

LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE ISAPRES EN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

*Francisco Zúñiga Urbina*¹

El artículo analiza la sentencia del Tribunal Constitucional en la que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 (Ley de Isapres), referido a la obligación que se impone a la Superintendencia de Salud de fijar las estructuras de las “tablas de factores” que deben utilizar las Isapres en los contratos de salud. Sobre el particular, se plantean problemas acerca del efecto que producen las sentencias en que se declara la inconstitucionalidad de un precepto legal determinado (con el consiguiente efecto en la seguridad jurídica) y también sobre la relación existente entre el control concreto y el control abstracto de constitucionalidad.

1. Introducción

En el último tiempo, la regulación legal de las Instituciones de Salud Provisional (Isapres) ha estado bajo observación. La gran cantidad de acciones de protección deducidas en contra de estas entidades con motivo del alza unilateral de los precios de los contratos de salud es una muestra de ello, especialmente porque la mayoría de esas acciones son acogidas por vulneración a la garantía del artículo 19 N° 9 (derecho a la protección de la salud).

Por otro lado, el Tribunal Constitucional (en adelante TC), desde la reforma constitucional del año 2005, ha sido más bien reacio a emplear la facultad conferida por el artículo 93 N° 7 de la Carta Fundamental, esto es, la de declarar inconstitucional un precepto legal que haya sido previamente declarado inaplicable por inconstitucional, lo que se traduce en la expulsión de dicha norma del ordenamiento jurídico.

¹ Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Chile.

Sin embargo, recientemente el TC declaró inconstitucional el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 (Ley de Isapres, actual D.F.L. N° 1, de Salud, de 2005), referido a la obligación que se impone a la Superintendencia de Salud de fijar las estructuras de las *tablas de factores* que deben utilizar las Isapres en los contratos de salud.

El presente trabajo tiene por objeto comentar y analizar la sentencia de inconstitucionalidad² dictada en virtud de la atribución conferida por el N° 7 del artículo 93 de la Constitución Política de la República del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, previamente declarado inaplicable³ por ser contrario a los N°s 2° y 9° del artículo 19 de la Constitución, en los dos primeros casos, y los numerales 2°, 9° y 18° del mismo artículo en los otros dos casos.

Con todo, hemos obviado en el comentario referirnos al efecto que la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad tiene en las acciones de inaplicabilidad impetradas en trámite y en los contratos de salud previsional, materia ésta última propia de los tribunales del fondo. También hemos omitido toda referencia a la problemática de la justiciabilidad de derechos económicos, sociales y culturales, y a las limitaciones del proceso constitucional frente al amparo de derechos fundamentales, por haberlas abordado en otros trabajos a partir de la sentencia del caso “Peña Wasaff”. Alberto Coddou realiza una buena síntesis de dichas materias en un trabajo publicado en el primer número del Anuario de Derecho Público de la UDP 2010⁴.

2. Cuestiones preliminares

2.1. Control abstracto de constitucionalidad

La sentencia aborda en su primer apartado la inconstitucionalidad como atribución de la jurisdicción constitucional y su recepción en el derecho comparado:

PRIMERO: Que la institución de la inconstitucionalidad de un precepto legal, entendida como control abstracto, a posteriori y con efectos generales o erga omnes, se encuentra muy extendida en el constitucionalismo moderno, abarcando no sólo los ordenamientos jurídicos

2 Tribunal Constitucional, sentencia rol N° 1710 de 2010.

3 Tribunal Constitucional, sentencias roles N°s 976, 1298, 1273 y 1287.

4 Ver Alberto Coddou, “El nuevo Tribunal Constitucional y los derechos sociales: El caso de las Isapres”, (Ediciones UDP) 2010, Santiago, pp. 55-73. También Francisco Zúñiga U. “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca de los Derechos económicos, sociales y culturales”, en *Revista de Derecho*, 20, (CDE) 2009.

norteamericano y europeo, sino a varios países de América Latina. Esta declaración de inconstitucionalidad, como control a posteriori, ha sido definida por el ex presidente de esta Magistratura, Juan Colombo Campbell, como: *“Un contencioso objetivo que se genera una vez dictada la ley o el acto administrativo cuestionado de inconstitucionalidad. En el derecho comparado es la facultad típica de la Corte Suprema norteamericana y en Europa y América Latina de los Tribunales Constitucionales”* (Juan Colombo Campbell: Tribunal Constitucional: Integración, Competencia y Sentencia, en: Francisco Zúñiga Urbina (coordinador): Reforma Constitucional, LexisNexis, Santiago de Chile, 2005, p. 559) [...]

CUARTO: Que la competencia de los Tribunales Constitucionales para declarar la inconstitucionalidad de los preceptos legales se impuso en Europa, especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, al establecerse en varios países tales Magistraturas, siguiendo la iniciativa, aunque no necesariamente el modelo, formulada por Hans Kelsen en la segunda década del siglo XX y concretizada en el establecimiento del Tribunal Constitucional austríaco en 1920, como *“Hüter der Verfassung”* (“Guardián de la Constitución”). (Una descripción comparada de las magistraturas constitucionales europeas se encuentra en la obra del profesor de Salzburgo, Friedrich Koja: Allgemeine Staatslehre (Teoría General del Estado,) Wien, 1993, p. 314). Esta innovación jurídica, material y formal, inauguró una fase que *“los textos constitucionales, más que fundamento de validez superior del ordenamiento, pasan a consustanciar la propia actividad política estatal a partir del establecimiento de los derechos fundamentales sociales y de los mecanismos para su concretización”* (Lenio Luiz Streck: Jurisdicción constitucional y derechos fundamentales, en: Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional, 2007, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 397);

QUINTO: Que, por su parte, en América Latina la tendencia descrita se difundió en las últimas décadas del siglo XX con el establecimiento de Tribunales Constitucionales, así como a través de la asignación a Salas de las Cortes superiores de la competencia para conocer los asuntos de jurisdicción constitucional. Como lo señala una completa obra de reciente publicación sobre la materia (Humberto Nogueira: El Derecho Procesal Constitucional y la Jurisdicción Constitucional en Latinoamé-

rica y sus Evoluciones, CECOCH, Santiago de Chile, 2009, pp. 198-199): *“En el contexto latinoamericano se han desarrollado un conjunto de modelos de control de constitucionalidad que desbordan el estrecho marco conceptual del modelo norteamericano de control difuso y el modelo germano austríaco de control concentrado en un Tribunal Constitucional, generándose sistemas mixtos con distintas dosis de ambos modelos originarios o desarrollando fórmulas originales”;*

