

EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD: NUEVAS PERSPECTIVAS DOGMÁTICAS Y JURISPRUDENCIALES

THE RIGHT TO HEALTH PROTECTION: NEW DOGMATIC AND JURISPRUDENTIAL PERSPECTIVES

LUZ BULNES ALDUNATE¹

Resumen: en el presente artículo, se analizan la evolución del derecho a la protección de la salud y su protección constitucional en Chile, haciendo referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Palabras clave: derecho a la protección de la salud. Evolución histórica. Jurisprudencia.

Summary: this article studies the evolution of the Right to health protection and its constitutional enforcement in Chile, making reference to the Constitutional Court's jurisprudence.

Key words: the Right to health protection. Historical evolution. Jurisprudence.

¹ Profesora Derecho Constitucional. Universidad Autónoma de Chile. Ex Ministro del Tribunal Constitucional.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a la protección a la salud consagrado en la Constitución de 1980 es indudablemente una consecuencia de los principios establecidos en el capítulo primero de este texto y especialmente de la disposición que dice que los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

Libertad y dignidad son los sustentos del capítulo III de nuestra Constitución sobre los derechos constitucionales. Uno de estos derechos es el relativo a la protección a la salud establecido en su artículo 19 número 9 de la carta fundamental, que dice

En un principio la Comisión de Estudios tuvo la intención de tratar a continuación del derecho a la vida los demás derechos que se relacionaban con una vida digna, como eran el derecho a la salud, el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación y el derecho a la seguridad social. Después, por razones principalmente metodológicas, se abandonó ese plan, lo que era lógico, porque todos esos derechos se refieren a una buena calidad de vida, que es el derecho que se quiso asegurar. Si señalamos esta intención es porque en el derecho a la vida se asegura también “la integridad física y psíquica de las personas”, concepto que tiene una íntima relación con la salud y que nuestros tribunales han destacado. ¿Puede acaso haber salud si no hay integridad física y psíquica?

Como lo adelantábamos en párrafos anteriores, el artículo 19 número 9 asegura como derecho constitucional la protección a la salud.

En la Comisión de Estudios, surgieron varias dudas sobre si se podía asegurar el derecho a la salud, principalmente en razón, como se dijo en la sesión número 190, de que el derecho a la salud no se puede reclamar de nadie, las personas se enferman y se mueren y, por cierto, ese derecho no se puede reclamar, lo pierden sin que nadie lo haya quebrantado. Aunque en dicho organismo se mencionaron estas características, el constituyente del 80 consagró una disposición relativa a la salud.

El Consejo de Estado mantuvo la norma aprobada por la Comisión, pese a que en general en esta sede prevaleció la idea de no incluir en el listado de derechos aquellos que no pueden ser exigidos del Estado y que en principio por sí solos no son justiciables.

Por ello se cambió la expresión “El derecho a la salud” por “El derecho a la protección de la salud”.

Esta expresión de proteger puede interpretarse en un doble sentido: primero, que la autoridad no puede ejecutar acciones que vayan contra la salud, y al mismo tiempo, que debe adoptar las providencias que sean necesarias para resguardar la salud.

Vemos en este término del constituyente una clara intención de establecer que el derecho para ser una realidad necesitaba de una protección, en otras palabras, de medidas adoptadas por el Estado como que lo resguardaran y protegieran, y principalmente, haciéndolo exigible por la vía judicial. Estas medidas obviamente en la mayoría de los casos se traducen en políticas que se adoptan por la vía legislativa.

Concepto de salud

El concepto de salud que utiliza la Ley Fundamental tuvo su origen en la Comisión de Estudios y resulta de los antecedentes que envió a ese organismo el Ministerio de Salud de la época, que textualmente decían:

“El concepto de salud ha experimentado un cambio notable en los últimos años, de la concepción que concebía a la salud como la simple ausencia de una enfermedad física reconocible por signos y síntomas, imperante hasta hace algún tiempo, el concepto se amplía hasta abarcar aspectos psicológicos y de una clara connotación social. Emerge la salud como algo positivo de tal manera que las acciones que estaban limitadas a la recuperación, se amplían a otros campos, como ser la promoción, la protección, la recuperación y rehabilitación del individuo”. (Documento que el Ministerio de Salud hizo llegar a la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución, sesión número 190).

Este derecho es evidentemente un derecho social con todas las características de este tipo de derechos. Se exigen acciones positivas del Estado para que exista una verdadera protección a la salud.

II. EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA SALUD

En las constituciones anteriores a la actual, aparecen disposiciones que se refieren a la salud. Así, en la constitución de 1833, en su artículo 151 se establece lo siguiente:

Ninguna Clase de trabajo o industria puede ser prohibida, a menos que se oponga a las buenas costumbres, a la seguridad o a la salubridad pública o que lo exija el interés nacional y una ley lo declare así.

En el artículo 128 de este mismo texto, hay también una referencia a la salubridad concerniente a la competencia de las municipalidades.

Es evidente que estas menciones a la salubridad manifiestan una preocupación por la salud, pero en ningún caso podría entenderse que constituyen derechos sociales como se visualizan hoy después de la primera y de la segunda guerra.

Posteriormente, si bien en la Constitución de 1925 aparecen ciertos esbozos de derechos sociales, principalmente en la función social que debe cumplir la propiedad, pese a que en el mundo existía ya una preocupación por la salud, sólo se contempló a partir de la reforma constitucional de 1970, específicamente en el artículo 10 número 14, que en su inciso final señaló lo siguiente:

Es deber del Estado velar por la salud pública y el bienestar higiénico del país. Deberá destinarse cada año una cantidad de dinero suficiente para mantener un servicio nacional de salubridad.

Cabe recordar que la Constitución de 1925 sufrió diez reformas, a su texto, entre las que se destaca el pacto político llamado de Garantías Constitucionales, que contempló el deber del Estado que destacábamos en el párrafo anterior.

Se entregó al Estado un papel relevante en materia de seguridad social, derecho que tiene una directa relación con la salud, y no se consideró la acción de los particulares en ninguna de estas materias.

Citando al profesor Raúl Bertelsen, podemos decir:

“La reforma de 1971 surge en un momento de fuerte intervencionismo estatal en Chile y cuando el constitucionalismo ha dado un gran desarrollo a los derechos sociales, todo lo cual explica que estos sean objeto de una regulación detallada y se asigne al Estado un papel protagónico”.

Posteriormente, se reconoce una concepción finalista del Estado, se le señala un deber, que es alcanzar el bien común, se reconocen los grupos en que se organiza la sociedad dentro de sus fines específicos, y en relación a la

salud se visualiza una concepción distinta, reconociendo ya la intervención de los particulares en las acciones de salud.

El Acta Constitucional número 3 consagró el derecho a la salud y señaló:

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

Cabe destacar que este texto constitucional aseguraba a todas las personas “el derecho a la salud”, expresión que se usó también en la primera etapa de elaboración del texto de 1980 por la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y que luego se cambió por “el derecho a la protección a la salud”.

