



Revista del Centro de Estudios Constitucionales

Revista indexada en SCOPUS, SCIE, LILACS, Google Scholar y Redalyc

Estudios Constitucionales

ISSN: 0718-0195

estudiosconstitucionales@utalca.cl

Centro de Estudios Constitucionales de

Chile

Chile

Jordán D., Tomás

El cambio del eje referenciador del derecho a la protección de la salud a partir de la
jurisprudencia constitucional sobre el subsistema privado de salud

Estudios Constitucionales, vol. 11, núm. 1, 2013, pp. 333-380

Centro de Estudios Constitucionales de Chile

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82059136008>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org



Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

EL CAMBIO DEL EJE REFERENCIADOR DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE EL SUB- SISTEMA PRIVADO DE SALUD*

THE CHANGE OF THE REFERENCE AXIS OF THE RIGHT TO HEALTH’S
PROTECTION FOLLOWING THE CONSTITUTIONAL JURISPRUDENCE
REGARDING THE PRIVATE HEALTH SUB-SYSTEM

TOMÁS JORDÁN D.**

Profesor de Derecho Constitucional
Universidad Diego Portales
tjordan@ucsh.cl

RESUMEN: El presente trabajo analiza la principal jurisprudencia constitucional de tutela del derecho a la protección de la salud en el sub-sistema privado. Se sostiene que en los últimos años, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha desarrollado un cambio en el eje referenciador en la significación constitucional de este derecho, pasando desde un eje de corte “individual-contratual” a uno en “perspectiva social”. Se transita desde una regulación contractual privada bajo parámetros constitucionales a una conceptualización como un derecho social, con base en la dignidad, el efecto irradiativo de los derechos fundamentales a las relaciones privadas y el carácter de orden público de los contratos. El nuevo eje se compone por la consideración del derecho a la protección de la salud como un derecho integrado al sistema de seguridad social y ligado al principio de igualdad, estando excluida toda discriminación arbitraria en el acceso y goce del derecho.

ABSTRACT: This paper analyses the main constitutional case law on the safeguarding of the right to health protection in the private sub-system. It is stated that on the last years, the case law of the Constitutional Court has developed a change on the axis of reference in the constitutional meaning of this right, moving from an “individualistic/contractual” one to one on “social perspective”, where health, from a private contract regulation under constitutional parameters ; is conceptualized as a social right, based on dignity, the irradiation effect of fundamental rights towards private relations and the public order character of contracts; and comprising by the consideration of the right to health protection as a

* Trabajo recibido el 2 de enero de 2012 y aprobado el 20 de marzo de 2013.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Abogado. Magíster en Ciencia Política, Universidad de Chile. Diploma en Estudios Especializados en Derecho Público y Diploma en Estudios Avanzados, Universidad Autónoma de Barcelona. Magíster en Derecho Público, mención Derecho Constitucional, Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor de Derecho Constitucional en la en la Universidad Diego Portales y Universidad Católica Silva Henríquez. tjordan@ucsh.cl.

right integrated to the Social Security system and linked to the principle of equality, being excluded of any arbitrary discrimination on the access and enjoyment of the right.

PALABRAS CLAVES: Derecho a la protección de la salud, derechos sociales, eje referenciador.

KEY WORDS: Right to health's protection, social rights, reference axis.

TABLA DE ABREVIATURAS

FONASA: Fondo Nacional de Salud

INA: Inaplicabilidad

INC: Inconstitucionalidad

ISAPRE: Institución de Salud Previsional

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo analiza la principal jurisprudencia constitucional de tutela del derecho a la protección de la salud en el sub-sistema privado. Se sostiene que en los últimos años el Tribunal Constitucional ha desarrollado un cambio en el eje referenciador en la significación constitucional de este derecho, pasando desde un eje de corte “individual-contractual” a uno en “perspectiva social”. Se afirma que estamos frente al paso desde un sub-sistema fundado sólo en la libertad individual, regido por la autodeterminación contractual y sujeto a los parámetros constitucionales, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema; a un modelo de tensión entre libertad e igualdad, en el cual la salud es considerada un derecho social, redefiniendo la relación persona-Estado en materia de salud privada, exigiendo incorporar en el sub-sistema privado de salud el principio de solidaridad propio de la seguridad social.

Se afirma que el cambio del eje referenciador se ordena, primeramente, bajo tres elementos basales: la dignidad de las personas, el efecto de irradiación de los derechos fundamentales en la ley y en el contrato privado de salud, y la base de orden público de estos contratos. Conjuntamente, el contenido jurisprudencial del cambio se compone por el examen conjunto y tripartido del principio de igualdad, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social; donde la protección de la salud es incorporada al “sistema de seguridad social”, sistema compuesto por éste derecho y el derecho a la seguridad social, reconformando el contenido de ambos derechos; y estando prohibida toda discriminación arbitraria en el acceso y goce de las prestaciones de salud.

La investigación examina la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional de los últimos años, de modo de poder

realizar el estudio comparativo de las dos miradas constitucionales, y poder acreditar la diferencia de perspectivas. El trabajo desarrolla, primeramente, la consagración constitucional del derecho a la protección de la salud. Luego analiza la jurisprudencia de la Corte Suprema (la Corte) y, posteriormente, la del Tribunal constitucional (el Tribunal); cerrando el trabajo con un apartado de conclusiones.

2. LA CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

La Constitución consagra el derecho a la protección de la salud en el numeral 9º del artículo 19¹. Es un derecho fundamental social², y así lo ha declarado el Tribunal Constitucional³. No obstante, el derecho tiene dos miradas distintas. Una originaria, vinculada al modelo constitucional donde los derechos sociales no tenían la misma posición jurídica que los derechos de libertad⁴, sino que son

¹ Establece el artículo 19 Nº 9: “El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo. Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud. Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que deseé acogerse, sea éste estatal o privado”.

² Ver: JORDÁN (2007) pp. 194-202.

³ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 410-2004-INA, de 14 de junio de 2004, considerando 2 y siguientes; Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 977-2007-INA, de 8 de enero de 2008, considerando 12; Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 976-2007-INA, de 26 de junio de 2008, considerandos 22 y siguientes; Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1287-2008-INA, de 8 de septiembre de 2009, considerando 23.

⁴ La posición originaria más clara a su oposición a los derechos sociales como categoría jurídica la encontramos en uno de los principales artífices de la Constitución, el comisionado Jaime Guzmán Errázuriz. Éste, analizando la Declaración Universal de Derechos Humanos, efectúa una crítica a dicho texto por incorporar junto a los derechos que emanen de la naturaleza humana y que constituyen propiamente derechos (derechos de libertad), “pretensiones o aspiraciones sociales”, dependientes de la capacidad económica de las sociedades particulares y que no pueden exigirse su cumplimiento ante los tribunales de justicia. En esta línea, expresa el autor: “Pienso que llamar derecho a lo que son aspiraciones –muy legítimas, nobles y justas–, pero que no siempre se pueden satisfacer aunque haya la mejor voluntad de realizarlo, presenta el riesgo de que todo Estado y todo gobierno sea acusado por ello de no respetar los derechos humanos, privando entonces al juicio de todo valor efectivo o práctico. Además, al equiparar lo que cada persona puede disfrutar por el simple hecho de que nadie se lo entorpezca, con aquello que sólo se alcanzará según el grado de desarrollo de cada país, se introducen distorsiones que, en definitiva, conspiran contra la defensa eficaz de los derechos humanos propiamente tales”. Ver: ROJAS et al. (1995), p. 148.

consecuencia de la subsidiariedad del Estado, de modo que el otorgamiento de las prestaciones de salud está radicada preferentemente en las personas privadas, como ejercicio de la libertad para desarrollar cualquier actividad económica⁵, afincándose en las personas la facultad de elegir entre el sub-sistema público o privado.

Otra representación del derecho, y es la que sostenemos en este trabajo, es aquella que considera el derecho a la protección de la salud como un derecho social, y su examen debe realizarse bajo este paradigma de Estado de Derecho⁶. La Constitución ordena el derecho como un derecho complejo, componiéndose su contenido constitucional por esferas de libertad y de prestación (autodeterminación de las personas/inacción estatal y rol activo del Estado en el otorgamiento de determinados bienes y servicios).

El derecho consagra libertades personales y deberes del Estado⁷, prescribiéndose la relación persona/Estado desde dos perspectivas. Las personas que pueden otorgarse el bien salud por sí mismas, tienen el derecho-libertad de acceder a él, y se les reconoce a los privados la facultad de constituirse como prestadores o aseguradores de las acciones de salud. En estos casos el Estado tiene un rol regulador-fiscalizador, garantizando la ejecución del derecho por medio de la dictación de normas legales y administrativas, y el control de la actividad. En segundo término, y con relación a las personas que no pueden conferirse el bien, el Estado asume un rol activo y prestacional confiriéndolo, junto con el rol regulador-fiscalizador de este sub-sistema público⁸. No se debe olvidar que subyace en los derechos sociales un fundamento igualitario, con

⁵ Cruz-Coke Ossa sostiene que el derecho a la protección de la salud es expresión del principio de subsidiariedad estatal, por lo que el rol del Estado está sujeto a la acción privada. Sólo hay dos acciones propias del Estado: la promoción y la protección de la salud. El resto son posibles de realizar por los particulares, tales como las acciones de recuperación y rehabilitación de la salud. Ver: CRUZ-COKE (2009), pp. 430 y 431. En esta misma línea: VIVANCO (2006), pp. 287 y 288. Ver también: Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 976-2007-INA, de 26 de junio de 2008, considerando 38 y Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1287-2008-INA, de 8 de septiembre de 2009, considerando 39.

⁶ Ver: JORDÁN (2008) pp. 128-190, NOGUERA (2010) pp. 18-71; BASSA (2008) Capítulo III.

⁷ Para otras miradas de doble entrada de los derechos sociales como derechos de prestación y de libertad, ver también: BALDASARRE (2004) pp. 92-94; ABRAMOVICH Y COURTIS (2002) Capítulo I.

⁸ He clasificado los derechos sociales a dos grandes grupos: a) derechos sociales de libertad, y b) derechos sociales a la acción estatal. Se puede sub-catalogar esta clasificación de acuerdo a tres roles estatales: 1) derechos sociales de acción-prestación (derechos a la acción estatal), 2) derechos sociales de regulación (para los derechos de libertad y de acción estatal), y 3) derechos sociales de fiscalización (para los derechos de libertad y de acción estatal). Ver: JORDÁN (2008), pp. 44 y 45.

miras a la corrección de las desigualdades por medio de la adopción de acciones que permitan la realización material de las personas⁹.

La Constitución establece el derecho a la protección de la salud y no el derecho a la salud, debido a que el constituyente originario partió de la premisa que el Estado no está en condiciones de garantizar el pleno otorgamiento de los contenidos de la salud, y la plena ausencia de enfermedades¹⁰, por lo que se obliga a realizar acciones de tutela pero limitada a sus posibilidades.

El derecho a la protección de la salud es un derecho relacional. Se vincula a otros derechos, tales como la vida e integridad física, el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, el derecho a la seguridad social, el principio de igualdad. Especialmente se le enlaza con la vida, pues se ha entendido que por medio de la tutela de la salud las personas preservan su vida¹¹. La jurisprudencia constitucional lo ha entendido como el derecho al “máximo bienestar físico, mental y social unido al pleno desarrollo de las potencialidades personales y sociales”¹². Esta relación en el sistema de derechos, no obsta a la construcción constitucional de su propio contenido esencial que el legislador debe ejecutar y respetar.

En este contexto se ordena constitucionalmente el modelo de salud chileno. Se instituyó un modelo mixto. Existe un sistema de salud general compuesto por dos sub-sistemas, uno público y uno privado, que funcionan bajo lógicas diferentes. El primero es de carácter solidario y redistributivo. El segundo ha girado en torno a una razón individual-contractual y de seguro privado. Esta mixtura sistemática tiene un origen constitucional. El inciso 4º del numeral 9º expresa que las prestaciones de salud pueden ser otorgadas por entidades públicas o privadas, y en el inciso siguiente consagra la libertad de las personas para elegir el sistema de salud que deseen acogerse, sea público o privado. Este punto es el que hoy está en el centro del examen constitucional, y ha sido la jurisprudencia constitucional, y no la sede política constituyente, la que le ha otorgado una significación diferente que examinaremos en este trabajo.

⁹ Para un fundamento de los derechos sociales con base en el principio de igualdad, ver: JORDÁN (2008), pp. 47-49 y 52-54.

¹⁰ CEA (2004), pp. 308 y 309.

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1287-2008-INA, de 8 de septiembre de 2009, considerando 32.

¹² Sentencia Corte Suprema Rol N° 1316-2010, de 25 de febrero de 2010, considerando 2.

Al fundar el sistema en la ejecución de las acciones por entes públicos o privados, el constituyente originario no radicó exclusivamente el ejercicio del derecho en el Estado prestacional. Cada persona puede optar, de acuerdo a la Constitución, ingresar al sub-sistema público o sub-sistema privado. Esto al menos es en teoría, pues el acceso al sub-sistema privado está condicionado al pago de una prima de salud, la cual se determina por los riesgos asociados a la persona o sus cargas (riesgo entendido como frecuencia de uso del sistema). Ambos sub-sistemas funcionan bajo un sistema de cotizaciones obligatorias del 7% de las remuneraciones imponibles dispuestas por el legislador que puede ser enteradas a la entidad estatal, el Fondo Nacional de Salud (FONASA) o a una administradora privada, llamadas Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE)¹³.