SEXTO: Que, a diferencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, que ocupa la cúspide de la organización federal de justicia, los Tribunales Constitucionales europeos conforman una jurisdicción separada y autónoma del Poder Judicial, dotados de la facultad de interpretación vinculante de la Constitución y del control concentrado del apego a ella de las normas jurídicas. Dentro de tal estructura jurídica, que abarca la protección de los derechos y garantías fundamentales y la resolución de los conflictos entre los órganos públicos, cabe la facultad de declarar la inconstitucionalidad de una norma jurídica expedida por los órganos colegisladores [...]

NOVENO: Que la potestad de la mayoría de los tribunales constitucionales europeos para controlar a posteriori las leyes se ha extendido incluso a la esfera comunitaria, pues el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha ejercido por décadas una especie de control del conjunto de instrumentos jurídicos que han conformado una Constitución no escrita de la Europa comunitaria. Este control se ha ejercido a través del recurso por incumplimiento, del recurso de anulación, del recurso por omisión y de las cuestiones prejudiciales. Esta actividad jurisdiccional supranacional ha sido entendida como control de constitucionalidad *“en la medida en que posibilita la revisión de la conformidad de los actos normativos de carácter general con los Tratados constitutivos”* (José Ignacio Martínez Estay: El sistema europeo-continental de justicia constitucional. El control de constitucionalidad en la Unión Europea, en: Estudios Constitucionales, año 3, N° 2, 2005, p.74) [...]

2.2. Efectos de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad

Luego, la sentencia destaca las semejanzas que la declaración de inconstitucionalidad tiene en la perspectiva comparatista.

DÉCIMO: Que con el contexto jurídico comparado descrito, la declaración de inconstitucionalidad en el ordenamiento constitucional chileno presenta similitudes y diferencias. Desde luego, la atribución entregada al Tribunal Constitucional chileno es análoga a la de sus congéneres europeos y a la Corte Suprema de Estados Unidos en su capacidad para revisar una ley según su compatibilidad con la Constitución. Se trata de una de las características más innovadoras desde el punto de la doctrina y del derecho constitucional de los últimos dos siglos, pues relativiza formalmente el poder de los órganos legitimados por el principio de la soberanía popular para dictar, reformar y derogar las leyes. Esta innovación, debatida durante mucho tiempo, es hoy en día no sólo aceptada, sino que elogiada en el debate jurídico constitucional. Esta consolidación la resume la doctrina, refiriéndose al caso alemán: *“Es ésa la vía, por un lado, por la que se depura el ordenamiento jurídico, expulsando de su seno las normas inconstitucionales, y, por otro, es un procedimiento típico de garantía y de control de los derechos de las minorías, en particular de los de la oposición parlamentaria, frente a los proyectos aprobados por la mayoría.”* (Rainer Grote: El Tribunal Constitucional Alemán como Supremo Guardián de la Constitución, en: Universidad de Chile/Heidelberg Center para América Latina, et. al. (Editores): Estado de Derecho y Reformas a la Justicia, Santiago de Chile, 2005, p. 159);

DECIMOPRIMERO: Que una segunda coincidencia del ordenamiento chileno con gran parte de las instituciones comparadas se presenta en el carácter abstracto de este control. En palabras de la doctrina: *“El recurso de inconstitucionalidad es un control abstracto, es decir, un control de constitucionalidad de la norma independientemente de la aplicación de la misma a un caso concreto”* (Javier Pérez Royo: Curso de Derecho Constitucional, Marcial Pons, Madrid, 2007, undécima edición, p. 810).

Sin embargo, se ha observado, por parte de los expertos, que en ningún otro ordenamiento se establece la vinculación que en nuestro ordenamiento se prevé entre las declaraciones de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, en términos de requisito para la procedencia del recurso, cuya naturaleza será examinada en esta sentencia. Esta circunstancia limita la posibilidad de situar rigurosamente nuestra institución en una perspectiva comparativa (Lautaro Ríos: Análisis crítico de la acción de

inconstitucionalidad en el derecho chileno, con referencias al derecho comparado, en: Konrad Adenauer Stiftung: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2009, Montevideo, 2009, pp. 349-365) [...]

2.3. El contenido *destructor de leyes de la sentencia estimatoria de inconstitucionalidad*

También la sentencia realiza un análisis de la declaración de inconstitucionalidad del N° 7 del artículo 93 de la Constitución Política de la República, diferenciando inaplicabilidad e inconstitucionalidad, y su cristalización en la sentencia, a través de la jurisprudencia del TC:

VIGESIMOSEGUNDO: Que la envergadura de esta nueva atribución del Tribunal Constitucional y la repercusión que su ejercicio produce en el ordenamiento jurídico han sido asumidas nítidamente por la jurisprudencia producida por esta Magistratura. En efecto, en sentencia de fecha 5 de junio de 2007, recaída en causa Rol 558, que rechazó la acción de inconstitucionalidad formulada respecto del artículo 416 del Código Procesal Penal, esta Magistratura sostuvo que *“es indiscutible que dicha declaración constituye el último recurso para asegurar la supremacía constitucional, desde que implica no sólo la anulación o derogación de un acto emanado de un órgano legislativo –expresión éste (sic) irrecusable de la soberanía popular–, sino que conlleva un cierto grado de inseguridad jurídica ante el vacío normativo que se produce por la desaparición de la norma jurídica naturalmente destinada a regular inmediatamente las conductas, cuyo reemplazo es incierto”*, agregándose en el mismo fallo que: *“Una decisión de tal envergadura requiere 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. Si deviene en una situación más perjudicial o negativa que la preexistente a su anulación, no resulta conveniente para el interés público y la plena vigencia del Estado de Derecho la derogación de la norma”*;