En la sesión 190 se trató la modificación de esta expresión y buscando una mayor precisión en el lenguaje, se hizo ver que un texto constitucional no puede decir que se asegura el derecho a la salud por que esta depende de una multiplicidad de factores de tipo personal que lleva a la gente a enfermarse y aun a morir pese a la garantía del derecho a la salud. (E. Ortúzar, sesión 190).

El Acta número 3 tiene gran importancia, pues mantuvo el papel relevante del Estado, pero al mismo tiempo incorporó el sector privado a la ejecución de las acciones de salud.

III. LOS DERECHOS SOCIALES Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN A LA SALUD

El derecho a la protección a la salud es evidentemente un derecho social, característica que pasamos a analizar.

La doctrina constitucional distingue los derechos individuales de los derechos sociales o también llamados derechos de la segunda y tercera generación.

Los primeros son aquellos conferidos a individuos, seres en abstracto; responden a la ideología liberal que en el siglo XIX se vuelca en las constituciones escritas que surgen del movimiento jurídico político del constitucionalismo clásico que se expresó en Europa y en Norteamérica en el siglo XVIII.

Los derechos individuales se ejercen frente o contra el Estado y exigen una actitud pasiva de este. Su característica más destacable es que son esencialmente justiciables, es decir, que si son violados, perturbados o amenazados se pueden ejercer acciones ante los tribunales. Son derechos que surgen de las doctrinas de la libertad.

En cambio, los derechos llamados sociales son consecuencia de las filosofías de la igualdad, son los que benefician principalmente a los trabajadores, a los gremios y a la familia, se han ido incorporando a los tradicionales listados de derechos y hoy aparecen en los Pactos Internacionales de Derechos.

Se sustentan en los principios de igualdad y de solidaridad y en la generalidad de los casos se trata de prestaciones o de programas políticos que sólo serían exigibles si se implementaran por ley.

Estos derechos dependen de una acción positiva del Estado, el que la desarrollará según sean las condiciones imperantes en el medio social y se traducen en la definición de sus políticas públicas.

Se caracterizan por su carácter programático y porque para ser exigidos judicialmente la opinión generalizada es que requieren de implementación legal.

El Estado no puede asegurar vivienda, educación, salud, descanso, pues ello dependerá de múltiples variables.

El artículo 19 número 9, antes transcrito, establece dos tipos de derechos, pues junto al derecho social a la protección de la salud, que no está amparado por la acción de protección, establece además el derecho individual de elegir el sistema de salud a que las personas deseen acogerse sea estatal o privado, que se caracteriza porque está resguardado por la acción de protección, lo que lo hace esencialmente justiciable.

El enfoque de los derechos sociales fue tradicionalmente como de derechos relativos, en razón de que su naturaleza es prestacional y dependen de la capacidad económica del Estado. Se presentaban como normas programáticas que dependían de la capacidad económica y financiera de cada país, la que evidentemente podía sufrir variaciones.

Estos derechos sociales llamados también de segunda generación surgen de una visión distinta de la primitiva visión liberal del siglo XIX, y son producto del proceso de industrialización y de la llamada cuestión social.

Se incorporan a los tradicionales listados de derechos e imponen al Estado el deber de actuar a favor de la igualdad material. Este modelo constitucional aparece en algunas constituciones posteriores a la primera guerra mundial y después de la segunda guerra mundial; lo encontramos, entre otras, en las constituciones española, italiana y portuguesa.

Al decir de Martínez Estay, quien tiene interesantes publicaciones sobre esta materia, los derechos sociales consisten fundamentalmente en prestaciones, pero el elemento definidor de este tipo de derechos no es el que sean prestaciones sino el fin que los inspira, cual es, hacer efectiva la igualdad formal del constitucionalismo clásico y, en general, mejorar las condiciones de vida de la sociedad².

En los últimos tiempos, hay un enfoque distinto de los derechos sociales y se les considera como derechos plenos y eficaces. Su consagración constitucional es el primer paso para su efectividad y eficacia como ocurrió anteriormente con los derechos políticos e individuales. Los autores contemporáneos sostienen que los derechos sociales no dejan de ser derechos porque no están garantizados. Al decir de Ferrajoli, la exigencia al Estado es precisamente que ellos sean garantizados, ya que la garantía depende de una decisión política y económica del propio Estado³.

Por sentencia del Excmo. Tribunal Constitucional, Rol número 976, se definió la naturaleza jurídica de los derechos sociales, diciendo:

“Que la amplia mayoría de la doctrina nacional y extranjera reconoce que los derechos sociales, llamados también derechos de prestación o de la segunda generación, son tales y no simples declaraciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva queda suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica”.

Los autores contemporáneos sostienen que los derechos sociales no dejan de ser derechos, porque no están garantizados. Se impone al Estado la obligación de garantizarlos, pues ello importa una decisión política y económica.

Estos derechos tienen una relación directa con el concepto de nivel de vida que, a su vez, tiene una íntima relación con ciertos indicadores

² Pereira Menaut, A. *Teoría Constitucional*, p. 439.

³ Citado por Humberto Nogueira en *Revista de Estudios Políticos* N 1.

económicos, entre los cuales las Naciones Unidas señalan la salud, la vivienda y la seguridad social; en otras palabras, se trata de asegurar un nivel de vida digno.

Tanto el concepto de nivel de vida digno como el de los derechos sociales o derechos económicos sociales y culturales están unidos al concepto de satisfacción de las necesidades básicas que es el objetivo de estos nuevos derechos hoy considerados, al igual que los civiles y políticos, como derechos fundamentales.

Así podríamos sostener que el objetivo de los derechos sociales sería otorgar facultades a las personas e imponer exigencias a la sociedad, destinadas a la satisfacción de dichas necesidades básicas.

Ahora bien, justamente una de las principales diferencias que distingue al mundo desarrollado del mundo del subdesarrollo es que el primero ha resuelto los problemas de la satisfacción de las necesidades básicas y del nivel de vida y que el segundo está lejos de lograrlo⁴.

La verdad es que a pesar de existir un amplio reconocimiento de los derechos sociales, tanto en los textos constitucionales como en los Pactos Internacionales, no existe una conceptualización acabada de los mismos, lo que muchas veces impide que jurídicamente estén garantizados y que puedan ser exigibles.

Es evidente que se requiere una adecuada conceptualización de estos derechos y como la doctrina contemporánea exige que sean garantizados es menester que se haga una real diferenciación entre ellos, pues no podemos equipararlos y darles un tratamiento semejante cuando entre ellos existen diferencias sustanciales. Ejemplo: no se puede homologar el derecho a la salud o el derecho a la vivienda con el derecho al feriado o el derecho a la negociación colectiva. Los dos últimos indicados surgen del contrato de trabajo; en cambio, la salud está en íntima relación con la vida y la vida digna.