Bajo esta premisa mixta se ejercen las libertades personales. Las libertades se expresan en el derecho de las personas de acceder “libre e igualitariamente” a las acciones de salud (promoción, protección, recuperación y rehabilitación). Ubican a la persona en una posición jurídica de autodeterminación y al Estado en un deber de inhibición con miras a impedir el entorpecimiento de tal ejercicio, pero también debiendo garantizarlo. Este acceso libre e igualitario se refiere a las prestaciones de salud, sean que se presten por instituciones públicas o privadas. La libertad consagrada en el inciso final de numeral 9º instala el derecho a elegir el sistema de salud, sea público o privado (entidades de aseguramiento). La libertad excluye las regulaciones sanitarias que sitúen a las personas en una posición de tener que dejar el sistema privado, vedando la concurrencia de cambios unilateralmente pactados que impidan al cotizante perseverar en el sub-sistema privado¹⁴. En breve, tenemos 3 libertades nucleares: de acceso a las acciones de salud; de acceso a las prestaciones por medio de entidades públicas o privadas, y el derecho a elegir el sub-sistema de salud.

El Estado, no obstante la pretensión original entregar el sistema de salud a lo privado, tiene un rol relevante. Debe garantizar el acceso libre e igualitario a las acciones de salud y de la ejecución de ellas¹⁵. La entidad estatal otorga las

¹³ El sub-sistema privado de salud nació a partir del Decreto Ley N° 3.500 de 1980 que dispuso la cotización obligatoria del 7% (artículos 84 y 92).

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1213-2008-INA, de 16 de septiembre de 2008, considerando 58; Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 976-2007-INA, de 26 de junio de 2008, considerando 65.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1710-2010-INC, de 6 de agosto de 2010, considerandos 114-119.

prestaciones por medio de políticas y está encargada de la administración de los recursos financieros del sistema. El Tribunal Constitucional ha afirmado la relevancia de 3 deberes del Estado: a) el deber de garantizar el acceso libre e igualitario a las acciones de salud; b) el deber de supervigilar el sistema de salud (control de las acciones); c) el deber de garantizar la ejecución de las acciones de salud¹⁶.

Los deberes ubican a la entidad estatal en una posición de sujeto pasivo del derecho (imperativo de cumplimiento del objeto del derecho), pero de manera genérica, no fijándole en el enunciado normativo los contenidos concretos de la o las acciones u omisiones a realizar. Estos deberes son “preferentes”. El Estado es el principal responsable, teniendo un imperativo prioritario y preeminente. No puede dejar de ejecutarlos ni poner en riesgo la factura de tales acciones. Se le establece, además, el deber de “garantizar”, debiendo conceder la seguridad o certeza que las acciones se realizarán, de modo que el titular del derecho pueda gozar de las prestaciones de salud¹⁷.

La cotización en salud también es un rasgo particularizador del modelo de salud. Es una exacción pecuniaria de origen constitucional, que habilita al legislador para disponerla (la ley “podrá establecer cotizaciones obligatorias”). El legislador, puede o no fijar la cotización y su porcentaje, afirmando que ésta, no es por mandato constitucional obligatoria, sino voluntaria. La cotización la ordena el legislador, pero a diferencia de un tributo que va a fondos generales de la nación o un gravamen especial¹⁸ que puede ser impuesta a un particular para beneficio del Estado o de un particular, la cotización se extrae del privado, facultándolo al mismo tiempo para destinarla a un fondo público (FONASA) o privado (ISAPRES), cambiando su contenido jurídico, según sea su destino. La destinación al sub-sistema público le otorga el carácter de cotización “tradicional”, yendo a un fondo común de carácter redistributivo y solidario, pero si se orienta al sub-sistema privado, ésta se instituye como una prima de seguro, rigiéndose por criterios de compensación de riesgos y no de redistribución según necesidad.

¹⁶ Ibíd. considerandos 120-122.

¹⁷ Ibíd.

¹⁸ La Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1295-2008-INA, de 6 de octubre de 2009, considerando 91, definió un gravamen especial como “*cualquier medida desfavorable impuesta por el legislador, directamente o autorizando a la Administración a hacerlo, que deba soportar todo particular que se desenvuelva en un sector económico determinado, a favor del Estado o de otro particular, sin que conlleve una indemnización*”.

3. EL CAMBIO DEL EJE REFERENCIADOR A PARTIR DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El sub-sistema privado ha sido objeto de una judicialización en los últimos años¹⁹. El sistema de seguros privados se ha enfrentado a la radicación en sede judicial de sus reajustes de los planes. Las formas de reajustar un plan son básicamente tres: 1) un ajuste automático al estar pactados en Unidades de Fomento (UF)²⁰; 2) un reajuste anual de acuerdo a variaciones generales del sistema privado, el alza de las costos generales de éste, de los costos médicos, el alza de los tratamientos y de las tecnologías, y 3) un reajuste quinquenal de acuerdo al sexo y edad de los beneficiarios del sub-sistema privado, por medio de la elaboración de tablas de factores que fijan las distintas ponderaciones según las dos variables señaladas²¹. La judicialización de la salud privada se ha dado en dos de estos campos: en el reajuste anual y en lo relacionado por el alza por la tabla de factores. La reforma de salud se pensó como una reforma institucional que permitiría dar objetividad al alza de los planes, evitando las diferenciaciones arbitrarias realizadas por las ISAPRES. La realidad ha dado cuenta de un aumento de las acciones de protección (plan base y tabla de factores) y acciones de inaplicabilidad (tabla de factores) con la consecuencial acogida de éstas por el Tribunal Constitucional²².

El proceso de judicialización del sub-sistema privado ha permitido el cambio en el eje referenciador del derecho a la protección de la salud en Chile²³. Los exámenes jurisprudenciales en sede del Tribunal Constitucional de los últimos años (desde el año 2008) han otorgado una nueva sustancialidad al derecho, alejándolo de los criterios originarios (de relaciones exclusivamente contractuales privadas y fundadas en el principio de subsidiariedad del Estado), haciéndolos

¹⁹ Para un examen sobre la justiciabilidad de los derechos económicos sociales y culturales en Chile, y en particular sobre el derecho a la protección de la salud, ver: FIGUEROA (2009) y FIGUEROA (2009a).

²⁰ La Unidad de Fomento es un sistema de reajustabilidad calculado de acuerdo a la inflación, autorizado por el Banco Central de Chile de acuerdo al artículo 35 N° 9 de la Ley Orgánica Constitucional del Banco Central N° 18.840.

²¹ Las actuales tablas de factores fueron derogadas por el Tribunal Constitucional en la Sentencia Rol N° 1710-2010-INC, de 6 de agosto de 2010 por vulnerar el principio de igualdad (artículo 19 N° 2), el derecho a la protección de la salud (artículo 19 N° 9) y el derecho a la seguridad social (artículo 19 N° 18). Esto se examinará particularmente en el punto 3.2 de este trabajo.

²² Para un examen descriptivo de toda la reforma de salud, ver: NANCUANTE Y ROMERO (2008).

²³ Una posición crítica a este cambio de giro en el modelo del derecho a la protección de la salud, ver: VIVANCO (2010) pp. 146-160; MARTÍNEZ (2010) pp. 146-159.

girar progresivamente, desde un modelo individual-contractual a un modelo que denomino en “perspectiva social”.

El modelo “individual-contractual” de salud privada lo defino como aquel que tiene como elemento medular la autonomía o autodeterminación contractual de las personas, en un sistema de seguro individual, ordenado bajo parámetros de compensación de riesgos entre afiliados y beneficiarios, sujeto a un estándar constitucional habilitante-limitador y legal normador de la relación privada. A su vez, la “perspectiva social” es aquella que considera a la persona como centro medular del orden constitucional-legal y garantiza el pleno respeto, tutela y promoción de todos los derechos constitucionales, buscando la realización material de las personas (bien común) desde una fundamentación igualitaria sustancial. El rol de la persona y del Estado se definen por el principio de contribución persona/Estado²⁴, donde la intervención del Estado no está regida por un criterio rígido y preconstitucional (como el principio de subsidiariedad), sino bajo criterios de “necesidad de intervención”, evaluado deliberativamente por el legislador democrático con sujeción estricta al contenido constitucional de los derechos.

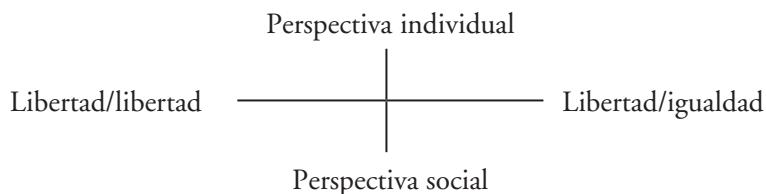
La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha orientado hacia este tópico. Ha reordenado la relación persona/Estado, estableciendo que las libertades (de las ISAPRE y los beneficiarios) se ejercen conjuntamente con un rol preponderante del Estado en la tutela de los derechos, considerándolo como un imperativo “preferente”, enlazando la salud con el derecho a la seguridad social, erigiendo, en consecuencia, un sistema de seguridad social de doble entrada: salud y seguridad social propiamente tal; todo, bajo un fundamento igualitario, configurado desde el principio de igualdad, quedando excluida toda discriminación de acceso y goce del derecho que sea arbitraria, es decir, que no cumpla con el estándar de justificación razonable en la intromisión de diferencias normativas.

Las normas legales que vulneran esta reordenación persona/Estado han sido consideradas contrarias a la Constitución²⁵. Se puede afirmar el paso desde un modelo regido por los principios de libertad/libertad, es decir, de primacía de la libertad individual para tomar las decisiones de acceso y mantención en el sub-sistema público o privado, y un rol del Estado, preferentemente de inhibición, y que permita el desarrollo, lo más amplio posible, de tales libertades,

²⁴ Para el Principio de Contribución, ver: JORDÁN (2011) pp. 562-571.

²⁵ Ver: Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1710-2010-INC, de 6 de agosto de 2010.

en particular la contractual; a un modelo de libertad/igualdad, donde la libertad de los privados no puede pugnar con los criterios igualitarios de acceso y mantención en el sistema privado, recayendo en la ISAPRE y preferentemente en el Estado, el garantizar el acceso libre e igualitario y conservar las posiciones de equivalencia entre los beneficiarios del sub-sistema. Un diagrama explicativo sería el siguiente:



Esta nueva representación del derecho nos muestra que las relaciones entre privados (ISAPRE y beneficiarios) en materia de salud se ordenan como “relaciones de fundamentalidad”. Se funda en el artículo 6º inciso 2º de la Constitución. El ordenamiento jurídico está formado de manera concéntrica, ubicándose en el centro de este esquema la Constitución, pero cuyo contenido se expande a las diversas áreas o campos jurídicos, produciéndose relaciones multidimensionales entre el texto fundamental y los campos jurídicos específicos. Las relaciones de fundamentalidad entre los particulares exigen, por expreso mandato de la Constitución, que los privados respeten los derechos fundamentales en sus vínculos contractuales. Toda relación privada está ligada a los derechos fundamentales (el legislador como desarrollador de éstos), por lo que éstas deben adecuar su realización a los parámetros constitucionales. Los privados se sitúan en una posición negocial donde acuerdan (por regla general de manera simétrica) el contenido de esa relación (derechos y obligaciones), pero tales ubicaciones autónomas tienen imperativos normativos basados en el arreglo piramidal del ordenamiento²⁶, por lo que se parte de la premisa que no es posible considerar la aceptación de relaciones privadas que transgredan la normativa a la cual las normas reguladoras de dicha voluntad se deben sujetar.

No es posible aceptar como procedentes los acuerdos privados inconstitucionales. Esto se expresa con mayor claridad en el ámbito de los derechos sociales, donde las relaciones están marcadas en un sistema mixto de libertad individual y un rol preponderante del Estado, y relaciones asimétricas entre los privados

²⁶ KELSEN (2003), pp. 44-70.

contratantes. En las relaciones laborales, educacionales o de salud, entre otras, la Constitución reconoce un alto grado de autonomía a las personas para otorgarse determinados bienes y servicios sociales, pero donde los bienes jurídicos en juego son de orden social (no meros bienes económicos), con un fundamento igualitario correctivo de origen constitucional, por lo que éste imperativo igualador exige al Estado velar por la sujeción de la voluntad privada al estándar constitucional. Las relaciones entre privados se instituyen como relaciones privadas pero irradiadas por los derechos fundamentales, de modo que son, al mismo tiempo, relaciones privadas y relaciones constitucionales²⁷.

