y no sólo estatal, se relaciona sin duda con el principio de solidaridad ínsito en la estructuración misma de los DES, considerándose entonces que la idea prestacional /material asociada a la existencia de estas garantías no representa sólo una opción del modelo por privilegiar la entrega de recursos a quienes lo solicitan, sino la introducción de un criterio de *solidaridad* que se agrega al principio de dignidad que les dio origen: "Así, entendemos que aunque la dignidad sea innegablemente el núcleo de los derechos sociales, hay que observar que en el caso de los derechos sociales prestacionales esa exige, también, un importante complemento: la solidaridad. Como se ha visto, derechos prestacionales tienen por fundamento transferencias económicas o mantenimiento de estructuras a aquellos que no disponen de condiciones para obtener, por sí, algo que está disponible en el mercado. Por la dependencia de esa solidaridad, muchas veces la realización de los derechos sociales está condicionada a lo cuánto los demás están dispuestos a acceder o contribuir a la satisfacción de los derechos de esos más necesitados. **Debido a eso, los derechos sociales, principalmente los prestacionales, están condicionados por decisiones políticas que**

<sup>6</sup> MARTINEZ ESTAY (1997) p. 279.

<sup>7</sup> Idem, p. 282.

**expresarían ese acuerdo de solidaridad, es decir, esa autorización para la realización de la solidaridad por parte del Estado**<sup>8</sup>.

El punto, sin duda, radica en la determinación de la contraparte de los titulares del derecho en esta materia y cuáles son sus condiciones de contribución a tal tarea social, pregunta que originalmente se respondió mediante la idea un Estado social de Derecho entendido como "la forma de gobierno mediante la cual el Estado, haciendo uso de la legislación, asume la responsabilidad de proteger y promover el bienestar básico de todos sus miembros"<sup>9</sup>. Sin embargo, la crisis financiera de tales modelos y la internacionalización de las exigencias y estándares en torno a estos derechos ha motivado un descenso de la actividad del Estado en estas materias y un incremento de la carga de los particulares ante "expectativas o pretensiones de recursos y bienes dirigidos a satisfacer necesidades básicas de las personas... pero fundamentalmente a los miembros más vulnerables de la sociedad, cuyo acceso a dichos recursos suele ser escaso y a veces nulo o inexistente"<sup>10</sup>.

Sin embargo, el deber de solidaridad que se busca extender al colectivo en la perspectiva de los DES no puede transformarse en la ocasión de vulneración de otros derechos ni en una exigencia de tal modo desmedida que implique un gravamen para los avocados a la ayuda: "En el caso de los DES, éstas **no son independientes de la identidad del obligado ni del destinatario**, por lo menos no en la medida en que el primero es aquel que está en condiciones de cooperar **sin que ello le suponga un esfuerzo excesivo**, y el segundo es el que por determinada coyuntura se encuentra impedido de proveerse por sí mismo los bienes o medios necesarios para ejercer su libertad de bienestar. Esto supone, por cierto, **estructuras capaces de definir los niveles a partir de los cuales se considera que un individuo se encuentra o no en posición de ayudar o en situación de recibir ayuda y estructuras capaces de manejar fondos públicos de manera adecuada**. Se requieren, entonces, instituciones con fines solidarios que relacionen de la manera más armónica posible eficiencia técnica y legitimidad democrática"<sup>11</sup>.

En esa perspectiva, si estimamos que "la solidaridad atiende al fenómeno de la socialización, y ésta no es algo casual, particular y arbitrario, sino esencial en el individuo humano, de tal manera que se realiza como humano en la

---

<sup>8</sup> MOLLER (2008) p. 357.

<sup>9</sup> STEIN (1991), p. 207.

<sup>10</sup> AGUILERA Y ESPINO (2007) p.123.

<sup>11</sup> HERRERA Y CORTI (2004) p. 64.

comunidad, entonces la solidaridad no puede ser concebida como algo casual, particular, subjetivo, gratuito y arbitrario, **sino que su estatuto debe corresponder a la función que ejerce y al fin a que sirve...**<sup>12</sup>. En este sentido, la solidaridad no es más que la vivencia honesta de la fática interdependencia constitutiva que todo sujeto vive, **sabiendo que la medida de su libertad y de su bienestar es la medida de la libertad y del bienestar de todos sus conciudadanos y de la sociedad en conjunto**<sup>13</sup>.

### 3.- La problemática de la extensión del concepto de solidaridad por la vía de la creación jurisprudencial.

Algunos modelos jurisprudenciales han ido crecientemente afirmando la idea que las garantías prestacionales, más que en el marco que pueda corresponderles como un derecho constitucionalmente garantizado, pueden transformarse en un producto emanado de la interpretación que se hace por los tribunales y que las dota de contenido, proyectándolas hacia los sistemas privados de salud, previsión y educación, ya no sólo en la perspectiva limitatoria y regulatoria sino directamente de imposición de prestaciones solidarias aún más allá de contratos, estatutos jurídicos adquiridos o derechos de los restantes beneficiarios del sistema: "hay hoy un sentimiento difuso -pero no ideas claras- de que la *dinamización* de los derechos sociales pasa por una «des-introversión» del esquema jurídico de las relaciones de prestación. Quien paga no es el Estado: son unos ciudadanos que contribuyen («los contribuyentes», los «tomadores de encargos», los «pagadores de prestaciones») y son otros los ciudadanos que reciben (los «beneficiarios», los «tomadores de prestaciones»). Esto es sabido y no pasa de una verificación banal..."<sup>14</sup>.

Tal producción jurisprudencial, sin duda, representa para los tribunales una capacidad de revisión del ordenamiento jurídico en su conjunto sobre la base de una extensión considerable del principio de igualdad, pues ya no sólo se trata del establecimiento de un estatuto igualitario, sino en la objeción de las diferencias justificadas en aras de establecer un sistema prestacional que puede o no ser sostenible en el tiempo sobre la base del principio "la igualdad no tiene necesidad, como tal, de justificación. El deber de justificación pesa, en cambio, sobre las desviaciones de la igualdad"<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> AMENGUAL (1993) p. 145.

<sup>13</sup> Idem, p. 149.

<sup>14</sup> GOMEZ CANOTILHO (1995) p. 39

<sup>15</sup> PRIETO SANCHIS (1995), p. 26, citando a su vez a LAPORTA. Precisamente tal deber de justificación hace imposible sostener el principio asociado con la ejecución de las acciones

En ese entorno, el deber de solidaridad mirado por los tribunales de justicia puede hacer transitar la obligación de los Estados frente a los DES – al hallarse sin recursos de prestación directa o capacidad de subsidio – a transformarse en una carga para el colectivo, forzado a la solidaridad sea o no capaz de sobrellevarla en la forma ideada por el sentenciador. Tal cosa llama a indagar cuál ha de ser el rol de las Cortes ante la protección de los DES.

En la perspectiva general, a las Cortes conociendo de los DES, les corresponde: "elaborar el contenido de los derechos, indicar las responsabilidades del Estado, identificar las vías mediante las cuales los derechos han sido violados por el Estado, y sugerir los parámetros conforme los cuales la política deba ser realizada, realizando la prioridad de los derechos humanos"<sup>16</sup>. Sin embargo, la dotación de contenido de los derechos es una tarea de interpretación constitucional que demanda tener a la vista la naturaleza de los derechos, su necesaria armonización con otros derechos y la identificación de las prioridades determinadas por el sistema acerca de quién ha de cautelar y está obligado a proteger tales derechos: "... La Constitución establece que el Estado tiene el deber primario de garantizar la ejecución de las acciones de salud. Si el Estado tiene este deber, entonces es posible inferir que en las decisiones de racionamiento de los recursos públicos debe tenerse presente que alguna parte de ellos debe ser asignada para asegurar la ejecución de las acciones de salud. **Este deber constitucional debe ser susceptible de control, como cualquier otro deber.** En consecuencia, las cortes deben poder controlar las decisiones administrativas de racionamiento de recursos en materia de salud, para determinar si se está cumpliendo con este deber. Obviamente, para hacer esa determinación, las cortes requieren de parámetros, como la razonabilidad en el caso de la experiencia sudafricana, u otros que será necesario precisar"<sup>17</sup>.

**El tratamiento de todos los DES como garantías prestacionales o la decisión de las Cortes de transferir la carga de cautela de los DES al colectivo, ignorando la prioritaria obligación del Estado, en aras de obtener resultados económicamente favorables con desmedro de los derechos de aquéllos sobre los cuales recae el gravamen, es a nuestro juicio una desviación del poder de las Cortes en relación con la justiciabilidad de los DES.**

---

prestacionales por entidades no estatales, ya que se les exige demostrar a éstas cumplir con un deber de solidaridad al que está obligado el Estado.