VIGESIMOTERCERO: Que en sentencia de 26 de mayo de 2009, en causa Rol 1345, que declaró la inconstitucionalidad de determinadas expresiones del artículo 171 del Código Sanitario, esta Magistratura diferenció nítidamente entre la atribución de la cual dispone para resolver sobre la inconstitucionalidad de un precepto legal y aquella que lo ha-

bilita para resolver su inaplicabilidad por inconstitucionalidad en una gestión judicial pendiente, sosteniendo que *“los exámenes propios de la acción de inaplicabilidad y de inconstitucionalidad, tanto por su regulación constitucional como por sus efectos en las respectivas sentencias, son de naturaleza diversa. Así, el primero exige examinar si la concreta aplicación de un precepto legal a un caso determinado –que constituye la gestión pendiente– es capaz de producir en él un resultado contrario a la Constitución, mismo que la sentencia debe evitar, declarando inaplicable la norma para ese solo caso. En cambio, el juicio que ha de emitirse en una acción de inconstitucionalidad exige, por los mismos efectos generales del fallo, un análisis abstracto, siendo procedente acoger la acción sólo si se concluye que el texto legal, en cualquier circunstancia y cualquiera sea la interpretación que de él se haga, infringe la Carta Fundamental. Por lo mismo, este Tribunal ha sostenido que no constituye un deber, sino una facultad declarar inconstitucional un precepto previamente declarado inaplicable” [...]*

2.4. Reitera el TC la relación entre inaplicabilidad e inconstitucionalidad, en razón de sus alcances.

VIGESIMOCTAVO: Que el veto N° 18 del Presidente de la República sobre la reforma constitucional describió la envergadura de la nueva atribución del Tribunal Constitucional con los siguientes términos: *“el acto que caracteriza la expresión moderna de los Tribunales Constitucionales radica en su capacidad de declarar la inconstitucionalidad de una ley. Este poder ha sido cuestionado doctrinariamente por constituir un poder contramayoritario o un contrapoder democrático. No obstante, como reseña un autor, es perfectamente conciliable con la democracia, puesto que, a diferencia de los demás órganos del Estado, que existen para algo, la tarea del Tribunal Constitucional no es hacer el bien, sino evitar que se haga el mal, entendido éste como la actuación de los demás poderes al margen de lo previsto en la Constitución. Es un órgano defensivo del Estado Democrático frente a su posible desnaturalización. Por lo mismo, en su tarea de declarar la inconstitucionalidad ha de actuar con la debida prudencia y ejercicio de la última ratio que dicha fórmula exige” [...]*

2.5. Control abstracto - control concreto

Asimismo, el TC admite lo que es objeto de reiteradas observaciones de la

doctrina hasta ahora, como son las relaciones de los institutos de inaplicabilidad e inconstitucionalidad, y las dificultades para diferenciarlos:

TRIGESIMOSEGUNDO: Que la situación descrita sobre las relaciones entre la inconstitucionalidad y la inaplicabilidad introduce, inevitablemente, en el examen abstracto de inconstitucionalidad que nos ocupa en autos, el examen concreto de las sentencias que sirven de apoyo al proceso. Esta imposibilidad práctica de separar ambos controles se hace más evidente con la segunda dimensión de la relación entre ambos institutos sobre la delimitación en la infracción de las disposiciones constitucionales vulneradas;

TRIGESIMOTERCERO: Que la declaración de inconstitucionalidad debe recaer sobre los mismos artículos de la Constitución invocados en las resoluciones previas de inaplicabilidad. Sin embargo, debe considerarse que tal infracción ha recaído sobre la aplicación del precepto cuestionado en un caso concreto, en una gestión pendiente, razón por la cual el Tribunal, al ejercer control abstracto de constitucionalidad no puede limitarse a reproducir los mismos razonamientos y análisis efectuados en el análisis de los casos concretos [...]

2.6. Enunciado y norma legal

La sentencia reproduce su conocida doctrina acerca del concepto de *precepto legal*, diferenciando enunciado y norma, y precisando qué es el objeto del control de constitucionalidad.

TRIGESIMOSÉPTIMO: Que en los considerandos decimoprimeros y decimoterceros de la sentencia recién citada, se especifica el entendimiento sobre la expresión precepto legal que sustenta esta Magistratura en los términos siguientes: “*Que, como ya se ha sentenciado, la expresión precepto legal es equivalente a la de norma jurídica con rango legal, la que puede estar contenida en una parte, en todo un artículo o en varios en que el legislador agrupa las disposiciones de una ley. Así, se ha razonado que “una unidad de lenguaje debe ser considerada un precepto legal a la luz del artículo 93 de la Constitución Política, cuando tal lenguaje tenga la aptitud de producir un efecto contrario a la Constitución (roles N°s 626/2007 y 944/2008)*”. De este modo, para que una unidad lingüística pueda ser

considerada un precepto legal de aquellos a que alude el artículo 93 de la Carta Fundamental, no es necesario que sea completa sino que se baste a sí misma” [...]

TRIGESIMONOVENO: Que, en consecuencia, la voz “*precepto legal*” a la que aluden los números 6° y 7° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución y, en especial, los artículos 47 V y 47 W de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de esta Magistratura, y a la que debe ajustarse el tratamiento de la cuestión de autos, no debe, necesariamente, abarcar el texto de un artículo completo, manteniéndose como “*una unidad lingüística que establezca las conductas que hacen debida la consecuencia, los sujetos obligados y las consecuencias mismas*” (considerando séptimo de la sentencia interlocutoria de inadmisibilidad en la causa Rol 626) [...]

2.7. Invalidez de normas

En cuanto a la cuestión capital de los efectos de la declaración de inconstitucionalidad –consistente con lo observado en la *historia fidedigna* de la reforma constitucional de 2005, el efecto *derogatorio sui generis*–, el TC intenta sin mayor éxito explicar la anulación imbricada en la declaración de inconstitucionalidad, que es una verdadera sanción de derecho público por infracción de los principios de constitucionalidad (supremacía, eficacia y valor normativo) consagrados en el artículo 6° de la Constitución.

CUADRAGESIMOCUARTO: 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;

CUADRAGESIMOQUINTO: 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 [...]

CUADRAGESIMOCTAVO: 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) [...]