3.1. La jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema: la relación de fundamentalidad del contrato privado de salud, la consideración de la protección de la salud como un servicio público y la interdicción de la arbitrariedad en la modificación contractual como elementos configuradores de la perspectiva individual-contractual de salud

Fundado en la Constitución, la ley instituye un sistema privado regulado bajo la libertad contractual entre la persona y la Institución de Salud Previsional. Esta relación privada, al estar vinculada a un derecho constitucional, no se ordena como una relación contractual típica, sino que como una vinculación “afectada directamente a la Constitución”, donde las normas reguladoras y el contrato son de orden público²⁸. Las ISAPRES y las personas naturales celebran contratos regidos por la autonomía de la voluntad y la normativa legal regulatoria. Éstos se anexan al acervo de los sujetos, germinando derechos que les permiten exigir el otorgamiento de ciertas prestaciones en consideración a los términos del propio contrato y los límites que la norma legal y reglamentaria imponen a la autodeterminación.

La jurisprudencia de la Corte Suprema ha desarrollado el derecho a la protección de la salud en su dimensión privada en razón de: a) la afirmación del carácter privado del contrato de salud; b) la irradiación de los derechos fundamentales a la relación contractual y la consideración de la protección de la salud como un servicio público que puede ser otorgado por los particulares, y c) la interdicción de la arbitrariedad ante la habilitación legal para alzar los planes de salud privados. La Corte sostiene que el contrato privado sólo puede realizarse

²⁷ JORDÁN (2008a), pp. 263-274.

²⁸ Sentencia Corte Suprema Rol N° 305-2011, de 14 de febrero de 2011, considerando 4.

con sujeción al estándar constitucional, considerando la protección de la salud como “servicio público” que puede ser desarrollado por los privados y que exige la no arbitrariedad en el alza de los planes.

a) La afirmación del carácter privado del contrato de salud

Esta aseveración puede presentarse como una mera obviedad, pero para el examen investigativo y la reafirmación del cambio de eje referenciador se establece como un imperativo explicativo, sobre todo cuando la Corte Suprema ha entendido el contrato privado como uno que sólo puede ser comprendido y ejecutado en su ligazón con la Constitución. La Corte sostiene que no es posible acoger un recurso de protección que pretende impugnar lo dispuesto en el propio contrato, pues significaría alterar la libertad contractual, “*impidiendo que se produzcan todos los efectos vinculados al acto realizado y que están reconocidos por el ordenamiento jurídico que le es atingente*”²⁹; afirmando que se debe tener en cuenta lo pactado por las partes, y no necesariamente en lo establecido en la norma legal, a la cual no es necesario recurrir para validar su actuación³⁰.

La relación contractual delimita el ámbito de contenido, temporalidad y espacialidad de la tutela del derecho. La Corte sostiene la imposibilidad de extender la cobertura a prestaciones que no se encuentran incorporadas en los contratos. Lo ha afirmado con relación a las coberturas catastróficas, donde ésta procede con sujeción a la normativa reglamentaria y contractual que regulan las condiciones de procedencia de esta cobertura adicional³¹. Ésta no se puede ampliar a una prestación que está excluida del contrato de salud, y a la cual la ISAPRE sólo accede por el periodo de tiempo que dura el contrato. No es posible consentir a ella bajo el sostén argumental de que la cobertura de la ISAPRE es mayor a la del sistema público de salud en la modalidad libre elección, no pudiendo dejar en posición de desprotección al afiliado³². Ha resuelto que el término del convenio con los prestadores preferentes conlleva el “*término de aquellos planes de salud que descansan en esos convenios*” de acuerdo a lo dispuesto en los propios contratos de salud, en un acápite relativo a las condiciones y características de

²⁹ Sentencia Corte Suprema Rol N° 7292-2010, de 18 de octubre de 2010, considerando 7.

³⁰ Ibíd., considerando 7.

³¹ Sentencia Corte Suprema Rol N° 8013-2010, de 13 de diciembre de 2010, considerando 5.

³² Sentencia Corte Suprema Rol N° 7416-2010, de 22 de noviembre de 2010, considerando 4; Sentencia Corte Suprema Rol N° 7202-2010, de 8 de noviembre de 2010, considerando 7.

este tipo de contratación; subordinándose tal cláusula contractual a la supervivencia del convenio suscrito entre la ISAPRE y el prestador preferente, “en razón de que son precisamente dichos acuerdos los que permiten la existencia de esa clase de planes”³³.

Igual razonamiento se expresaba en las sentencia de protección sobre el reajuste por sexo y edad hasta antes del cambio jurisprudencia derivado por la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1710-2010-INC (de 6 de agosto de 2010). La Corte Suprema afirmaba que tal reajuste no es ni ilegal ni arbitrario debido al carácter privado del contrato. Utiliza para la inmutabilidad contractual lo que denominamos el “principio de realización de todos los efectos del contrato” y la ejecución de la “regla de ajuste y no de adecuación de los contratos”. La jurisprudencia afirmó la necesidad de que los contenidos contractuales se ejecuten y produzcan los resultados en ellos dispuestos. La autonomía contractual no podía verse afectada por una pretensión de impugnación del contrato, debiendo producir “todos los efectos vinculados al acto realizado y que están reconocidos por el ordenamiento jurídico que le es atingente”³⁴. La regla de ajuste se compone por la existencia de un mecanismo de reajuste dispuesto en los planes de salud de todas las ISAPRES, conformado por factores objetivos como el sexo y la edad del cotizante y el beneficiario, y que es conocida por los contratantes antes y al momento de contratar³⁵.

b) La irradiación de los derechos fundamentales a la relación contractual y la consideración de la protección de la salud como un servicio público que puede ser otorgado por los particulares

La relación contractual privada se debe sujetar al parámetro constitucional general, pero particularmente al derecho a la protección de la salud. Esta sujeción sitúa al contrato de salud en situación de definir la relación entre Constitución, ley y contrato de salud. El contrato privado, no obstante tener una germinación en la esfera de la autodeterminación, se funda en la Constitución. La Corte Suprema afirma que el contrato se funda y ejecuta el derecho constitucional, lo cual instituye a la protección de salud como un “servicio público” que puede ser

³³ Sentencia Corte Suprema Rol N° 7746-2010, de 8 de noviembre de 2010, considerando 4; Sentencia Corte Suprema Rol N° 3197-2010, de 7 de junio de 2010, considerando 4.

³⁴ Sentencia Corte Suprema Rol N° 4881-2010, de 24 de septiembre de 2010, considerando 8.

³⁵ Sentencia Corte Suprema Rol N° 8840-2010, de 30 de noviembre de 2010, considerando 3.

conferido por los particulares (ISAPRES) bajo la limitación de respeto al contenido constitucional de éste.

La jurisprudencia afirma que la relación ISAPRE/afiliado no es posible regirla únicamente por la regulación privada, sino que su normativa debe ordenarse por los parámetros constitucionales³⁶. El Estado debe garantizar el acceso al derecho constitucional sanitario en un área donde los contratos privados son dirigidos y de adhesión, pudiendo colisionar la autonomía contractual con dicho deber. El derecho fundamental limita la autodeterminación, estando vedadas aquellas situaciones que impidan el acceso en plenitud al derecho. Las acciones de salud no son prestaciones meramente privadas, sino que al estar vinculadas al derecho constitucional, se disponen como un “servicio público desarrollado por los particulares”³⁷. En la Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 566-2011 sostuvo:

“Que, en este orden de ideas, la declaración de inconstitucionalidad representa una alteración al marco jurídico del contrato de salud, lo que obliga a que los efectos posteriores del contrato deban adecuarse a ese cambio, puesto que, al estar frente a contratos en que se encuentre mitigado el principio de autonomía de la voluntad, cuyas normas son de orden público, por cuanto se trata de una actividad de servicio público, en el sentido material y tradicional del término, las modificaciones al estatuto normativo que lo rige producen efecto in actum, tanto para los contratos antiguos como los futuros”³⁸.

La participación en dicho servicio público (concepto abierto e indeterminado debido a que la Corte no le fija contenido constitucional), no puede implicar la imposición de condiciones que afecten el “legítimo ejercicio de un derecho esencial” como la protección de la salud. Expresa la Corte:

“(…)De este modo, no es aceptable invocar por uno de los contratantes la autonomía de la voluntad para defender estipulaciones o el simple uso de una facultad que la legislación les ha entregado si, en los hechos, significará para la contraparte no acceder con plenitud a un derecho que le está garantizado por la Carta Fundamental, puesto que se está ante un

³⁶ Sentencia Corte Suprema Rol N° 8837-2010, de 28 de enero de 2007, considerando 7.

³⁷ Sentencia Corte Suprema Rol N° 4772-2010, de 15 de septiembre de 2010, considerando 8; Sentencia Corte Suprema Rol N° 10137-2010, de 28 de febrero de 2011, considerando 7; Sentencia Corte Suprema Rol N° 10094-2010, de 28 de febrero de 2011, considerando 5. Todas estas sentencias son de fecha posterior al 6 de agosto de 2010, fecha de publicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1710-2010-INC, de 6 de agosto de 2010.

³⁸ Sentencia Corte Suprema Rol N° 566-2011, de 17 de febrero de 2011, considerando 11.

contrato doblemente limitativo de la autonomía de la voluntad del afiliado, por tratarse de un acuerdo por adhesión y dirigido³⁹.

La Corte reconoce, en consecuencia, dos niveles en la relación: el nivel constitucional y el legal-reglamentario-contractual. El primero compuesto por la afirmación que el sub-sistema privado de salud se funda en las normas constitucionales, y que el Estado tiene el deber de garantizar el acceso a las prestaciones de salud. La dimensión legal-reglamentaria-contractual privada sólo procede por la habilitación constitucional para la ejecución de un servicio público que limita la autonomía contractual cuando impida el acceso al derecho constitucional, afectado su ejercicio. El contrato se realiza sólo a partir del derecho fundamental y, sujetándose al estándar constitucional, produce todos los efectos privado-contractuales. Se ha constitucionalizado la relación privada y ha definido el contenido de la protección de la salud como servicio público que, por expresa configuración constitucional, puede ser conferido por el Estado o los privados. El parámetro de comparación de las normas legales regulatorias, como el contrato mismo, es la Constitución, y en particular el derecho a la protección de la salud. Lo anterior conlleva la redefinición del derecho como un servicio público.

La Corte publifica la relación. La configura desde la Constitución. El examen anterior obliga a una distinción, referida a que la Corte al diferenciar entre lo constitucional y contractual, para luego vincular ambas esferas, lo que hace es reconocer el arreglo privado-individual del contrato, pero lo sujeta a un estándar ya no meramente legal, sino constitucional. La Corte en sus sentencias afirma la dimensión individual-contractual de la relación privada de salud ampliando el nivel vinculatorio, del legal al constitucional.

c) La interdicción de la arbitrariedad ante la habilitación legal para alzar los planes de salud privados: El juicio de razonabilidad como no arbitrariedad

El contrato privado afectado por la Constitución obliga a las ISAPREs a someterse al estándar del artículo 20 sobre el recurso de protección. La exigencia de cumplimiento de estándares constitucionales las ubica en una situación jurídica de sujeción a la interdicción de la arbitrariedad exigida por los presupuestos del recurso de protección, en particular, en el reajuste anual del plan base de salud.

³⁹ Sentencia Corte Suprema Rol N° 10137-2010, de 28 de febrero de 2011, considerandos 6 y 7; Sentencia Corte Suprema Rol N° 10094-2010, de 28 de febrero de 2011, considerandos 5-7.

El artículo 20 establece que procederá la tutela de los derechos ante una acción e ilegal o arbitraría. La ley habilita a las ISAPRE⁴⁰ a reajustar los planes de salud, por lo que ante una situación de este tipo, no nos encontramos ante un acto ilegal, pero, la permisión normativa de reajuste exige a las ISAPRE “fijar” el contenido del reajuste. Es esa operación de justificación del reajuste la que la Corte Suprema ha considerado que no cumple con el imperativo de no arbitrariedad, descartando las razones que tales instituciones han hecho concurrir. Estima que las ISAPRE han procedido arbitrariamente en la modificación del plan de salud, debido a que los argumentos que invocan carecen de la “razonabilidad” exigida por la Constitución para que tales variaciones no sean consideradas arbitrarias, estimándose vulnerado el derecho de propiedad que nace del contrato de salud al producirse una disminución del patrimonio como consecuencia del alza. Se dispensa a la propiedad una significación amplia. Esta extensión de significación ha llevado a proteger el derecho por conexión, por medio de la propiedad de las personas sobre su “patrimonio”, construcción jurídica abstracta y de alto efecto expansivo, estimándose como criterio jurisprudencial que toda vulneración a algún aspecto del patrimonio representa un quebrantamiento al derecho de propiedad. Se produce una vulneración en aquellos casos en que se niegue el reconocimiento de tales derechos o se produzca un perjuicio pecuniario que signifique una disminución material del patrimonio. De igual manera, la tutela por vía propietaria ha recaído en las cláusulas de los contratos que regulan la salud y los derechos que de ellos emanan⁴¹.

La Corte Suprema en reiterados fallos, entre otras, las Sentencias Roles N°s. 824-2010, 6915-2010, 6400-2008, 6317-2010, 6271-2010, 7799-2010, 4404-2010, 6264-2010, 7686-2010, 7486-2010, 8480-2010, 8421-2010, 9444-2010, 9844-2010, 10001-2010, 305-2011; exige que las justificaciones que motivan la modificación contractual con relación a la modificación del precio base sea razonable para el cumplimiento del estándar del art. 20 de la Constitución. Expresa el considerando 1º de la Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 824-2010: “*Que como ha sostenido esta Corte en numerosos fallos sobre la materia, la facultad revisora de la entidad de salud exige una razonabilidad en sus motivos (...)*”; el 3º de la Sentencia de la Corte Suprema Rol N° 6400-2008: “*Que, en consecuencia, debe*

⁴⁰ La norma habilitatoria para el reajuste anual de los planes de salud es el artículo 197 inciso 3º del D.F.L. N° 1/2005 del Ministerio de Salud.

