

Sentencia Tribunal Constitucional

Rol 1710-10-INA

Proceso iniciado de oficio para decidir sobre la constitucionalidad del Artículo 38 ter de la Ley de Isapres.

La sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 6 de agosto de 2010 y publicada en el Diario Oficial de 9 de agosto de ese mismo año, constituye un hito fundamental en nuestro ordenamiento en razón de ser ésta la tercera oportunidad en que dicha Magistratura hace uso de la atribución que le concede la Carta Fundamental para declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, con el consecuente efecto derogatorio.

En atención a la extensión del fallo (215 carillas) y la imposibilidad material de reproducirlo en su totalidad en esta Revista, se han extractado las partes que hemos estimado de mayor relevancia e interés considerando los importantes elementos doctrinarios y jurisprudenciales que aporta, especialmente en lo referente a los derechos fundamentales involucrados.

Cabe hacer presente que además del fallo de mayoría, se reproducen aspectos sustantivos de las prevenciones formuladas y de los dos votos disidentes.*

Santiago, seis de agosto de dos mil diez.

VISTOS:

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

titución Política, mientras que en los otros dos casos transgredía los numerales 2°, 9° y 18° del mismo precepto constitucional aludido.

I. Observaciones Formuladas por el Señor Presidente de la República:

Como cuestiones de carácter general, la autoridad se refiere a la atribución otorgada a este Tribunal en el numeral 7° del inciso primero del artículo 93 de la Carta Fundamental. Al tiempo de valorar dicha competencia como parte del perfeccionamiento de nuestro Estado de Derecho, la misma autoridad pública destaca su confianza en orden a que en este proceso se hará un ejercicio prudente

* Preparado con la colaboración de Macarena Yáñez, Ayudante-alumna del Departamento de Derecho Público, Facultad de Derecho, Universidad de Chile.

de ella. A su vez, manifiesta su certeza en cuanto a que esta Magistratura Constitucional orientará su labor jurisdiccional en el *“valor superior”* de la seguridad jurídica y que, además, tendrá en consideración que, conforme a la normativa fundamental citada, la decisión que se adopte necesariamente se impondrá *“a lo resuelto por los poderes colegisladores, también en el ejercicio de sus potestades constitucionales”*.

El Ejecutivo hace notar que con anterioridad a la incorporación del artículo 38 ter a la legislación del rubro, por la Ley N° 20.015, el régimen establecido en el año 1995 por la Ley N° 19.381 *“otorgaba a las Isapres amplias facultades, que generaban la posibilidad que en cada proceso de adecuación podían modificar el precio base del plan, sus beneficios y la tabla de precios o factores, dando origen en la práctica a una discriminación entre personas afiliadas a un mismo tipo de plan”*. La misma autoridad añade que tal discriminación de precios *“no obedecía a criterios conocidos por la población en general, ni existía, a su respecto, posibilidades reales ni de control ni de sanción. Todo lo anterior desembocó en la existencia de miles de planes de salud que coexistían creando, nuevamente en la práctica, real discriminación entre personas supuestamente afiliadas a un mismo tipo de plan”*.

Con posterioridad, en el año 2005, la Ley N° 20.015 incorporó a la denominada *“Ley de Isapres”* –N° 18.933– los artículos 38, 38 bis y 38 ter, los cuales, en términos generales, según se relata, establecieron un *“nuevo régimen para la determinación del precio de los contratos de salud y su posibilidad de revisión por parte de las Isapres”*.

La nueva normativa intentó limitar la *“autorregulación de la industria”* mejorando la forma en que los afiliados recibían la información.

La autoridad también fija la atención en el hecho de que la Comisión de Salud del Senado, considerando la inconveniencia de *“petrificar en la ley”*

cuestiones de hecho que normalmente debían tender a variar en el tiempo acordó introducir en una disposición transitoria que regiría para los primeros diez años de vigencia de la legislación en comento, la regla que fija los rangos máximos de diferencia entre los factores de las tablas. Esta norma es el artículo segundo transitorio del texto aprobado de la Ley N° 20.015. Luego asevera que el legislador tuvo a la vista que para concluir que el factor máximo de una tabla no podía ser más de 9 veces el factor mínimo de la misma, en el caso de las mujeres, y de 14 veces, en el caso de los hombres, la Superintendencia del ramo había expresado, según quedó registrado en el mismo documento legislativo citado anteriormente, que *“las cifras estaban basadas en el análisis de los costos reales que para las Instituciones de Salud Previsional significaban sus usuarios diferenciados por sexo y edad, extraídas de los datos recogidos entre 2001 y 2003...”*

Para graficar en términos simples cómo opera el sistema, el Presidente de la República indica que la cotización de salud corresponde al precio base del plan respectivo, multiplicado *“por la suma de factores etarios del grupo familiar del afiliado”* y, luego, al valor que resulte de esa operación se le suma *“el precio de la GES por cada beneficiario”*. En este punto en particular, se argumenta que como *“los planes de salud son, en definitiva, contratos de seguros frente a determinados riesgos, la prima dependerá del monto cubierto por la probabilidad de incurrir en el riesgo asegurado. Luego, dicha situación requiere contar con mecanismos de ajustes de precios que permitan hacer viable un sistema que no cuenta con subvenciones estatales y/o con mecanismos de ajustes de riesgos de salud”*.

Destaca asimismo la autoridad que el artículo 38 ter, que es objeto del presente examen de constitucionalidad, *“no cuantifica la variación del factor entre cada grupo, sino que sienta las bases para la determinación de cada tramo etario”* sobre el cual se aplicará un determinado factor, dependiendo

del riesgo asociado al mismo. La disposición que sí se encargaría de establecer la relación máxima a que alude el numeral 4 del inciso tercero del mencionado precepto legal, es el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015. En esta parte de la presentación el Ejecutivo afirma que el referido precepto transitorio de la Ley N° 20.015 sería la norma que *“eventualmente puede ser inconstitucional para aquellas prestaciones superiores a las básicas uniformes otorgadas en virtud del Plan Auge y las acciones de salud pública impulsadas por el Estado”*.

Respecto a la garantía de la igualdad ante la ley (artículo número 2 de la Constitución):

la autoridad reconoce la ilegitimidad de las diferencias basadas solo en el sexo o en la edad de las personas cuando no existe la relación causal con el fin perseguido, agregando que, en todo caso, si la consideración del sexo y de la edad en una determinada disposición es fruto de un ejercicio racional y prudente para lograr un efecto plausible, no cabría objetar su constitucionalidad, toda vez que ello sería reflejo de los criterios que priman dentro de la sociedad en un momento determinado.

Respecto a la garantía de la protección en materia de salud (artículo 19 número 9 de la Constitución): el Presidente de la República resalta la idea de que, a su entender, el legislador nacional sí habría respetado las referidas igualdades esenciales en este tema y, por ende, la dignidad de las personas. Lo anterior, por cuanto ha regulado para facilitar el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo garantizándole prestaciones básicas, sea que aquel sujeto se atienda en el sistema público o en el privado. Hace presente, asimismo, que el sexo y la edad son factores normal y regularmente utilizados en materia de salud, por la literatura científica, y también en campañas del sistema público. Señala que no se alcanza a vislumbrar

cómo un plan de salud más barato o la opción por el sistema público de salud podrían vulnerar la dignidad humana.

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

Haciendo una interpretación sistemática de las normas, el Ejecutivo plantea que las prestaciones básicas y uniformes establecidas por la Carta Fundamental se configurarían a nivel de ley en las acciones de salud, dentro de lo que cabe el Plan AUGE de la Ley N° 19.966, que garantiza derechos de cobertura exigibles en FONASA y en las Isapres respecto de un conjunto de enfermedades o patologías que irá en aumento en el tiempo. Señala, asimismo, que ese conjunto mínimo de prestaciones constituiría el núcleo esencial del derecho configurado por el legislador y que con ello también se daría cumplimiento a la regulación del derecho a la seguridad social asegurado en el N° 18° del artículo 19 de la Constitución. Lo que la Constitución Política asegura a todas las personas, insiste la autoridad, es el derecho, no absoluto, a elegir el sistema de salud al que deseen acogerse, pero dicha libertad no presupondría el derecho a permanecer en un determinado plan de salud sin asumir el mayor costo asociado a las prestaciones que sean superiores a las básicas uniformes.

En cuanto concierne al derecho a la seguridad social (artículo 19 número 18 de la Constitución): Se argumenta, asimismo, que éste es un derecho configurado por el legislador, según lo ha reconocido esta Magistratura en su sentencia Rol 334, y que, por tratarse de un tema de “po-

lítica legislativa”, el *quantum* de las prestaciones básicas y uniformes no es revisable en esta sede constitucional. Hace valer que esta misma idea ha sido reconocida en el marco de un Estado social y democrático como España, citando al efecto sentencias del Tribunal Constitucional español.

El Presidente de la República también se pronuncia respecto de los efectos que generaría la eventual declaración de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933. En este aspecto, se argumenta que se podría volver a la situación vigente con anterioridad a la Ley N° 20.015, esto es, se permitiría una mayor discriminación dentro del sistema. Otro probable escenario es que se determine una “tarifa plana” para los planes de salud de las Isapres, lo cual, a juicio del Gobierno, obligaría a un millón de personas, aproximadamente, a emigrar al sistema público –FONASA–. Además, podría implicar que las personas más jóvenes subsidien el sistema, aumentando el gasto directo en 3.700 millones de pesos por la vía del copago. Por otra parte, se generaría inseguridad jurídica al originarse un vacío legal, se provocaría una desigualdad entre los cotizantes adscritos a los antiguos planes y aquellos que entren al sistema luego de la sentencia de inconstitucionalidad, considerando que ésta no tendrá efectos retroactivos. Por todo lo anterior, se solicita declarar que la norma que es objeto del presente proceso no es inconstitucional.