<sup>16</sup> COTTRELL y GHAI (2004) p. 86.

<sup>17</sup> FIGUEROA (2009), p. 617.

**II) Los contenidos de la garantía constitucional de protección de la salud: Art. 19 N° 9. La eventual extrapolación de criterios aplicables al derecho a la seguridad social, Art. 19 N° 18.**

**1.- El Artículo 19 N° 9 de la Carta Fundamental.**

En el artículo 19 N° 9 de la Constitución Política de 1980 se asegura a todas las personas el derecho a la protección de la salud, como un derecho de carácter social que "está circunscrito en la posibilidad de ser satisfecho en plenitud por la capacidad económica del Estado, siempre limitada; pone en juego la obligación del Estado de actuar en forma dinámica y prioritaria entre sus preocupaciones dentro de este campo, y al mismo tiempo exige una armonización entre ese deber del Estado, que es prioritario entre sus deberes, y el derecho a los ciudadanos de participar como particulares en la actividad determinada, derecho que es preferente, incluso desde el punto de vista de la libertad, a la acción del Estado, acción que en este sentido, adquiere un carácter subsidiario"<sup>18</sup>.

No cabe duda que el interés originario del Constituyente de 1980, en el sentido de evitar los monopolios estatales respecto de distintas actividades y de asegurar la intervención privada en el mayor ámbito de materias, si bien permitió el establecimiento legal y material de dos fórmulas en materia de salud, la estatal a través de FONASA y la privada a través del sistema de ISAPRES, dejó algunos cabos sueltos, pues dio apertura a la actividad misma de la prestación en salud pero no se ocupó suficientemente de las diferencias sustanciales que residen en un sistema y en el otro, lo que ha significado que se iguallen expectativas públicas respecto de situaciones del todo diversos y que se pretenda hacer valer por los usuarios del sistema una identificación aventurada, consistente en estimar que la libre elección de sistema de salud garantizada asimismo en este numeral debe importar que ambos sistemas resulten de acceso fácil a todo público y se mantengan inmutables, evitando generar situaciones de diferenciación que podrían forzar el cambio de sistema por el interesado, desconociendo que "al implementar acciones para satisfacer determinadas exigencias no hay modelo que pueda sustraerse de hacer, de alguna manera, discriminaciones que suscitan reparos sobre la justicia o transparencia de tales opciones. **La causa no es otra que la lógica limitación**

<sup>18</sup> *Actas Oficiales de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución*, sesión n° 187, p. 7.



de recursos ante demandas sanitarias que exceden las disponibilidades”<sup>19</sup>.

## 2.- El derecho a la libre elección del sistema de salud: ¿Derecho a la permanencia en el sistema elegido? Efectos constitucionales, legales y contractuales.

Dentro del derecho a la protección de la salud, el Constituyente de 1980 ha asegurado a todas las personas la libre elección del sistema de salud en el que deseen afiliarse, sea éste estatal o privado. Esta garantía **no debe confundirse con la prestación consistente en que todas las personas deben gozar de ciertas acciones de salud que el Estado debe cautelar les sean proporcionadas por el sistema.** Sobre esa base, ¿cuáles son los contenidos de esta garantía de libre elección?

La libre elección, sea respecto del sistema de salud, del establecimiento educacional donde se educan los hijos, de pertenecer o no a una asociación, etc, se enmarca dentro de las garantías de libertad que la Carta Fundamental establece, es decir, radica en que el Estado cautele las condiciones de elección y que no sea impuesta una sola modalidad habiendo más: ¿importa ello la obligación del sistema de mantener a la persona allí donde ha decidido afiliarse?: “Lo correcto es entender el derecho a elegir un sistema de salud no como un absoluto sino que, como tantas otras veces, **como un derecho que debe conjugarse con otros que están en juego.** Y esos otros derechos son el derecho a gestionar una institución de salud –vinculados con el derecho a emprender, el derecho de propiedad, la libertad de asociación, entre otros– lo que necesariamente conlleva el derecho a pactar un precio por los servicios que se prestan. Este precio, en este caso regulado, **no puede omitirse sin afectar derechos esenciales de los propietarios e integrantes de cada una de las ISAPRES involucradas y, en definitiva, la subsistencia misma del sistema privado de salud/** Por lo demás, así ha sido interpretado por el mismo TC otro derecho a la libre elección que consagra nuestra Constitución. Es este el derecho de los padres a escoger establecimiento de enseñanza para sus hijos, consagrado en el artículo 19 N° 11. En fallos anteriores afortunadamente el TC **no ha señalado que esta libertad concede a los padres un derecho absoluto a elegir,** de forma que el establecimiento educacional elegido – pagado o subvencionado, eso no importaría– no tiene opción alguna sino la de aceptar a quien lo elige. En una sentencia el TC ha señalado que el sostenedor, es decir, la contraparte también tiene derechos susceptibles de protección y que, por tanto, la elección no depende de una sola parte sino de un acuerdo entre ambas. El proyecto educativo es uno de los elementos que

---

<sup>19</sup> ROSSELOT (2003).

informan la elección. Pues bien, en el caso del derecho a elegir sistema de salud la interpretación debiera ser similar. Aun cuando no hay nada semejante a un "proyecto educativo" para el sistema de salud, lo cierto es que no basta con que el afiliado elija una ISAPRE sino que también en este caso debe pactarse para poder ejercer el derecho. Y en ese pacto, un elemento importante, aunque no el único, es el precio a pagar por los servicios. Si no es posible pagar el precio, no hay pacto así como si no es posible pagar la matrícula de un establecimiento educacional, no hay obligación de aceptar al alumno o de mantenerlo en el establecimiento"<sup>20</sup>.

Sobre esta materia, se ha producido una cuantiosa jurisprudencia de los tribunales superiores del país en torno al aumento unilateral de los planes de salud de las ISAPRES<sup>21</sup>, en que se ha fallado a favor de los recurrentes esgrimiendo argumentos que se pueden sintetizar del siguiente modo:

- a) "... La revisión de los contratos de salud previsual por las Isapres no está concebida como una cláusula de reajustabilidad o de estabilización a favor de ellas, sino para salvar los mayores costos extraordinarios de las prestaciones basadas en aspectos imposibles de prever, que no habilitan modificaciones sin fundamento"<sup>22</sup>
- b) "...el proceder de la recurrida importa una violación a la garantía constitucional de la libre elección del sistema de salud, al derecho de propiedad y a la igualdad ante la ley, desde el momento que se está estableciendo una situación carente de fundamento, que impide a una persona mantenerse en el plan contratado alterando las condiciones previamente pactadas en el contrato, obligándola a emigrar a otro sistema, lo cual tiene obvia influencia lesiva en su patrimonio"<sup>23</sup>.
- c) "La facultad revisora de la Isapre debe entenderse condicionada en su esencia a un cambio efectivo y plenamente comprobable del valor económico de las prestaciones médicas, en razón de una alteración sustancial de sus costos y no por un simple aumento debido a fenómenos inflacionarios o a la injustificable posición de que la variación

---

<sup>20</sup> SOTO (2008) p. 198.

<sup>21</sup> De los recursos de protección presentados contra Isapres el año 2008 fueron acogidos el 96,6%, de acuerdo a estadísticas citadas Informe de Instituto Libertad y Desarrollo, Temas Públicos N° 945, 27 de Noviembre de 2009.

<sup>22</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 22 de Diciembre de 2008, Rol 10579/2008.

<sup>23</sup> Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1° de Octubre de 2008, Rol 6041/2008.

pueda estar condicionada por la frecuencia en el uso del sistema, pues es de la esencia de este tipo de contrataciones la incertidumbre acerca de su utilización”<sup>24</sup>.

Si observamos esta jurisprudencia constitucional emanada de los tribunales ordinarios, es coincidente en tres aspectos: Primero, la variación de los contratos de salud no es admisible por los intereses de las Isapres sino por circunstancias que acrediten un cambio efectivo en las condiciones de éstos; segundo, justificar tal cambio en intereses de las administradoras o en procesos inflacionarios no se justifica y tercero, la ausencia de una justificación real hace de la decisión arbitraria y una vulneración de la garantía de libre elección del sistema de salud, como asimismo del derecho de propiedad. **Debe sin embargo tenerse en cuenta que ninguno de los fallos mencionados consideró como componente del derecho a la libre elección del sistema de salud el permanecer a todo evento en el sistema elegido.**

La consideración de la libre elección – garantía de libertad – como un derecho a mantenerse en el sistema elegido importa sin duda importantes consecuencias constitucionales, legales y contractuales no previstas ni deseadas por el Constituyente:

#### **a) Consecuencias constitucionales.**

Tal pretensión, que representa un derecho jerárquicamente superior al derecho de toda contraparte a exigir el cumplimiento de reglas, condiciones contractuales, recursos disponibles, etc., no sólo desconoce que el deber del Estado frente a los DES transita decididamente hacia "adoptar medidas... hasta el máximo de los recursos de que se disponga, para lograr progresivamente (...) la plena efectividad de los derechos" (artículo 1 del Pacto, artículo 26 de la convención Americana, artículo 1 del Protocolo de San Salvador), sino que **transforma el derecho a elegir en un gravamen para todo aquel que se relacione con quien elige**, eliminando la necesaria reciprocidad o contrapartida de la prestación y sin duda las bases constitucionales del modelo de actividad al que se sujeta, garantizadas entre otras normas por los numerales 21 y 24 de la Carta Fundamental.