Sin embargo, aunque la Constitución no los haga exigibles, no se puede negar que en los últimos años la implementación legal y la interpretación jurisprudencial de los derechos sociales han permitido alcanzar un mayor

⁴ Extractado del texto del profesor Roberto Mayorga sobre los derechos económicos sociales y culturales.

reconocimiento y efectividad y que son muchos los logros que se han obtenido en este sentido, permitiendo alcanzar una mayor satisfacción de las necesidades básicas y del ideal ambicionado de un nivel de vida más digno.

El artículo 19 número 9, antes transcrito, establece dos tipos de derechos, pues junto al derecho social a la protección de la salud que no está amparado por la acción de protección, establece además el derecho individual de elegir el sistema de salud a que las personas deseen acogerse sea estatal o privado, que se caracteriza porque está resguardado por la acción de protección, lo que lo hace esencialmente justiciable.

El rol 976 del Excmo. Tribunal Constitucional, que analizamos más adelante en este trabajo, define los derechos sociales en el considerando vigésimo noveno al referirse al derecho a la protección a la salud; involucra conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlos en la práctica.

Dice este considerando:

“Vigésimo noveno: Que el derecho de la protección de la salud es de índole social, involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlo en la práctica, habida consideración que la satisfacción de tal exigencia representa un rasgo distintivo de la legitimidad sustantiva del Estado Social de la democracia constitucional contemporánea”.

No concordamos con esta afirmación del órgano jurisdiccional. Para que se puedan materializar los derechos sociales y entre ellos específicamente el derecho a la protección a la salud, no se puede sostener que sean exigibles conductas activas de los particulares; distinto es el caso de los órganos estatales que son los ejecutores de las políticas públicas.

Por lo demás, en el artículo 5 inciso segundo de la Constitución, se encarga expresamente la promoción de los derechos a los órganos del Estado.

Dentro de la gama de derechos sociales, se encuentra indudablemente el derecho a la protección de la salud consagrado en el artículo 19 número 9 de la Constitución de 1980, transcrito anteriormente en este trabajo, que se caracteriza porque se concretiza el principio de subsidiariedad, dando primacía al principio de la libertad.

Se consagran en la disposición señalada dos derechos, uno social, como lo adelantábamos, y además un derecho individual, que es el derecho a elegir el sistema de salud y el ejercicio de este derecho puede hacerse a través de instituciones públicas o privadas sin que puedan existir sistemas monopólicos de salud.

El derecho social de salud no se resguarda con la acción de protección, pero sí el derecho a elegir el sistema de salud.

De lo expuesto aparece que la intención del constituyente fue que el derecho a la protección a la salud no fuera justiciable; sin embargo, por la vía de la interpretación jurisprudencial, se ha extendido su amparo y protección y, como lo veremos más adelante, en muchas oportunidades nuestros tribunales han aceptado acciones de protección y por la vía indirecta del amparo a otros derechos han resguardado el derecho a la salud o la protección a la salud.

Citaremos, a continuación, las distintas formas de aproximación a los derechos sociales o derechos sociales económicos y culturales, material extractado del trabajo de Humberto Nogueira publicado en Estudios Constitucionales⁵.

“Una primera aproximación es la de normas programáticas constituyéndose en normas orientadoras de la acción del Estado y de los operadores jurídicos, pero priva de eficacia directa a su contenido, no estableciendo verdaderos derechos o facultades a las personas ni obligaciones a los órganos estatales ni tutelados jurídicamente. Son normas esencialmente políticas que le indican una directriz al legislador que implican una prohibición a este que no puede actuar desconociendo la directriz.

Un segundo enfoque es entenderlos como normas de organización que establecen mandatos para los poderes públicos bajo la forma de atribución de competencias para garantizar mediante normas jurídicas el desarrollo social y económico de la colectividad.

Un tercer enfoque es entenderlos como derechos públicos subjetivos considerándolos como verdaderas facultades de las personas y obligaciones prestacionales del Estado.

⁵ Nogueira, Humberto. *El constitucionalismo moderno y los derechos económicos sociales y culturales*. Estudios Constitucionales, año I, número I, p. 150.

Una cuarta aproximación es considerarlos como mecanismos de garantía, se trata de garantías institucionales que establecen deberes de actuación para los poderes públicos”.

Coincidimos con la idea que los derechos sociales son facultades de las personas que establecen obligaciones prestacionales del Estado.

Previo al análisis de la evolución de la jurisprudencia tanto de los tribunales ordinarios como del Tribunal Constitucional, haremos un breve comentario del derecho comparado sobre el derecho a la salud.

IV. DERECHO COMPARADO

La Constitución española regula el derecho a la salud como un derecho social entre los principios rectores de su política económica y social.

Se trata de principios que informan la actividad de los poderes públicos pero no generan derechos sino que en la medida que sean desarrollados por el legislador.

Se trata de un derecho fundamental que no emana directamente de la Constitución sino que de un sistema de prestaciones establecido por el legislador. El artículo 43.2 de la Constitución española señala que corresponderá al legislador establecer los derechos en materia de salud.

En Italia el derecho a la salud aparece con un doble carácter de derecho individual y de acuerdo con el carácter social del Estado italiano como un interés de la colectividad.

En general, la jurisprudencia italiana ha reconocido este derecho como un derecho subjetivo exigible ante la justicia ordinaria.

En el ordenamiento constitucional portugués, el derecho a la salud aparece como un derecho reconocido en forma universal y esta universalidad se traduce en los deberes específicos que se señalan para el Estado, que debe garantizar el acceso de todos los ciudadanos.

De lo expuesto anteriormente, se infiere que la doctrina contemporánea trata a los derechos sociales como derechos plenos y eficaces y el primer paso para que sean efectivos y para su eficacia es su positivización constitucional.

Es evidente que la doctrina constitucional ha evolucionado en la concepción de los derechos sociales, aceptando que su consagración constitucional importa un reconocimiento y una garantía pues, por una parte, obliga al legislador y, al mismo tiempo, lo limita, pues junto con la obligación de implementarlos debe respetar su contenido esencial.

El derecho a la protección a la salud en la carta fundamental chilena aparece como un derecho social, no justiciable, pero la interpretación constitucional ha ido ampliando su contenido y permitiendo por la vía indirecta su justiciabilidad.

V. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS

En los primeros años de vigencia de la Constitución de 1980, los recursos de protección que se interponían para resguardar el derecho a la protección a la salud sustentados en el artículo 19 número 9 de la Constitución, eran que se rechazaran en razón de que en la disposición que consagra la acción de protección este derecho no estaba entre los que protegía el artículo 20 de la Constitución, salvo respecto al inciso final del artículo 19 número 9 que se refiere a la opción para elegir el sistema de salud a que las personas deseen acogerse.

Así, por ejemplo, por sentencia de la Corte Suprema de 29 de enero de 1988, se estableció lo siguiente:

“El derecho a la protección a la salud contemplado en el número 9 del artículo 19 de la Constitución no está asegurado por el recurso de protección salvo en cuanto a elegir el sistema de salud al que la persona desee acogerse”.