II. Audiencias Públicas Decretadas en los Autos

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

1. Isapre Consalud S.A., representada por el abogado Héctor Humeres Noguera: La Constitución y la ley brindan a las personas la posibilidad de

elegir entre el sistema público y el privado de salud de manera libre, por lo que cuando un usuario celebra un contrato de salud con una determinada Isapre, lo que hace es atenerse a las normas que regulan tal convención, por lo que estas normas no atentan en absoluto en contra del ordenamiento constitucional.

2. Isapres Banmédica S.A. y Vida Tres S.A., representadas por el abogado Alejandro Parodi: Estas instituciones hicieron hincapié en los efectos de la eventual sentencia de inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933. Señalaron, básicamente, que la ley en examen no admite una discriminación arbitraria ni una vulneración de la libertad de elección del sistema de salud, toda vez que sería razonable la utilización de la edad y el sexo como factores de riesgo para calcular el costo de los planes de salud y también porque las alzas que sufre el precio de los planes de salud se justifican si se sostienen en el aumento del riesgo asociado al mismo contrato.

3. Asociación de Isapres de Chile AG, representada por el abogado Rodrigo Díaz de Valdés y por su Presidente, señor Eduardo Aninat: En estas exposiciones se sostuvo que de ser declarada inconstitucional la norma en cuestión, la estructura de costos de los planes de salud variará de tal forma que 3 de cada 4 afiliados sufrirán alzas notorias y que, además, ello obligaría al sistema de Isapres a fijar una “tarifa plana”. Se podría estimar un traslado hacia el sistema público de salud de, aproximadamente, 700 mil usuarios.

4. Isapre Cruz Blanca S.A., representada por el abogado Miguel Ángel Fernández: Argumentó que no se cumplirían los estándares fijados por esta misma Magistratura para declarar la inconstitucionalidad abstracta de efectos *erga omnes*.

5) Isapre Colmena Golden Cross S.A., representada por el abogado Claudio Arellano Parker:

Indicó que a las Isapres se les ha imputado ser parte de un mercado de gran concentración, lo que no es efectivo, y que debieran ser aplaudidas por mantenerse sirviendo a sus afiliados, según un llamado que formuló el Estado a través de la legislación que regula la actividad que desarrollan.

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

1. Sociedad Javier Fuenzalida y Compañía, representada por Javier Fuenzalida Asmussen: Hizo hincapié en las prerrogativas unilaterales que las ISAPRES poseen, en cuáles son sus márgenes de utilidad y en la desigualdad de trato que existe hacia los afiliados del sistema, sobre la base de la discriminación por sexo y edad. La entidad sostuvo, además, que el precio de los contratos de salud se fija unilateralmente por la respectiva Isapre y que éste es conocido solo el primer año de vigencia del acuerdo de voluntades suscrito. Agrega que en este sistema no se cumpliría el elemento esencial de todo contrato como es el acuerdo en relación al precio, según determina el Código Civil.

2. Diputados del Partido Socialista señora Pacheco y señores Aguiló, Andrade, Castro, De Urresti, Díaz, Espinoza, Lemus, Monsalve, Montes y Schilling, representados por el abogado Marcelo Rojas Vega: el hecho de que la misma legislación aludida establezca una tabla de factores en base a la edad del afiliado, esto es, sobre la base de un hecho involuntario del individuo, trae como efecto la verificación de una discriminación arbitraria prohibida constitucionalmente.

3. Pedro Barría Gutiérrez, por sí, y en representación de Infolex Limitada: como principio general, en los contratos no podría existir una parte más poderosa que otra, o que, como sucede en estas materias, una de las partes, la Isapre, tenga facultades unilaterales para modificar el precio, poner

término al acuerdo y actuar como juez y parte en el caso de las licencias.

4. Sociedad de Geriátría y Gerontología de Chile, representada por los doctores Juan Carlos Molina y Juan Eduardo Sánchez: Sostuvieron que el sistema de Isapres sería injusto, aludiendo, a los efectos de fundar tal afirmación, al siguiente ejemplo: se otorga a los ancianos un paraguas cuando hay sol y se les quita en plena tormenta. Pidieron considerar que la edad no es relevante en esta materia, sino que lo que importa es el estado de salud de la persona, pues se puede tener 40 años de edad y un corazón de una persona de 60.

5. Pablo Contreras Vásquez, Gonzalo García Pino, Tomás Jordán Díaz y Álvaro Villanueva Rojas, todos profesores de Derecho Constitucional, representados por el abogado Gonzalo García: Este proceso permitiría renunciar a derechos fundamentales vía contrato. Además se configuraría una violación a la reserva legal relativa de derechos fundamentales del artículo 19 numeral 2° de la Constitución y, en tal medida, se adujo que el precepto cuestionado establece normas proporcionadas de diferenciación en la fijación de un precio, dejando fuera los factores sexo y edad, que quedan cuestionados. Se vulneraría el contenido esencial del derecho de libre elección del sistema de salud que se asegura a toda persona en la Constitución, ya que la norma legal, como efecto de su aplicación, obliga a quienes no pueden seguir pagando las constantes alzas de precios de los planes de salud a salir del sistema privado.

Considerando:

G. Sobre los Efectos de la Declaración de Inconstitucionalidad

Cuadragésimo: Que los efectos de todas las sentencias del Tribunal Constitucional, especialmente de aquellas que, como en la especie, resuelvan una cuestión de constitucionalidad, deben

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

Cuadragésimoprimer: Que los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional de Chile, después de su transformación a través de la reforma constitucional de 2005, han sido objeto de varios estudios en la doctrina nacional. En el último de ellos, se lee: *“Así queda expresamente consagrado en el texto constitucional que las sentencias del Tribunal Constitucional producen efecto ex nunc desde su publicación en el Diario Oficial. Así, ni el legislador orgánico constitucional ni el Tribunal Constitucional podrán dar efecto retroactivo a las sentencias del juez constitucional que expulsen preceptos jurídicos de nuestro ordenamiento jurídico por inconstitucionales”*. *“La Constitución no asume la hipótesis de desvincular la decisión de separar el precepto jurídico inconstitucional del ordenamiento jurídico de la determinación de qué pasa con los actos jurídicos desarrollados mientras el precepto expulsado del ordenamiento tuvo vigencia”*. *“Los efectos del precepto jurídico determinado como inconstitucional es un problema empírico que no se encuentra resuelto por la decisión de inconstitucionalidad y tampoco por la resolución que priva de eficacia al precepto inconstitucional hacia el futuro, lo que significa un pronunciamiento sobre borrar o validar los efectos cumplidos en el pasado, lo que*

debe ser decidido por el juez constitucional, ya que la sentencia constitucional ocupa el lugar dejado por el precepto jurídico inconstitucional y nulo” (Humberto Nogueira: La Sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: Análisis y reflexiones jurídicas, en: Estudios Constitucionales, Año 8, N° 1, 2010, pp. 79-116);

Cuadragésimosegundo: Que las decisiones del Tribunal Constitucional están obligadas a fallarse *“de acuerdo a derecho”*, según el nítido mandato del artículo 92 de la Constitución, sin perjuicio de que deben ser adoptadas por sus miembros a la luz del sitial que le otorga el ordenamiento jurídico. En efecto, no es ajeno a la atención de esta Magistratura que a ella le cabe la función de ser lo que los especialistas denominan el *“órgano de cierre del ordenamiento jurídico”*, pues, junto con interpretar la Carta Fundamental, sus decisiones no pueden ser impugnadas ni revisadas. En consecuencia, todas las implicancias de sus resoluciones que se extiendan a la seguridad jurídica, a la eficacia de las normas, así como a la coherencia de todo el ordenamiento jurídico, se incorporan en la ponderación global que acompaña a sus fallos (Humberto Nogueira: El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma de las competencias del Tribunal Constitucional de Chile y los efectos de sus sentencias, en: Konrad Adenauer Stiftung: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2006, Montevideo, 2006, pp. 454-455).

Cuadragésimotercero: Que, igualmente, como lo ha destacado el ex magistrado del Tribunal Constitucional Federal alemán, Dieter Grimm, *“frecuentemente la pregunta por la función (del Tribunal Constitucional) es reducida a la alternativa entre derecho y política. Empero estos términos opuestos parecen ser demasiado gruesos para abarcar la jurisdicción constitucional. En gran medida el derecho constitucional requiere ser concretado y desarrollado debido a su carácter de principio y de compromiso”* (Dieter Grimm: Jurisdicción Cons-

titucional, en: Dieter Nohlen (ed.): Diccionario de Ciencia Política, Editorial Porrúa, México, tomo II, 2006).