La problemática de este tipo de soluciones es que a menudo generan no sólo desmedro de derechos sino exclusión de sus titulares de la protección jurídica: "Concebir los derechos fundamentales como realidades contrapuestas entre sí que tienden a entrar en colisión, la cual se resuelve a través de mecanismos

---

<sup>24</sup> Sentencia de la Corte Suprema de 28 de Diciembre de 2009, Rol 6909/2009.

que jerarquizan derechos (en abstracto o en concreto), trae como consecuencia la existencia de una suerte de derechos de primera categoría y otros de segunda. Esto significará que cuando un derecho de segunda tiene la desdicha de cruzarse con uno de primera, queda desplazado, sacrificado, afectado en su contenido jurídico, en buena cuenta, vulnerado. De esta manera, mediante posiciones conflictivistas de los derechos fundamentales, se pretende dar cobertura y legitimar situaciones que, dependiendo de las circunstancias de cada caso, *pueden llegar a configurar verdaderas vulneraciones al contenido constitucional de los derechos*<sup>25</sup>.

Adicionalmente a la vulneración evidente de los derechos de la contraparte, la transformación de la libre elección en un derecho de permanencia, predicado en este caso de quien tiene una situación que importa enmendar el sistema para asegurarle un espacio de inmutabilidad que no está en condiciones de reportarse por medios propios – condiciones de vulnerabilidad – sin duda redundante en una necesaria afectación de la igualdad constitucionalmente garantizada respecto de los restantes usuarios y decisores, pues en caso de desmedro sufrido por estos últimos respecto de su posibilidad de elegir, no gozan de una garantía de permanencia al no pertenecer a un colectivo vulnerable. Así, la persona que debiera transitar de modelo en razón de riesgo o de otras causas propias de éste, no lo hace porque el sistema artificialmente lo dota de condiciones de permanencia, pero no ocurre otro tanto con aquél que por razones distintas queda a solas con su libertad originaria y sin el derecho otorgado a un determinado grupo por el sistema, como el sujeto activo que ya no puede pagar el sistema de salud privado por una baja en sus ingresos.

**Aún más, en la especie, el ciudadano no favorecido con la transformación de su derecho de libertad en derecho de prestación, es además gravado con la carga de sostener económicamente un modelo de costos que el beneficiado no asume.**

Si bien, de esta manera, la extensión de una libertad a un derecho exigible podría considerarse beneficiosa en el marco solidario de los DES y aún encontraría justificación en el entorno de la decisión del Estado de subsidiar a los decisores, no encuentra justificación constitucional alguna ante el evidente desmedro que hace de los restantes usuarios y que incluso pone en riesgo la posibilidad misma de la elección por incapacidad de soportar económicamente la carga impuesta.

#### **b) Consecuencias legales.**

---

<sup>25</sup> CASTILLO CORDOVA (2008).

La consideración de la legislación que regula las diversas actividades asociadas con el ámbito de los DES en la clave de transformar la libre elección en un derecho respecto del cual cabe exigir la permanencia del modelo elegido, hace peligrar no sólo la normativa sobre Isapres sino cualquier precepto legal que, asociado con el ejercicio de los DES, permita imponer condiciones contractuales o regulaciones a éstos. Tal cosa, proyectada según la consideración que el modo interpretativo de las decisiones del sentenciador constitucional se proyecta no sólo al caso del cual conoce, pone en peligro numerosos estatutos jurídicos y tiende sobre toda la modalidad de libertades asociadas con los DES un manto de dudas.

La declaración de inaplicabilidad, aunque en apariencia refiera a una aplicación del precepto en un caso concreto, sin duda tiene un amplio efecto sobre la actividad, servicio, estatuto, orgánica o situación en la que el caso se encuentra inmerso. En efecto, la mayor parte de las veces la confrontación de la norma de rango legal con una de rango constitucional, refiere a la eventual vulneración de derechos que podría producir la primera y, para determinar tal cosa, no sólo ha de dilucidarse el sentido y alcance del precepto acusado de trasgredir la Constitución, no que el sentenciador constitucional ha de avocarse en desentrañar la esencia de la garantía aludida dentro de la Constitución, como consecuencia de lo cual es ilusorio que fallo alguno en esta materia refiera sólo al caso concreto. Además, la omnipresente posibilidad que, a consecuencia de la declaración de inaplicabilidad, de oficio o a petición de parte el Tribunal pueda declarar luego la inconstitucionalidad de la norma, lo cual implica su derogación por la vía jurisdiccional, sin duda representa una consecuencia que entraña cierto peligro: La intención inicial es revisar la aplicabilidad del precepto para un caso, pero resulta inevitable la estandarización de casos cuando en realidad lo que está detrás de las pretensiones de los interesados que acuden a esta instancia es la derogación de la norma o incluso el término de un determinado estatuto<sup>26</sup>, como puede serlo el modelo de seguros de salud aplicados al sistema privado de ISAPRES. De esta manera, la declaración de inaplicabilidad de la ley sin duda "debilita, sino anula, la presunción de constitucionalidad de la ley y cuestiona severamente el principio de seguridad jurídica. Más aún, mientras dure el contencioso constitucional, después de la admisión a trámite de la inaplicabilidad, se produce la sospecha de una

---

<sup>26</sup> "El tema es de suyo polémico y de gran relevancia política ya que puede significar sacar del sistema jurídico un texto legal que ha sido aprobado por el Congreso Nacional y por el Presidente de la República como poderes colegisladores, desconociendo de esta manera la soberanía nacional contemplada en el artículo 5° de la C.P. y que por representación la tiene el Congreso pero que corresponde en última instancia al Pueblo": SAENGER (2007).

eventual inconstitucionalidad, que también incide en la seguridad jurídica y en la estabilidad de las relaciones jurídicas<sup>27</sup>.

En forma adicional a lo anterior, la actividad de interpretación misma de la Constitución que efectúa en esta materia el sentenciador puede no sólo consistir en la determinación de la esencia de una garantía para confrontarla con la ley y hacerla así preferir a ésta por la vía de la no vulneración consagrada en el artículo 19 N° 26 de la Carta<sup>28</sup>, sino que se puede transformar en un modo de efectuar una suerte de integración constitucional que dote de nuevos contenidos a una garantía o que determine su aplicación a materias no sólo no previstas en el ordenamiento, **sino que resultan del todo incompatibles con el estatuto leal aplicable que no tuvo a la vista ese modo de mirar o de crear derechos constitucionales**, como ha sucedido en la especie con la jurisprudencia en comento en este informe: "las normas que regulan el contrato de salud, sean legales o administrativas, deben ser interpretadas y aplicadas **en términos de maximizar el disfrute real y pleno de los derechos** que son consustanciales a la dignidad humana, entre ellos el derecho social relativo a la protección de la salud, en los términos asegurados a todas las personas en el artículo 19, N° 9°, de la Constitución, precepto que se erige en base constitucional y de orden público que informa, con calidad de ineludible e inafectable, toda convención de esa índole" (considerando cuadragésimo)/ "el derecho a la protección de la salud, en los términos en que se encuentra plasmado en el artículo 19, N° 9°, de la Carta Fundamental, es la base constitucional y de orden público de todo contrato de salud, con plena vigencia en el contexto de dicha convención, razón por la cual ésta no puede incluir cláusulas que desconozcan o aminoren tales derechos. Consiguientemente, estipulaciones de esa índole devendrían en inválidas por ser contrarias a la Constitución, efecto que tendría contemplar estipulaciones

<sup>27</sup> ZÚÑIGA URBINA (2005) p. 43.