3. Ratio decidendi de la Sentencia

3.1. Las normas legales del conflicto

La estructura argumentativa de la sentencia del TC recoge un examen del artículo 38 ter de la Ley N° 18.993.

QUINCAGESIMOPRIMERO: Que, como se observa, el artículo 38 ter transcrito constituye una norma de estructura compleja, destinada a regular una serie de materias sobre la determinación del precio de los planes de salud contratados con las Instituciones de Salud Previsio-

nal, no sólo vinculadas estrechamente entre sí, sino también con otras disposiciones de la Ley N° 18.933. Tales características determinan que el examen de constitucionalidad de autos debe distinguir entre los diferentes aspectos que el precepto trata y tener en cuenta el efecto que una decisión de inconstitucionalidad tendría en las otras normas de la ley vinculadas con él [...]

QUINCUAGESIMOCUARTO: Que la tabla de factores aludida es aquélla definida en la letra n) del artículo 2° de la Ley N° 18.933, actual artículo 170 en el texto refundido de dicha legislación (D.F.L. N° 1, de Salud, de 2005), en los términos siguientes:

“Artículo 170.- Para los fines (de la Ley N° 18.933) de este Libro se entenderá: n) La expresión “tabla de factores” por aquella tabla elaborada por la Institución de Salud Previsional cuyos factores muestran la relación de precios del plan de salud para cada grupo de personas, según edad, sexo y condición de cotizante o carga, con respecto a un grupo de referencia definido por la Superintendencia, en instrucciones de general aplicación, el cual asumirá el valor unitario. Esta tabla representa un mecanismo pactado de variación del precio del plan a lo largo del ciclo de vida, el que es conocido y aceptado por el afiliado o beneficiario al momento de suscribir el contrato o incorporarse a él, según corresponda, y que no podrá sufrir variaciones en tanto la persona permanezca adscrita a ese plan.”...

QUINCUAGESIMOSEXTO: Que en el segundo inciso del artículo 38 ter se dispone la obligación que recae en la Superintendencia de Salud, de fijar, mediante instrucciones de aplicación general, la estructura de las tablas de factores que deberán utilizar las Isapres en los contratos de salud que ofrezcan a sus afiliados. Como se observa, esta norma no hace sino reiterar lo ya establecido en el artículo 170 ya citado. **Esta norma faculta a la Superintendencia del ramo para ejercer esta potestad. Para determinar el contenido y los criterios conforme a los cuales ella debe ejercerse, hay que atender a lo prescrito en el inciso siguiente,** el cual impone que la referida estructura considere los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o de carga, y los rangos de edad que se deben utilizar conforme a las reglas establecidas en su inciso tercero.

Así, este inciso segundo sólo puede concebirse en relación a los numerales contenidos en el inciso tercero, en el cual se fijan los parámetros que debe considerar la Superintendencia al determinar la estructura de la tabla;

QUINCUAGESIMOSÉPTIMO: Que el tercer inciso del artículo 38 ter establece las reglas a las que debe sujetarse la fijación de los rangos de edad en las instrucciones impartidas por la Superintendencia, de las cuales tres se refieren directamente a los tramos de edad y las otras dos, a criterios de relación entre los factores. **La observancia de estas reglas es una condición de ejercicio, tanto de la potestad de la Superintendencia para fijar la estructura de las tablas de factores regulada en el inciso segundo, como de la libre determinación de los factores dentro de la tabla por parte de las Isapres, conforme al inciso cuarto**⁵;

QUINCUAGESIMOCTAVO: Que las tres primeras reglas relativas a los rangos de edad están destinadas a fijar tramos según se sigue: i) Un tramo desde el nacimiento hasta menos de dos años, ii) Los tramos que van desde los dos años hasta los ochenta años, según límites de un mínimo de tres años y un máximo de cinco años, y iii) El o los tramos “*que correspondan*” después de los ochenta años, fijados por la Superintendencia. Debe señalarse que el segundo grupo de tramos es, en verdad, un amplio espacio etéreo en el que pueden tener cabida entre 15 y 26 tramos, dependiendo de la cantidad de años máxima o mínima establecida en la norma [...]

3.2. El artículo 38 ter de la Ley de Isapres

Examinando la historia fidedigna del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, el Tribunal Constitucional subraya lo siguiente:

SEPTUAGESIMOTERCERO: Que en la Ley N° 19.381 por primera vez aparecen mencionados los criterios de sexo y edad como condiciones o factores determinantes para la fijación del precio de los contratos de salud ya suscritos, contrariamente a lo que, referido a la edad, la normativa aprobada el año 1990 prohibía expresamente. Además, conforme se puede desprender de su texto, tal referencia tiene valor sólo si la edad

⁵ Destacado en el original.

estuviera considerada como factor de adecuación del precio en un contrato de salud vigente a esa fecha. En la modificación del precepto comentada, queda de manifiesto que la eliminación de la edad como causal de discriminación fue entendida y utilizada como si expresamente hubiese sido establecida como factor de fijación de dicho precio;

SEPTUAGESIMOCUARTO: Que la nueva modificación a la Ley N° 18.933, verificada en el año 2005, por efecto de la Ley N° 20.015 (D.O. de 17.05.05), incorporó el artículo 38 ter, bajo examen de constitucionalidad en estos autos, y, además, aprobó un nuevo texto para el referido artículo 38, en el que se dispuso que la revisión anual de los contratos de salud puede considerar sólo la modificación del precio base del plan con las limitaciones que se establecen en el también nuevo artículo 38 bis y agregó que, al comunicar la respectiva adecuación del contrato a sus afiliados, las Isapres sólo podrían ofrecer planes que estén disponibles para todos ellos y que su precio “deberá corresponder al precio base modificado por las tablas de riesgo según edad y sexo correspondientes”, **sin que el legislador determinara razonablemente las relaciones y tramos entre los distintos factores [...]**⁶

3.3. Derecho constitucional material del juicio de legitimidad

En cuanto a los derechos fundamentales concernidos en la impugnación del artículo 38 ter, el TC recoge una comprensión principialista o neiusnaturalista, anclada en el valor de la dignidad humana, para explicar el efecto de *irradiación* de los derechos en el ordenamiento jurídico:

OCTOGESIMOCTAVO: 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 conside-*

6 Destacado en el original.

rarse 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) [...]