Cuadragésimocuarto: Que es posible, en consecuencia, que las decisiones del Tribunal Constitucional tengan un impacto político o económico, o social, o cultural inevitable, lo que no significa que tales decisiones hayan sido políticas o económicas o culturales. Las decisiones del Tribunal Constitucional son todas estrictamente jurídicas, sin perjuicio de la naturaleza del impacto que produzcan, sea político, económico, social o cultural. Visto el problema desde otra perspectiva, al adoptar una decisión el Tribunal puede tener plena conciencia del impacto extrajurídico que puede producir, pero tal convicción no puede inhibirlo de resolver el asunto que ha reclamado su intervención, sea que actúe de oficio o a requerimiento de persona u órgano legitimado.

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

Cuadragésimosexto: Que lo expresado contrasta con una función propositiva o activa que en algunos casos europeos el ordenamiento permite. El Tribunal Constitucional de Chile puede declarar que un precepto jurídico vulnera la Constitución y, en consecuencia, producirse su derogación. O sea, la desaparición del ordenamiento desde la fecha de la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que así lo ordena. Sin embargo, una vez adoptada tal resolución, a esta Magistratura no le

está dada la atribución de señalar al legislador cuál debiera ser la norma que reemplace al precepto derogado. Este Tribunal no es legislador. Y la apreciación que sobre las bondades o carencias de este criterio pudiera formularse, tampoco es de su competencia.

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

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

integrante de un sistema de garantías configura la jurisdicción constitucional” (Francisco Zúñiga Urbina: Control de Constitucionalidad y Sentencia, Cuadernos del Tribunal Constitucional, Número 34, año 2006, p. 107).

Cuadragésimonoveno: Que respecto de esta misma materia, la constitucionalista y ex ministra de esta Magistratura, profesora Luz Bulnes Aldunate, ha señalado: *“en el proceso de la reforma constitucional se debatió sobre el efecto derogatorio y el de nulidad de la norma declarada inconstitucional. La derogación se diferencia de la nulidad en que se produce al momento de la publicación de la sentencia en el Diario Oficial y no afecta los derechos adquiridos bajo el amparo de la ley inconstitucional; la nulidad en cambio opera con efecto retroactivo y puede afectar a tales derechos. En conformidad con el nuevo artículo 94 la sentencia que declara la inconstitucionalidad de un precepto legal produce la eliminación de la norma del ordenamiento jurídico desde la fecha de la publicación de la misma.*

Este punto tiene gran importancia, pues de él depende la posibilidad de adquirir y mantener derechos que nacieron al amparo de la ley inconstitucional” (Luz Bulnes Aldunate: Los recursos de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad en la reforma constitucional, en: Revista Actualidad Jurídica, N° 13, enero de 2006, pp. 113-114).

III. Los Derechos Constitucionales afectados por el Precepto Legal Bajo Examen de Inconstitucionalidad.

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

A) *La Dignidad de la Persona y su Irradiación en los Derechos Afectados.*

Octogésimoquinto: Que el artículo primero de la Constitución señala: *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*. Se trata de una disposición que no solo encabeza la Carta Fundamental, sino que se irradia en todo su articulado. Consecuentemente, todos los preceptos de la Constitución deben subordinarse a su tenor literal y a su significado. Al referirse al alcance de la citada norma, antes de su reforma en 1999, cuando se reemplazó la expresión *hombres* por *personas*, el tratadista Alejandro Silva Bascuñán señaló que la expresión “dignidad” tiene *“su raíz tanto en las consideraciones de las cualidades de la persona humana como en el fin para el cual ha sido creada”*, destacando que tal encabezamiento del articulado de la Constitución representa el *“reconocimiento de un pilar central de su ordenación que no se mencionaba en las Constituciones precedentes”* (ob. cit., p. 30).

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

a la propiedad. Pues bien, la dignidad es la fuente de esos atributos naturales.” (José Luis Cea: Derecho Constitucional Chileno, Ediciones UC, segunda edición actualizada, 2002, p. 170).

Octogésimoséptimo: Que, como lo declaró esta Magistratura en causa Rol 1287, “*el sistema institucional vigente en Chile se articula en torno de la dignidad que singulariza a todo sujeto de la especie humana, siendo menester poner de relieve que si la Carta Política asegura a todas las personas los derechos fundamentales, lo hace en el entendido de que preexisten a ella; y que, en armonía con lo preceptuado en el artículo 5º, inciso segundo, los órganos públicos y los agentes privados, cada cual en ejercicio de la competencia y facultades que les han conferido, respectivamente, la Constitución y la ley, no solo están obligados a respetar esos derechos, sino que, además, a protegerlos y promoverlos*” (considerando decimooctavo).

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

B) Noción de Derechos Fundamentales

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

Nonagesimocuarto: Que en lo concerniente a la presencia de los derechos fundamentales como derecho positivo en Chile, en la más amplia obra de la doctrina nacional sobre la materia (Humberto Nogueira Alcalá: Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales, CECOCH, Santiago de Chile, 2008-2009, tres tomos), el autor señala por una parte: “*La Constitución enuncia los derechos fundamentales asegurados por ella, delimitando los derechos, fijando sus atributos, los elementos subjetivos y objetivos que los identifican*” (Tomo 1, p. 86) y, por la otra, en lo que atañe

a los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social: *“En tal perspectiva, los derechos fundamentales sociales se presentan en el sistema jurídico chileno como principios, reglas y parámetros hermenéuticos del orden constitucional, del mismo nivel jurídico y con la misma eficacia que los derechos civiles y políticos, encontrándose en un mismo artículo constitucional, el artículo 19, fortalecidos por el artículo 5º, inciso segundo, de la Carta Fundamental (...).*

C) *El Derecho de Igualdad ante la Ley.*

Nonagesimoséptimo: El precepto constitucional hoy vigente contiene dos disposiciones que han ampliado y profundizado el contenido de esta garantía y que se vinculan directamente con el asunto que esta Magistratura resuelve en autos: a) La consagración de la igualdad ante la ley de hombres y mujeres, y b) La prohibición a la ley y a la autoridad de establecer diferencias arbitrarias.

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

Nonagesimonoveno: Que, en efecto, en la sentencia Rol N° 28, considerando cuarto, este Tribunal Constitucional señaló: *“La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser*

iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes”. A su vez, la Corte Suprema, en fallo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXII, 2ª parte, sección 5ª, p. 183, declaró: *“El principio de isonomía exige que sean tratadas de igual modo las situaciones iguales y de manera distinta las desiguales”* (Tratado de Derecho Constitucional de Alejandro Silva Bascuñán, ob. cit., Tomo XI, p. 108).

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

D) *La Igualdad entre el Hombre y la Mujer.*

Centesimoprimer: Que la expresión *“hombres y mujeres son iguales ante la ley”* que la Carta in-

trodujo en la última parte del numeral 2° de su artículo 19 encontró su consagración constitucional en 1999. Dando cuenta su historia fidedigna de la envergadura de tal reforma constitucional, así como del contexto cultural y jurídico, nacional e internacional, en el que se aprobó. Con ello el Estado de Chile encontró concordancia entre su ordenamiento constitucional y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

Centesimosegundo: Que en la sesión del Senado celebrada el 12 de enero de 1999 y convocada para conocer el Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de la Corporación sobre el proyecto de reforma constitucional que establece la igualdad de oportunidades para hombres y mujeres, se hizo mención a los compromisos internacionales contraídos por Chile sobre esta materia, especialmente, al artículo 2° de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de Naciones Unidas, que entró en vigor en 1981, y que señala: *“Los Estados Parte condenan la discriminación de la mujer en todas sus formas, convienen en seguir por todos los medios apropiados y sin dilaciones una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, y, con tal objeto, se comprometen a: a) Consagrar, si aún no lo han hecho, en sus Constituciones nacionales y en cualquiera otra legislación apropiada el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio”*.

Centesimotercero: Que el artículo 12.1 de la citada Convención señala: *“Los Estados Parte adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia”*.

A su vez, la Observación General 16, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, aprobada en Ginebra en el 34° período de sesiones del 25 de abril al 13 de mayo de 2005, se refiere a *“la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)”*.

Centesimocuarto: Que la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha calificado los conceptos de discriminación de derecho o de hecho, así como la discriminación directa o indirecta, como *“conceptos clave en relación con la discriminación y la igualdad”*, precisando que *“la discriminación directa se define como una diferencia de trato que consiste en forma explícita en distinciones basadas en el sexo o en una de las categorías reconocidas de discriminación”*. (...) De todo lo expuesto es nítido que la igualdad de derechos del hombre y de la mujer es una categoría estándar en las legislaciones nacionales e internacionales, según la medida de equiparación de los derechos de la mujer respecto de los del hombre. Esto es, impedir el menoscabo o la desventaja de la mujer respecto del hombre en la consagración y el goce de los derechos.

Centesimoquinto: Que todo lo señalado respecto de la prohibición de discriminación entre hombres y mujeres no significa que el ordenamiento jurídico no pueda establecer diferencias entre ambos sexos. La igualdad entre hombres y mujeres no puede ser absoluta, incluso para resguardar el propio beneficio de la mujer. Como lo señala un reciente estudio: *“el legislador puede establecer diferencias entre los hombres y las mujeres en el contenido de las normas, siempre y cuando existan diferencias reales y efectivas que discriminen a uno de los sexos en ámbitos concretos de la realidad vital; y significa también que el legislador no puede establecer diferencias únicamente en razón del sexo. El*

ser hombre o el ser mujer, o las diferencias que otrora existieron entre los sexos, no pueden ser susceptibles de diferencias en el contenido de la norma, pues el sexo no constituye per se una diferencia objetiva ni razonable, como tampoco son objetivas y razonables las diferencias pasadas que existieron entre hombres y mujeres en ámbitos concretos de la realidad vital." (Cristina Zoco Zabala: Igualdad de género en la nueva normativa nacional y estatutaria a la luz de las innovaciones del ordenamiento comunitario, en: Revista Aragonesa de Administración Pública, 30, junio de 2007, p. 255).