Fue esta la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema, hasta que más adelante y con los años aparece una vía de protección indirecta de la salud a través de la aplicación de otros derechos.

A. Vía indirecta de protección de la salud

Pese a que sólo la opción para escoger el sistema de salud está resguardada por la acción de protección, nuestros tribunales desarrollaron una vía indirecta de protección al bien jurídico representado por la salud y así si bien no se aceptaba la alegación de protección de la salud, en razón

de que no estaba contemplado este derecho en el artículo 20 de la Carta Fundamental, sí se acogieron muchos recursos de protección sosteniendo que se habían vulnerado otros derechos constitucionales como son el derecho a la integridad física y síquica de una persona y posteriormente el derecho de propiedad.

Conocidas son las sentencias en el caso de los testigos de Jehová, cuya fe les impide realizarse transfusiones de sangre; estas se han autorizado sustentándose los fallos en la integridad física y psíquica, derecho establecido en el artículo 19 número 1, consecuencia del derecho a la vida de los afectados. Igual doctrina se ha seguido en el caso de las huelgas de hambre.

Como ejemplo de este criterio, podemos citar el siguiente caso que se sustenta en la relación entre salud y la integridad física y psíquica.

Por sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de octubre de 1997, se acogió el recurso de protección y se estimó arbitraria y contraria a la salud y a la integridad física y psíquica de una persona la actitud de la clínica que niega al paciente acceso a su ficha clínica, sin haber disposición legal que se lo prohíba, a pretexto de que su entrega comprometería el deber del secreto profesional. Este deber está establecido en beneficio del paciente, quien puede renunciarlo y exigir la información correspondiente, si la negativa de la clínica compromete su salud e integridad física y psíquica.

Podríamos mencionar varias otras sentencias en que aparece claro que nuestros tribunales por la vía de resguardar el derecho a la integridad física y psíquica han dado una protección a la salud de las personas, entendiendo que cuando se afecta este derecho se afecta consecuentemente la salud de ellas.

B. Protección de la salud por la vía indirecta del derecho de dominio

Surgió también una interesante jurisprudencia de la Corte Suprema respecto a la interpretación del derecho a la protección a la salud.

Se continúa defendiendo la salud por la vía indirecta, pero para resguardarla se relaciona este derecho con el derecho de propiedad y específicamente con el dominio sobre los bienes incorporales establecido en el artículo 19 número 24 de la Ley Fundamental, que dice: “La Constitución asegura a

todas las personas: 24. “El derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”.”

Por la vía que hemos denominado de la protección o defensa indirecta de la salud, se han acogido recursos de protección sustentados en el artículo 19 número 24 de la Constitución, estimando las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema en algunas sentencias que los beneficios que otorgan las isapres por el contrato de salud ingresan al patrimonio de los afiliados y en consecuencia están aseguradas por el derecho de dominio sobre los bienes incorporales.

Ejemplo de esta tesis son las sentencias que se señalan a continuación:

Por sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de 6 de abril del año 2004, se acogió un recurso de protección contra la Isapre Banmédica, que había denegado el derecho a ciertas bonificaciones que a juicio del recurrente estaban estipuladas en el contrato de salud.

La Corte concluyó que la conducta de la isapre privó al afiliado de su dominio sobre el bien incorporal constituido por las bonificaciones convenidas en el contrato de salud, dominio que se encuentra protegido en el Art. 19. N 24 de la Constitución Política de la República.

La sentencia establece expresamente que la conducta de la isapre no afectaba el derecho a elegir el sistema de salud. La sentencia acoge el recurso y desarrolla una interesante doctrina. En sus considerandos expresa:

“El derecho a las prestaciones médicas que surgen del contrato de salud, nace condicionado al hecho futuro e incierto de que sobrevenga una enfermedad, apta para causar los beneficios, en tanto no aparezca la enfermedad, el derecho no resulta exigible, permanece en germen, embrionario, más ocurrido el evento el derecho se perfecciona y adquiere vigencia, integrándose con las consecuencias que le son inherentes de la persona afiliada contratante, quien queda legitimada para exigir su cumplimiento.

Si se desconocen los efectos de semejante derecho la isapre no afecta una mera expectativa, sino que agravia la propiedad que la recurrida ostenta sobre el bien inmaterial consistente en el derecho a las prestaciones estipuladas en el contrato de salud, derecho cuyo ejercicio legítimo es amparado con arreglo a lo establecido en el Artículo 19 N° 24 y 20 de la Constitución y 582 del Código Civil”.

La misma doctrina se contempla en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 1999 confirmada por la Excma. Corte Suprema el 10 de enero del año 2000.

Estas sentencias dejan establecido el criterio de la Corte Suprema en cuanto que los beneficios que arrancan del contrato de salud ingresan al patrimonio del afiliado: son bienes incorporales y tienen la protección y resguardo del derecho de propiedad.

La doctrina de amparar el derecho a la protección de la salud por la vía indirecta del derecho de dominio la encontramos también en los años siguientes en numerosas sentencias de las Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema.

Así, por vía de ejemplo, citaremos a continuación las siguientes sentencias de nuestros tribunales superiores.

Por sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de septiembre de 2007, confirmada por sentencia de la Excma. Corte Suprema de Justicia, se acogió el recurso de protección interpuesto por doña Natalia Castro como curadora general de su hijo Michelle Piccione Castro en contra de la Isapre I.N.G. Salud S. A., entidad que suspendió sin aviso previo la atención médica domiciliaria, vulnerando en esta forma las garantías constitucionales establecidas en los numerales 1, 4 y 24 de la Constitución Política de la República.

Por el considerando 5 de la sentencia de la Ilustrísima Corte se señala que desde el momento en que el señor Piccione se afilió a la isapre indicada ingresó una serie de derechos a su patrimonio y uno de los principales, tratándose de un contrato suscrito con una entidad de salud, era recibir el financiamiento que correspondía a la naturaleza de su enfermedad. La negativa de la isapre constituye una privación, perturbación y amenaza al derecho de propiedad consagrado en el artículo 19 número 24 de la Constitución.

Los antecedentes del caso llevan a la conclusión que, atendido el estado de salud del señor Piccione, este requiere de una “atención domiciliaria”, en los términos que se le otorgó desde un principio, para mantener el equilibrio de sus funciones vitales, sin poner en riesgo su vida.

Al no hacerlo, la isapre vulneró el artículo 19 número 24 de la Carta Fundamental, por lo que se acogió el recurso de protección intentado por la recurrente.

En el mismo sentido, se pronunció la sentencia “Fuentes Rivas, Carlos Javier con Isapre Consalud”. Jurisprudencia Judicial, materia Derecho Público, Corte Suprema, rol 18512007 de 18 de julio del 2007.