⁴¹ Ver: JORDÁN (2008), pp. 169-179.

entenderse que la recurrida admite que su facultad, si bien no aparece reglada, exige una razonabilidad en sus motivos, esto es, que la revisión responda a una variación de los precios de las prestaciones cubiertas por el plan”; el 3º de las sentencias de la Corte Suprema Roles N°s. 6915-2010, 6317-2010 y 6271-2010: “Que ha de entenderse que la referida facultad revisora de la entidad de salud exige una razonabilidad en sus motivos, esto es, que la revisión responda a cambios efectivos y verificables de los precios de las prestaciones cubiertas por el plan”.

La facultad de revisión anual en el precio base, no obstante ser una facultad legal, no es discrecional, exigiéndose razonabilidad. Requiere de razones que la sustenten, las cuales se sostienen en la concurrencia de ciertos elementos que permiten concluir que es procedente la modificación y que denominamos el “juicio de razonabilidad”.

El “juicio de razonabilidad” es el razonamiento constitucional realizado por la Corte para determinar la procedencia de la modificación contractual, de modo que si no concurre, la alteración contractual debe ser considerada arbitraria y, por ende, contraria a la Constitución. El juicio es la operación de examinación de las motivos, efectivos y verificables, que deben explicitar detalladamente las ISAPRE para que el reajuste anual en el plan particular, sea procedente y no considerado arbitrario; y la constatación de la concurrencia de los nuevos cambios en los tratamientos o en las tecnologías aplicadas que “modifiquen efectiva y sustancialmente las respectivas prestaciones”⁴².

A partir de lo anterior, el juicio de razonabilidad, con base a estas sentencias, se ordena en dos niveles: 1) los presupuestos del juicio, y 2) los elementos del juicio.

1. Los presupuestos del juicio de razonabilidad

La Corte Suprema y las cortes de apelaciones han exigido que las modificaciones contractuales relativas al plan base deben tener en consideración que el contrato de salud contiene normas de “orden público y jerarquía constitucional las prestaciones de un bien como la salud” y, que tales alteraciones sean “excepcionales”⁴³.

Que las normas contractuales sean de orden público, se refiere a que los contratos de salud contienen elementos que son indisponibles para las partes, en razón

⁴² Sentencia Corte Suprema Rol N° 6400-2008, de 21 de octubre de 2008, considerando 3.

⁴³ Sentencia Corte Suprema Rol N° 824-2010, de 4 de febrero de 2010, considerando 1; Sentencia Corte Suprema Rol N° 6915-2010, de 4 de octubre de 2010, considerando 4.

a que regulan un derecho fundamental, como lo es el derecho a la protección de la salud, de modo que la regulación legal de dicho derecho, como también los contratos en particular, deben tener como medida el derecho consagrado en la Constitución Política. Es por eso que la Corte afirma, y como hemos indicado en esta investigación, que tienen “*jerarquía constitucional las prestaciones de un bien como la salud*”⁴⁴.

La Corte exige, además, que la modificación del plan base sea “*excepcional*”, debiendo entenderse el ejercicio de las facultades modificatorias de manera “*restrictiva*”. Concibe que el carácter de excepción de la facultad es consecuencia de las posiciones diferenciadas en que se encuentra la ISAPRE y el afiliado, por cuanto éste se enfrenta a una facultad que profundiza la relación asimétrica ISAPRE/afiliado, ubicándose la ISAPRE en una posición preferente, por lo que ante tal circunstancia es necesario rectificar tales posiciones, invocando el carácter limitado de la potestad de seguro privado. La Corte ha señalado el “*carácter extraordinario de la facultad de la ISAPRE y la particular situación en que se encuentran los afiliados a un plan frente a la nombrada Institución a la hora de decidir si se mantienen o no las condiciones de contratación*”⁴⁵, afirmando que es “*extraordinario el carácter de esta facultad de la recurrida, por lo que ella ha de ser aplicada restringidamente, a fin de evitar su abuso, atendida la especial situación en que se encuentran los afiliados a un plan frente a la ISAPRE*”⁴⁶.

A partir de dicha relación asimétrica, el razonamiento tiene por objeto resguardar los intereses de los dos sujetos jurídicos involucrados. Por un lado, el legítimo interés económico de la ISAPRE de ajustar los planes a las variaciones en sus costos operativos; y, por el otro, tutelar los derechos y la situación de no equivalencia en la que se encuentran los afiliados, quienes no pueden verse expuestos a tales alzas sino es por una alteración “*objetiva y esencial*” de las prestaciones que pueda afectar a todo un sector de afiliados, o al menos a todos los que contrataron un mismo plan, sin perjuicio del derecho de los particulares de modificaciones de las condiciones particulares, si así lo convienen⁴⁷.

⁴⁴ Sentencia Corte Suprema Rol N° 824-2010, de 25 de enero de 2010, considerando 2.

⁴⁵ Ibíd., considerando 3.

⁴⁶ Sentencia Corte Suprema Rol N° 6400-2008, de 21 de octubre de 2008, considerando 4.

⁴⁷ Sentencia Corte Suprema Rol 824-2010, de 25 de enero de 2010, considerando 3; Sentencia Corte Suprema Rol N° 6400-2008 de 21, de octubre de 2008, considerando 4, Sentencia Corte Suprema Rol N° 6915-2010, de 16 de septiembre de 2010, considerando 5.

2. Los elementos del juicio de razonabilidad

Para la Corte Suprema el cambio procederá de manera extraordinaria cuando sea “justificado”, es decir, cuando existan razones para tal modificación. La justificación para la procedencia se prescribe como el elemento nuclear de las modificaciones y, por ende, del juicio de razonabilidad. La justificación se vincula a la no arbitrariedad. El artículo 19 Nº 2 de la Constitución establece: “*Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias*”. La Corte ha afirmado la no arbitrariedad relacionándola con algún “*motivo justificado para el alza del precio de los planes*”, concurriendo la arbitrariedad cuando: a) no se invoquen motivos, o b) invocándose motivos, éstos no tienen la densidad suficiente como para acreditar la procedencia del alza. En ambas situaciones nos encontraremos con una acción arbitraria y vulneradora de los derechos fundamentales.

La Corte Suprema considera que el cambio será justificado y, por ende, razonable, cuando: a) la variación responda a cambios efectivos y verificables⁴⁸, y b) que se demuestre la procedencia del cambio de “manera cabal, pormenorizada y racional”⁴⁹.

En primer lugar, los cambios deben ser reales, que sean existentes, y que permitan diferencias entre las circunstancias anteriores y actuales, debiendo la ISAPRE verificar la concurrencia de tales cambios o variaciones. Pero no basta únicamente que el cambio sea real, sino que la Corte utiliza un estándar mucho más alto y es que ese cambio se acredite de manera “cabal, pormenorizada y racional”. La ISAPRE debe acreditar latamente cómo y de qué manera concurrieron los cambios y cómo y de qué manera se nos permite comprender y considerar la variación del precio base.

Este alto estándar es explicado al establecer que la variación “*sólo resultará legítima por una alteración objetiva y esencial de las prestaciones, apta para afectar a todo un sector de afiliados o, a lo menos, a todos los que contrataron un mismo plan*⁵⁰” y que estemos en presencia de un “*cambio efectivo y plenamente comprobable del*

⁴⁸ Sentencia Corte Suprema Rol Nº 6915-2009, de 16 de septiembre de 2010, considerando 3; Sentencia Corte Suprema Rol Nº 824-2010, de 25 de enero de 2010, considerando 1.

⁴⁹ Sentencia Corte Suprema Rol Nº 6915-2009, de 16 de septiembre de 2010, considerando 4; Sentencia Corte Suprema Rol Nº 824-2010, de 25 de enero de 2010, considerando 2.

⁵⁰ Sentencia Corte Suprema Rol Nº 824-2010, de 25 de enero de 2010, considerando 3; Sentencia Corte Suprema Rol Nº 6915-2009 considerando 5.

*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 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*⁵¹. A la variación real, detallada y acreditada de los cambios, la Corte agrega que el cambio debe ser efectivo, verificable y alterar sustancialmente sus costos. Esto último es relevante. El cambio sólo será procedente cuando el cambio en los costos sea sustancial, de modo que en cada caso objeto de análisis se debe examinar si la serie de argumentos de costos esgrimidos permitirían o no la variación.

3.2. El Tribunal Constitucional y el cambio en el eje referenciador de la salud privada: hacia un cambio en la sustancia del contenido del derecho a la protección de la salud

La Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 976-2007-INA, que acogió la primera inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la tabla de factores de riesgo⁵², da cuenta de la colisión entre las dos visiones del modelo de salud chileno: la del voto mayoritario, que bosquejó la tesis del cambio del eje referenciador, y la del voto minoritario⁵³, que representó la mirada tradicional. Esta última afirmó que los contratos de salud son contratos dirigidos, donde los privados otorgan determinados bienes fundados en el principio de subsidiariedad del Estado, entidad que hace dejación de la provisión de tales bienes a favor de los privados. Sostiene que en una economía social de mercado el Estado deja de producir ciertos bienes para que los provean los particulares “*por precio y ganancia, aunque regulada*”, existiendo en consecuencia: a) la no obligación del Estado de proveerlos, y b) la habilitación a los privados para su otorgamiento⁵⁴. El voto afirma que el particular debe y tiene derecho a obtener beneficios económicos de la prestación de salud, de modo que si no se les permite aumentar los precios, nadie se interesaría por prestarlos privadamente, cuestión que re-

⁵¹ Sentencia Corte Suprema Rol N° 6915-2009, de 16 de septiembre de 2010, considerando 6; Sentencia Corte Suprema Rol N° 6400-2008, de 21 de octubre de 2008, considerando 5º; Sentencia Corte Suprema Rol N° 824-2010, de 25 de enero de 2010, considerando 3, considerando 4.

⁵² Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 976-2007-INA, de 26 de junio de 2008.

⁵³ Ministros, Sres. Juan Colombo Campbell, Raúl Bertelsen Repetto y Jorge Correa Sutil (C-B-C).

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 976-2007-INA, considerando 2 del voto de minoría C-B-C.

sulta necesaria “para satisfacer derechos constitucionales”⁵⁵, circunscribiéndose el deber del Estado únicamente a garantizar el “acceso” a las acciones de salud⁵⁶. El modelo sintético expresado por la minoría se conforma por la autonomía privada, el rol inactivo del Estado salvo en la garantía de acceso, la regulación legal del sub-sistema, la relación precio/ganancia privada del seguro.

De esta formulación hace dejación el Tribunal. A partir de dicha sentencia visualiza un modelo de salud privado bajo una nueva orientación. Los criterios constitucionales del modelo privado no sólo van a disponer las reglas de éste y la sujeción a la Constitución y a la ley, sino que irá fijando los elementos constitutivos del propio modelo de salud chileno. El derecho a la protección de la salud ha sido objeto de revisión desde el enjuiciamiento del sub-sistema privado, enfrentándonos a un proceso de re-significación privada expansivo-sistémica. La nueva formulación de derecho obliga a replantearse la conformación del sistema de salud y cómo se instituyen, bajo estas nuevas significaciones, los dos sub-sistemas que, germinan bajo ejes diferenciados (eje público/eje privado-contractual), en un espacio jurídico de confluencia.

Estimo que el Tribunal Constitucional dispone de este cambio por medio de dos procesos reflexivo-constitucionales: la fijación de los elementos basales del eje, y la determinación del contenido jurisprudencial de éste. El primero lo componen la dignidad de la persona; el efecto de irradiación de los derechos a todo el ordenamiento jurídico y la base de orden público de los contratos de salud. El segundo se conforma por el examen conjunto y tripartido del principio de igualdad, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social; donde la protección de la salud es incorporada al sistema de seguridad social, componiéndose éste por este derecho y el derecho a la seguridad social, lo que reconforma a ambos derechos, visualizados desde una mera perspectiva individual-contractual. De igual manera, está prohibida toda discriminación arbitraria en el acceso y goce de las prestaciones de salud.

Para comprender el giro es necesario tener claro que la Ley de ISAPREs, modificada en 2005, dispuso reglas para el cálculo de la tabla, quién y de qué forma se determinaría⁵⁷. Es la Superintendencia de Salud, mediante las “Instrucciones

⁵⁵ Ibíd.

⁵⁶ Ibíd., considerando 9.

⁵⁷ El inciso 1º del artículo 199 del D.F.L. N° 1/2005 del Ministerio de Salud (ex 38 TER) establece la fórmula de cálculo del plan privado de salud y éste indica que la ISAPRE deberá “aplicar a los precios base

de General Aplicación”⁵⁸, la que fijaba la estructura de las tablas, por cada beneficiario, según el sexo, la edad y la condición de cotizante o carga de éstos. Bajo este marco, las ISAPREs eran libres para determinar los factores de cada tabla que empleen⁵⁹.