Centesimosexto: Que la igualdad jurídica entre hombres y mujeres tiene expresiones muy concretas en el goce de los derechos sociales, del derecho a la salud y, específicamente, en lo relativo a las prestaciones de salud, incluyendo los denominados seguros de salud.

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

Centesimoctavo: Que el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 incluye, en su inciso segundo, tres tipos de diferenciaciones o criterios para que las tablas de factores determinen los tipos de beneficiarios:

sexo, condición de cotizante o carga y los rangos de edad.

Centesimonoveno: Que de entre los tres criterios enunciados, debe distinguirse sexo y edad, por una parte, y condición de cotizante o carga, por la otra. Mientras que esta última obedece a una situación en la que cada persona se coloca contractualmente en el marco de la autonomía de la voluntad, el sexo y la edad son factores cuya existencia y evolución transcurren independientemente de la voluntad de las personas (...). Ambas expresiones, por lo tanto, denotan estados naturales, inimputables a las personas que los viven, especialmente para ser afectados negativamente por la ley.

E) El Derecho a la Protección de la Salud.

1. Formulación positiva y evolución de su establecimiento

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

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

Centesimodiecimocuarto: Que los principales derechos sociales que la Constitución asegura a todas las personas son configurados a partir de la posibilidad de acceder a una determinada prestación. Así sucede con el derecho a la protección de la salud, en que se debe proteger *"el libre e igualitario acceso a las acciones"* (artículo 19, N° 9°); lo

mismo sucede con el derecho a la seguridad social, en que la acción del Estado debe estar dirigida “a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones” (artículo 19, N° 18°).

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

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

Centesimodécimoséptimo: Que, a su vez, la Constitución le garantiza a los particulares el derecho a elegir que las prestaciones les sean entregadas por entidades estatales o por entidades privadas.

Centesimodécimooctavo: Que, tratándose del derecho a la salud, la Constitución va más allá, pues establece el “deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud”. Esta expresión es utilizada únicamente en este derecho.

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

Centesimovigésimo: Que la fórmula constitucional parte por señalar que es “deber del Estado” dicha protección. Los deberes se ubican entre las situaciones pasivas, junto a la sujeción, a la obligación y a la carga. A diferencia de una obligación, que posee un contenido determinado y concreto, la conducta o actividad en que consiste el deber aparece descrita de modo abstracto y genérico. Además, la obligación tiende a servir

el interés de un sujeto concreto, en tanto que el deber público es una conducta impuesta en interés general o de la colectividad. Asimismo, la obligación tiene como correlato un derecho subjetivo, lo que no existe en el deber público (Santamaría Pastor, Juan Alfonso; Principios de Derecho Administrativo General, Editorial Iustel, Madrid, 2006, p. 437).

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

Centesimovigesimosegundo: Que, a continuación, la Constitución utiliza la expresión “*garantizar*”. Con ello, se apunta a dar seguridad o certeza de que se ejecuten las pertinentes acciones de salud (Silva Bascuñán, A.; ob. cit., p. 140). Para el profesor Cea Egaña, se busca “*asegurar o dar certeza, a cualquier titular del derecho, que las acciones de salud le serán proporcionadas, sin discriminación, cuando necesite acceder a una o más de ellas*” (ob. cit., p. 310). Se pretende que todo titular del derecho, sin diferencias arbitrarias, podrá efectivamente gozar de las prestaciones de salud (Nogueira Alcalá, H.; ob. cit., p. 127).

Centesimovigesimotercero: Que, conforme a la Constitución, dicho deber preferente debe llevarse a cabo, además, “*en las formas y condiciones que la ley determine*”. Ello, sin embargo, no implica una reserva legal absoluta o particularmente intensa, pues la Carta Fundamental establece que solo “*las materias básicas relativas al régimen previsional y de seguridad social*” son materias de ley (artículo 63, N° 4°) y tal razonamiento debe entenderse extendido a la regulación del derecho a la protección de la salud. En tal contexto, tiene cabida la potestad reglamentaria del Presidente de la República o la que corresponde a los organismos reguladores, de acuerdo a las formas y condiciones determinadas por la ley, no por la autoridad administrativa. Por otra parte, la Constitución encarga al Estado “*el control de las acciones relacionadas con la salud*”, siendo perfectamente legítimo, en consecuencia, que el legislador otorgue, a los efectos del ejercicio de tal deber-atribución, una potestad normativa a la Superintendencia de Salud, en su condición de organismo de la Administración del Estado (artículo 106, D.F.L. N°1, de Salud, 2005).

F) El Derecho a la Seguridad Social

Centesimovigesimoquinto: Que en sentencia de inaplicabilidad Rol 1287, esta Magistratura resolvió el asunto sometido a su conocimiento aludiendo como vulnerado al citado derecho consagrado en el número 18° del artículo 19 de

la Constitución, definiéndolo en su considerando decimoséptimo como un “*precepto que obliga al Estado a asegurar el acceso de todos sus habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes y a supervigilar el adecuado ejercicio de ese derecho*”.

Centesimovigesimosexto: Que, consecuentemente, el proceso de oficio de autos puede incluir dentro del examen de constitucionalidad que exige su sustanciación, la eventual trasgresión del número 18° del artículo 19 de la Constitución, tratándose de uno de “*los preceptos constitucionales que fueron considerados trasgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento*”.

Centesimotrigesimoprimer: Que el contenido esencial de la seguridad social se revela en una interpretación sistemática del texto constitucional en el que se recogieron los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la salud (artículo 19, N° 9°) y el derecho a la seguridad social (artículo 19, N° 18°). Así, en primer lugar, el principio de solidaridad se expresa en el deber que tiene el Estado, es decir, la comunidad políticamente organizada, de garantizar económicamente el goce de estos derechos. Las expresiones de la Constitución son claras en este sentido, toda vez que se obliga al Estado a “*garantizar*” el goce de los derechos; asimismo, se faculta al legislador para establecer cotizaciones obligatorias.

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

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

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

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

Centesimotrigesimosexto: Que la vinculación estrecha entre el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social se ve manifestada en los propósitos de los sistemas de seguridad social, que son los de asegurar a sus beneficiarios “*condiciones de vida ante la ocurrencia de riesgos como la desocupación, la vejez, la incapacidad, entre otros, que les impiden a quienes los experimentan obtener, mediante el trabajo, los medios indispensables para su subsistencia o la de su grupo familiar.*” Como se observa, el factor edad es constituyente de ambas garantías, resultando incompatible con sus respectivos propósitos el que la desprotección frente a los estados de necesidad aumente en la misma medida en que aumentan los años de vida.

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

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

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

IV. La Dilucidación del Examen de Constitucionalidad

Centesimocuatragésimo: *Que el artículo 38 ter ha sido declarado inaplicable por este Tribunal Constitucional en cuatro sentencias recaídas en las causas de roles N°s 976, 1218, 1287 y 1273. En ellas, esta Magistratura ha declarado que la aplicación del citado precepto, en las respectivas gestiones pendientes, resulta contraria a la Constitución, al vulnerarse los derechos asegurados en los números 2°, 9° y 18° de su artículo 19°.*

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

Administrativo I, Thomson Civitas, Navarra, decimocuarta edición, 2008, p. 171).

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

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

Centesimocuatragésimocuarto: Que, como corolario del análisis efectuado, este Tribunal ha logrado convicción en cuanto a que los números 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 no cumplen los supuestos

descritos en el considerando precedente y, por consiguiente, son incompatibles con el derecho a la igualdad ante la ley, especialmente entre hombres y mujeres, y lesionan, asimismo, el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social, en el sentido que todos ellos se encuentran reconocidos y asegurados en nuestra Carta Fundamental.

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

Centesimocuatragesimosexto: (...) debe estimarse inconstitucional la parte del articulado permanente de la ley en examen que entrega amplia libertad de actuación a un organismo de la Administración en los términos señalados, ya que esa clase de disposiciones se aparta de la

razonabilidad que debe presidir la regulación de los derechos fundamentales, como lo recuerdan la doctrina y la jurisprudencia citadas en el cuerpo de este fallo.

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

Centesimocuatragesimooctavo: (...) la diferenciación por sexo y edad que permite el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, establece un trato desigual para igualdades esenciales, como son: *i*) la igualdad en dignidad y derechos con que las personas nacen (inciso primero del artículo 1° de la Constitución), *ii*) la igualdad de oportunidades como derecho de las personas en la participación en la vida nacional (inciso quinto del artículo 1° de la Ley Fundamental), *iii*) la igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer (oración final del inciso primero del número 2° del artículo 19 de la Constitución), y *iv*) la igualdad de acceso a las acciones de salud (inciso segundo del número 9° del artículo 19 de la Constitución).

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

Centesimoquincuagésimo: Que, como ya se ha señalado, mientras el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015 estableció, por el plazo de

10 años contados desde la entrada en vigencia de dicha legislación, la relación máxima entre el factor de edad más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo, señalando que ésta iba a ser de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y de hasta 14 veces, en el caso de los hombres, el número 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 le entregó tal definición a la Superintendencia del ramo.