El 22 de enero del año 2008, la Corte Suprema confirmó la sentencia de la Corte de Apelaciones que acogió el recurso de protección intentado por don Sergio Galán, indicando que la actuación de la isapre (Vida Tres S.A.) era ilegal por cuanto desconocía el derecho del actor que requería de un tratamiento médico para mejorar su condición de salud, actuación que vulneraría la garantía contemplada en el artículo 19 número 24 de la Constitución Política, esto es, el derecho de propiedad.

Por sentencia de la Exma. Corte Suprema se confirmó la sentencia de la Iltrma. Corte de Apelaciones de Santiago que acogió el recurso de protección interpuesto contra la Isapre Vida Tres S.A. que solicitaba la aplicación de la Cobertura Adicional para las enfermedades catastróficas, “porque al negar la cobertura solicitada se pone en riesgo la integridad física y la vida del paciente y se desconocen derechos contractuales que le asisten en su calidad de contratante regular por largos años, es indudable que se afectan sus derechos constitucionales consagrados en los numerales 1 y 24 de la Constitución Política incurriéndose en una arbitrariedad de ilegalidad por parte de la recurrida que hizo necesario dar acogida al recurso para restablecer el imperio del derecho”.

En el mismo sentido, se pronuncian el siguiente fallo:

Sentencia Castro Aguayo Natalia con Isapre ING Salud y otro. Tanto en el año 2008 como 2009 se ha mantenido esta doctrina por la Corte Suprema y las Cortes de Apelaciones.

Hay sí otras sentencias que reconocen el derecho de las isapres a aumentar el precio del plan de salud por variación del factor edad, operación contenida en los planes de salud y que el cotizante conocía al contratar.

Sin embargo, hay fallos de la Corte Suprema que rechazan el factor edad para alzar el costo del plan de salud.

Ejemplo: Valentina Mary González con Isapre Cruz Blanca y Raúl Laban con Isapre Vida Tres.

VI. NUEVAS PERSPECTIVAS DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional ha conocido por la vía del recurso de inaplicabilidad de materias relativas a la aplicación de normas cuyo sustento constitucional sería el derecho social contemplado en el artículo 19 número 9 que se refiere al derecho a la protección a la salud.

En sus ultimas sentencias, el Tribunal ha creado una interesante jurisprudencia sobre el derecho a la protección a la salud, que si bien no la compartimos en algunas materias es de interés destacarla porque es evidente que representa nuevas perspectivas en la jurisprudencia de este órgano jurisdiccional.

Por el rol 976 de 26 junio de 2008, se aceptó el requerimiento por el que Silvia Peña Wassaff solicitó al excelentísimo Tribunal Constitucional la declaración de inaplicabilidad del artículo 38 ter. de la ley 18.933 que autorizaba el alza de su plan de salud por los factores de edad y sexo de la requirente. Esta sostuvo que la aplicación de dicho artículo vulneraría, entre otros, el derecho a la igualdad ante la ley, el derecho a la protección de la salud y el derecho de propiedad.

La requirente fundó su presentación en el art. 19 número 9 de la Constitución relativo al derecho de la protección de la salud y sostuvo que el artículo impugnado por el requerimiento se opone a que la peticionaria pueda elegir el sistema de salud a que desee acogerse.

Los hechos del caso específico serían que la requirente era una mujer de sesenta años, que estaba afiliada desde 1997 a la Isapre ING salud S.A., que a su contrato de salud se le incorporó una tabla de factores, en virtud de la autonomía de la voluntad amplia de que gozaban las partes y al cumplir los sesenta años cambió el factor que le era aplicable, lo que se tradujo en un alza del costo de su plan de salud. La requirente solicitó a la isapre la reconsideración del alza de dicho costo, la cual le fue denegada y en razón de lo anterior interpuso recurso de protección ante la Corte Apelaciones, entendiéndose que se habrían vulnerado los artículos 19 números 2, 9 y 24 de la Constitución Política.

Resolviendo el requerimiento, el Tribunal lo acoge en cuanto a que la tabla de factores indicada en el artículo 38 ter. de la ley 18,933 que determinó el costo del plan de salud se incorporó al contrato de salud de la requirente

y que sería inaplicable en la causa que estaría pendiente en la Corte de Apelaciones de Santiago por ser contrario a lo dispuesto en el artículo 19 número 9 de la Constitución, que asegura el derecho a la protección a la salud.

Las argumentaciones de la magistratura constitucional, para decidir sobre la constitucionalidad del alza del costo del plan de salud, dicen relación con la magnitud de este nuevo costo el que, a su juicio, afectaría el derecho a la protección a la salud de la requirente, que no podría mantenerse en su plan de salud privado.

Sostiene también que el ejercicio de la facultad de elevar el costo del plan indicado permitiría incurrir en una discriminación infundada que lesionaría la esencia de la igualdad entre las partes. Además, la sentencia afirma que cuando el afiliado no puede seguir pagando el nuevo costo del plan queda obligado a abandonar el sistema privado que había escogido para incorporarse al equivalente público.

No concordamos con el criterio de la sentencia en este punto, pues se impugna un precepto legal que en su aplicación al caso concreto vulneraría la Constitución sin indicar los preceptos constitucionales que serían conculcados por la aplicación de esta norma.

El Tribunal hizo ver que cumpliendo con la normativa legal vigente la isapre requerida reajustó el costo del plan de salud de la requirente, lo que a su juicio le impediría a esta seguir en el sistema de salud privado y se vulneraría su derecho a elegir el sistema de salud privado por el que había optado.

La sentencia del Tribunal Constitucional hace una amplia disquisición doctrinaria sobre las bases de la institucionalidad, especialmente sobre la base constitucional de la dignidad y la naturaleza jurídica de los derechos sociales y sobre el derecho a la protección a la salud. Todas estas reflexiones son muy valiosas desde el punto de vista de la doctrina constitucional para alcanzar una mejor conceptualización de los derechos sociales y de los principios establecidos en el capítulo primero de la ley fundamental.

Se reconoce el carácter prestacional de los derechos sociales y que su contenido debe ser concretado por ley. Se sostiene, además, que existe un núcleo esencial e indisponible respecto del cual el legislador no puede disponer. En consecuencia, señala que el derecho a la protección a la salud asegurado en el artículo 19 número 9 de la Constitución “se erige en base constitucional y de orden público” que informa toda convención de salud.

El juzgador le da el carácter de “base constitucional de orden público” al derecho a la protección de la salud. A nuestro juicio, este derecho al igual que todos los derechos debe ser respetado por el legislador sin que este pueda regularlos excediendo el marco constitucional. En ese sentido, todos los derechos serían bases constitucionales de orden público, pues todos le fijan un marco o límite al legislador y al administrador.

En las consideraciones que sustentan el fallo, indica que lo que se sometió a la resolución del Tribunal fue determinar si la isapre podía fijar el costo del plan de salud conforme a la tabla de factores incorporada a su plan de salud, de acuerdo a dos factores, edad y sexo, y si la institución de salud previsional puede determinar unilateralmente los valores de cada tabla. Condiciona esta atribución que le otorga la ley a las isapres siempre que se respeten las exigencias de orden público que señala el artículo 19 número 9 de la Constitución. La magistratura constitucional concluye que la magnitud del alza del plan de salud de la requirente no estaría justificada y podría impedir que esta pudiera continuar en el régimen de salud privada a que había resuelto acogerse y si así lo hiciera se atentaría contra la certeza jurídica.