A partir de la matriz principialista, el TC recurre a la obra del jurista germano Robert Alexy para concluir que los derechos son *normas de principio*, expresión que, en rigor, se remonta a la obra de V. Crizzafulli, publicada en los años de la segunda postguerra:

NONAGESIMOPRIMERO: Que, independientemente de las clasificaciones anotadas, la definición de derecho fundamental está vinculada a su verificación positiva. Es lo que Robert Alexy denomina relación entre los conceptos de *norma de derecho fundamental* y *derecho fundamental*: “*Siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga ese derecho. Es dudoso que valga lo inverso*”. Esta diferencia debe acompañarse de otra distinción propuesta por el autor, la existente entre principios y reglas, siendo los principios “*aquellas normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales posibles*”, o sea entendidas como “*mandatos de optimización*”, mientras que “*las reglas son normas que pueden ser cumplidas o no. Si la regla es válida, entonces de (sic) hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible*”, concluyendo: “*Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado. Toda norma es o bien una regla o un principio*” (Robert Alexy: *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 47, 86-87);

NONAGESIMOSEGUNDO: Que, según el mismo autor citado precedentemente, las diferenciaciones descritas sirven de base para la dilucidación de los conflictos en materia de derechos fundamentales. Si la norma es equivalente a principio, “*no puede ser el caso que valgan dos juicios concretos de deber ser recíprocamente contradictorios*”. Y si no se introduce una cláusula de excepción, hay que declarar inválida por lo

menos una de las reglas. En la colisión de principios, por su parte, *“uno de los dos principios tiene que ceder ante el otro. Pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción”* y el criterio para tal dilucidación debe ser la ponderación (ob. cit., pp. 88-89). En otra obra, Alexy es muy conciso sobre el punto: *“...la forma de aplicación de los principios es la ponderación. Esta es la estructura preferible para una teoría de la justicia. Permite la consideración adecuada de todos los puntos de vista, que es uno de los postulados fundamentales de la racionalidad. De ese modo, se puede intentar obtener en ella un equilibrio razonable entre los derechos de libertad liberales y los derechos sociales en un catálogo de derechos fundamentales”* (Robert Alexy: La Institucionalización de la Justicia, Editorial Comares, Granada, 2010, p. 59);

NONAGESIMOTERCERO: Que los derechos consagrados en las disposiciones constitucionales que se estimaron vulneradas por la aplicación concreta del artículo 38 ter en las sentencias de inaplicabilidad que dan sustento al proceso de autos, esto es, aquellos que aseguran a toda persona los numerales 2°, 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución, son: a) fundamentales, apegándose a los citados criterios entregados por la doctrina, y b) corresponden a lo que Alexy denomina normas de principios, esto es, mandatos de optimización, cuya dilucidación en caso de conflicto debe ser abordada con el criterio de la ponderación [...]

3.4. Derecho de igualdad ante la ley

En relación al derecho de igualdad ante la ley del N° 2 del artículo 19 de la Constitución, el TC recoge una conocida formulación del derecho de igualdad ligado al valor de justicia e isonomía:

NONAGESIMOCTAVO: 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°): *“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, 2° parte, sección 5°, 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) [...]

Agrega a este concepto tradicional de tipo relacional –que se resume en la fórmula: igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales– la distinción entre *igualdades esenciales* y *desigualdades esenciales*, para referirlas a las de género:

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 en la última década para afrontar las crecientes complejidades que presentan los casos sobre tal garantía constitucional, así como los afanes desplegados por la doctrina en la misma dirección. 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. Para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de **examen de proporcionalidad**, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquélla persiga un fin legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto;

CENTESIMOPRIMERO: Que la expresión “hombres y mujeres son iguales ante la ley” que la Carta introdujo 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; ...

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. En el ámbito comunitario europeo, el Consejo de la Unión Europea adoptó un acuerdo, en diciembre de 2004, sobre la ampliación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y a su suministro, en el que se lee, en relación a la cuestión de autos: *“Su ámbito incluye los seguros y actividades financieras conexas siempre que sean privadas, voluntarias y ajenas a la relación laboral. En este contexto, la igualdad de trato es un principio rector, por lo cual la inclusión del sexo como factor actuarial no debería dar pie a diferencias entre las primas y las prestaciones de los seguros”*, agregándose: *“En cualquier caso, los costes relacionados con el embarazo y la maternidad no deberán crear diferencias en las primas y prestaciones”* (Consejo de la Unión Europea, Comunicado de prensa c/04/350, Bruselas, 13 de diciembre de 2004) [...]

A continuación, la sentencia se refiere a los factores que determinan tipos de beneficiarios: el sexo, la condición del 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. Según el Diccionario de la Lengua Española, sexo significa *“condición orgánica que distingue al macho de la hembra en los seres humanos, en los animales y en las plantas”*, mientras que edad significa *“tiempo que ha vivido una persona o ciertos animales y vegetales”*. Ambas expresiones, por lo tanto, denotan estados naturales, inimputables a las personas que los viven, especialmente para ser afectados negativamente por la ley [...]

3.5. Derecho a la protección de la salud

Por otra parte, el derecho a la protección de la salud es definido como un derecho social fundado en los principios de igualdad y de solidaridad, y de estructura compleja por comprender asistencia sanitaria y determinantes básicos de la salud, derecho que admite naturalmente un desarrollo legislativo

para instrumentar las prestaciones debidas y el rol regulador del Estado, así como sus deberes *prestacionales*.

CENTESIMODECIMOSEXTO: 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°);

CENTESIMODECIMOSÉPTIMO: 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. Así, en el derecho a la salud esto se expresa en que “*cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse*” (artículo 19, N° 9°). Por otra parte, la Carta Fundamental garantiza que no exista monopolio prestacional del Estado. Estas prestaciones, entonces, pueden ser entregadas por “*instituciones públicas o privadas*” (artículo 19, N°s 9° y 18°);

CENTESIMODECIMOCTAVO: 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 (Silva Bascuñán, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 140); la Constitución no califica de igual manera otros deberes del Estado (Bulnes Aldunate, Luz; El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980; en Gaceta Jurídica N° 294, diciembre, 2004, p. 18);

CENTESIMODECIMONOVENO: 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 determi-

nado 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);

CENTESIMOVIGESIMOPRIMERO: Que, en seguida, 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 sólo *“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**⁷.