3.2.1. Los elementos basales del cambio del eje referenciador: la dignidad, el efecto de irradiación de los derechos fundamentales y la base de orden público de los contratos de salud

El cambio de eje se ordena desde tres elementos basales e interrelacionados que le sirven de sustrato. El Tribunal prescribe su racionamiento desde una plataforma conceptual general, y, a partir de ahí, reordena el contenido constitucional del sub-sistema privado de salud. Los elementos basales son: a) la dignidad de la persona; b) el efecto de irradiación de los derechos fundamentales a todo el ordenamiento jurídico, y c) la base de orden público de los contratos de salud. Sólo es posible entender el giro que hace el Tribunal a partir de una construcción explicativa del sustento del modelo constitucional.

Afirma que el sistema constitucional chileno parte y tiene como elemento nuclear a la persona humana, y que éste se construye y se entiende en consideración de la persona y del atributo de la dignidad. La dignidad es un presupuesto de “esencialidad de los derechos”, los cuales sólo existen normativamente previa definición ontológica, ordenada, en consecuencia, como ser-deber ser. El modelo de derecho se prescribe bajo la triada persona-dignidad-derechos.

A partir de esta afirmación, los derechos se prescriben como parámetro de comparación para el legislador, para los poderes públicos, personas y entidades privadas. El Tribunal instaura de manera expresa el efecto horizontal de los

que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores”. De acuerdo a este enunciado normativo, al precio base (que ha sido objeto de análisis en este trabajo) se debe adicionar el o los factores aplicables a cada beneficiario. En términos simples, el precio de un plan de salud es la suma de: plan base + factores de la tabla de factores. La determinación de la tabla y las diferencias de sexo y edad dispuestos en ellas, dieron pie a la segunda ola de judicialización de la salud privada.

⁵⁸ Las instrucciones generales son normas administrativas infra-legales, cuya dictación es facultada por la ley a los órganos administrativo que ejercen funciones de supervigilancia, como es el caso de la Superintendencia de Salud.

⁵⁹ El artículo artículo 199 del D.F.L. N° 1/2005 en su inciso 3º le fijó a la Superintendencia las reglas para fijar los rangos de edad.

derechos fundamentales, rigiendo e irradiando a todo el ordenamiento jurídico. Los derechos no son sólo una defensa en contra del Estado (efecto vertical), sino también son un canon de comparación en las relaciones entre privados, quienes, al concurrir contractualmente en materias vinculadas a derechos fundamentales (la protección de la salud en este caso), someten la vinculación contractual a la impregnación en su relación de este tercer elemento (más allá de sus intereses particulares) que obliga al ajuste de la relación privada. La relación privada deja de estar fundada únicamente en los intereses subjetivos privados, y pasa a incorporar también un interés público como son la consagración y tutela de los derechos fundamentales, que, al mismo tiempo, son de titularidad individual, por lo que los derechos se establecen como un mandato de cumplimiento imperativo.

Los derechos se disponen como un presupuesto jurídico, en consideración a la preexistencia de los derechos a la relación privada; cumplen una función de asignación de competencia y límite a la actuación privada, indicando los márgenes constitucionales de lo que pueden o no hacer y, consecuencia de lo anterior, redefinen el contenido de la relación. La esfera negocial privada está determinada por el imperativo de adecuación al estándar constitucional, instituyéndose las cláusulas del contrato con base de orden público. Lo anterior parte de la premisa que las áreas reguladas y vinculados a derechos sociales, sólo pueden funcionar si se tienen como antecedente los derechos, y no al revés, es decir, que dicha área requiera para su desarrollo, de una prescindencia de los derechos fundamentales. Este efecto se representa como un punto de conexión con la jurisprudencia de la Corte Suprema, la cual sostiene esta expansión de los derechos al contrato, pero el análisis de la Corte sólo llega hasta aquí, pues, no altera la naturaleza contractual individual de la relación privada, aunque la somete al estándar constitucional de los derechos y la interdicción de la arbitrariedad.

a) La dignidad como primer elemento basal

La dignidad es la médula y fundamento germinal de todos los derechos constitucionales. La tutela de un derecho social tiene como sustento el mismo modelo sistémico de derechos que cualquier derecho de libertad tradicional.

El ser humano está dotado de dignidad. Es un ser racional y autónomo, que merece un respeto irrestricto por el solo hecho de ser persona. Este respeto se extiende internamente (autoconciencia del respeto a sí mismo) y externamente

(reconoce a otros como distintos y merecedores de respeto), confiriéndole el Tribunal Constitucional el carácter de “valor supremo” del ordenamiento⁶⁰.

Es esta dignidad la que activa los imperativos estatales de bien común, la protección a la población y la garantía de participación igualitaria. Las sentencias instituyen los derechos fundamentales como parte de un sistema constitucional unitario, coherente, donde la tutela de los derechos está vinculada a la realización material de los sujetos (bien común), para lo cual el Estado es el obligado a remover los obstáculos que impidan una participación bajo parámetros igualitarios.

El Tribunal la prescribe como el fundamento esencial del ordenamiento constitucional⁶¹. La sitúa como el principio matriz del sistema institucional⁶² o como articuladora del sistema institucional chileno⁶³, derivándose de ella un conjunto de atributos, entre ellos los derechos fundamentales⁶⁴. Ha expresado que es la fundamentación de los derechos⁶⁵ (presupuesto de ellos), gozado este valor de supremacía constitucional, por lo que ningún “órgano estatal, persona, institución o grupo puede válidamente invocar otras disposiciones de ese texto, ni acudir a su contexto o espíritu para prescindir de tan importante obligación, reputarse

⁶⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 797-2007-INA, de 21 de enero de 2008, considerando 21; Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 825-2007-INA, de 6 de marzo de 2008, considerando 24, Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 829-2007-INA, de 6 de marzo de 2008, considerando 24, y Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1348-2009-INA, de 27 de abril de 2010, considerando 28.

⁶¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 797-2007-INA, de 21 de enero de 2008, considerando 21; Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 825-2007-INA, de 6 de marzo de 2008, considerando 24, Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 829-2007-INA, de 6 de marzo de 2008, considerando 24; Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1348-2009-INA, de 27 de abril de 2010, considerando 28. Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 797-2007-INA, de 21 de enero de 2008, considerando 21; Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 825-2007-INA, de 6 de marzo de 2008, considerando 24; Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 829-2007-INA, de 6 de marzo de 2008, considerando 24, y Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1348-2009-INA, de 27 de abril de 2010, considerando 28.

⁶² Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 976-2006-INA, de 26 de junio de 2008, considerando 22, y Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1218-2008-INA, de 7 de julio de 2008, considerando 16.

⁶³ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 976-2007-INA, de 26 de junio de 2008, considerando 24, y Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1218-2008-INA, de 7 de julio de 2008, considerando 19.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 976-2007-INA de 26 de junio de 2008, considerando 23, y Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1218-2008-INA, de 7 de julio de 2008, considerando 17.

⁶⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1348-2009-INA, de 24 de abril de 2010, considerando 28.

*eximido de acatarla o dejar de asumir los deberes inherentes a dicha supremacía*⁶⁶; teniendo un efecto irradiativo a todas las disposiciones de la constitución⁶⁷.

A partir de la dignidad, podemos entender que para el Tribunal el modelo constitucional estaría construido en la conciliación entre los valores de la libertad e igualdad. El Estado debe respetar las acciones individuales para el logro de tal realización, pero también debe proveer todos aquellos bienes y servicios necesarios en caso que las personas no puedan disponer por sí mismas de aquéllos. Lo anterior se extiende a su obligación de regulación y fiscalización de aquellas actividades privadas que se vinculan directamente con determinados derechos fundamentales (en este caso el derecho a la protección a la salud), donde el Estado debe garantizar el efectivo goce del derecho constitucional⁶⁸.

b) El efecto de irradiación de los derechos fundamentales

Como segundo elemento concurre el efecto de irradiación de los derechos fundamentales en todo el ordenamiento jurídico. Los derechos fundamentales se ordenan como principios superiores del ordenamiento jurídico, informando a toda la organización jurídica y política⁶⁹. La jurisprudencia reconoció que tienen una dimensión objetiva, que no son meros derechos subjetivos. Los derechos fundamentales tienen cierto contenido normativo que obliga a todos los poderes públicos a realizarlos, debiendo llevar a cabo acciones que permitan su pleno y efectivo cumplimiento (poderes públicos como garantes de los derechos).

Por expresa mención del artículo 6º, inciso 2º, la irradiación de la Constitución es “directa”. La supremacía constitucional no es sólo un imperativo para los poderes públicos, sino que directamente vincula a “*toda persona, institución o grupo*”⁷⁰. Son las dos primeras sentencias de inaplicabilidad sobre esta materia, Sentencias del Tribunal Constitucional Roles Nº 976-2007-INA y Nº 1218-2008-INA, las que establecen cómo los derechos fundamentales se expanden

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 976-2007-INA, de 26 de junio de 2008, considerando 25, y Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1218-2008-INA, de 7 de Julio de 2008, considerando 19.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1273-2008-INA, de 20 de abril de 2010, considerando 46, y Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1348-2009-INA de 27 de abril de 2010, considerando 31.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 976-2007-INA, de 26 de junio de 2008, considerando 39.

⁶⁹ BASTIDA et al. (2004), pp. 50-54.

⁷⁰ Expresa el art. 6º, inciso 2º: “Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”.

al ordenamiento jurídico, y las relaciones entre particulares tienen como medida de actuación las normas constitucionales.

El Tribunal Constitucional señala que los contenidos de la Constitución no sólo afectan a los Órganos del Estado, sino también a los particulares. La Constitución “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 preceptos”⁷¹. Afirma la fuerza normativa de la Constitución, característica que “irradia al ordenamiento jurídico entero”⁷², de modo que ninguna norma constitucional quede fuera o en pugna de la supremacía constitucional⁷³.

Tal efecto se expresa en el deber de los particulares de respetar y promover tales derechos, vinculando tales obligaciones a entidades particulares como las ISAPRE, ello, en razón de un imperativo concurrente de bien común, pues éstos “contribuyen” a su realización⁷⁴.

Este deber se expande a las convenciones entre particulares cualquier sea su naturaleza. Aceptar lo contrario sería lesionar la esencia de la dignidad humana⁷⁵ y la de los derechos⁷⁶, especialmente cuando en tales vinculaciones se “da satisfacción al ejercicio legítimos de derechos esenciales”, como en el caso del 19 Nº 9⁷⁷, debiendo los particulares dar “eficacia a los derechos” que la Constitución garantiza⁷⁸, en relación con el derecho de sus afiliados a gozar de las acciones destinadas a la seguridad social, como a la protección de la salud. De modo que las normas legales como administrativas deben 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”⁷⁹; de modo que las facultades legales deben armonizarse con relación a los “valores, principios y disposiciones constitucionales,

⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 976-2007-INA, de 26 de junio de 2008, considerando 34.

⁷² Ibíd., considerando 35.

⁷³ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1218-2008-INA, de 7 de julio de 2008, considerando 36.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 976-2007-INA, de 26 de junio de 2008, considerandos 36 y 37.

⁷⁵ Ibíd., considerando 40.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1218-2009-INA de 7 de julio de 2008, considerando 41.

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 976-2007-INA, de 26 de junio de 2008, considerando 41.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1218-2008-INA, de 7 de julio de 2008, considerando 37.

⁷⁹ Ibíd., considerando 46.

*deducción lógica que, si fuera desconocida o ignorada, sería equivalente a quebrantar el valor de la supremacía que singulariza a la Constitución*⁸⁰.

c) *La base de “orden público” de los contratos de salud*

La relación convencional privada de salud es de aquellos casos en que asuntos contractuales encuentran resguardo constitucional y ,donde el contenido de los contratos es de orden público, debido al derecho fundamental involucrado y en este caso, el artículo 19 Nº 9. Esto informa “*con calidad de ineludible e inafectable, toda convención de esa índole (...) razón por la cual resulta irrenunciable y ha de ser incorporada en todo contrato de salud*”⁸¹.

Sostiene el Tribunal Constitucional que tal derecho 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*”⁸². Tales elementos (el sostén normativo la Constitución y el carácter de orden público de sus cláusulas), son “*cualidades que presuponen su incorporación y vigencia en toda convención de esa especie*”⁸³, de modo que en los contratos de salud se sostienen normativamente en el derecho a la protección de la salud y tal primacía constitucional, no pudiendo quedar tal efecto “*condicionado, diferido o supeditado a lo que preceptúen tales normas (legales y reglamentarias) porque se hallan subordinadas a lo mandado en la Constitución*”⁸⁴. De este carácter de orden público se conllevan, como efectos, el aseguramiento a las personas del derecho a la protección de la salud, en el cual el Estado cautela las acciones de salud, coordinando y controlando tales acciones. Debe garantizar su ejecución por entidades públicas o privadas y que cada cotizante pueda elegir el sub-sistema a que desee acogerse⁸⁵.

El contrato de salud está conformado por los siguientes elementos: a) el no carácter de un mero seguro individual del contrato; b) la vinculación del contrato a un derecho constitucional (salud) en el marco de la seguridad social, y c) la

⁸⁰ Ibíd., considerando 57.