Las argumentaciones de la magistratura constitucional para decidir sobre la constitucionalidad del alza del costo del plan de salud, dicen relación con la magnitud de este nuevo costo el que, a su juicio, afectaría el derecho a la protección a la salud de la requirente, que no podría mantenerse en su plan de salud privado.

Sostiene también que el ejercicio de la facultad de elevar el costo del plan indicado permitiría incurrir en una discriminación infundada que lesionaría la esencia de la igualdad entre las partes. Además, la sentencia afirma que cuando el afiliado no puede seguir pagando el nuevo costo del plan queda obligado a abandonar el sistema privado que había escogido para incorporarse al equivalente público.

Como lo anticipábamos, no participamos de este criterio y como ya lo decíamos se impugna un precepto legal que en su aplicación al caso concreto vulneraría la Constitución, pues no indica los preceptos constitucionales que serían conculcados.

Apreciaciones de mérito no permiten concluir efectos de derecho como que la requirente se vería obligada a retirarse de su plan de salud.

Además, a nuestro entender, se estaría autorizando una política de fijación de precios, lo que está en abierta contradicción con las normas sobre orden público económico consagradas en el texto constitucional y específicamente en los artículos 19 número 24 (derecho de propiedad) y 19 número 21 (derecho a desarrollar cualquier actividad económica fundamental).

En el considerando vigésimo noveno, se sostiene que los entes particulares para materializar en la práctica el derecho a la protección a la salud deben promover estos derechos; como ya lo anticipábamos en este trabajo, el constituyente no impuso la obligación de promover los derechos a los particulares y cuando se refiere a este deber lo hace específicamente en relación a los órganos del Estado.

Además, a nuestro entender, desconocer la facultad de la isapre para alzar el costo del plan de salud importa desconocer el principio de la autonomía de la voluntad que rige las relaciones entre privados.

No concordamos con esta sentencia de la magistratura constitucional. El Tribunal Constitucional es un tribunal de derecho y sus resoluciones no pueden sustentarse en consideraciones de mérito como decidir sobre cuál es la situación económica de la requirente y sus efectos en el contrato de salud celebrado entre ella y su isapre.

Así en el considerando sexagésimo tercero la sentencia sostiene que de acuerdo con el artículo 19 número 9 de la carta política se reconoce a la requirente el derecho a elegir el sistema de salud a que desee acogerse y que si el costo del plan de salud sube de tal manera que la cotizante no puede pagarlo esta se vería obligada a retirarse del sistema privado. Esta afirmación se fundamenta en una supuesta situación económica de la cotizante que se sustenta en motivaciones que podríamos calificar como consideraciones de mérito.

La ley le ha reconocido a la entidad privada la facultad de subir unilateralmente el costo del plan de salud dentro de los márgenes que la misma ley señale, y en caso alguno podría estimarse que esta fórmula legislativa, por el solo hecho de permitir la alteración unilateral pero regulada de un precio, resulte contraria a la Carta Fundamental.

La apreciación de que la requirente se vería obligada a retirarse de su plan de salud, por su posible situación económica en el futuro, no puede sustentar una resolución de la magistratura constitucional.

Transcribiremos, a continuación, parte de la disidencia a la sentencia que analizamos y hacemos nuestras sus motivaciones:

“Que también la requirente ha alegado que la aplicación a su caso del artículo 38 ter. impugnado infringe la norma contenida en el numeral 9° del artículo 19 de la Constitución, en cuanto ella prescribe que “[e]l Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud”, el que concluye garantizando que “[c]ada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse”. Alega la requirente que las continuas alzas de los costos de su plan, coincidentes con la etapa de su vida en que la persona cesa en su vida laboral activa, constituyen, en su caso, una fuerte cortapisa a la libertad de elegir y permanecer en el plan de salud por el que optó al celebrar el contrato; “Que las alegaciones anteriores deben ser igualmente desechadas. En primer lugar, por cuanto la Constitución no asegura a las personas poder permanecer en un determinado plan o seguro de salud, ni menos a hacerlo por un precio inalterable. La obligación impuesta al Estado de proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud, que la Constitución sí establece, es diversa a los derechos de las personas a permanecer en un plan o más precisamente a mantener inalterable un precio de un seguro destinado a cubrir los costos en que incurran en materia de salud. Si bien existe una relación entre aquella obligación —impuesta sólo al Estado— y que dice relación con las acciones de salud y el derecho que se pretende, que se refiere al modo de financiarse el acceso a esas actividades de salud, la diferencia entre ambas resulta evidente, tanto desde el punto de vista del sujeto obligado y titular del derecho, como especialmente de la naturaleza de la obligación constitucional y el derecho que se pretende, ya que es distinta una prestación de salud que el seguro destinado a cubrir todo o parte del costo de la misma; Que tampoco se ve de qué modo la autorización legal a modificar el precio de un contrato de seguro de salud pueda afectar el derecho de toda persona a elegir el sistema de salud al que desee acogerse. Los derechos a elegir que la Constitución asegura no conllevan la garantía de que el precio del bien esté al alcance de todos. No puede sostenerse que la Carta Fundamental que nos rige consagre el acceso igualitario al seguro de salud, independiente de la capacidad de pago de la persona. Tal independencia entre un bien y su acceso universal e igualitario se ha logrado respecto de ciertas prestaciones de salud, a través del Plan Auge, sistema de gratuidad que la Constitución permite, pero que no hace obligatorio y menos para los contratos con Isapres, que no son prestaciones de salud, sino sistemas para cubrir los riesgos económicos de ese bien”.

Dice también la disidencia: “Debe entonces desecharse la pretensión de estar afectado el derecho a la protección de la salud, pues ningún precepto constitucional relativo a ella garantiza acceder a un seguro destinado a cubrir los costos de salud, independiente de la capacidad de pago de quien pretende el bien y menos a mantener indefinidamente el que se pacta por un período determinado”;

“Que también debe desestimarse el argumento en análisis, pues la requirente no acreditó encontrarse en la situación económica desmedrada que podría impedirle pagar el precio que se le cobra y así privarla del derecho, del que alega ser titular, de permanecer, por el mismo precio, en el plan de salud que escogió. Como resulta evidente, acoger la pretensión de la requirente y mantenerle el precio, no obstante el aumento en el riesgo, implica, en un sistema privado de seguros de salud como el que rige a los afiliados a ese sistema, cargar a otros con los costos de salud de la requirente, otros que, en la especie, pueden aun ser más pobres o más viejos que ella, lo que, de ser así, redundaría en mayor inequidad;” “Considerando 11 disidencia”.