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

Centesimoquincuagesimosegundo: Que los primeros cuatro numerales del inciso tercero del artículo 38 ter tampoco cumplen lo dispuesto en el inciso cuarto del numeral 9° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en orden a fijar “*las condiciones*” del deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud y, por consiguiente, son inconstitucionales.

Centesimoquincuagesimotercero: Que, en efecto, dichos preceptos permiten la operación de un complejo mecanismo de reajustabilidad del precio de los planes de salud que se ofrecen en el sector privado. Así, el precio final del plan de salud que debe pagar el afiliado a una Isapre se determina multiplicando el precio base por el respectivo factor de edad que corresponda al afiliado o a alguno de los beneficiarios, de conformidad a la respectiva tabla de factores (artículo 170, letra m), del D.F.L. N° 1, de Salud, 2005). Por otra parte, el plan de salud es elaborado por la Isapre, la estructura de la tabla de factores es definida por la Superintendencia a través de instrucciones y los factores de cada tabla son

libremente determinados por la Isapre. A través de este mecanismo, en consecuencia, no se han fijado directamente por la ley “*las condiciones*” que le manda establecer la Constitución para garantizar el acceso a la prestación, sino que lo que ha hecho el legislador es dispersar la determinación de tales condiciones en distintos actores. Resulta claro, además, que en tal esquema el papel del afiliado, que es el actor principal del derecho a la protección de la salud, prácticamente desaparece, pues queda constreñido a aceptar o a rechazar lo que la entidad previsional le ofrezca.

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

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

a factores como el sexo y la edad, ambos inherentes a la condición humana, afectan el libre e igualitario acceso a las acciones de salud que el Estado está obligado a garantizar. Para ajustarse a la garantía constitucional reseñada, el legislador debió establecer parámetros prudentes, dentro de latitudes razonables, al determinar las condiciones a las que debe ajustarse la fijación del precio de un seguro de salud que se contrate con una Isapre. Por otra parte, dicho mecanismo potencia una discriminación en contra de las mujeres, los adultos mayores y los niños menores de dos años, que no tiene justificación racional y, por lo tanto, no se aviene a la Constitución.

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

Centesimoquincuagesimoséptimo: Que, en síntesis, los numerales 1, 2, 3 y 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 resultan contrarios a la Constitución, en cuanto impiden garantizar el libre e igualitario acceso de las personas a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y el derecho que les asiste a elegir el sistema de salud al que deseen acogerse, sea éste estatal o privado, ambas garantías previstas en el número 9° del artículo

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

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

Centesimoquincuagesimonoveno: Que, en tercer lugar, en relación al derecho a la seguridad

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

Centesimosexagésimo: Que, en efecto, el aumento de los precios al amparo de la norma cuestionada puede traer consigo, y así ocurre en la realidad de muchas personas, una completa imposibilidad de costearlos, ocasionando la indignidad que ello significa para el transcurrir de sus vidas y la evidencia de la falta de concreción de la obligación que el texto de la Constitución le asigna al Estado para dirigir su acción a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes.

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

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

V. Sobre los Efectos de esta Declaración de Inconstitucionalidad

Centesimosexagesimotercero: Que este Tribunal ha sentenciado estrictamente bajo los presupuestos exigidos por el artículo 93, inciso primero, N° 7°, de la Constitución, no emitiendo, en consecuencia, pronunciamiento alguno respecto de las demás normas contenidas en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, actual artículo 199 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud. Esta Magistratura estima necesario, además, hacer presente que la determinación de la estructura de las tablas de factores y la fijación de los factores de cada una de ellas deberán ajustarse a lo que establezcan, en uso de sus facultades, los órganos colegisladores para dar cabal cumplimiento a lo resuelto en este fallo.

Centesimosexagesimocuarto: (...) Lo anterior se apega al numeral segundo de artículo 47 F de la Ley N° 17.997, según el cual únicamente procede declarar la inaplicabilidad de acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en razón de un pronunciamiento previo del Tribunal Constitucional, concurriendo tres requisitos copulativos: a) que la cuestión se promueva respecto de un precepto legal que haya sido declarado

expresamente conforme a la Constitución, b) que el pronunciamiento previo en cuestión haya sido emitido en un control preventivo o conociendo de un requerimiento, y c) que se invoque el mismo vicio que fue materia de la respectiva sentencia previa.

Centesimosexagesimoséptimo: Que la doctrina y esta misma sentencia han señalado que esta norma consagra expresamente que las sentencias del Tribunal Constitucional producen efectos *ex nunc* (Nogueira, Humberto, “El control represivo y abstracto de inconstitucionalidad de leyes en la reforma constitucional de 2005 de las competencias del Tribunal Constitucional y los efectos de sus sentencias”, en: Francisco Zúñiga (coordinador), Reforma constitucional, Editorial LexisNexis, 2005, p. 615), esto es, produce efectos desde la publicación del fallo “*hacia el futuro, no afectando situaciones anteriores producidas al amparo de dicha norma*” (ob. cit., p. 608). De esta manera, “*ni el Tribunal Constitucional ni el legislador orgánico constitucional podrán dar efecto retroactivo a las sentencias que expulsen de nuestro ordenamiento jurídico disposiciones de rango constitucional*” (ob. cit., p. 615). Este Tribunal Constitucional, por su parte, ha señalado que el hecho de que su sentencia carezca de efectos retroactivos significa que no afecta situaciones acaecidas ni actos realizados con anterioridad a su publicación en el Diario Oficial” (Sentencia Rol 597, considerando 5º).

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

sentencia que dicte el Tribunal Constitucional no puede afectar situaciones consolidadas, esto es, nacidas y concluidas bajo el imperio de la o las normas declaradas inconstitucionales.

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

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

Centesimoseptuagesimoprimer: Que, además, debe tenerse presente que la derogación o expulsión de una norma por una declaración de inconstitucionalidad tiene un alcance distinto a una derogación de una norma por el legislador. El Tribunal Constitucional es un órgano que falla de acuerdo a derecho (artículo 92 de la Carta Fundamental); no es un ente de deliberación política que se pronuncie sobre cuestiones de mérito, como los órganos colegisladores. Por ello, su declaración de inconstitucionalidad se

basa en que la norma posee un vicio. En cambio, la derogación realizada por el legislador se basa en una nueva evaluación política de la situación. Es una decisión de mérito político. De hecho, es posible hacer un paralelo entre la derogación por inconstitucionalidad efectuada por el Tribunal Constitucional y la derogación efectuada por el legislador, con la invalidación y la revocación de un acto administrativo que efectúa la Administración. Unas situaciones se basan en un vicio y las otras, en cambio, en una valoración de mérito.

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

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

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

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

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

Y VISTO, además, lo dispuesto en los artículos 1º, 6º, 19, N°s. 2º, 9º y 18º, 63 y 93, inciso primero, N° 7º, e inciso decimosegundo y 94, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional, SE RESUELVE QUE LOS NUMERALES 1, 2, 3 y 4 DEL INCISO TERCERO DEL ARTÍCULO 38 TER DE LA LEY N° 18.933, SON INCONSTITUCIONALES. PUBLÍQUESE LA PRESENTE SENTENCIA EN EL DIARIO OFICIAL, FECHA DESDE LA CUAL SE ENTENDERÁN DEROGADOS LOS PRECEPTOS LEGALES DECLARADOS INCONSTITUCIONALES.

El Ministro señor Raúl Bertelsen Repetto **previene** que concurre a lo resuelto en la sentencia, pero lo hace basado únicamente en la consideración de que los preceptos legales declarados inconstitucionales contienen una regulación incompleta e imprecisa de las reglas a utilizar en

la configuración de la estructura de las tablas de factores que se utilizan para reajustar el precio de los planes de salud, lo que ha permitido: a) el establecimiento de diferencias arbitrarias entre los diferentes grupos de beneficiarios y, b) un incumplimiento del deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud en la forma y condiciones que determine la ley, mandato que ésta no ha cumplido a cabalidad.

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

I Naturaleza jurídica del contrato de salud previsional

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

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

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

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

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

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

todos los preceptos contenidos en el mencionado artículo que así lo permiten.

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

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

1°.- Que, como se sabe, la facultad para declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal fue conferida al Tribunal Constitucional por la Ley N° 20.050 de 2005 (...)

2°.- Que, hasta la fecha, el Tribunal Constitucional ha ejercido la potestad conferida por la norma constitucional señalada en cinco ocasiones. (...)

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

6°.- Que, así, una primera consideración inherente al examen que tiende a determinar la inconstitucionalidad de un precepto legal consiste en que el juicio que realiza el Tribunal Constitucional sea el propio de un control abstracto que, por su propia naturaleza, está destinado a producir efectos *erga omnes* (...)

En efecto, el análisis tendiente a determinar la eventual inconstitucionalidad de un precepto legal, por mucho que tenga como antecedente una o más declaraciones previas de inaplicabilidad de la

misma norma, debe superar el solo juicio de aquéllas para proyectarse sobre todas las posibles situaciones de aplicación de la norma, sin referencia a una o varias situaciones particulares (...). Por otra parte, y en opinión de quien suscribe este voto, debe considerarse que la sentencia constitucional por la cual se deroga un precepto legal introduce una profunda alteración en el sistema de fuentes del derecho, según el cual la ley, en principio, solo puede quedar sin efecto de la misma manera en que fue aprobada. Así, dejar sin efecto una ley en virtud de la publicación en el Diario Oficial de la sentencia que declara su inconstitucionalidad exige un ejercicio de particular prudencia por parte de una Corte como ésta.