<sup>28</sup> "En efecto, el Tribunal Constitucional debe interpretar tanto el texto o disposición constitucional que sirve de parámetro, como el precepto infraconstitucional sometida a juicio. A su vez, los textos son multisénticos, de ellos se extrae la norma como significado aplicado del texto. Por lo que de un mismo texto o disposición pueden obtenerse diversas normas entre las cuales debe decidir, lo que permite el desarrollo de las sentencias de interpretación conforme a la Constitución. Por otra parte, la Constitución dota al juez de la misión de ser guardián de la supremacía y fuerza normativa efectiva de la Carta Fundamental, dotándolo para ello del instrumento más eficaz para ello, la declaración de inconstitucionalidad, sin embargo no está obligado a utilizar dicha arma en todos los casos, ya que debe hacer un esfuerzo de conservación de las normas legislativas producto del parlamento y otorgar el máximo de certeza del derecho que integra el ordenamiento jurídico, además de evitar los vacíos normativos y evaluar las consecuencias de sus fallos, ello abre las puertas a la búsqueda de sentencias que constituyen respuestas realistas y flexibles frente a situaciones inconstitucionales que otorguen seguridad jurídica en la perspectiva de aplicación uniforme del derecho, lo que da nacimiento a las sentencias atípicas de los tribunales constitucionales": NOGUEIRA ALCALÁ (2004).

que, directamente o no, signifiquen que la contraparte quede, *de facto*, impedida de ejercer la plenitud de todos y cada uno de los atributos que le han sido asegurados en esa disposición suprema<sup>29</sup>.

### c) Consecuencias contractuales.

Los principios aplicables a los contratos de salud, que representan respecto de ellos un modelo reglado y transitado por múltiples consideraciones de bien público y protección de los derechos fundamentales, sin embargo parten de un triple supuesto fundante del modelo de ISAPRES: Se trata de un sistema autofinanciado y no subsidiado, voluntaria y libremente elegido y que relaciona la subsistencia del contrato a una estimación de riesgos y cobertura asociado con el monto de pago de una prima.

En ese entendido, si bien el Estado puede válida y solidariamente subsidiar prestaciones inmersas en dicho modelo, mutar parcialmente esas bases contractuales de modo que respondan a un modelo no voluntario por parte del prestador, sin posibilidad de mutación por riesgo y debiendo soportarse tal condición por el resto de los usuarios no solamente daña las bases contractuales de equilibrio e igualdad entre las partes, sino que afecta otros contratos suscritos bajo ese régimen legal adicionándoles un gravamen no considerado y afectando de paso sus derechos adquiridos, lo cual sin duda trasciende el examen de proporcionalidad que el Tribunal ha esgrimido en sus fallos: "Además, como entiende el Tribunal el principio de proporcionalidad lo restringe conceptualmente, pues en derecho comparado (concretamente Alemania) los parámetros de la regulación proporcionada de los derechos fundamentales se resumen en tres exigencias a la ley: a) idoneidad o adecuación, ii) necesidad, para lo cual **no debe existir medio menos gravoso mediante el que tal fin podría lograrse** (en el caso que nos ocupa ¿no existían otros medios para asegurar el funcionamiento del sistema de concesiones que imponer una multa de 40 veces el valor del peaje adeudado? Nos parece que sí, pero las innumerables medidas que se podrían haber

---

<sup>29</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de julio de 2009, Rol 1218-08. Sin duda, tal interpretación sobre el derecho a la protección de la salud como una garantía que es exigible sin límite a los particulares, aún intermediando en sus contratos, es una extensión efectuada por el Tribunal que excede el marco original del modelo de salud y de previsión social previsto por la Constitución. A mayor abundamiento, la estimación de la dignidad humana y de salud como medidas para el establecimiento de prestaciones resulta una limitación al dominio que, más allá del fundamento en la salubridad pública que busca el Tribunal, impone un deber de solidaridad no compatible con el estatuto jurídico y las legítimas expectativas de las instituciones de salud previsional para desarrollar su actividad, salvo que tal deber sea soportado con subsidio estatal adecuado.

adoptado claramente escapan de su análisis aquí, y iii) **proporcionalidad en sentido estricto entre el derecho fundamental limitado y el bien jurídico que se pretende salvaguardar con tal limitación**<sup>30</sup>.

### **3.- Extrapolación del ámbito de la seguridad social.**

La extrapolación, a la interpretación del derecho a la protección de la salud y la libre elección del sistema de salud, de los criterios propios de la seguridad social es, en el marco de la Carta de 1980, inadecuado, no sólo porque se trata de garantías de naturaleza diversa, sino porque la construcción de los modelos de operatividad de éstas difieren sustancialmente entre sí.

Por una parte, el sistema de seguridad social está específicamente orientado a hacer frente a la contingencia o el desmedro, no a la dualidad de modelos de salud uno de los cuales es subsidiado y el otro no; además, el modelo de seguridad social se halla edificado sobre una tarea constante de capitalización individual, no una sistemática de seguros, y finalmente, el modelo de seguridad social no está orientado al riesgo sino a la administración de fondos de pensiones. **Así, el pretender por ejemplo justificar la inmutabilidad del sistema de salud de colectivos vulnerables en aras de un gravamen dirigido a la población activa, la cual luego se beneficiaría del mismo tratamiento al envejecer, importa una premisa errónea, pues:**

- a) Parte del supuesto de la mantención del sujeto en el sistema de ISAPRES, mantención que es mutable por naturaleza.
- b) Desconoce que en nada le aprovecha hacia el futuro el alza de costos que hoy sufra su plan de salud, pues la no ocurrencia de siniestros no le aprovecha prestacionalmente ni existe a este respecto un modelo de ahorro, el cual en todo caso sería voluntario.
- c) Acepta o admite la vulneración de derechos con la contrapartida de la vulneración futura de los derechos de otros.

### **III Análisis de los argumentos esgrimidos en las sentencias de inaplicabilidad sobre el artículo 38 ter: Los efectos de una creación jurisprudencial.**

La causa Rol N°1710-10. INC, Proceso de inconstitucionalidad iniciado de oficio por el Tribunal Constitucional con relación al artículo 38 ter de la Ley N°

<sup>30</sup> GONZALEZ (2007). Aquí el autor trata un tema relacionado con transportes, pero se destaca la incidencia del fallo del Tribunal Constitucional respecto de contratos que han generado derechos para las partes.



18.933 se basa en la existencia de cuatro fallos que acogen requerimientos de inaplicabilidad sobre el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 -que hoy 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 N°s. 18.933 y 18.469.

Los fallos que acogen estos requerimientos: roles 976 – 07, 1218 – 08 y 1287 – 08 y 1273-08<sup>31</sup>, importan derechos invocados y el razonamiento del Tribunal Constitucional muy similares: Los requirentes al llegar a una determinada edad ingresan dentro del grupo de “cotizantes cautivos”, reciben una “carta de adecuación” de la ISAPRE, que les notifica de debido a la tabla de factores y a su edad, que es un factor determinante, se verificará un aumento sustancial en el valor del plan de salud, que califican de injusto y arbitrario.

Señalan que producto de esto **deberán emigrar al sistema público de salud, lo que vulnera su libertad de elegir un sistema de salud**; que se les discrimina en forma arbitraria en razón de su edad; y que su derecho a la propiedad se ve afectado, tanto por el aumento unilateral del costo del plan de salud, como porque al emigrar de sistema la ISAPRE se habría enriquecido injustamente, en tanto que sus propios patrimonios habrían disminuido considerablemente. Lo que se alega en esencia respecto del precepto aludido es:

- a) La parte de dicho precepto que permite a las Isapres fijar un nuevo precio del plan de salud, aplicando al precio base el factor de rigor, multiplicado según lo autorizado por la Superintendencia en la tabla correspondiente. Este listado o nómina considera rubros tales como el sexo y la edad, distinción esta última que estiman constitucionalmente insostenible; y
- b) La parte del precepto que autoriza a las Instituciones de Salud Previsional a determinar libremente los factores de la tabla homónima, sin otra limitación que la contenida en el inciso tercero de tal norma legal. Consiguientemente, al cumplir 75 años de edad, la aplicación de la regla descrita ha permitido un alza del factor que es de tal magnitud, que afecta a los requirentes en el costo de su plan de salud. Lo expuesto, atendida la disminución lógica de sus ingresos, secuela del envejecimiento natural de la persona, los ha dejado en la imposibilidad de pagar y, con ello, de mantenerse en el sistema de salud por el cual habían optado.