“Que, por último, la requirente alega que la aplicación del precepto legal impugnado infringe su derecho de propiedad, pues el aumento del costo puede llegar a privarla de su derecho a hacer uso del sistema privado de salud, que es un bien incorporal ya incorporado a su patrimonio. Para desechar este argumento baste con considerar que la requirente nunca tuvo ni tiene derecho de propiedad sobre un precio en un contrato de tracto sucesivo. Desde luego, debe tenerse presente que este tipo de contratos tienen una duración indefinida, que el asegurador no puede ponerle término unilateral, a menos que haya incumplimiento de las obligaciones de la contraparte, y que, en cambio, el asegurado puede desahuciar una vez transcurrido un año de vigencia, todo ello según lo dispone el artículo 38 de la Ley 18.933. La obligación del asegurador de mantener el plan para el asegurado tiene, como contrapartida, la autorización a modificar el precio, dentro de márgenes fijados por la ley y la autoridad, y conforme a factores como la edad y el sexo, que son los que hacen variar los costos de salud que quedan asegurados. Mal podría decirse entonces que la asegurada que reclama haya tenido nunca derecho de propiedad para que no se le variara el precio a la fecha de terminación y renovación de su seguro. Menos podría argumentarse un derecho de propiedad de la requirente sobre el precio, en condiciones que, al pactar originalmente su seguro de salud, le era permitido a la Isapre modificar tanto los beneficios como el precio de los contratos con menos limitaciones y restricciones que las que la legislación

que ella impugna establecen. Tampoco la ley le ha concedido propiedad sobre un determinado precio, sino que, por el contrario, autorizó a las Isapres a alterarlo unilateralmente, a condición de que se sujetaran a una serie de restricciones, que fueron aumentando en el tiempo”;

“Que también la requirente ha alegado que la aplicación a su caso del artículo 38 ter. impugnado infringe la norma contenida en el numeral 9° del artículo 19 de la Constitución, en cuanto ella prescribe que “[e]l Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud”, el que concluye garantizando que “[c]ada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse”. Alega la requirente que las continuas alzas de los costos de su plan, coincidentes con la etapa de su vida en que la persona cesa en su vida laboral activa, constituyen, en su caso, una fuerte cortapisa a la libertad de elegir y permanecer en el plan de salud por el que optó al celebrar el contrato”;

“Que las alegaciones anteriores deben ser igualmente desechadas. En primer lugar, por cuanto la Constitución no asegura a las personas poder permanecer en un determinado plan o seguro de salud, ni menos a hacerlo por un precio inalterable. La obligación impuesta al Estado de proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud, que la Constitución sí establece, es diversa a los derechos de las personas a permanecer en un plan o más precisamente a mantener inalterable un precio de un seguro destinado a cubrir los costos en que incurran en materia de salud. Si bien existe una relación entre aquella obligación —impuesta sólo al Estado— y que dice relación con las acciones de salud y el derecho que se pretende, que se refiere al modo de financiarse el acceso a esas actividades de salud, la diferencia entre ambas resulta evidente, tanto desde el punto de vista del sujeto obligado y titular del derecho, como especialmente de la naturaleza de la obligación constitucional y el derecho que se pretende, ya que es distinta una prestación de salud que el seguro destinado a cubrir todo o parte del costo de la misma;

“Que tampoco se ve de qué modo la autorización legal a modificar el precio de un contrato de seguro de salud pueda afectar el derecho de toda persona a elegir el sistema de salud al que desee acogerse. Los derechos a elegir que la Constitución asegura no conllevan la garantía de que el precio del bien esté al alcance de todos. No puede sostenerse que la Carta Fundamental que nos rige consagre el acceso igualitario a seguro de salud, independiente de la capacidad de pago de la persona. Tal independencia entre un bien y su

acceso universal e igualitario se ha logrado respecto de ciertas prestaciones de salud, a través del Plan Auge, sistema de gratuidad que la Constitución permite, pero que no hace obligatorio y menos para los contratos con Isapres, que no son prestaciones de salud, sino sistemas para cubrir los riesgos económicos de ese bien”;

“Debe entonces desecharse la pretensión de estar afectado el derecho a la protección de la salud, pues ningún precepto constitucional relativo a ella garantiza acceder a un seguro destinado a cubrir los costos de salud, independiente de la capacidad de pago de quien pretende el bien y menos a mantener indefinidamente el que se pacta por un período determinado; Que también debe desestimarse el argumento en análisis, pues la requirente no acreditó encontrarse en la situación económica desmedrada que podría impedirle pagar el precio que se le cobra y así privarla del derecho, del que alega ser titular, de permanecer, por el mismo precio, en el plan de salud que escogió. Como resulta evidente, acoger la pretensión de la requirente y mantenerle el precio, no obstante el aumento en el riesgo, implica, en un sistema privado de seguros de salud como el que rige a los afiliados a ese sistema, cargar a otros con los costos de salud de la requirente, otros que, en la especie, pueden aun ser más pobres o más viejos que ella, lo que, de ser así, redundaría en mayor inequidad”.

Además, el precepto legal impugnado no infringe el derecho de propiedad, ni la libertad de elegir un sistema de salud.

“Que, por último, la requirente alega que la aplicación del precepto legal impugnado infringe su derecho de propiedad, pues el aumento del costo puede llegar a privarla de su derecho a hacer uso del sistema privado de salud, que es un bien incorporal ya incorporado a su patrimonio. Para desechar este argumento baste con considerar que la requirente nunca tuvo ni tiene derecho de propiedad sobre un precio en un contrato de tracto sucesivo. Desde luego, debe tenerse presente que este tipo de contratos tienen una duración indefinida, que el asegurador no puede ponerle término unilateral, a menos que haya incumplimiento de las obligaciones de la contraparte, y que, en cambio, el asegurado puede desahuciar una vez transcurrido un año de vigencia, todo ello según lo dispone el artículo 38 de la Ley 18.933. La obligación del asegurador de mantener el plan para el asegurado tiene, como contrapartida, la autorización a modificar el precio, dentro de márgenes fijados por la ley y la autoridad, considerando 13) y conforme a factores como la edad y el sexo, que son los que hacen variar los costos de salud que quedan asegurados. Mal podría decirse entonces

que la asegurada que reclama haya tenido nunca derecho de propiedad para que no se le variara el precio a la fecha de terminación y renovación de su seguro. Menos podría argumentarse un derecho de propiedad de la requirente sobre el precio, en condiciones que, al pactar originalmente su seguro de salud le era permitido a la Isapre modificar tanto los beneficios como el precio de los contratos con menos limitaciones y restricciones que las que la legislación que ella impugna establecen. Tampoco la ley le ha concedido propiedad sobre un determinado precio, sino que, por el contrario, autorizó a las Isapres a alterarlo unilateralmente, a condición de que se sujetaran a una serie de restricciones, que fueron aumentando en el tiempo”.