⁸¹ Ibíd., considerando 40 y 46.

⁸² Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 976-2007-INA, de 26 de junio de 2008, considerando 43.

⁸³ Ibíd., considerando 44.

⁸⁴ Ibíd., considerando 55.

⁸⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1218-2008-INA, de 7 de julio de 2008, considerando 46.

garantía de ingreso, por la cual las aseguradoras tienen garantizado un monto fijo de dinero (cotización)⁸⁶.

3.2.2. El contenido jurisprudencial del cambio en el eje. El cambio hacia una triada en perspectiva social del derecho: igualdad, salud y seguridad social como derechos componentes de una nueva reconfiguración

En este examen es clave la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 976-2007-INA como elemento irruptor en la reconfiguración del sistema de derechos fundamentales, estableciendo las bases primigenias del cambio de eje. A partir de ahí, la tutela se ordenó en una triada de derechos fundamentales en perspectiva social: igualdad, salud y seguridad social. El cambio del eje se conforma por la nueva reconfiguración del derecho a la protección de la salud, como un derecho integrado al “sistema de seguridad social”, que pasa a estar compuesto por el derecho a la seguridad social (19 N° 18) y el derecho a la protección de la salud (19 N° 9), exigiéndose incorporar el “principio de solidaridad”, reconformando a ambos derechos, visualizados, hasta ahora, sólo desde una mera perspectiva individual-contractual. Esta nueva confluencia normadora y conformadora tiene un fundamento igualitario, donde no está permitida la institución de diferencias arbitrarias, excluyéndose la procedencia de diferenciaciones que no cumplan con el estándar de razonabilidad constitucional.

a) La sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 976-2007-INA como elemento irruptor en la reconfiguración del derecho a la protección de la salud⁸⁷

Este fue el primer caso donde el Tribunal Constitucional conoció y acogió una inaplicabilidad por inconstitucional en materia de salud privada. Una afiliada al sub-sistema privado presentó un recurso de protección, y desde esta acción, interpuso ante el Tribunal Constitucional un requerimiento de inaplicabilidad. La sentencia afirma: a) que el derecho a la protección de la salud es un derecho fundamental; b) que la relación privada de salud tiene reguardo constitucional

⁸⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1719-2010-INA, de 26 de julio de 2011, considerandos 154 y 170.

⁸⁷ Parte de los comentarios a la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° N° 976-2007-INA de 26 de junio de 2008 fueron planteados en: JORDÁN (2008a), pp. 263-274. Para un análisis de esta sentencia ver también: VIERA (2008) pp. 291-305.

en dicho derecho; c) que el contenido de los contratos de salud son de orden público.

La sentencia arma un razonamiento para la tutela de los derechos fundamentales desde los fundamentos primarios del ordenamiento constitucional dispuesto en el art. 1º de la Constitución y su vinculación con los derechos del Capítulo III. La sentencia dota a los derechos sociales de un armazón jurídico de tutela de mayor peso y fundamento constitucional.

Para ello fija primeramente una “matriz general de tutela de los derechos fundamentales”⁸⁸. Ella está conformada por: a) la dignidad de la persona humana, sobre la cual se articula el ordenamiento constitucional chileno, b) el bien común como fin del Estado, y c) la obligación estatal de dar protección a toda la población, y asegurar la participación, con igualdad de oportunidades, en la vida nacional. La dignidad, el bien común, la protección a la población y la garantía de participación igualitaria son comunes a todo derecho fundamental, de modo que estimo que la sentencia dispone como criterio de fundamentalidad de los derechos, el que todo el sistema de derechos fundamentales está instituido “desde” las bases de la institucionalidad.

Tal argumento permite establecer la idéntica posición y valor jurídico de los derechos sociales con el resto de los derechos constitucionales. Los elementos constitutivos de la matriz se disponen como la médula basal y común a todos los derechos constitucionales, de modo que la tutela de un derecho social tiene como sustento el mismo modelo sistémico de derechos que cualquier derecho de libertad tradicional. Podemos entender que para el Tribunal Constitucional el modelo constitucional estaría construido en la conciliación entre los valores de la libertad e igualdad. El Estado debe respetar las acciones individuales para el logro de tal realización, pero también debe proveer todos aquellos bienes y servicios necesarios en caso que las personas no puedan disponer por sí mismas de aquéllos⁸⁹.

El Tribunal reafirma la calidad de derechos fundamentales del derecho a la protección de la salud⁹⁰. Sostiene que los privados están obligados a “*respetar y promover los derechos inherentes a la dignidad de la persona persiste, inalterado, en las relaciones convencionales entre privados, cualquiera sea su naturaleza*”⁹¹. La fun-

⁸⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 976-2007-INA, de 26 de junio de 2008, considerandos 22 y siguientes.

⁸⁹ Ibíd., considerando 39.

⁹⁰ Ibíd., considerandos 22-39.

⁹¹ Ibíd., considerando 40.

damentalidad de los derechos sociales viene dada por la confirmación que hace el Tribunal de la supremacía constitucional, de conformidad al art. 6º inciso 2º Constitución. Sostiene que “*todos los valores, principios y normas articulados en ella gozan de la supremacía que caracteriza a tal ordenamiento jurídico-político*” de modo que ninguna entidad pública o privada puede “*reputarse eximido de acatarla o dejar de asumir los deberes inherentes a dicha supremacía*”⁹².

La sentencia fija que todos los enunciados normativos constitucionales son jerárquicamente superiores, con mayor fuerza que el resto del ordenamiento jurídico y fuente de derecho de éste⁹³. Todo derecho constitucional es normativamente superior, por lo que la consagración de los derechos sociales en el texto supremo, debe tener igual criterio aplicativo que cualquier otro derecho consagrado. Este imperativo rige tanto para los poderes públicos como para los particulares.

Es así como los factores que la ley permite libremente establecer a las ISAPRES se deben sujetar a las exigencias del numeral 9º del artículo 19. Que en el caso particular, el contrato de salud debe preservar el derecho a elegir el sistema de salud, público o privado, sobrellevando la obligación de que la fijación unilateral de las tablas no puede tener como consecuencia que el afectado por ese acto, no pueda perseverar en el contrato⁹⁴.

En el caso concreto, el Tribunal estimó que el cambio en la ponderación en razón de la edad (al cumplir 60 años pasó de ponderación 3 a 3,5 y el precio final de su plan subió de 7,4 a 9,4 UF) no estaba justificada, por lo que se incurrió en una diferenciación infraccional a la Constitución y, por ende, arbitraria, contrariando el principio de igualdad consagrado en el artículo 19 Nº 2⁹⁵ (“tutela por conexión”). También se consideró vulnerado el 19 Nº 9 inciso final, de acuerdo a que el alza injustificada niega el acceso a las prestaciones de salud, ubicando al afiliando en una posición de imposibilidad de seguir pagando el costo de su plan, debiendo hacer dejación de él, abandonando el sistema privado⁹⁶.

⁹² Ibíd., considerando 25.

⁹³ En este sentido, ver: GARCÍA DE ENTERRÍA (2006), pp. 55-67; DE OTTO (2001), pp. 14-17.

⁹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 976-2007-INA, de 26 de junio de 2008, considerando 59.

⁹⁵ Ibíd., considerando 62.

⁹⁶ Ibíd., considerando 63.

Las sentencias de inaplicabilidad posteriores tuvieron como base la sentencia antes descrita. Enfocan la tutela en la vulneración del principio de igualdad, derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social.

b) La ordenación vinculativa entre el derecho a la salud y seguridad social.

La reformulación del sistema de salud por vía de la seguridad social

El Tribunal Constitucional cambia el contenido de la tratativa constitucional de derecho a la salud, a partir de una regulación conjunta con el derecho a la seguridad social. Desde una normación y separada en la Constitución (19 N° 9 y 19 N° 18), se dispone una confluencia de significaciones. Establece una aproximación a una nueva forma de concebir la salud y la seguridad social, conformando ambos un derecho a la seguridad social en sentido amplio, alejando la regulación diferenciada que puso su centro en las prestaciones privadas de aquéllos. El contenido de los derechos también es objeto de reformulación, por cuanto el derecho a la protección de la salud se conforma, en su vertiente pública y privada, con elementos propios de la seguridad social, y este último se reconfigura al incorporar elementos propios del sistema de reparto, donde los principios de universalidad y solidaridad son nucleares. Hay un paso desde un principio de individualidad al de solidaridad que esboza, al menos en una etapa inicial, un nuevo modelo.

Cabe recordar que el Tribunal, por Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 334-2001, expresó una posición, hasta ahora, uniforme en materia de seguridad social. Sostuvo que en el sistema de pensiones chileno es de capitalización individual, existiendo un derecho incorporal sobre los fondos para financiamiento de la pensión del titular, naciendo un derecho a obtener los beneficios dispuestos en el D.L. N° 3.500, derecho que se incorpora a su patrimonio y está amparado por el derecho de propiedad⁹⁷. La sentencia indicó que “*cada afiliado es dueño de los fondos que ingresen a su cuenta de capitalización individual y que el conjunto de éstos constituyen un patrimonio independiente y diferente del patrimonio de la sociedad administradora de esos fondos*”⁹⁸⁻⁹⁹.

⁹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 334-2001, de 21 de agosto de 2001, considerando 7º.

⁹⁸ Ibíd., considerando 5º.

⁹⁹ La tesis de la propiedad del trabajador es jurisprudencia inamovible en el Tribunal Constitucional. Ver: Sentencias del Tribunal Constitucional Roles N°s. 519-2006, de 5 de junio de 2007, 767-2007 de 30 de octubre de 2010, considerando 3º; 1935-2011-INA, 1936-2011-INA, 1937-2011-INA y 1938-2011-INA,

Pero, a partir de las sentencias sobre salud, el Tribunal parece hacer un abandono de las lógicas propietarias, incorporando un razonamiento que permite realizar ciertos cuestionamientos a tal afirmación tradicional y deslizar la significación constitucional hacia una perspectiva social, al menos preliminarmente, y donde el principio de solidaridad es el que permite comprender la nuevas relaciones entre las personas y el Estado.

Las sentencias del Tribunal Constitucional Roles N° 1218-2008-INA y N° 1287-2008-INA son significativas por que afirman el nexo entre el derecho a la protección de la salud y la seguridad social, relación que se expresa en el cobro de la cotización de salud para “*para contribuir al financiamiento de las prestaciones exigidas para la satisfacción de uno y otro de esos atributos esenciales de la persona*”¹⁰⁰. El vínculo lo edifica por medio de un proceso histórico-jurídico, cuyo origen está dado por el constituyente del 25 en este materia, en particular del “Estatuto de Garantías Constitucionales” de 1971; por el Acta Constitucional N° 3, en los cuales se expresaban los principios rectores de la seguridad social (uniformidad, solidaridad, suficiencia)¹⁰¹. La exclusión de éstos en el actual numeral 18, “*carece de relevancia, pues tales principios configuran la esencia de aquel derecho, de modo que se entienden siempre absorbidos por él, pues de lo contrario perdería su identidad específica*”¹⁰² y que “*entre los objetivos propios de la seguridad social, se halla el cuidado de la salud, mediante acciones médicas, sean ellas preventivas, curativas o de rehabilitación*”¹⁰³.

La salud es un derecho íntimamente ligado a la Seguridad Social, a cuya realización están obligados el Estado y los particulares, debiendo interpretarse el contrato de salud privado “*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*”¹⁰⁴.

Las sentencias consideraron que no es procedente desde la perspectiva constitucional el incremento de las cotizaciones en el tiempo por el solo hecho

todas de 30 de marzo de 2011; 2088-2011-INA, 2089-2011-INA, 2090-2011-INA, todas de 5 de octubre de 2011, en su considerando 8º.

¹⁰⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1218-2008-INA, de 7 de julio de 2008 y Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1287-2008-INA, de 8 de septiembre de 2009, considerando 27.

¹⁰¹ Ibíd., considerandos 28 y 29.

¹⁰² Ibíd., considerando 30.

¹⁰³ Ibíd., considerando 31.

¹⁰⁴ Ibíd., considerandos 32- 40.

de envejecimiento natural de las personas, siendo deber del Estado asegurar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes y a supervigilar el adecuado ejercicio de ese derecho¹⁰⁵. Las sentencias reafirman la ligazón entre salud y seguridad social, e incluso son tratadas de manera conjunta, donde “*forma parte del sentido intrínseco de la seguridad social proteger a la persona de los estados de necesidad derivados de contingencias vitales de universal ocurrencia, como es el riesgo de enfermar y el envejecimiento natural*”¹⁰⁶.

La Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1710-2010-INC¹⁰⁷⁻¹⁰⁸, que declaró la inconstitucionalidad del art. 199 D.F.L. N° 1/2005 (ex 38 ter Ley N° 18.933), viene a afirmar el cambio en la forma de concebir el derecho a la protección de la salud. Se asevera la idea de que el derecho a la protección de la salud es parte del sistema de seguridad social, y del tránsito desde una perspectiva individual de derecho a una social, marcada por una reformulación del rol del Estado, desde uno meramente regulatorio y controlador, ejecutor del principio de subsidiariedad¹⁰⁹, a un rol preponderante (“preferente”=“preeminente”) en la garantía de tutela del derecho.