---

<sup>31</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional de 26 de junio de 2008, Rol 976-07; 7 de julio de 2009, Rol 1218-08 y 8 de Septiembre de 2009, Rol 1287-08

El Tribunal aborda estas cuestiones, como veremos, desde el derecho a la seguridad social, el derecho a la protección de la salud, derecho a la propiedad, y la supremacía constitucional sobre convenciones de particulares. Tal jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha acogido la solicitud de inaplicabilidad del artículo 199 del DFL N° 1 MINSAL ignorando considerar como factor de reajustabilidad de los costos de los planes de salud de beneficiarios de Isapres al factor etario. Con ello y por disposición del juez constitucional, se altera un sistema de salud privado definido en torno al concepto de seguros, autofinanciado además, **forzando a que el aumento de riesgo de producirse siniestros asociados con la salud por el hecho de envejecimiento de las personas, no pueda invocarse para aplicar criterios conocidos por los contratantes y aplicar, según lo previamente convenido, un alza de las primas respectivas.**

#### **1.- Tabla de factores y contrato de salud. Constitucionalidad del artículo 38 ter y su injerencia en el modelo general de la salud privada en Chile.**

La tabla de factores establecida en el artículo 199 del DFL N° 1 MINSAL de 2005 (38 ter) se corresponde con uno de los criterios legalmente establecidos y que admiten la reajustabilidad de los planes de salud. **Tal normativa no es antojadiza sino que corresponde a un modelo de salud privada establecido a principios de los años ochentas mediante la creación de las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES), entidades de giro único, sujetas a una regulación legal especial y sometidas a la fiscalización de la Superintendencia de Salud.**

El modelo de salud privada establecida en la ley y vigente por casi treinta años, si bien coexiste con el sistema público depositado en FONASA, dualidad respecto de la cual la Constitución garantiza libre elección, no es sin embargo asimilable a él por varias causas:

- a) El sistema FONASA implica el subsidio estatal a los beneficiarios, mientras el público afiliado a las ISAPRES no sólo no recibe subsidio, sino que ha debido a través del tiempo ir incrementando su aporte al sistema, con una cotización que se compone en algo más de un 70% con la cotización legal y con un casi 30% de aporte adicional. Ello ha representado una disminución paulatina de los afiliados al sistema privado y la fuerte carga de los cotizantes activos.

- b) Mientras al sistema FONASA el ingreso resulta automático y por disposición de la ley en un plan prácticamente único, el sistema de las ISAPRES importa la suscripción de contratos en los cuales existe la posibilidad de elección de determinados planes, de los cuales es parte integrante la determinación de coberturas asociadas con los costos y la posibilidad que se incrementen estos costos en la medida que los riesgos de entregar mayores coberturas aumenten.
- c) En el caso de FONASA el monto de la prima se identifica exclusivamente con la cotización obligatoria sobre una remuneración imponible de hasta 60 unidades de fomento (UF) y los diferenciales que puedan llegar a existir son subsidiados por el Estado<sup>32</sup>. En el sistema de ISAPRES, las primas son exclusivamente pagadas por los cotizantes y si éstas se elevan por las causas previstas en la ley, éstos deben asumir tal costo o migrar a un plan más barato. De esta manera, la dificultad que el sistema puede presentar para que las personas opten en realidad por el sistema de salud al que desean acogerse, no consiste en que uno sea más barato que el otro, sino en realidad en que uno está subsidiado y el otro no, por lo cual los costos reales para el beneficiario decrecen en el primero y necesariamente aumentan en el segundo.

## 2.- Las claves de los fallos del Tribunal Constitucional en esta materia.

Los argumentos esgrimidos por el juez constitucional en relación con la inaplicabilidad de la norma comentada han sido sintéticamente los siguientes:

- a) **Deber de los particulares respecto de la protección de la salud:**  
"aplicando dicho criterio de hermenéutica constitucional y siendo la Carta Fundamental un sistema orgánico y coherente de valores, principios y normas, todos los cuales guardan entre sí correspondencia y armonía, excluyendo cualquiera interpretación que anule o prive de eficacia a algún precepto de ella, cabe insistir en que no sólo los órganos del Estado deben respetar y promover los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, sino que **esa obligación recae también en los particulares, aunque sea subsidiariamente**, puesto que el Código Supremo asegura la intangibilidad de tales atributos en toda circunstancia, cualesquiera sean los sujetos que se hallen en la necesidad de infundir vigencia efectiva a lo proclamado en sus

<sup>32</sup> El cual, así, garantiza un sistema prestacional solidario.

preceptos<sup>33</sup>. Es importante la precisión acerca de un deber subsidiario, puesto que en los fallos luego no aparece como tal este deber.

- b) **Obligación de las instituciones de salud previsional de no afectar los derechos en su esencia o menoscabar su libre ejercicio:** "... habiéndoles reconocido el Poder Constituyente a las Instituciones de Salud Previsional, como manifestación del principio de subsidiariedad, la facultad de intervenir en el proceso de satisfacer el derecho constitucional a la protección de la salud de sus afiliados, en los términos contemplados en el precepto respectivo, ellas deben, siempre y en todo caso, procurar que los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana, en especial aquél cuya satisfacción les ha sido reconocida y está amparada por la Carta Fundamental, **no sean afectados en su esencia o menoscabados por la imposición de condiciones o requisitos que impidan su libre ejercicio**, con sujeción a lo previsto en el artículo 19, N° 26, de la Carta Política<sup>34</sup>. Tal aseveración forzaría, como ya se ha comentado en este trabajo, a definir èl la esencia del derecho a objeto de hacer el examen que la solicitud de inaplicabilidad exige.

- c) En razón de lo anterior y de acuerdo al considerando cuadragésimo del fallo de 7 de julio de 2009, Rol 1218-08<sup>35</sup>, idéntico a su vez al considerando trigésimo noveno del fallo de 26 de junio de 2008, Rol 976-07, el Tribunal considera que la interpretación de las normas legales que regulan el contrato de salud entre privados **deben ser interpretadas en clave del disfrute máximo de los derechos respectivos**<sup>36</sup>. Esta aseveración del Tribunal sin duda excede considerablemente el marco

<sup>33</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de junio de 2008, Rol 976-07, la negrita es nuestra.

<sup>34</sup> Idem.

<sup>35</sup> Ya citado.

<sup>36</sup> "En nuestra opinión, los antecedentes de hecho y de derecho de la sentencia del TC permiten concluir que en el contexto de los cargos y rasgos propios del derecho a la protección de la salud el Estado de Chile ha avanzado de manera expedita y eficaz en las últimas décadas en las condiciones básicas de salud de la población y ha controlado con la debida diligencia, mediante la ley y los órganos que la ejecutan, los comportamientos de los actores no estatales. Los antecedentes de la causa en que incide la sentencia que se comenta son prueba de lo afirmado. Aplicar idénticos criterios de exigibilidad al Estado y los particulares en el respeto y promoción del derecho a la protección de la salud **es desconocer el rol y las características de uno y otro, y puede conducir a la falta de certeza jurídica y fáctica, cuyas consecuencias serían imprevisibles**. Por otra parte, las consideraciones del fallo de mayoría sobre la magnitud del alza de los precios de los planes de salud introducen, en nuestra opinión, un elemento de duda si se relaciona con lo resolutivo del mismo": BATES (2009), la negrita es nuestra.

de la inaplicabilidad para el caso concreto, pues importa la reconsideración de los contratos de salud propiamente tales pero podría significar la revisión de otras fórmulas, como es el caso de los contratos de seguros complementarios. De esta manera, la intervención de la justicia constitucional en contratos privados intermediados por el concepto de servicio público, el cual en todo caso cautela la ley, genera obligaciones importantes para los particulares no previstas por nuestro ordenamiento, como se ha reconocido incluso por la literatura que elogia los fallos en estudio: "el derecho humano a la protección de la salud o - desde la perspectiva del Derecho Internacional de los derechos humanos- el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, impone límites y obligaciones tanto a los órganos públicos como a los particulares, en razón del valor y principio constitucional de la solidaridad./ Este valor y principio de la solidaridad, por la vía de los derechos sociales, **determina, limita y condiciona las actuaciones de los particulares, entre sí y en sus convenciones privadas**. Dicho de otro modo, la solidaridad, como valor y principio de orden objetivo con base constitucional, traducido -en este caso- en los derechos sociales, limita y subordina, incluso, la autonomía privada. En consecuencia, a través del Derecho, particularmente desde la óptica de los derechos fundamentales, se pueden resolver problemas sociales, indicando y orientando, al mismo tiempo, el diseño y ejecución de las políticas públicas, especialmente, de las políticas sociales implementadas por el Estado"<sup>37</sup>.

- d) **El contrato de salud se halla intermediado por la interpretación de los derechos fundamentales, sin perjuicio de su regulación legal:"...** Si bien la Isapre, al establecer los factores de la tabla incorporada al contrato de salud de la requirente, puede haberse atendido a las normas legales y administrativas que rigen tal operación, no debe olvidarse que, en las estipulaciones de ese contrato de salud, **tienen que ser respetados y promovidos los atributos que integran el derecho a la protección de ella, asegurado a la señora ... en el artículo 19, N° 9°, de la Carta Fundamental**. Ciertamente, este efecto de la supremacía no puede quedar condicionado, diferido o supeditado a lo que preceptúen tales normas porque se hallan subordinadas a lo mandado en la Constitución" (considerando quincuagesimoquinto)/ "el efecto de irradiación del texto, contexto y espíritu de la Constitución en el contrato celebrado entre la requirente y requerida en el caso concreto y singular *sub lite* **significa que tanto las normas legales como las**

<sup>37</sup> AGUILAR CAVALLO (2008).