7°.- Que un segundo criterio aplicable a la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal, ya sea producto del ejercicio de una acción pública o de un proceso instruido de oficio, como en este caso, es que no exista ninguna interpretación de la norma cuestionada que permita armonizarla con la Carta Fundamental. (...)

9°.- Que, además, de los fallos de inconstitucionalidad pronunciados por este Tribunal puede inferirse una última exigencia, consistente en que la declaración del Tribunal Constitucional, mediante la cual se expulsa del ordenamiento jurídico vigente un determinado precepto legal, no debe acarrear efectos aún más nocivos que los que produce la supervivencia del precepto cuestionado. Así se razonó en la sentencia recaída en el Rol N° 1.173 cuando, a propósito de los presupuestos necesarios para declarar la inconstitucionalidad de un precepto legal, se señaló que: (...) “Dicha finalidad no se logra si la expulsión del precepto legal puede acarrear efectos aún más nocivos que los que produce su pervivencia. Una decisión de tal envergadura requiere, pues, la ponderación de su conveniencia para el orden constitucional que esta Magistratura debe cautelar. El criterio adecuado para calificarlo es la determinación de

las consecuencias de la desaparición del precepto legal”.

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

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

17°.- Que esta Ministra disidente concurrió a las referidas declaraciones de inaplicabilidad considerando, precisamente, que la vulneración, en cada una de las gestiones judiciales pendientes, de los derechos constitucionales mencionados se producía porque el alza del precio del respectivo plan de salud, como consecuencia de la aplicación de la tabla de factores, se producía considerando el factor edad a que ella alude, de forma que personas que, objetivamente, se encontraban en condiciones de particular vulnerabilidad, no solo por su edad, sino por su condición de “cotizantes cautivos”, eran discriminadas y desprotegidas desde el punto de vista de la seguridad social, haciendo además ilusorio su derecho a elegir el sistema de salud al que habían decidido estar adscritas. En efecto, es natural pensar que a medida que avanza la edad, en forma por lo demás coincidente con el momento para jubilar, disminuye la percepción de los ingresos de las personas tornando prácticamente imposible asumir cualquier alza del precio del plan de salud comunicada por la Isapre respectiva. Al mismo tiempo, tampoco podría discutirse el hecho de

que en la medida que una persona avanza en edad, su salud se torna más frágil, demandando una mayor cantidad de prestaciones tanto de medicina preventiva, curativa como de rehabilitación. Ante dicho escenario, cobra especial trascendencia la finalidad asignada al Estado, en colaboración con los particulares, de contribuir a “*crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece*” (artículo 1°, inciso cuarto, de la Constitución Política), finalidad en la que, en lo que se refiere al derecho a la protección de la salud, los particulares colaboran hoy en día, en virtud del principio de subsidiariedad.

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

24°.- Que, la tabla de factores a que alude el artículo 38 ter de la Ley de Isapres (hoy artículo 199 del D:F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005), otorga los parámetros por los que se debe multiplicar el precio base de cada plan de salud, dependiendo de la edad del afiliado, de su sexo y de su condición de cotizante o carga. (...)

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

28°.- Que, en ese sentido, basta observar la tabla de factores indicada como ejemplo en este voto, para darse cuenta que ella genera una situación de bastante estabilidad para aquellos cotizantes

cuyas cargas oscilan entre los 2 y los 19 años de edad, toda vez que, en esos tramos, el factor tiende a mantenerse e, incluso, a bajar (de 0,6 a 0,5), independientemente del sexo de la carga. En el caso de los cotizantes, el factor es el mismo (0,7) entre los 5 y los 19 años de edad, independientemente del sexo del afiliado.

Por ello y en términos estrictamente constitucionales, no puede decirse que, en dichos tramos, se introduzcan diferencias carentes de razonabilidad, que vayan a incidir en que los afiliados se vean impedidos de continuar cotizando en la Isapre respectiva debiendo emigrar, forzosamente, al sistema público de salud, tornando ilusorio, al mismo tiempo, su derecho a elegir el sistema de salud. En otras palabras, no puede sostenerse, a juicio de esta juez disidente, que las reglas sobre tramos de edad contenidas en los numerales 2 y 3 del inciso tercero del artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005 (que corresponde al artículo 38 ter de la Ley N° 18.933), sean contrarias a la Constitución en toda circunstancia, en la medida que, como se ha comprobado al analizar la estructura de una de las tablas de factores utilizada en el mercado, puede apreciarse que, en determinados tramos, el factor correspondiente a la edad del afiliado o de sus cargas tiende a mantenerse en el tiempo o, incluso, a bajar.

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

Más bien, podría decirse que la estructura de la tabla de factores que se ha analizado resulta conveniente para familias que tengan hijos entre

esos tramos de edad, pues les brindaría estabilidad en un período en que deben afrontar accidentes escolares –que suelen ser frecuentes–, así como enfermedades propias de esa etapa de la vida cuando, al mismo tiempo, deben sufragarse gastos escolares que encarecen cualquier presupuesto familiar.

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

35º.- Que, a estas alturas, puede sostenerse que la introducción de factores como el sexo y la edad, así como la diferencia de tramos en aplicación de esos criterios, en cuanto modalidades de estructuración de una tabla de factores, como aquella que contribuye a determinar el precio del plan de salud de las personas afiliadas a las Isapres en Chile, no son, en sí mismas, arbitrarias o carentes de razonabilidad, en la medida que se basan en la consideración de factores objetivos y fácilmente comprobables, como la mayor demanda de prestaciones de salud por parte de la mujer en edad fértil o de las personas mayores de 60 años de edad. Distinto es lo relativo a la forma como se aplica la tabla de factores, sin considerar la vulnerabilidad que, en determinadas etapas de la vida, afecta a ciertas personas. Un aumento indiscriminado de los precios de los planes de salud respecto de ellas, ciertamente, podría lesionar los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social cuando no se consideran mecanismos de solidaridad que permitan soportar dichas alzas sin discontinuar el acceso a las prestaciones de salud.

37º.- Que, conforme a lo razonado, esta juez disidente estima que no concurre, en la especie, la exigencia de que el artículo 38 ter de la Ley N°

18.933 – hoy artículo 199 del D.F.L. N° 1, del Ministerio de Salud, de 2005 – sea inconstitucional en abstracto, más allá de las situaciones concretas que han motivado previamente su declaración de inaplicabilidad.

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

40°.- Que, en dicho sentido, debe partirse señalando que, en Chile, la población afiliada a Isapres se acerca a los 2,8 millones de personas, esto es, a poco más del 16% de la población total del país. El resto de la población se encuentra adscrita al sistema público de salud representado por el Fondo Nacional de Salud (FONASA), que otorga cobertura al 72,7%, esto es, a 12.248.257 personas, según estadísticas oficiales de FONASA. Entretanto, una cifra cercana al 13% de la población está adscrita al sistema de salud de las Fuerzas Armadas y Carabineros (Alejandro Ferreiro. Informe “Efectos para los afiliados de la aplicación de una tarifa plana en caso que se declare inconstitucional la norma legal que regula la tabla de factores relativos a sexo y edad”. Diciembre de 2009, pp. 3 y 5).

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

c) la determinación de tramos desde los ochenta años de edad; y d) la fijación, cada diez años, de la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo. Al no declararse inconstitucional el numeral 5 del inciso tercero del artículo 38 ter que se analiza, subsiste el imperativo de que, en cada tramo, el factor que corresponda a una carga no pueda ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo;

45°.- Que si lo único que se declara inconstitucional y, por ende, quedará derogado a partir de la publicación de la presente sentencia en el Diario Oficial, es la estructura de la tabla de factores en base a los tramos que se consideraban, hasta hoy, en los numerales 1 al 4 del inciso tercero del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, cabe preguntarse cómo se determinará, de ahora en adelante, la mencionada estructura de la tabla de factores, la que sigue considerando los diversos tipos de beneficiarios en base a los criterios de sexo, edad y condición de cotizante o carga, como se desprende del inciso segundo del artículo 38 ter, que permanece vigente. (...)

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

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

I. Precepto Legal que podría estimarse Contrario a la Constitución Política de la República.

Primero: Que el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, actual 199 del DFL N° 1, de 2005, de Salud, señala, en su inciso tercero, que cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a determinadas reglas (...).

Segundo: Que, como se indica en diversas consideraciones de la presente sentencia, dicha normativa podría estimarse que contraviene disposiciones constitucionales, en particular el artículo 19, N°s 2, 9 y 26, en cuanto se incumpliría el mandato de la **reserva legal en materia de derechos fundamentales**.

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

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

Quinto: Que, a su turno, si bien la potestad reglamentaria de ejecución de ley puede resultar procedente, como lo ha señalado esta Magistratura, “*ella puede ser convocada por el legislador, o ejercida por el Presidente de la República, nada más que para reglar cuestiones de detalle, de rele-*

vancia secundaria o adjetiva, cercana a situaciones casuísticas o cambiantes, respecto de todas las cuales la generalidad, abstracción, carácter innovador y básico de la ley impiden o vuelven difícil regular. Tal intervención reglamentaria, por consiguiente, puede desenvolverse válidamente solo en función de las pormenorizaciones que la ejecución de la ley exige para ser llevada a la práctica” (Rol N° 370, consid. 23°).