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) [...]

3.6. Derecho a la seguridad social

Finalmente, el derecho a la seguridad social es también definido como un derecho social articulado en torno a sistemas de protección fundados en ciertos principios rectores:

CENTESIMOTRIGÉSIMO: Que, sin embargo, como lo ha sostenido esta Magistratura: *“la supresión, en el texto del artículo 19, N° 18°, de la Constitución, de los principios rectores de la Seguridad Social, incluidos en el inciso tercero del numeral 21 del artículo 1 del Acta Constitucional N° 3, carece de relevancia, pues tales principios configuran la esencia de aquel derecho, de modo que se entienden siempre absorbidos por él, pues de lo contrario perdería su identidad específica.”* (Sentencia Rol 1218, C. 30°);

⁷ Destacado en el original

CENTESIMOTRIGESIMOPRIMERO: 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 (numerales 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución);

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 sólo 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*” (ar-

título 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°) [...]

3.7. Derechos en un sistema de derechos

Concluye la estructura argumentativa relativa a derechos fundamentales reafirmando la conexión de los derechos a la protección de la salud y a la seguridad social, unidad exigida por la naturaleza prestacional de estos derechos sociales. En efecto, para el juicio de legitimidad constitucional que realiza el Tribunal, no es relevante la tutela extraordinaria que en los procesos de amparo (recurso de protección) tienen derechos civiles en contraste con la no tutela de derechos sociales. Ello porque, en los procesos de constitucionalidad, los derechos sociales tienen justiciabilidad plena por constituir parte integrante del derecho de la Constitución que sirve de canon o patrón del control de constitucionalidad. Refuerza lo dicho la unidad que tales derechos tienen al pertenecer a un tipo de derechos fundamentales y ser parte, por lo tanto, de un sistema de derechos, que debe ser interpretado a la luz de las opciones que el constituyente adopta acerca de la forma del Estado y que los gobiernos, a través de sus políticas públicas y decisiones legislativas, traducen en bienes y servicios públicos.

CENTESIMOTRIGESIMOQUINTO: 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.*” (Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira: Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, 1997, Tomo I, p. 210).

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) [...]

4. Juicio de legitimidad constitucional

4.1. Proporcionalidad, razonabilidad y arbitrariedad

En la *dilucidación del examen de constitucionalidad* el TC recurre a los principios de razonabilidad y de proporcionalidad en conexión con la igualdad ante la ley:

CENTESIMOCUADRAGESIMOSEGUNDO: 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;

CENTESIMOCUADRAGESIMOTERCERO: 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 Previsio-
nal, 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;

CENTESIMOCUADRAGESIMOCUARTO: 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;

CENTESIMOCUADRAGESIMOQUINTO: 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 cómo 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;

CENTESIMOCUADRAGESIMOSEXTO: Que, a mayor abundamiento, como ya constató esta Magistratura –considerandos sexagesimoprimero y sexagesimosegundo de esta sentencia– y lo reconoció el señor Presidente de la República en el informe evacuado en este proceso principalmente en la afirmación que formula la autoridad a fojas 91, con letra destacada, en el punto 3.7. del Capítulo IV del documento–, resulta desproporcionada y carente de razonabilidad la norma contenida en el artículo segundo transitorio de la Ley N° 20.015, y con apoyo en el mismo juicio jurídico 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 [...]

Asimismo, la sentencia comentada retoma la distinción entre igualdades esenciales y desigualdades esenciales antes anotada al tratar el derecho de igualdad ante la ley, y específicamente, la garantía de interdicción de la arbitrariedad, para concluir:

CENTESIMOCUADRAGESIMOSÉPTIMO: 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*” (citada en Alejandro Silva Bascuñán, ob. cit., p. 124);

CENTESIMOCUADRAGESIMOCTAVO: Que, además, como lo ha señalado esta Magistratura en sentencias recientes –roles 1273 y 1348–, 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) [...]

4.2. Legalidad

Por su parte, la dilucidación del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la protección de la salud gira en torno a la garantía constitucional del principio de reserva de ley y del principio de legalidad, en los términos que se reproducen:

CENTESIMOCUADRAGESIMONOVENO: 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;

CENTESIMOQUINCUAGESIMOPRIMERO: 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–;

CENTESIMOQUINCUGESIMOSEGUNDO: 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;

CENTESIMOQUINCUGESIMOTERCERO: 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 [...]

Sobre el contrato de salud previsional, el TC recoge una muy relevante precisión que lo publica (intervención legislativa, dirigismo contractual y bienes jurídico constitucionales comprometidos), lo que de suyo es un acierto que recoge la nutrida jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia sobre

recurso de protección. Con ello la sentencia implícitamente exhorta al legislador a regular la materia y corregir la discriminación arbitraria, lo que es explícito en el considerando 164° y siguientes:

CENTESIMOQUINCUGESIMOCUARTO: 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;

CENTESIMOQUINCUGESIMOQUINTO: 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 [...]

4.3. El acto de juicio o decisum

Lo expuesto conlleva un juicio de ilegitimidad constitucional del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933.

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 [...]

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 Noguer: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo III, ob. cit., p.23)⁸;

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;

CENTESIMOSEXAGESIMOPRIMERO: 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 sólo 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

8 Destacado en el original.

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 [...]

5. Efectos de la declaración de inconstitucionalidad

5.1. Preliminarmente, el TC precisa los efectos de la declaración de inconstitucionalidad en relación al artículo 38 ter de la Ley N° 18.933.

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 fallo⁹;**

CENTESIMOSEXAGESIMOCUARTO: Que, asimismo, lo resuelto en esta sentencia no prejuzga, en sentido alguno, lo que pueda resolverse sobre la constitucionalidad de tales normas en procedimientos futuros o respecto de las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad cuya resolución se encuentra pendiente ante esta Magistratura. Lo anterior se apega al numeral segundo de artículo 47 F de la Ley N° 17.997, según el cual únicamente procede declarar la inadmisibilidad 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 [...]