**administrativas o las estipulaciones contractuales tienen que ser interpretadas y llevadas a la práctica en armonía con el reconocimiento y tutela del derecho a la protección de la salud, asegurado en aquélla” (considerando quincuagesimosexto)/ “consiguientemente, no cabe sino concluir que toda facultad que por ley se otorgue a las Isapres de fijar libre o discrecionalmente un factor para incorporarlo a dichas contrataciones, **debe suponerse siempre limitada por los valores, principios y disposiciones constitucionales**, deducción lógica que, si fuera desconocida o ignorada, sería equivalente a quebrantar el valor de la supremacía que singulariza a la Constitución”<sup>38</sup>, Como es obvio, esta adecuación de los contratos a una interpretación constitucional a posteriori no consulta preguntarse por los derechos de los demás usuarios del sistema a los que aún no se aplica la tabla de factores ni tampoco examina las posibilidades de subsistencia del sistema mismo.**

- e) **El derecho a la elección del sistema de salud importa mantenerse en el elegido más allá de los compromisos contractualmente adquiridos:** “siendo base constitucional y de orden público del contrato de salud previsional la prevista en el artículo 19, N° 9°, de la Carta Política, cuyo inciso final reconoce el derecho de la requirente a elegir el sistema de salud al que desea acogerse y acorde con la idea de sistema coherente de valores, principios y preceptos ya expuesta, deviene irrefragable que todas las cláusulas del referido contrato deben orientarse a materializar el goce real y legítimo de dicho derecho, más todavía si el afiliado envejece y, a raíz de ello, sube considerablemente el factor respectivo, lo cual repercute en el mayor costo de su plan de salud. Con ello, lejos de permitir el acceso a las prestaciones correlativas, las dificulta y, en el caso extremo, cuando el afiliado no puede seguir pagando el nuevo costo del plan, cual sucede en la causa aquí decidida, queda obligado a abandonar el sistema privado de salud que había escogido para incorporarse al equivalente público. Obviamente, el hecho descrito significa que el afectado se halla impedido de ejercer tales derechos, a pesar de estarle asegurados por la Constitución en cualquier tiempo y circunstancia” (considerando sexagesimoprimer)<sup>39</sup>.
- f) **En voto disidente, los ministros Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto y Jorge Correa Sutil expresan su parecer en**

<sup>38</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de julio de 2009, Rol 1218-08, la negrita es nuestra.

<sup>39</sup> Idem.

orden a: "Mal puede, entonces, estimarse que el legislador ha actuado de modo irrazonable cuando permite a instituciones privadas proveedoras de seguros de salud alzar, dentro de ciertos márgenes y de conformidad a las instrucciones generales emitidas por la autoridad administrativa competente, los precios que cobra por un contrato destinado a cubrir los costos de salud, cuando cambian factores que, como está probado, **son determinantes para aumentar el riesgo que se asegura**" / "... la Constitución no asegura a las personas poder permanecer en un determinado plan o seguro de salud, ni menos a hacerlo por un precio inalterable. La obligación impuesta al Estado – y no a instituciones particulares- de proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud, que la Constitución sí establece, es diversa a los derechos de las personas a permanecer en un plan o más precisamente a mantener inalterable un precio de un seguro destinado a cubrir los costos en que incurran en materia de salud. Si bien existe una relación entre aquella obligación – impuesta sólo al Estado- y que dice relación con las acciones de salud y el derecho que se pretende, que se refiere al modo de financiar el acceso a esas acciones de salud, la diferencia entre ambas resulta evidente, tanto desde el punto de vista del sujeto obligado como de la naturaleza de la obligación constitucional y el derecho que se pretende, **ya que es distinta una prestación de salud que el seguro destinado a cubrir todo o parte del costo de la misma**" / "Los derechos a elegir que la Constitución asegura, en éste y otros casos, no conllevan la garantía de que el precio del bien esté al alcance de todos. No puede sostenerse que la Carta Fundamental que nos rige consagre el acceso igualitario a un seguro de salud, independiente de la capacidad de pago de la persona. Tal independencia entre un bien y su acceso universal e igualitario se ha logrado respecto a ciertas prestaciones de salud, a través del Plan Auge, sistema de gratuidad que la Constitución permite..."<sup>40</sup> / "...es inexacto afirmar que en Chile todo sistema de seguridad social haya de ser necesariamente solidario, siendo ella una opción no excluida, por cierto, en la Constitución Política, pero no prescrita por ésta. Mal puede, entonces, deducirse de una base constitucional inexistente consecuencias jurídicas que llevarían, no sólo a estimar inconstitucional la aplicación judicial de un determinado precepto legal –en el caso que nos ocupa el artículo 38 ter de la Ley

<sup>40</sup> En el caso del Plan AUGE, es un beneficio mínimo obligatorio que las ISAPRES entregan en una red de prestadores y comprende determinadas prestaciones, el cual no es en realidad gratuito pero sí importa una prima plana, dadas las enfermedades de alta incidencia que se han seleccionado para ser contenidas en este plan. Sin embargo, aún respecto de ellas se efectúa por el Estado una diferenciación que atiende a criterios etarios y de género.

Nº18.933-, sino, a **estimar contrario a la Carta Fundamental todo el sistema privado de seguros de salud previsional**<sup>41</sup>.

### **3.- Las consecuencias de los votos de mayoría de los fallos en estudio: El problema de las garantías prestacionales: Recursos versus igualdad.**

Si bien coincidimos con el sentenciador en que los derechos económicos y sociales no han de ser tratados peyorativamente en relación con los derechos civiles y políticos y que, en ambos grupos puede existir la necesidad de consagrar garantías de orden prestacional, ello no es lo mismo que establecer como una condición de todo contrato el brindar prestaciones a todo evento o el mantener inalterable un estatus determinado adquirido bajo ciertas condiciones objetivas que con posterioridad varían.

El principio de igualdad constitucional, así, alude a establecer un estatuto común a quienes se encuentran en similares circunstancias, pero no importa forzar ese estatuto beneficioso para quienes han variado éstas, como podría ser mantener el estatuto de funcionario público a quien ha concluido su mandato, mantener los beneficios de paciente a quien ya no lo es o asegurarle a una persona obtener prestaciones con costo económico aunque no cubre dichos costos<sup>42</sup>. En aquellos casos de limitación de recursos, la igual protección

<sup>41</sup> Idem, la negrita es nuestra. La última frase transcrita es, a nuestro juicio, la clave del tema, pues el artículo declarado inaplicable por el fallo de mayoría no ves escindible del modelo al cual pertenece. Si consideramos que la garantía del artículo 19 Nº 9 importa o significa que la libre elección del sistema de salud debe ser una realidad material para todas las personas, las brechas o umbrales del ejercicio del derecho deben ser ante todo asumidas por el colectivo bajo la forma de subsidios o incentivos, ya que de otro modo la superación de las barreras de entrada al sistema pasa a ser una obligación de los particulares que son los mismos que ya están asumiendo como población activa el deber de autofinanciamiento de éste. En la norma en comento, la ISAPRE está obligada a proponer planes alternativos a los afiliados que no pueden sostener sus planes por aumento de éstos, pero adicionar a dicha ecuación una obligación de subsidio privado para mantener el plan del cotizante representa, a nuestro juicio, transformar las garantías prestacionales en fórmulas que gravan los contratos legalmente suscritos y que no representan limitaciones del dominio en razón de su función social sino la imposición de desmedros patrimoniales respecto de los afiliados que soportan el sistema y que necesariamente deberían pagar para asegurar las prestaciones que otros reciben, todo lo cual amenaza la subsistencia del modelo.

<sup>42</sup> Contra ello se pronunció el propio Tribunal Constitucional "la garantía jurídica de la igualdad supone, entonces, la diferenciación razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición; pues no se impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo, debiendo quedar suficientemente claro que el legislador, en ejercicio de sus potestades, puede establecer regímenes especiales, diferenciados y desiguales, siempre que ello no revista el carácter de arbitrario" (Rol Nº 986/2008). En palabras del Tribunal Constitucional español, "no toda desigualdad de trato resulta contraria al principio de igualdad, sino aquella que se funda en una diferencia de supuestos de hecho injustificados de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados" (STC 128/1987).



de la ley en el ejercicio de los derechos es una garantía que impide efectuar discriminaciones arbitrarias y que demanda por parte del Estado suplir las falencias de éstos a favor de los particulares, como sucede en el caso del derecho a defensa jurídica, pero no podría transformarse en un arma que exija de los prestadores particulares efectuar servicios gratuitos<sup>43</sup> o más aún, alterar las bases que fundan un sistema como lo es el de la salud privada en Chile con marcado perjuicio de la población activa que financia el sistema y que también goza de garantías prestacionales en torno a él.