Sexto: Que, en consecuencia con lo anterior, no cabe la remisión normativa genérica y sin delimitación alguna a la potestad reglamentaria. Por lo mismo, como lo ha precisado este Tribunal, “*avocado al cumplimiento cabal de la exigencia constitucional explicada, el legislador debe conciliar la generalidad, abstracción e igualdad de la ley, así como sus características de normativa básica y permanente, por un lado, con la incorporación a su texto de los principios y preceptos, sean científicos, técnicos o de otra naturaleza, que permitan, sobre todo a los órganos de control de supremacía, concluir que el mandato constitucional ha sido plena y no solo parcialmente cumplido*” (...). Por lo mismo se estimó contrario a la Carta Fundamental la circunstancia de que el legislador no haya “*establecido **parámetros objetivos y precisos** a los que deba sujetarse la autoridad administrativa para la concurrencia de la situación de exención del impuesto*” (Rol 718, consid. 85).

Séptimo: Que, de esta forma, el mandato que establecen los números uno a cuatro del actual inciso tercero del artículo 199 del DFL N° 1, de 2005, de Salud, podría estimarse que resulta contrario a la Carta Fundamental, particularmente el número cuatro, desde que no ha establecido ni fijado parámetros razonables y prudenciales para la actuación del ente fiscalizador. En tal sentido, cabe tener presente, por su parte, que el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, que determina los múltiplos máximos durante los primeros diez años no ha sido previamente

declarado inaplicable por esta Magistratura, por lo que no cabe pronunciarse sobre el mismo.

II. Presupuestos de la Acción de Inconstitucionalidad. La Inaplicabilidad Previa como Requisito Esencial.

Decimocuarto: Que (...) (del artículo 93, inciso primero, numeral 7º, de la Constitución Política y el artículo 47 N° de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, modificada por la Ley N° 20.381, de 2009) (..) se desprende que los presupuestos necesarios para que esta Magistratura pueda declarar la inconstitucionalidad de una determinada norma legal, con los efectos previstos en el artículo 94, incisos tercero y cuarto, de la Carta Fundamental, son los siguientes: a) Debe tratarse de la inconstitucionalidad de un precepto de rango legal; b) La referida norma debe haber sido declarada previamente inaplicable por sentencia de este Tribunal, c) El proceso de inconstitucionalidad debe haberse iniciado por el ejercicio de una acción pública acogida a tramitación por este Tribunal o por una resolución del mismo, actuando de oficio; d) Debe tratarse de los mismos vicios o infracciones que motivaron las inaplicabilidades previas; y e) Debe abrirse proceso sustanciándose y dictándose la correspondiente sentencia en que se concluya la absoluta contradicción entre el precepto legal en cuestión y las disposiciones de la Constitución Política de la República. Por último, no debe olvidarse que, según lo ha señalado esta Magistratura, *“la declaración de inconstitucionalidad constituye el último recurso –la ‘última ratio’– para asegurar la supremacía constitucional, desde que implica el dejar sin efecto, con carácter derogatorio, un acto emanado del órgano legislativo –expresión de la soberanía popular–, lo que puede eventualmente conllevar un cierto grado de inseguridad jurídica ante el vacío normativo que se produce por la desaparición de un determinado precepto legal que*

se expulsa del ordenamiento jurídico por ser manifiestamente contrario a la Carta Fundamental” (Rol 1254).

III. El Proceso de Inconstitucionalidad y los Pronunciamientos Previos de Inaplicabilidad.

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

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

vez, en relación a la libertad para elegir el sistema de salud, consagrada en el artículo 19, N° 9, se indica que en el caso concreto queda restringida o impedida si *“se está frente a una cotizante cuya situación previsional es desmedrada, producto de las inestabilidades que experimentó durante su vida laboral activa, tal como ella lo argumentó en estrados. Así, la aplicación del factor específico objetado en este caso a otro caso diferente, desde el punto de vista previsional, puede no provocar la lesión al derecho fundamental en la protección de la salud que ha sido constatada en estos autos”* (consid. 65). Por lo mismo, se concluye que se acoge el requerimiento *“solo en cuanto la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, incorporada al contrato de salud de la requirente (...) para determinar el costo de su plan de salud, es inaplicable en la causa (...) por ser contraria a cuanto le asegura el artículo 19, N° 9, de la Constitución”*.

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

asegurado en el número 18° del artículo 19 de nuestra Ley Fundamental, precepto que obliga al Estado a asegurar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes y a supervigilar el adecuado ejercicio de este derecho” (consid. 62). En atención a lo anterior se acoge el requerimiento en el que se solicitaba la declaración de inaplicabilidad de *“la tabla de factores contemplada en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933”*. Cabe señalar que la tercera sentencia de inaplicabilidad, Rol N° 1.287, tiene un idéntico razonamiento jurídico al anterior, acogiéndose también la acción en la que se solicitaba la inaplicabilidad *“del artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley (Ministerio de Salud) N° 1, de 2005”*.

Decimonoveno: Que, finalmente, la última causa que sirve de base a la presenta acción, autos Rol N° 1273, se centra en la contravención a los artículos 19, N°s 2 y 9, de la Constitución Política. Así, se sostiene que *“la diferenciación por sexo y edad que permite el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, impugnado en estos autos, establece un trato desigual para igualdades esenciales, como son: i) la igualdad en dignidad y derechos con que las personas nacen (inciso primero del artículo 1° de la Ley Fundamental, ii) la igualdad de oportunidades como derecho de las personas en la participación de la vida nacional (inciso quinto del artículo 1° de la Ley Fundamental), iii) la igualdad ante la ley entre el hombre y la mujer (oración final del inciso primero del número 2° del artículo 19 de la Constitución), y iv) la igualdad de acceso a las acciones de salud (inciso segundo del número 9° del artículo 19 de la Constitución)”* (consid. 72). Del mismo modo, se afirma que la *“diferenciación por sexo y edad que permite el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 es arbitraria”*, dado que no resulta conciliable *“el aumento de precio en la medida en que aumenta la vulnerabilidad de las personas por el paso del tiempo y la condición orgánica de mujer, como en el caso de autos”* (consid. 73). También se indica, en relación al derecho a la seguridad social,

que “*se torna constitucionalmente inaceptable el incremento de las cotizaciones en el tiempo por el solo hecho del envejecimiento natural del cotizante y/o de los beneficiarios del respectivo plan, toda vez que forma parte del sentido intrínseco de la seguridad social proteger a la persona de los estados de necesidad derivados de contingencias vitales de universal ocurrencia, como es el riesgo de enfermar y el envejecimiento natural*”, de modo que “*la circunstancia expuesta hace que la existencia misma de los reajustes del precio del plan de salud previsional solo por el aumento de edad, que consagra el precepto legal impugnado en autos, independiente de la iniquidad de su cuantía, por estar expresada en múltiplos del precio base, resulte inconciliable con el derecho a la seguridad social*” (consid. 78). De esta forma, se acoge el requerimiento “*en tanto la aplicación del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 en la causa (...) resulta contraria a los derechos asegurados a la actora en los numerales 2° y 9° del artículo 19 de la Constitución Política, en relación con lo dispuesto en los demás preceptos constitucionales citados en este fallo*”.

Vigésimo: Que de lo dicho se desprende que en los cuatro fallos previos que sirven de fundamento para incoar esta acción de inconstitucionalidad, este Tribunal fundó sus decisiones de inaplicabilidad en la infracción constitucional del precepto legal en cuestión al artículo 19, N°s 2, 9 y 18, de la Carta Fundamental. Esto es, se concluyó que la tabla de factores de riesgo, contemplada en el artículo 199 del DFL N° 1, de 2005, de Salud, al diferenciar por razones de edad y sexo, importó en el hecho una vulneración a la igualdad ante la ley, desde que se discriminó sin fundamento, provocando un trato desigual por el solo aumento de edad o por la circunstancia de ser mujer. A lo que debe agregarse la contravención de la libre elección del sistema de salud y al derecho a la seguridad social, al incrementar las cotizaciones –en múltiplos del precio base– por el solo hecho del envejecimiento natural del cotizante.

IV. En Decisiones Previas de Inaplicabilidad este Disidente estimó que el Precepto Legal en Cuestión no Resultaba Decisivo.

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

Vigesimosexto: Que, como ha señalado este mismo Tribunal, independiente de la naturaleza del precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita, el artículo 93 N° 6°, de la Constitución exige que el precepto legal pueda resultar decisivo en la resolución del asunto pendiente, “*lo que implica que la inaplicabilidad declarada deba ser considerada por el juez llamado a resolverla, tanto en lo que se refiere a los fundamentos de ésta cuanto a todo otro razonamiento que implique que la decisión del asunto no resultará contraria a la Constitución*”. (Rol N° 472/2006. En el mismo sentido roles N° 809 y 831, ambos de 2007) (...). Así, la exigencia contenida en el artículo 93, inciso undécimo, en orden a que “*la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto*”, no puede, entonces, interpretarse prescindiendo de la finalidad que anima a la institución de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley (...). En suma, el precepto legal debe ser considerado por el juez al momento de resolver el asunto, ya sea que diga relación con aspectos de carácter procedimental

o de fondo, esto es, sean normas ordenatorio o decisorio litis.