9 Destacado en el original

5.2. Acerca del efecto temporal ex nunc de la sentencia, el TC indica:

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 5°);

CENTESIMOSEXAGESIMOCTAVO: 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 [...]

En relación al contrato de salud previsional, el TC puntualiza:

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 [...]

5.3. Sobre la diferencia entre declaración de inconstitucionalidad y derogación, el TC puntualiza:

CENTESIMOSEPTUAGESIMOPRIMERO: 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 [...]

5.4. Sobre la diferenciación entre control concreto y abstracto, y juicios de legitimidad de uno y otro, la sentencia se limita a indicarlos sin explicarlos más allá de fórmulas conocidas y, a nuestro parecer, insuficientes, señalando:

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° 6°, de la Constitución otorga a este Tribunal de aquella

establecida en el N° 7° 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) [...]

Para ello, el TC conecta el control de constitucionalidad con la doctrina de los vicios de inconstitucionalidad (materia, forma y competencia) del siguiente modo:

CENTESIMOSEPTUAGESIMOSÉPTIMO: Que, a su vez, el vicio cuya existencia se exige consiste en una contradicción entre el precepto legal que fue declarado inaplicable y la Constitución. Por lo tanto, hay que buscar una identidad entre los preceptos constitucionales que fueron considerados como infringidos en sede de inaplicabilidad y la declaración de inconstitucionalidad; no en la argumentación empleada en aquélla. Ello se demuestra en la forma en que está redactado el artículo 47 V de la Ley Orgánica Constitucional del Tribunal, que señala: “*la declaración de inconstitucionalidad de las normas legales cuestionadas deberá fundarse únicamente en la infracción de el o los preceptos constitucionales que fueron considerados trasgredidos por la sentencia previa de inaplicabilidad que le sirve de sustento*”;

CENTESIMOSEPTUAGESIMOCTAVO: Que en el presente caso existe una identidad entre las normas constitucionales que se consideran in-

fringidas con aquellas identificadas en las sentencias de inaplicabilidad previas. Se han declarado vulnerados los numerales 2°, 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución. Por tanto, los vicios que en esta sentencia se invocan son los mismos que se consideraron en las inaplicabilidades previas [...]

6. La sentencia comentada recoge la disidencia de los ministros señora Marisol Peña Torres y señor Enrique Navarro Beltrán.

6.1. La disidencia de la Ministra señora Peña Torres se funda básicamente en el rol que el TC debe cumplir respecto a la declaración de inconstitucionalidad, un rol diferente al de los poderes públicos y en el que debe ejercer especial prudencia, siendo ambos aspectos cruciales para la autolimitación de su poder.

11°.- Que, de esta forma, la consideración de los efectos que la declaración de inconstitucionalidad va a generar, no sólo respecto del ordenamiento jurídico, sino que en un sentido amplio, se torna imprescindible para el juez constitucional. Con mayor razón cuando, como en el caso sometido a la decisión de este Tribunal, se encuentran en juego aspectos medulares del sistema de salud vigente en Chile que combina los esfuerzos públicos y privados que el legislador ha debido regular en forma congruente con los valores, principios y reglas contenidos en la Carta Fundamental.

Es por esta razón, avalada por la doctrina constitucional autorizada, que esta juez disidente no comparte lo razonado en el considerando cuadragésimo cuarto de la sentencia, que llama al juez constitucional a no “inhibirse” de resolver el asunto que ha reclamado su intervención, aunque esté consciente del impacto político, económico y social de sus decisiones. Por el contrario, en concepto de quien suscribe este voto, la consideración de los efectos que la sentencia denomina “extrajurídicos” resulta fundamental a la hora de decidir la inconstitucionalidad de un precepto legal, pues de su análisis integral puede concluirse que tal declaración producirá un efecto más inconstitucional que el que se trata de prever, lo que es razón suficiente para que la magistratura constitucional se abstenga de expulsar el referido precepto del ordenamiento jurídico vigente;

12°.- Que, en esta misma línea de razonamiento, en diversos ordena-

mientos constitucionales comparados se ha tenido presente el peligro que encierra la declaración de inconstitucionalidad de la ley, con su consiguiente expulsión del ordenamiento jurídico, si, como consecuencia de esa declaración de inconstitucionalidad, se generará un efecto aun más nocivo del que tal declaración trata de remediar. Así, en Alemania, por ejemplo, se han elaborado diversas técnicas para suavizar el impacto político de las decisiones del Tribunal Constitucional o evitar el caos político o económico que podría resultar de la declaración de inconstitucionalidad (Kommers, Donal P., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 2^{ff} edición, Duke University Press, Durham-London, 1997, p. 53). De esta forma, si una norma declarada nula (inconstitucional) por el Tribunal Constitucional de Alemania ha abrogado la norma precedente, ésta no queda inmediatamente sin vigor como consecuencia del pronunciamiento de inconstitucionalidad sino hasta que el legislador competente llene la laguna existente (Olivetti, Marco, y Groppi, Tania. *La Giustizia Costituzionale* en Europa. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. 111).

Por lo demás, debe recordarse que, tal como lo han planteado diversos profesores de Derecho Constitucional, encabezados por Pablo Contreras, y que se han hecho presentes en estos autos, durante la tramitación de la reforma constitucional aprobada en el año 2005 mediante la Ley N° 20.050, se planteó una moción parlamentaria destinada a conceder el plazo de un año para la entrada en vigencia del fallo del Tribunal Constitucional que hubiere declarado la inconstitucionalidad de la ley. Agregan que *“con ello se pretendía crear una especie de período de creación normativa para que el Congreso Nacional regulara la materia que quedaría no cubierta por la inconstitucionalidad (...)”* (p. 6). Esta moción fue desechada, no obstante que habría contribuido a mitigar el impacto de la declaración de inconstitucionalidad en el contexto del ordenamiento jurídico como un todo.

Los propios Tribunales Constitucionales también han ido dejando constancia en sus fallos de la preocupación por los efectos que produce la declaración de inconstitucionalidad. Así ocurre con la Corte Constitucional de Colombia, que ha afirmado que *“no siempre la constatación de que una norma es inconstitucional acarrea inevitablemente su automática declaración de inexecutable, por la sencilla razón de que puede ocurrir*

que el retiro inmediato de la disposición del ordenamiento ocasione una situación peor, desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales.” (Sentencia C-141/01, de 7 de febrero de 2001) [...]