Como, a nuestro juicio correctamente, lo ha manifestado el voto disidente transcrito, en la materia las declaraciones de inaplicabilidad del artículo 199 del DFL 1 MINSAL (2005) se han transformado, mucho más allá de la objeción de aplicación de la norma a un caso concreto, en un reparo general al sistema de salud privado en Chile y en un cuestionamiento al modo de establecer la variación de las primas asociada tan regla contractual al aumento del riesgo objetivo, como sucede en todos los modelos de seguros del mundo.

Sin duda y de acuerdo a tratados internacionales vigentes en Chile, el principio de solidaridad con los grupos vulnerables, como es el caso de las personas ancianas o de la situación de quienes presentan discapacidad importa para ellas la elevación favorable de sus posibilidades de acceso al sistema prestacional y a los servicios que les son necesarios precisamente en asociación a esa vulnerabilidad, pero los modelos correspondientes no se asientan ni se apoyan ven imponer esta obligación a los particulares, sino en suplementar los recursos disponibles por parte del propio Estado, ya sea con

<sup>43</sup> "... así como se consagra el derecho a la asistencia jurídica, le corresponde al Estado —a través del legislador establecer medios efectivos que permitan una adecuada defensa de aquellas personas que carezcan de bienes suficientes para litigar. En tal sentido, la Ley N° 19.718, de 10 de marzo de 2001, estableció en materia criminal la Defensoría Penal Pública, de modo tal que esta defensa se efectúa a través de una institución estatal, por sí misma o vía licitación a privados, a quienes, obviamente, se remunera por sus servicios profesionales en conformidad a las bases respectivas. Por su lado, décadas antes, en el ámbito civil —bajo la estructura de la Corporación de Asistencia Judicial— la legislación estableció una práctica profesional, en virtud de la cual se obliga a todo egresado de Derecho a atender gratuitamente a aquellas personas que sean beneficiarias del denominado privilegio de pobreza... Que la imposición de la obligación de defender a determinadas personas de escasos recursos constituye un fin razonable, pero el medio utilizado por el legislador —la gratuidad— sin duda se transforma en gravoso, máxime si se piensa que el abogado deberá dedicarse sin contraprestación pecuniaria alguna a atender numerosos asuntos en desmedro de aquellos que ha asumido libremente, lo que se tornará en una situación imposible de acometer, y aun de ejecutar de manera satisfactoria e idónea, más todavía si se tiene presente que la obligación se mantendrá hasta el término efectivo del juicio, lo que importará un largo período de tramitación. **Como se aprecia, para cumplir con el mandato constitucional de dar asistencia legal a quienes no están en condiciones de procurársela por sí mismos, el legislador puede emplear el medio —por cierto excepcional y supletorio— de obligar a los abogados a desempeñar esta tarea, pero ello no autoriza la circunstancia de que no se remunere dicha labor profesional.** Así, tal carga de gratuidad no aparece ni se justifica como un medio necesario para alcanzar el fin constitucional perseguido": Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de julio de 2009, Rol 1254-08, la negrita es nuestra.

prestaciones directas, subsidios o incentivos, los que por cierto no pueden transformarse en herramientas de desmedro para el resto de las personas.

**El problema, lejos de lo que pueden imaginarse quienes visualizan este caso como una arena de conflicto entre ISAPRES y usuarios del sistema de salud privado, en realidad radica en las posibilidades de acceder a las garantías prestacionales por parte del colectivo no vulnerable, o no vulnerable en apariencia para ser precisos: es decir, el conjunto de personas que financian el sistema cada vez con mayores incrementos y que lo usan comparativamente mucho menos. Ese conjunto de personas afectadas no goza en estos fallos de una especial consideración ni a sus derechos ni a su patrimonio, ni tampoco se prevén por el sentenciador las formas de cautelar su migración inevitable al sistema de salud público por una elevación general de los costos de los planes de salud con independencia del factor etario.**

En efecto, el juez constitucional, con el objeto benevolente de asegurar no la elección del sistema sino la permanencia en él por parte de grupos vulnerables, ha descuidado las posibilidades de permanencia de los demás usuarios, que con inferiores rangos de riesgo, pagarán altas primas hasta que esa posibilidad ya no les sea viable.

**V Posibles efectos de una declaración de inconstitucionalidad: El colapso del sistema de salud privado. Sistema de salud privado sin tabla de factores: ¿Es una posibilidad viable?**

A nuestro juicio, la derogación del precepto impugnado constituiría una decisión muy grave tanto desde la perspectiva formal como sustantiva.

En efecto, el establecimiento de criterios de reajustabilidad de los contratos de seguros, asociando la cobertura de éstos al riesgo soportado, sin duda es una característica propia de éstos, la cual explica la razón misma de la actividad de seguros y las razones por las cuales es desarrollada por los particulares en goce de su derecho a la libre empresa garantizado en el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política. Precisamente por tratarse, en el caso de las prestaciones de salud, de una actividad regulada por tratarse de un servicio asociado con derechos fundamentales, esos criterios a la libre determinación de las partes sino a la decisión del legislador, a fin de que sean objetivos, ponderados y objetivables.

De acuerdo a la supremacía constitucional establecida en el artículo 6° de la Carta y al hecho que los derechos fundamentales son un límite a la soberanía del Estado, las reglas legales destinadas a la actividad prestadora en salud de

los particulares no pueden desconocer los derechos que la propia Constitución protege, pero tampoco el juez constitucional ha de ignorar que la actividad aseguradora en sí está sometida a ciertas reglas básicas que no se pueden alterar salvo que se quiera considerar que la actividad misma se opone a la Constitución, lo cual claramente no ha sido declarado en ningún país occidental.

De lo anterior se colige que los criterios de reajustabilidad admitidos por el legislador no sólo se orientan a la mantención de las instituciones prestadoras, sino que soportan la estructura misma del sistema y su eliminación no agrega a éste el rasgo de solidario pretendido, sino que lo transforma en un modelo altamente inequitativo para muchos de sus usuarios y susceptible de colapso por la imposibilidad de mantenerlo sin hacer desagregaciones asociadas con el riesgo de suceso del siniestro y con las prestaciones ofrecidas. **Aún más, no estamos en la especie en presencia de situaciones de discriminación de género o de grupo etario que contravengan la garantía del artículo 19 N° 2 de la Carta Fundamental o los tratados suscritos por Chile y vigentes, sino en presencia de una justificada diferenciación que el sistema de salud privado hace en relación con el riesgo potencial de tener que recurrir a mayores prestaciones de salud, lo cual responde a criterios objetivos, del mismo modo que las determinaciones legales de edad para jubilar o la existencia de un tratamiento especial de la maternidad en el ámbito laboral.**

La introducción de un criterio de solidaridad en el funcionamiento del sistema no se puede hacer con cargo sencillamente a los particulares, porque transforma por la cara inversa, en un gravamen para unos la protección de la extensión de derechos que formula para otros, ya que los unos han de sostener la onerosidad creciente de un modelo en el cual los otros no aumentan su colaboración sobre la existencia de un derecho a mantener las condiciones prestacionales existentes, derecho que sólo podría derivar del aporte prestacional del Estado en representación del colectivo interesado en subsidiar las prestaciones de salud para los pacientes vulnerables.

En consecuencia, la tabla de factores sólo puede ser eliminada en la medida que el Estado provea los diferenciales para mantener el aporte necesario de acuerdo los riesgos que importa la condición del grupo beneficiado. Por desgracia, al provenir tal eventual decisión de un órgano jurisdiccional no existirá compromiso ni política asociada a tal decisión que se agregue como complemento a la decisión del juez constitucional y, como consecuencia, este cargará a solas con las consecuencias de sus fallos al no tener el sistema obligación de suplir los vacíos que se originan.

La dictación de fallos exhortativos o declaraciones que insten a los legisladores y al Ejecutivo a pronunciarse no resolverá el problema. Del mismo modo, si las sentencias examinadas se tradujeran en un fallo de inconstitucionalidad, el Tribunal Constitucional no tiene la facultad de dictar una norma de reemplazo ni el poder de forzar o demandar tal dictación. Si bien se han intentado tramitar proyectos que establecen una moratoria en la decisión derogatoria de normas por parte de esta instancia<sup>44</sup> y el propio Tribunal ha buscado transmitir en sus decisiones la importancia de legislar en coordinación con ellas, tal cosa no representa ningún criterio de seguridad y, más aún, traspasa la solución del problema constitucional generado a un ente de especialidad diversa y funcionamiento pausado.