El cuanto al derecho a la protección de la salud y seguridad social se tratan desde un mismo prisma jurídico, que denominamos “prisma garantía/deber”. El Tribunal Constitucional estableció que los derechos sociales en la Constitución se ordenan a partir de la “garantía de acceso a las prestaciones” y el “deber preferente” del Estado de garantizar aquello (pero también de los privados), disponiendo un restablecimiento de roles a la persona y el Estado, donde a éste le corresponde un posición cardinal.

En materia de derecho a la salud se expresa en el derecho al “*libre e igualitario acceso a las acciones*” de salud, y en materia de seguridad social el deber del Estado de “*garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones*”.

¹⁰⁵ Ibíd., considerando 62.

¹⁰⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1218-2008-INA, de 7 de julio de 2008, considerando 62, y Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1287-2008-INA de 8 de septiembre de 2009, considerando 67.

¹⁰⁷ Luego de tales inaplicabilidades, el Tribunal Constitucional abrió de oficio un proceso de inconstitucionalidad en contra del artículo 199 D.F.L. N° 1/2005 (anterior 38 ter Ley N° 18.933), de acuerdo el artículo 93 N° 7 de la Constitución.

¹⁰⁸ Para un examen de la sentencia, ver: NOGUEIRA (2010a) pp. 763-798; CORDERO (2011) p. 151-159.

¹⁰⁹ Para el principio de subsidiariedad, ver: COVARRUBIAS (2001) p. 70; CEA (2008) p. 177; VIVANCO (2006) p. 60; ASTORGA (2009) pp. 269-285.

La Constitución asegura el goce de tales prestaciones imponiendo deberes al Estado y a los particulares¹¹⁰. Garantiza a los particulares el derecho a elegir que las prestaciones les sean entregadas por entidades estatales o por entidades privadas. En el derecho a la salud esto se expresa en que “*cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse*” (artículo 19, Nº 9). Por otra parte, la Carta Fundamental garantiza que no exista monopolio prestacional del Estado. Estas prestaciones, entonces, pueden ser entregadas por “*instituciones públicas o privadas*” (artículo 19 Nº 9 y 18)¹¹¹.

El Tribunal estimó que el derecho a la seguridad social “*obliga al Estado a asegurar el acceso de todos sus habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes y a supervisar el adecuado ejercicio de ese derecho*”¹¹². Este derecho tiene ciertos principios esenciales, que, desde el razonamiento del constitucional, conformarán parte del contenido esencial del 19 Nº 9. Estos son los de principios de universalidad, uniformidad, integralidad, solidaridad y suficiencia, que conforman parte fundamental del sistema de seguridad social al configurarse conjuntamente con el derecho a la protección de la salud¹¹³.

El rol del Estado se reordena a partir del examen conjunto. Se señala que al Estado le corresponde un rol de control o supervigilancia. Le ataña el “*control de las acciones relacionadas con la salud*” y, tratándose del derecho a la seguridad social, debe supervisar “*el adecuado ejercicio del derecho*”. En particular en materia de salud, concurre el deber del Estado de garantizar preferentemente las acciones de salud, ya sean que se otorguen por instituciones públicas o privadas¹¹⁴, y en materia de seguridad social le compete “*supervisar*” el sistema (artículo 19, Nº 18º, inciso cuarto)¹¹⁵. Para el Tribunal, es central el deber “preferente” y el de “garantía”, donde el Estado no es el único obligado a asegurar la ejecución de las acciones, pero sí tiene un rol “preeminente”, respecto del cual no puede

¹¹⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1710-2010-INC, de 6 de agosto de 2010, considerandos 114 y 115.

¹¹¹ Ibíd., considerando 117.

¹¹² Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1710-2010-INC, de 6 agosto de 2010, considerando 125, y Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1287-2008-INA, de 8 de septiembre de 2009, considerando 17.

¹¹³ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1710-2010-INC de 6 agosto de 2010, considerandos 131-134.

¹¹⁴ Ibíd., considerandos 116 y 118.

¹¹⁵ Ibíd., considerando 135.

hacer dejación, y debe, en consecuencia, asegurarlo¹¹⁶. La aplicación de la tabla de factores conlleva el incumplimiento del Estado de su deber “de acción a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes¹¹⁷”. Finalmente, la inconstitucionalidad en materia de salud se liga a que el precepto legal vulneró el principio de reserva legal al radicar en normas administrativas el derecho a la protección de la salud¹¹⁸, y el deber del Estado de establecer las “condiciones” del deber preferente de garantizar la ejecución de las acciones de salud¹¹⁹⁻¹²⁰.

c) El examen de igualdad y el incumplimiento del test de razonabilidad al vulnerar el canon de las “igualdades esenciales”. El entendimiento del nuevo modelo desde la prohibición de discriminaciones arbitrarias en el acceso y goce del derecho a la protección de la salud

El Tribunal parte recogiendo la tesis de los elementos basales, desde la premisa de la dignidad de la persona humana, noción que irradia, como principio y como norma¹²¹, a todo el articulado constitucional¹²², y que a partir de ella se articula el sistema de derechos fundamentales que preexisten a la norma positiva¹²³.

Al enjuiciar el art. 199 D.F.L. Nº 1/2005 bajo el principio de igualdad, el Tribunal Constitucional realiza un examen bajo un criterio de unidad y de ordenación sistemática del nuevo eje. La formulación de la salud ligada a seguridad social también conlleva un razonamiento vinculatorio con este principio. Razona en torno a la igualdad dispuesta en el artículo 19 Nº 2, para concretizar la igualdad en el imperativo estatal de garantizar el igualitario acceso a las acciones de salud, criterio de no discriminación que permitiría proteger a las personas de los estados de necesidad provenientes de sus contingencias vitales, ámbito propio de la seguridad social. En el juicio de igualdad el Tribunal Constitucional

¹¹⁶ Ibíd., considerandos 121 y 122.

¹¹⁷ Ibíd., considerando 160.

¹¹⁸ Ibíd., considerandos 149-151.

¹¹⁹ Ibíd., considerando 152.

¹²⁰ Ibíd., considerando 157.

¹²¹ Ibíd., considerando 88.

¹²² Ibíd., considerando 85.

¹²³ Ibíd., considerando 87.

configura la interrelación con que opera el nuevo eje referenciador de la salud privada: personas situadas en posiciones de igualdad (hombre y mujeres), que obliga al Estado a no establecer diferenciaciones arbitrarias (no justificadas), que permitan el acceso sin discriminación a las acciones de salud, realizando los contenidos de la seguridad social bajo el parámetro de la solidaridad. Ese es el cierre del eje referenciador.

El principio de igualdad da cuenta de las condiciones esenciales de las personas, en cuya dignidad debe descansar el ordenamiento. La norma constitucional consagra la igualdad entre hombre y mujeres y la prohibición de la ley y de la autoridad de establecer diferencias arbitrarias. La norma legal debe ser igual para aquellos que se encuentren en las mismas circunstancias y diversas para aquellas que están en posición diferentes, debiendo examinarse ambas bajo un canon de razonabilidad; pues la igualdad en la ley es diferente a la igualdad natural, por lo que el legislador debe normar diferenciadamente las circunstancias distintas. El juicio de igualdad exige establecer las condiciones de igualdad o desigualdad en que se encuentran las personas para realizar el examen. Requiere instaurar los criterios por los cuales se medirá la equiparación o desigualación (discriminación), ubicando la “*relación comparativa*” que permitirá enjuiciar bajo el parámetro de la igualdad¹²⁴.

El Tribunal Constitucional distingue entre “igualdades esenciales” y “desigualdades esenciales”. La igualdad esencial es aquella donde una persona o grupo de ellas se encuentran en una posición que es comparable (término de comparación) con otra(s), de modo que tratar desigualmente a aquellos que están en posición comparativa igual como tratar igualmente a quienes se ubican en diferente supuesto de hecho de comparación es contrario a la Constitución. El tratamiento desigual únicamente procede si tal diferenciación está justificada, y ello exige una evaluación bajo el *test* o examen de proporcionalidad, donde la desigualación procederá si ésta persiga un fin legítimo, sea necesaria y razonable. El examen de proporcionalidad exige analizar los 3 sub-juicios que lo conforman, el de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La igualdad objeto de examen es la igualdad efectiva, extendiéndose lo preceptuado en el 19 Nº 2 al 19 Nº 9, donde el Estado debe garantizar el libre e igualitario acceso a las acciones de salud¹²⁵.

¹²⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1348-2009-INA, de 27 de abril de 2010, considerandos 38-45.

¹²⁵ Ibíd., considerandos 46-51.

El enjuiciamiento es el tratamiento diferenciado por sexo. El Tribunal afirma que la igualdad entre hombres y mujeres es una “*categoría estándar*” en las normativa nacional e internacional, “*según la medida de equiparación de los derechos de la mujer respecto de los del hombre*”. La medida de equiparación es el impedir todo menoscabo de la mujer con relación al hombre en la “*consagración y el goce de los derechos*”¹²⁶. Esta igualdad no es absoluta, por lo que se permiten diferencias justificadas, es decir, deben existir diferencias efectivas y reales que discriminan a algún sexo en “*ámbitos concretos de la realidad*”¹²⁷; pues son diferencias que son ajenas a las personas, factores que el Tribunal denomina “*estados naturales*”¹²⁸.

Los hombres y mujeres están en posición de igualdad jurídica, siendo una expresión concreta de esa igualdad el goce de los derechos sociales, particularmente el otorgamiento de prestaciones de salud por medio de seguros de salud como concretización del derecho a la salud. Siguiendo al Consejo de la Unión Europea, sostiene que la igualdad es un principio rector, no pudiendo la razón de sexo dar lugar a diferencias en las primas ni en las prestaciones de los seguros¹²⁹.

El tribunal declaró la diferenciación no justificada en razón del sexo. La existencia de tales móviles legislativos diferenciadores impediría el acceso igualitario a los beneficios a los bienes y servicios, y muy en particular en materia del derecho social de la salud. Bajo el estándar de igualdad, resulta contraria a la Constitución lo concerniente a la vulneración del libre e igualitario acceso de la requirente 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, acarreando, también una vulneración del derecho a la seguridad social “*toda vez que forma parte del sentido intrínseco de la seguridad social proteger a la persona de los estados de necesidad derivados de contingencias vitales de universal ocurrencia, como es el riesgo de enfermar y el envejecimiento natural*”¹³⁰.

¹²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1710-2010-INC, de 6 de agosto de 2010, considerando 104.

¹²⁷ Ibíd., considerando 105.

¹²⁸ Ibíd., considerando 109.

¹²⁹ Ibíd., considerando 107. Ver también: Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1348-2009-INA de 27, de abril de 2010, considerando 46, y Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1273-2009-INA, de 20 de abril de 2010, considerando 60.

¹³⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1348-2009-INA, de 27 de abril de 2010, considerando 72, y sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1273-2009-INA, de 20 de abril de 2010, considerando 72.

Para el Tribunal Constitucional la regulación legislativa (art. 199 D.F.L. N° 1/2005) no cumple con el test de razonabilidad, lo que el Tribunal denomina falta de “fundación razonable”. La habilitación a la discrecionalidad administrativa (a la Superintendencia) para fijar la normación concreta de las diferencias por sexo y edad por medio de instrucciones de general aplicación, carece de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, al vulnerar el estándar de “igualdades esenciales”. Éste se conforma por la igualdad en dignidad y derechos con que las personas nacen; la igualdad de oportunidades como derecho de las personas en la participación en la vida nacional; la igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer y la igualdad de acceso a las acciones de salud¹³¹. Para el Tribunal, el legislador al vulnerar el canon de igualdad por sexo, carece de razonabilidad y, por ende, su accionar es inconstitucional.