6.2. La disidencia del ministro señor Navarro Beltrán busca ligar inaplicabilidad e inconstitucionalidad, no admitiendo nuevos fundamentos en la sentencia:

VIGESIMOPRIMERO: Que, en consecuencia, como se ha explicado en el capítulo segundo, la única decisión a que está habilitada esta Magistratura de acuerdo a la normativa constitucional y legal vigente, es a declarar la contravención completa y absoluta entre el precepto legal ya declarado previamente inaplicable y la normativa constitucional aludida. No resulta factible, en cambio, declarar la inconstitucionalidad fundado en otros vicios o razonamientos, por justificados que éstos sean, los que incluso podría compartir de algún modo este disidente según se ha señalado en el capítulo primero de este voto. Y es que, como se ha sentenciado, *“este Tribunal sólo puede declarar inconstitucional un precepto ya declarado inaplicable y, por lo tanto, no puede extender su declaración de inconstitucionalidad más allá de lo resuelto previamente en las sentencias de inaplicabilidad” (Rol 1254) [...]*

Asimismo, plantea que el artículo 38 ter no es un precepto legal decisivo en el resultado de las gestiones que motivan las acciones de inaplicabilidad, indicando para ello:

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 Política exige que el precepto legal pueda resultar decisivo en la resolución del asunto o gestión 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). De lo que se trata en definitiva es de efectuar *“un análisis para determinar si de los antecedentes allegados al requerimiento puede concluirse que el juez necesariamente ha de tener en cuenta la aplicación de la norma legal*

que se impugna, para decidir la gestión” (roles N° 688/2006 y 809/2007). 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 otras palabras, “en sede de inaplicabilidad, el Tribunal está llamado a determinar si la aplicación del precepto en la gestión específica resulta contraria a la Constitución. Lo que el Tribunal debe practicar es un examen concreto de si el precepto legal, invocado en una gestión judicial pendiente y correctamente interpretado, producirá efectos o resultados contrarios a la Constitución” (sentencia de 27 de julio de 2006, Rol 480, considerando 27°). Como se ha indicado por la doctrina autorizada, “por intermedio de la acción de inaplicabilidad, la parte cuestiona la inconstitucionalidad de determinados preceptos legales decisivos para la resolución del asunto y la sentencia de inaplicación libera al juez del sometimiento al imperio de la ley” (Gómez B., Gastón, La reforma constitucional a la jurisdicción constitucional, en Reforma Constitucional, 2005, p. 669). El requisito constitucional en cuanto a que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, “supone un análisis muy exhaustivo por parte del Tribunal para determinar si de los antecedentes allegados al requerimiento puede concluirse que el juez habrá necesariamente de acudir a la aplicación de la norma legal para decidir la gestión” (Alejandro Silva Bascuñán y María Pía Silva Gallinato, Las nuevas atribuciones del Tribunal Constitucional, ponencia a XXXVI Jornadas Chilenas de Derecho Público, 2006, p. 22). 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, y que dice relación con las tablas de factores que deben tomarse en consideración para la modificación de los planes, particularmente vinculados al sexo y edad de los beneficiarios. 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, sólo 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 [...]

Finalmente, la disidencia, de manera coherente con las decisiones de inaplicabilidad de quien la suscribe (ministro Navarro Beltrán), señala que en esta materia se estaría en presencia de una verdadera *acción de amparo*; peligro de desviación del control concreto observado recurrentemente por la doctrina local, advirtiendo el disidente lo siguiente:

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 efecto, la Constitución Política, en su artículo 20, establece el proceso de protección, cuyo tribunal competente es, según lo dispone la misma norma, la Corte de Apelaciones respectiva, en primera instancia, y la Corte Suprema, en

segunda instancia. Por su parte, el artículo 93 constitucional, en su numeral 6°, otorga competencia privativa a este Tribunal Constitucional para resolver acerca de la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución. 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 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) [...]

7. Conclusiones

Finalmente, solo resta agregar que, en el extenso fallo –comentado y reproducido fragmentariamente–, se plantea una importante tarea pedagógica acerca de la diferencias entre inconstitucionalidad y derogación, control concreto y control abstracto, efectos de la sentencia de inconstitucionalidad (ex nunc o

pro futuro y sus problemas –por vía ejemplar: contratos válidamente celebrados y vigentes conforme a la ley declarada inválida, efectos inconstitucionales de dicha ley “derogada” a través del contrato– para prever las posibilidades de futuras inaplicabilidades ante el TC o el renacimiento de un control difuso de constitucionalidad de normas “derogadas” por los tribunales del fondo), entre otras muy importantes materias, respecto a las cuales –más allá de la cita a su propia jurisprudencia o la doctrina constitucional– el TC no siempre sale bien librado o derechamente incumple lo ofrecido, como cuando invoca la necesidad de argumentar de forma diversa en los tipos de control (abstracto-concreto) a partir de una misma doctrina acerca de los vicios de inconstitucionalidad.

En el juicio de legitimidad, que reitera la estructura argumentativa de las sentencias de inaplicabilidad, llama poderosamente la atención la vocación teórico-metodológica por el principialismo (en la versión de Alexy) que la sentencia profesa, principialismo o neoiusnaturalismo que es asumido sin asomo crítico, como buen sucedáneo (al parecer, siguiendo modas, según atestiguan las referencias a fuentes germanas o anglosajonas) de la ausencia de una dogmática de los derechos fundamentales.

Por otra parte, la sentencia comentada debería servir para sepultar un debate fatuo acerca de los efectos materiales de la declaración de inconstitucionalidad: derogación o invalidación (nulificación o nulidad). Hasta hoy, con motivo de los autos de inconstitucionalidad del artículo 2.331 del Código Civil seguidos ante el TC, parte de la doctrina todavía habla de derogación, concepto que figurativamente emplea el artículo 94 de la Constitución. A tal asimilación también recurre Kelsen en sus obras teóricas de defensa del control concentrado y abstracto, donde define el Tribunal Constitucional como un *legislador negativo* o *destructor de leyes*.