A nuestro juicio, la jurisprudencia comentada devela, por parte del voto de mayoría del Tribunal, una voluntad proclive a la protección de los colectivos vulnerables en materia de salud que sin duda se ajusta al espíritu de los DES, pero a nuestro entender tal voluntad se desvía en su buen propósito al crear una suerte de *derecho a la mantención en el sistema de salud* que la Constitución no ha previsto y que no se puede sostener del modo pretendido por el juez constitucional, como asimismo al reprochar de inconstitucional una normativa que es propia del sistema de seguros y cuyos efectos han de ser paliados ya sea por autorregulación de las aseguradoras en torno a la existencia de alternativas aceptables a los planes de salud encarecidos o el aporte solidario del Estado. Estimar que las eventuales inequidades del modelo de salud privado han de resolverse con carga a los demás usuarios o traspasando al legislador la carga de crear entiendo breve un sistema equitativo no sólo no resultará una solución constitucionalmente deseable, sino que redundará en la destrucción del sistema privado de salud sin un plan de acción alternativo.

## BIBLIOGRAFIA

---

<sup>44</sup> El Proyecto de Reforma del artículo 94 de la Constitución Política de la República, referido a la constitucionalidad de un precepto legal, Boletín N° 6221-07, actualmente en tramitación, dispone en su Artículo único: "Agregar en el artículo 94 de la Constitución Política de la República el siguiente inciso 5° nuevo, del siguiente tenor: "Sin perjuicio de lo expresado en los incisos anteriores, el Tribunal con la misma mayoría de los cuatro quintos de sus integrantes en ejercicio, tendrá la facultad de diferir en el tiempo el efecto de la decisión a que se refiere el n° 7 del artículo 93, hasta por un plazo máximo de un año."

ADAME GODDARD, Jorge (2002): "Los derechos económicos, sociales y culturales como deberes de solidaridad" *Derechos fundamentales y Estado*. México: IJ-UNAM, pp. 59-85.

AGUILAR CAVALLLO, Gonzalo (2008): "Principio de solidaridad y derecho privado: comentario a una sentencia del Tribunal Constitucional", *Ius et Praxis* - año 14 - n° 2, 2008, pp. 593-610.

AGUILERA PORTALES, Rafael y ESPINO TAPIA, Diana Rocío (2006): "Fundamento, garantías y naturaleza jurídica de los Derechos sociales ante la crisis del estado social de Derecho", *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, n° 10, 2006/2007, pp. 111-139.

ALEXY, Robert (2001): *Teoría de los derechos fundamentales*, [traducción castellano Ernesto Garzón Valdés], (Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª Edición).

AMENGUAL, Gabriel (1993): "La solidaridad como alternativa. Notas sobre el concepto de solidaridad", *RIFP/1*(1993) pp. 135-15.

BATES, Luis (2009): "Sentencia del Tribunal Constitucional que declara inaplicable norma de la ley de ISAPRES y derechos económicos, sociales y culturales", *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, 2009, disponible en: <http://www.cdh.uchile.cl/publicaciones/anuarios> (fecha de consulta: abril de 2010).

CASTILLO CÓRDOVA, Luis Fernando (2008): "¿Existen Los Llamados Conflictos Entre Derechos Fundamentales?", *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* N° 12, [www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/12/ard/ard4.htm](http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/12/ard/ard4.htm) - 104k , sitio consultado en mayo de 2010.

COTTRELL, Jill & GHAI, Yash (2004): "The Role of the Courts in the Protection of Economic, Social and Cultural Rights", en: *Economic, Social & Cultural Rights InPractice. The Role Of The Courts In Implementing Economic, Social And Cultural Rights* (Y. Ghai & J. Cottrell, eds. Interights): pp. 58-59.

FIGUEROA, Rodolfo (2009): "Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión teórica", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36 NO 3, pp. 587 - 620.

GOMES CANOTILHO, Jose Joaquim (1995): "Metodología «Fuzzy» y «camaleones normativos» en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales", *Derechos y Libertades*, disponible en <http://e-archivo.uc3m.es/dspace/bitstream/10016/1319/1/DyL-1995-III-6-Gomes-Cantonilho-.pdf> (fecha de consulta: abril de 2010).

GONZALEZ, Joel (2007): "El Derecho de Propiedad y la Intangibilidad de los Contratos en la Jurisprudencia de los Requerimientos de Inaplicabilidad: Comentario a

Sentencias "Autopista Central S.A. con Servicio de Mecánica Mantenimiento Track S.A.", de 26 de diciembre de 2006, y "HQI Transelec S.A. con Empresa Eléctrica Panguipulli S.A.", de 6 de marzo de 2007. *Rev. chil. derecho* [online]. 2007, vol.34, n.2 [citado 2010-05-18], pp. 345-360.

HERRERA, Mónica y CORTI, Aníbal (2004): "Solidaridad y derechos económicos y sociales", *Actio* 2.2, marzo 2004

MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio (1997): "Los derechos sociales", en AAVV, *Lecciones de Derechos Humanos* (Valparaíso, Universidad de Valparaíso) pp. 275-291.

MOLLER, Max (2008): "La aplicabilidad de los derechos Sociales prestacionales en los sistemas jurídicos contemporáneos", Tesis doctoral Universidad de Burgos, Facultad de Derecho. Disponible en <http://dspace.ubu.es:8080/tesis/bitstream/10259/88/1/M%c3%b6ller.pdf> (fecha de consulta: abril de 2010).

NOGUEIRA ALCALA, Humberto (2004): "Consideraciones Sobre las Sentencias de los Tribunales Constitucionales y sus Efectos en América del Sur", *Ius et Praxis* Año 10 N° 1: 113 - 158, 2004.

PESCES BARBA, Gregorio (1988): "Los derechos económicos, sociales y culturales. Génesis y concepto", *Derechos y libertades*, 6 de febrero de 1988.

PRIETO SANCHIS, Luís (1995): "Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* N° 22 (septiembre-diciembre 1995) pp. 9-57.

PRIETO SANCHIS, Luís (2003): El Juicio de Ponderación. En su: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales* (Madrid, Editorial Trotta).

RÍOS ALVAREZ, Lautaro (2005): "Trascendencia de la reforma constitucional en la fisonomía y las atribuciones del Tribunal Constitucional", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Año 3, N° 1 (2005) pp. 73-95.

ROSSELOT, Enrique (2003): "Aspectos bioéticos en la Reforma de la Atención de Salud en Chile. II. Discriminación, libre elección y consentimiento informado", *Rev. méd. Chile* v.131 n.11 Santiago nov. 2003, pp. 1329-1336. Disponible en: [http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0034-98872003001100016&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-98872003001100016&lng=es&nrm=iso) (fecha de consulta: abril de 2010).

SAENGER, Fernando (2007): "Acción de Inaplicabilidad e Inconstitucionalidad. Facultades del nuevo Tribunal constitucional. Algunos casos jurisprudenciales", *Estudios Constitucionales*, Año 5 N° 1, pp. 305-348. Disponible en [http://www.cecoch.cl/html/revista/docs/estudiosconst/revistaano\\_5\\_1\\_htm/accion\\_de%20Inap\\_5\\_1-2007.pdf](http://www.cecoch.cl/html/revista/docs/estudiosconst/revistaano_5_1_htm/accion_de%20Inap_5_1-2007.pdf) (fecha de consulta: abril de 2010).

SERNA, Pedro y TOLLER, Fernando (2000): *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos de derechos* (Buenos Aires, La Ley).

SOTO, Sebastián (2008): "Fallo Isapres: Una mirada a los derechos sociales y al rol de los jueces", *Fallos destacados 2008*, pp. 213-271.

STEIN, Kuhnle (1991): "Estado de bienestar", en BODANOR, Vernon (editor), *Enciclopedia de las Instituciones Políticas* (Madrid, Alianza Editorial).

VIVANCO, Ángela (2010): "Justicia constitucional, libre elección en materia de salud y normativa sobre ISAPRES: un comentario a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Chilena de Derecho*, Vol 37 N° 1, pp. 141-162.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco (2005): "La sentencia de "inaplicabilidad"- cuestión de constitucionalidad y legislación", *Estudios constitucionales*, año/vol 3 N° 001, pp. 37-53.

Es cuanto puedo informar.

Santiago de Chile, 18 de Mayo de 2010.-



**Ángela Vivanco Martínez**  
**Profesora de Derecho Constitucional**  
**Pontificia Universidad Católica de Chile**