En mérito de lo expuesto, a nuestro entender la sentencia que acoge el requerimiento de inaplicabilidad y declara inaplicable el artículo 38 ter. de la ley 18.933 no fundamenta suficientemente esta resolución, pues aparece sustentada en la desmedrada situación económica de la requirente, lo que evidentemente no constituye una razón que sea determinante para declarar que su aplicación produce efectos contrarios a la Constitución, más aún si consideramos que esta resolución es el antecedente para que posteriormente se permita la declaración de inconstitucionalidad de la norma señalada como inaplicable.

Por sus consecuencias, a nuestro juicio, las resoluciones de inaplicabilidad deben dejar muy claramente establecidos los motivos por los cuales ciertos preceptos legales deben ser estimados contrarios a la Constitución al ser aplicados en un caso concreto, principalmente en razón de que la resolución de inaplicabilidad es el sustento de una posible posterior declaración de inconstitucionalidad cuyos efectos son la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma declarada inconstitucional.

La doctrina que se desprende de esta sentencia la encontramos también contenida en el rol 1218 por el que la requirente Ximena Osorio sometió también a la decisión de la magistratura constitucional determinar si el artículo 38 ter. de la ley 18.933 al aplicarse en la causa rol de ingreso N 10.913 2008 pendiente ante la Superintendencia de Fondos y Seguros de Salud en carácter de árbitro arbitrador producía o no los efectos contrarios a la Constitución aducidos por la requirente de atentar contra el artículo 19 números 2 y 9^a sobre la igualdad ante la ley y el derecho a elegir el sistema de salud.

De acuerdo con la doctrina, la sentencia establece que los derechos a la protección a la salud y el derecho a la seguridad social son derechos prestacionales de la segunda generación “involucrando conductas activas de los órganos estatales y de los particulares para materializarlos en la práctica”. Hemos analizado anteriormente los posibles alcances de esta afirmación no concordando con ella.

La disidencia sostiene en el considerando noveno que todas las consideraciones sobre el carácter solidario del derecho a la seguridad social no son exactas, pues en las sesiones 403 393 400 y 412 aparece claramente que la solidaridad no se considera como elemento de la seguridad social...

Que sobre la naturaleza del derecho a la seguridad social la sentencia señala que uno de los principios que la sustentan es la “solidaridad social”, aunque no esté expresado en el texto constitucional, argumento que no compartimos del análisis de las Actas de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución y que se encuentra mencionado en la disidencia.

Las fórmulas solidarias de seguridad social no son una exigencia de la Constitución y serían de competencia del legislador por lo que no pueden sostenerse posibles inconstitucionalidades fundadas en la inexistencias de elementos de solidaridad.

Si bien la solidaridad se planteó en la Comisión de Estudios en las intervenciones del entrevistado, profesor señor Ramón Camiruaga, su exposición no fue considerada por las comisiones asesoras en la redacción final como bien se desprende de las Actas señaladas anteriormente.

En mérito de lo expuesto, concluimos:

- a) El rol 1218 acoge el requerimiento por los mismos argumentos sostenidos en el rol 976 antes comentados en este trabajo.
- b) En relación con el argumento relativo al elemento de la solidaridad, que a juicio de la sentencia debería estar inserto en el derecho a la seguridad social, cabe hacer presente que del estudio de las Actas de la Comisión de Estudios aparece claro cómo este elemento no fue considerado en la redacción del texto fundamental.

Sostiene la sentencia que al acrecentarse el costo del plan de salud, por el hecho de aumentar en edad la cotizante, produce como efecto natural el menoscabo del adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social del requirente, derecho que tendría como principio rector la solidaridad.

Que la base de la solidaridad como sustento del derecho a la seguridad social, para poder ser considerado como elemento de este derecho debería estar contenido en la preceptiva constitucional o en la historia de la norma, lo que no es así.

Cabe tener presente, además, que la declaración de inconstitucionalidad afectaría todo el sistema privado de seguros de salud previsional.

Por el rol 1287, se sometió a la decisión del Tribunal Constitucional determinar si el artículo 199 del D.F.L número 1 (Ministerio de Salud) de 2005 de ser aplicado en la causa rol de ingreso número 7779 de 2008 seguida ante la Corte Suprema sobre apelación del recurso de protección produce o no los efectos contrarios a la Constitución , a saber, el quebrantamiento del derecho a la libre elección del sistema de salud y el derecho de propiedad, asegurados en los numerales 9 y 24 del artículo 19 de la Carta Política.

Se rechazó el requerimiento por los argumentos analizados en los Roles 976 y 1218 anteriormente en este trabajo.

Por el considerando trigésimo séptimo se reitera por la sentencia el argumento que sería deber de los particulares y de las instituciones privadas de respetar y promover el ejercicio de los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana en cuanto a su existencia y exigibilidad, por lo que reiteramos en esta oportunidad lo sostenido sobre este “deber” anteriormente en este trabajo, en el sentido que la Constitución al imponer este deber lo hace recaer expresamente sobre los órganos del Estado y no en los particulares.

Que por requerimiento de 31 de diciembre de 2009 se solicitó al Excmo. Tribunal Constitucional la declaración de inconstitucionalidad de la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter. de la ley 18.933 de isapres. Por sentencia Rol 1444 se rechazó el requerimiento en razón de que la exigencia constitucional que permite impetrar una acción pública de inconstitucionalidad debe dirigirse exclusivamente a impugnar un precepto legal y no normas de rango infraconstitucional como sería la mencionada tabla de factores.

VII. CONCLUSIONES

De acuerdo con el análisis de los derechos sociales junto a la evolución de la doctrina constitucional en esta materia y como lo sostenemos en el cuerpo de este trabajo, es evidente que para su mayor efectividad se requiere una mejor conceptualización de estos derechos y una diferenciación entre ellos.

Hemos analizado el derecho a la protección a la salud como un derecho social más, derechos que de acuerdo con la doctrina contemporánea serían exigibles por la vía de la justicia, si bien no fue este el espíritu en su consagración constitucional.

La jurisprudencia ha evolucionado en el sentido de resguardar este derecho en forma indirecta a través de su relación con otros derechos, como son el derecho a la vida y el derecho de propiedad.

En lo que respecta a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el requerimiento que se resuelve en el Rol 976, pese al respeto que nos merecen sus documentadas resoluciones, hemos sostenido junto con otras observaciones, que no compartimos su afirmación en el sentido de exigir de los particulares deberes que no están expresamente establecidos en la Ley Fundamental y que desvirtuarían todo nuestro sistema de seguros en materia previsional. Por lo demás, se le entregan expresamente a los órganos del Estado.

Reiteramos, por último, en esta conclusión, los fundamentos jurídicos que señalábamos en el cuerpo de este trabajo y que nos permiten concluir que, a nuestro juicio, el requerimiento debió rechazarse.

BIBLIOGRAFÍA CITADA:

Nogueira, Humberto. *El constitucionalismo moderno y los derechos económicos sociales y culturales*. Estudios Constitucionales, año I, número I.

Pereira Menaut, Antonio-Carlos. *Lecciones de Teoría Constitucional*.