Vigesimoséptimo: Que el precepto legal que se solicitó inaplicar fue el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, modificado por el artículo 1° N° 15 de la Ley N° 20.015, publicada en el Diario Oficial de fecha 17 de mayo de 2005. Sin embargo, el inciso final del artículo 2° de la aludida Ley N° 20.015 expresa –en su primera parte– que *“tratándose de contratos en curso a la fecha de entrada en vigencia de la ley, las tablas de factores que ellos contengan se mantendrán en vigor hasta que el afiliado opte por aceptar un plan alternativo que se le ofrezca en alguna adecuación o hasta que contrate un plan de salud distinto”*.

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

Vigesimonoveno: Que así, por lo demás, lo ha razonado la Sala Constitucional de la Corte Suprema (Rol 7779-2008), al hacer presente que *“el legislador expresamente exceptuó de la regulación*

contenida en el artículo 199 a aquellos contratos anteriores que habían incorporado las aludidas tablas de factores de sexo y edad, prescribiendo “como ya se consignó- que tratándose de dichos contratos operará lo acordado al momento de su celebración”. (...)

Trigésimo: Que, invocando similares argumentos, esta Magistratura declaró inadmisibles presentaciones de inaplicabilidad. (...)

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

V. Se Pretendió -en el Hecho- en los Procesos Previos de Inaplicabilidad una Acción de Amparo de Derechos Fundamentales, lo que es de Competencia, en Definitiva, de la Corte Suprema.

Trigésimosegundo: Que la acción de inaplicabilidad previa supone esencialmente un control preciso de contradicción entre dos normas, debiendo primar la Ley Fundamental. En otras palabras, el conflicto sometido a decisión siempre debe centrarse en la contradicción concreta y determinada entre la ley y la Constitución.

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

Trigesimoquinto: Que, como ha señalado esta Magistratura, el sistema chileno de control de constitucionalidad de las normas es de carácter concentrado y compartido. Así, la protección de las garantías constitucionales respecto de actos u omisiones ilegales o abusivas corresponde a la Corte de Apelaciones respectiva y a la Corte Suprema, en tanto el control de constitucionalidad de la ley, al Tribunal Constitucional (...). En consecuencia, *“la acción cautelar de derechos fundamentales que contempla el artículo 20 y la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 93, inciso primero, N° 6, e inciso undécimo, de la Ley Fundamental, constituyen y dan origen a dos procesos completamente autónomos que deben iniciarse, sustanciarse y resolverse en la forma que indican la Constitución y sus leyes complementarias, destacándose, entre estas últimas, la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura”* (Rol N° 1324-2009).

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

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

ley. De este último conflicto conocen otras instancias jurisdiccionales” (Rol N° 1385/2009).

VI. Las Tablas de Factores se Incorporaron a los Contratos en Términos tales que lo que se Pretendió fue la Declaración de Inconstitucionalidad de los Acuerdos.

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

Trigesimonoveno: Que, de esta forma, de la lectura de los escritos de inaplicabilidad y de las consideraciones efectuadas en las sentencias, lo que se pretendió más bien fue dejar sin efecto los aumentos de precio del costo del plan, experimentados por la requirente, todo lo cual emana de una tabla convenida contractualmente y no de un determinado precepto legal, razón por la cual este disidente estimó que las respectivas acciones de inaplicabilidad no podían prosperar. Así las cosas, la discusión planteada más bien se relacionaba con un conflicto acerca de la aplicación adecuada o no de la ley del contrato, lo que no correspondía fuera dilucidado a través de una acción de inaplicabilidad sino que de una protección de derechos fundamentales.

Cuadragésimo: Que todo lo razonado no significa en modo alguno validar o legitimar el actuar de las entidades de salud previsional, lo que debe ser determinado –como se ha explicado– soberanamente por el tribunal que conoce de la acción de protección, teniendo presente este disidente la reiterada doctrina sostenida por la Corte Suprema en cuanto a que la facultad de revisar el monto de un plan *“debe entenderse condicionada a un cambio efectivo y variable del valor de las prestaciones médicas, en razón de una alteración sustancial de*

sus costos, para que se mantenga una verdadera equivalencia entre las obligaciones contractuales de ambas partes” (Rol N° 3902-2007). Se trata, en definitiva, que la facultad de las isapres para –en su caso– adecuar los planes de salud se ejerza de manera razonable y equitativa, preservando así el debido equilibrio en las contraprestaciones de los contratantes.

Cuadragésimoprimer: (...) Obviamente nada impide cuestionar y revisar en dicha sede de protección la racionalidad y justicia de la referida tabla de factores, en un caso concreto, a la vez que determinar si al confeccionarse y aplicarse la misma se ha ejecutado una potestad administrativa de manera racional y si ha resultado o no una situación que importe en el hecho una discriminación arbitraria o manifiestamente abusiva o desproporcionada para la parte contratante, en atención a la naturaleza propia de contrato de adhesión que reviste el seguro de salud previsional.

VII. Reflexiones Finales. Exhortación al Legislador.

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

Cuadragésimotercero: Que, en efecto, como se ha explicado en el capítulo tercero, las referidas decisiones de inaplicabilidad apuntaron más bien a declarar la contravención a la Carta Fundamental, en los casos concretos, de la tabla de factores, fundadas en la circunstancia de que los factores de edad y sexo en que se sustenta se estimaron arbitrarios y contrarios a la igualdad ante la ley –al

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

Cuadragésimocuarto: Que la Ley N° 20.015, aprobada hace solo cinco años, persiguió morigerar sustancialmente los efectos de las alzas en los precios de los contratos de salud, limitando así las facultades de las instituciones de salud previsional, lo que se desprende inequívocamente de la historia fidedigna de su establecimiento. La incorporación del aludido artículo 38 ter tuvo por objeto precisar que el valor final se calcularía de acuerdo a un precio base y a una tabla de factores, agregando que la Superintendencia debía fijar mediante instrucciones de general aplicación la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deben utilizar.

Cuadragésimoquinto: Que, sin perjuicio de lo anterior, este disidente estima un imperativo categórico que los colegisladores democráticos –Congreso Nacional y Presidente de la República– se hagan cargo de las evidentes inequidades e injusticias que motiva a diario la aplicación de la referida normativa, particularmente respecto de las mujeres en edad fértil y de los adultos mayores.

Cuadragésimosexto: Que así por lo demás lo señalaron diversos parlamentarios durante la discusión de la Ley N° 20.015. Así, el Senador Eduardo Frei hizo presente la necesidad de solucionar diversos problemas, como *“la desprotección de los usuarios frente a determinadas enfermedades;*

la discriminación por sexo y edad, y las expulsiones de afiliados por alza de precios en los planes de salud". El Senador Espina, por su lado, puntualizó que *"en cuanto a las Isapres, no hay duda de que hoy presentan tres grandes deficiencias: primero, generalmente el precio de los planes es alto; segundo, acusan una diferenciación por sexo y edad, que el proyecto corrige; y tercero, la reajustabilidad resulta muy incierta para los afiliados"*. El Senador Sabag, por último, concluye que *"otro aspecto que debemos destacar es la forma de fijar los precios de los planes, que se basa en el riesgo de las personas. De este modo, los planes son más caros para las mujeres en edad fértil y para los adultos mayores, lo que representa para los afiliados una suerte de discriminación, la cual se ve agravada cuando las Isapres proceden a expulsarlos del sistema"*.

Cuadragésimoséptimo: Que, en todo caso, es necesario recordar que el Tribunal Constitucional es el principal órgano encargado de velar por que la ley no vulnere los límites constitucionales, lo que significa, a la vez, la garantía de cierta esfera de autonomía del legislador, que comprende, básicamente, el conjunto de apreciaciones de mérito, conveniencia y oportunidad que lo llevan a la adopción de una u otra fórmula normativa orgánica. De este modo, como se ha consignado por esta Jurisdicción Constitucional, solo cuando el Congreso Nacional excede su ámbito de atribuciones, infringiendo los márgenes contemplados en el texto, principios o valores esenciales de la Carta Fundamental, o violente el proceso de formación de la ley, el Tribunal Constitucional puede intervenir para reparar los vicios de inconstitucionalidad en que éste haya incurrido. (...)

Cuadragésimoctavo: Que, en suma, la normativa dictada el año 2005 importó acotar sustancialmente el margen de discrecionalidad en materia

de tablas de factores; sin embargo, resulta evidente que las miles de acciones de protección acogidas desde el año 2005 en las Cortes de Apelaciones del país y las acciones de inaplicabilidad que motivan este proceso de inconstitucionalidad dan cuenta de una situación compleja de la que deben hacerse cargo los poderes colegisladores, cumpliendo así el mandato esencial del Estado de dar protección a las personas y a la familia y de tutelar adecuadamente la igualdad y dignidad de las mismas, principios cardinales de nuestro ordenamiento constitucional, en estricta armonía con los de servicialidad y subsidiariedad del Estado. Como nos recuerda Bobbio, los derechos sociales *"obligan al Estado, como representante de la colectividad en su conjunto, a intervenir positivamente en la creación de instituciones adecuadas para hacer posible el acceso a la vivienda, para ejercer un trabajo o para recibir asistencia sanitaria"* (Teoría General de la Política, Madrid, 2003, p. 545). Ello además se engarza ineludiblemente ni más ni menos que con la propia libertad de los ciudadanos. Y es que, como señala el mismo autor, *"una persona instruida es más libre que una inculta; una persona que tiene un empleo es más libre que una desocupada; una persona sana es más libre que una enferma"*.

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

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