4. CONCLUSIONES

A modo de colorario podemos expresar lo siguiente:

- a) El derecho a la protección de la salud es considerado un derecho social y complejo, ordenando como un derecho de libertad y de prestación.
- b) El derecho instituye 3 libertades nucleares: de acceso a las acciones de salud; de acceso a las prestaciones por medio de entidades públicas o privadas, y el derecho a elegir el sub-sistema de salud.
- c) Se ordenan 3 deberes al Estado: el deber de garantizar el acceso libre e igualitario a las acciones de salud; el deber de supervisar el sistema de salud (control de las acciones); el deber de garantizar la ejecución de las acciones de salud.
- d) La jurisprudencia de la Corte Suprema ha desarrollado el derecho a la protección de la salud en su dimensión privada en razón de: a) la afirmación del carácter privado del contrato de salud; b) la irradiación de los derechos fundamentales a la relación contractual y la consideración de la protección de la salud como un servicio público que puede ser otorgado por los particulares, y c) la interdicción de la arbitrariedad ante la habilitación legal para alzar los planes de salud privados.
- e) La Corte Suprema sostiene que el contrato privado sólo puede realizarse con sujeción al estándar constitucional, considerando la protección de la salud

¹³¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1710-2010-INC, de 6 de agosto de 2010, considerandos 145-149. Ver también: Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1348-2009-INA, de 27 de abril de 2010, considerando 46, y Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1273-2010-INA, de 20 de abril de 2010, considerando 60.

como “servicio público” que puede ser desarrollado por los privados y que exige la no arbitrariedad para el alza de los planes.

f) La jurisprudencia de los últimos años en sede del Tribunal Constitucional ha cambiado el eje referenciador de la salud privada, configurando una nueva forma de entender el derecho a la protección de la salud, pasando desde una perspectiva individual-contractual a una social.

g) Estamos frente al paso desde un sub-sistema fundado en la libertad individual, regido por la autodeterminación contractual y sujeto a los parámetros constitucionales, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Suprema; a un modelo de tensión entre libertad e igualdad, en el cual la salud es considerada un derecho social que redefine la relación persona-Estado en materia de salud privada, obligando a incorporar en el sub-sistema privado de salud el principio de solidaridad propio de la seguridad social.

h) El cambio del eje referenciador se ordena, primeramente, bajo tres elementos basales: la dignidad de las personas, el efecto de irradiación de los derechos fundamentales en la ley y en el contrato privado de salud, y la base de orden público de estos contratos.

i) El contenido jurisprudencial del cambio se compone por el examen conjunto y tripartido del principio de igualdad, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social; donde la protección de la salud es incorporada al sistema de seguridad social, componiéndose ésta por este derecho y el derecho a la seguridad social, lo que reconforma a ambos derechos; y estando vedada toda discriminación arbitraria en el acceso y goce de las prestaciones de salud.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ABRAMOVIC, Víctor y COURTIS, Christian (2002): *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid, Editorial Trotta).
- ASTORGA, Cristóbal (2009): “Las raíces escolásticas del principio de subsidiariedad”, en *Democracia y derechos fundamentales desde la filosofía política* (Santiago, Editorial Jurídica), pp. 269-285.
- BALDASARRE, Antonio (2004): *Los derechos sociales* (Colombia, Editorial Universidad Externado de Colombia).
- BASSA MERCADO, Jaime (2008): *El Estado constitucional de derecho. Efectos sobre la constitución vigente y los derechos sociales* (Santiago, Editorial LexisNexis).
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco et al. (2004): *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978* (Madrid, Editorial Tecnos).

- CEA EGANÁ, José Luis (2008): *Derecho Constitucional chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica) 2da edición, tomo I.
- CEA EGANÁ, José Luis (2003): *Derecho Constitucional chileno* (Santiago, Ediciones Universidad Católica), tomo II.
- CORDERO VEGA, Luis (2011): “Comentario a la sentencia de inconstitucionalidad de la tabla de factores de ISAPRE: un aparente triunfo de los derechos sociales”, en *Anuario de Derechos Humanos* (Anuario Nº 7, año 2011), pp. 151-159.
- COVARRUBIAS, Ignacio (2001): “El principio de subsidiariedad”, en *20 años de la Constitución chilena 1981-2001* (Santiago, Editorial ConoSur).
- CRUZ-COKE OSSA, Carlos (2009): *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional* (Santiago, Ediciones Universidad Finis Terrae).
- DE OTTO, Ignacio (2001): *Derecho constitucional* (Barcelona, Ariel Derecho) 8^a reimpresión.
- FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo (2009): “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión teórica”, en *Revista Chilena de Derecho* (v. 36 n. 3 Santiago dic. 2009), pp. 587-620.
- FIGUEROA GARCÍA-HUIDOBRO, Rodolfo (2009a): “Justificación del rol de las cortes haciendo justiciables los derechos económicos, sociales y culturales, en particular, el derecho a la protección de la salud”, en *Revista Chilena de Derecho* (v. 36 n. 2 Santiago agosto), pp. 313-342.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (2006): *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (Navarra, Thomson-Cívitas) 4^a Edición.
- JORDÁN DÍAZ, Tomás (2011): “El principio de contribución constitucional y la abrogación del principio de subsidiariedad en materia de derechos fundamentales sociales”, en AAVV *Estudios de Derecho Público. XL Jornadas de Derecho Público, Universidad de Valparaíso* (Santiago, Editorial LegalPublishing-Thomson Reuters).
- JORDÁN DÍAZ, Tomás (2008): *La protección de los derechos sociales: modelos comparados de tutela jurisprudencial (España y Chile)* (Santiago, Ediciones Facultad de Derecho, Universidad Alberto Hurtado).
- JORDÁN DÍAZ, Tomás (2008a): “Algunos comentarios a la sentencia del tribunal constitucional Nº 976-2008”, en *Revista Nomos* (Nº 2, segundo semestre), pp. 263-274.
- JORDÁN DÍAZ, Tomás (2007): “La posición y el valor jurídico de los derechos sociales en la Constitución Chilena”, en *Revista de Estudios Constitucionales* (Año 5, Nº 2).

- KELSEN, Hans, (2003): *Teoría pura del derecho* (México, Editorial Porrúa).
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio (2010): “Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena”, en *Revista de Estudios Constitucionales* (Año 8 Nº 2).
- NANCUANTE ALMONACIDAD, Ulises y ROMERO CELEDÓN, Andrés (2008): *La reforma de salud* (Santiago, Instituto Salud y Futuro, Universidad Andrés Bello).
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2010): *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* (Santiago, Editorial Librotecnia), tomo III.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2010a): “La protección de los derechos sociales como derechos fundamentales de eficacia inmediata y justiciables en jurisdicción constitucional: la Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1710-2010-INC., del 6 de agosto de 2010, sobre la constitucionalidad del artículo 38 ter de la ley de ISAPREs”, en *Revista de Estudios Constitucionales* (Nº 2, año 8) pp. 763-798.
- ROJAS SÁNCHEZ, Gonzalo et al. (1995): *Derecho político, apuntes de las clases del profesor Jaime Guzmán Errázuriz*, (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile).
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2010): “Justicia constitucional, libre elección en materia de salud y normativa sobre Isapres: un comentario a la reciente jurisprudencia del tribunal constitucional”, en *Revista Chilena de Derecho* (Vol. 37 Nº 1).
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2006): *Curso de Derecho Constitucional* (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), tomo II.
- VIERA ÁLVAREZ, Christian (2008), “Derechos sociales en el sistema constitucional chileno comentario de la sentencia del tribunal constitucional relativa a la ley de Isapres: de la mera expectativa al derecho en forma”, en *Revista Nomos* (Universidad de Viña del Mar - Nº 2), pp. 291-305.

Sentencias Tribunal Constitucional

- Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 334-2001, de 21 de agosto de 2001.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 519-2006-INA, de 5 de junio de 2007.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 767-2007-INA, de 30 de octubre de 2007.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 797-2007-INA, de 21 de enero de 2008.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 825-2007-INA, de 6 de marzo de 2008.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 829-2007-INA, de 6 de marzo de 2008.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1218-2008-INA, de 7 de julio de 2009.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1287-2008-INA, de 8 de agosto de 2009.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1273-2009-INA, de 20 de abril de 2010.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1348-2009-INA, de 27 de abril de 2010.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1710-2010-INC, de 6 de agosto de 2010.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1540-2011-INA, de 23 de marzo de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1935-2011-INA, de 30 de marzo de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1936-2011-INA, de 30 de marzo de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1937-2011-INA, de 30 de marzo de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1938-2011-INA, de 30 de marzo de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1801-2011-INA, de 12 de abril de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1949-2011-INA, de 12 de abril de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1950-2011-INA, de 12 de abril de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1938-2011-INA, de 12 de abril de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1636-2011-INA, de 14 de abril de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1703-2011-INA, de 14 de abril de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1777-2011-INA, de 14 de abril de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1785-2011-INA, de 14 de abril de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1786-2011-INA, de 14 de abril de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1809-2011-INA, de 14 de abril de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1557-2011-INA, de 14 de abril de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1808-2011-INA, de 19 de abril de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1811-2011-INA, de 28 de abril de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1696-2011-INA, de 28 de abril de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1699-2011-INA, de 28 de abril de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1745-2011-INA, de 28 de abril de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1641-2011-INA, de 28 de abril de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1774-2011-INA, de 28 de abril de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1744-2011-INA, de 28 de abril de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1748-2011-INA, de 28 de abril de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1747-2011-INA, de 28 de abril de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1746-2011-INA, de 28 de abril de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1712-2011-INA, de 28 de abril de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1959-2011-INA, de 4 de mayo de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1841-2011-INA, de 10 de mayo de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1847-2011-INA, de 10 de mayo de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1849-2011-INA, de 12 de mayo de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1803-2011-INA, de 12 de mayo de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1861-2011-INA, de 15 de mayo de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1775-2011-INA, de 17 de mayo de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1791-2011-INA, de 17 de mayo de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1770-2011-INA, de 17 de mayo de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1697-2011-INA, de 2 de junio de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1821-2011-INA, de 2 de junio de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1819-2011-INA, de 2 de junio de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1797-2011-INA, de 2 de junio de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1642-2011-INA, de 9 de junio de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1658-2011-INA, de 9 de junio de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1827-2011-INA, de 9 de junio de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 2010-2011-INA, de 9 de junio de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 1782-2011-INA, de 14 de junio de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol Nº 2088-2011-INA, de 5 de octubre de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2089-2011-INA, de 5 de octubre de 2011.

Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 2090-2011-INA, de 5 de octubre de 2011.

Sentencias Corte Suprema

Ogueta con Isapre Banmédica (2004): Corte Suprema, 25 de marzo de 2004 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

León con Isapre Consalud (2008): Corte Suprema, 16 de diciembre de 2008 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Méndez con Isapre Cruz Blanca (2010): Corte Suprema, 12 de enero de 2010 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Silva con Isapre Cruz Blanca (2010): Corte Suprema, 14 de enero de 2010 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

García con Isapre Cruz Blanca (2010): Corte Suprema, 4 de febrero de 2010 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Apablaza con Hospital Hernán Henríquez (2010): Corte Suprema, 25 de febrero de 2010 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Cabrera con Isapre Cruz Blanca (2010): Corte Suprema, 28 de febrero de 2011 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Irarrázabal con Isapre Colmena Golden Cross (2010): Corte Suprema, 7 de junio de 2010 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Hernández con Isapre Cruz Blanca (2010): Corte Suprema, 4 de septiembre de 2010 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Huerta con Isapre Cruz Blanca (2010): Corte Suprema, 6 de septiembre de 2010 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Quiroz con Isapre Cruz Blanca (2010): Corte Suprema, 6 de septiembre de 2010, Rol (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Olivares con Isapre Colmena Golden Cross (2010): Corte Suprema, 13 de septiembre de 2010 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Loch con Isapre Isapre Vida (2010): Corte Suprema, 15 de septiembre de 2010 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Casas con Isapre Cruz Blanca (2010): Corte Suprema, 17 de septiembre de 2010 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Astorga con Isapre Más Vida (2010): Corte Suprema, 24 de septiembre 2010 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Caceres con Isapre Consalud (2010): Corte Suprema, 18 de octubre de 2010 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Herrera con Isapre Banmédica (2010): Corte Suprema, 8 de noviembre de 2010 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Miranda con Isapre Colmena Golden Cross (2010): Corte Suprema, 8 de noviembre de 2010 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Retamal con Isapre Colmena Golden Cross (2010): Corte Suprema, 8 de noviembre de 2010 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Del Embry con Isapre Cruz Blanca (2010): Corte Suprema, 15 de noviembre de 2010 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Fernández con Isapre Colmena Golden Cross (2010): Corte Suprema, 15 de noviembre de 2010 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Isapre Banmédica con Superintendencia de Salud (2010): Corte Suprema, 22 de noviembre 2010 (recurso de reclamación) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Astorga con Isapre Más Vida (2010): Corte Suprema, 30 de noviembre 2010 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Fuster con Isapre Cruz Blanca (2010): Corte Suprema, 6 de diciembre de 2010 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Gómez con Isapre Banmédica (2010): Corte Suprema, 6 de diciembre de 2010 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Poblete con Isapre Banmédica (2010): Corte Suprema, 13 de diciembre de 2010 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Giraud con Isapre Cruz Blanca (2010): Corte Suprema, 28 de diciembre de 2010 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Carrasco con Isapre Consalud (2011): Corte Suprema, 28 de enero de 2011 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Ramos con Isapre Banmédica (2011): Corte Suprema, 17 de febrero de 2011 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Hernández con Isapre Cruz Blanca (2011): Corte Suprema, 14 de febrero de 2011 (Recurso de protección) en: .

Bustos con Isapre Cruz Blanca (2011): Corte Suprema, 28 de febrero de 2011 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Reyes con Isapre Cruz Blanca (2011): Corte Suprema, 10 de agosto de 2011 (recurso de protección) en: http://www.poderjudicial.cl/juris_pjud/jurisprudencia.php.

Normas jurídicas citadas

Decreto N° 100, que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. Diario Oficial, 22 de septiembre de 2005.

Decreto Ley N° 3.500, que establece un Nuevo Sistema de Pensiones. Diario Oficial, 13 de noviembre de 1980

D.F.L. N° 1 del Ministerio de Salud, que fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Decreto Ley N° 2763/79 y de las leyes N°s. 18.933 y 18.469. Diario Oficial, 24 de abril de 2006.

Ley N° 18.840, Ley Orgánica Constitucional del Banco Central de Chile. Diario Oficial, 4 de octubre de 1989.