



Santiago, veinticinco de junio de dos mil diecinueve.

**VISTOS:**

Con fecha 6 de agosto de 2018, a fojas 1, Opti Store SpA, representada convencionalmente por Max Schilling Ferrari, con domicilio para estos efectos en calle Huérfanos N° 835, oficina N° 1203, Santiago, deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de la frase "*En ninguno de estos establecimientos estará permitida la instalación de consultas médicas o de tecnólogos médicos*", contenida en la parte final del inciso segundo del artículo 126 del Código Sanitario, para que ello surta efectos en los autos caratulados "OPTISTORE SPA con Secretaría Regional Ministerial de Salud Región Metropolitana", sobre reclamación sanitaria, seguidos ante el Octavo Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago bajo el Rol C-6285-2017.

**Precepto legal cuya aplicación se impugna**

El texto del precepto legal impugnado, en su parte ennegrecida, dispone:

**"Código Sanitario**

(...)

**Artículo 126.-** *Sólo en los establecimientos de óptica podrán fabricarse lentes con fuerza dióptrica de acuerdo con las prescripciones que se ordenen en la receta correspondiente.*

*Los establecimientos de óptica podrán abrir locales destinados a la recepción y al despacho de recetas emitidas por profesionales en que se prescriban estos lentes, bajo la responsabilidad técnica de la óptica pertinente. **En ninguno de estos establecimientos estará permitida la instalación de consultas médicas o de tecnólogos médicos.***

*Autorízase la fabricación, venta y entrega, sin receta, de lentes con fuerza dióptrica sólo esférica e igual en ambos ojos, sin rectificación de astigmatismo, destinados a corregir problemas de presbicia.*

*La venta o entrega de dichos lentes deberá acompañarse de una advertencia sobre la conveniencia de una evaluación oftalmológica que permita prevenir riesgos para la salud ocular."*

**Síntesis de la gestión pendiente**

Refiere la actora que, al tratarse de un establecimiento de salud, realiza actividades propias con la promoción, protección, recuperación y rehabilitación de la salud visual las personas, conforme la normativa del Libro Sexto del Código Sanitario y el Reglamento de Ópticas de 1985, del Ministerio de Salud. Al tratarse





de un establecimiento de óptica, indica que éste trata a personas con disfunciones visuales.

Comenta que es dueña de un establecimiento de salud consistente en una sala de venta de lentes ópticos que se ubica en la comuna de Melipilla, cuya instalación y funcionamiento fue autorizado por Res. Ex. de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana.

Agrega que colaborando con el restablecimiento de la salud visual de la población de Melipilla, y en atención a la falta de especialistas autorizados a realizar exámenes visuales en dicha zona, en enero de 2016 informó a la autorizada sanitaria de un cambio en la planta física del establecimiento, con indicación de que sería reducida la superficie a una determinada área del inmueble, dado que la otra parte fue destinada a la instalación de una consulta profesional de optometría, a cargo de un optómetra, quien entregó atenciones relacionadas con la detección y compensación de los vicios de refracción a todos los pacientes que le consultaron.

Pero, refiere que en agosto de 2016 funcionarios de la Seremi de Salud de la Región Metropolitana se apersonaron en el lugar, levantando acta en que se reprochó esta situación, dando origen a un expediente sumarial, situación repetida en noviembre del mismo año.

No obstante sus descargos, agrega que, dictándose sentencia sanitaria, le fue aplicada multa y un plazo perentorio de 10 días corridos luego de la notificación, a efectos de que acredite haber regularizado la separación física del área de ventas del área de optometría y de la sala de contactología, bajo apercibimiento legal en caso de incumplimiento.

A esta decisión dedujo reclamación judicial, tramitada ante el 8º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago.

### **Conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal**

Indica que los derechos pueden ser objeto de restricción o limitación en la medida que cumplan ciertos requisitos de orden constitucional. Si bien es cierto que el Estado cuenta con una habilitación general para regular las actividades económicas en general, en el caso de las limitaciones o restricciones, la autoridad requiere de una causa válida y fundada, que legitime el angostamiento o acortamiento del ejercicio del derecho.

Así, cuando los cambios legales implican no sólo un simple cambio regulatorio, sino que suponen la imposición de una restricción, el legislador se ve forzado constitucionalmente a satisfacer un estándar de justificación relativamente exigente, puesto que, de no hacerlo, compromete la constitucionalidad de la iniciativa y se sitúa en el territorio de las vulneraciones.



Reseña que de la historia legislativa del artículo 126 del Código Sanitario, introducido por la Ley N° 20.724, de febrero de 2014, no se encuentra intervención que justifique la prohibición introducida, por lo que el precepto adolece de una seria falta de fundamento.

Agrega que es francamente discriminatorio regular pensando que existen ciertos grupos de personas que por la actividad económica que desarrollan, a priori, en virtud de cierta superioridad ética, se encuentran libres de la tentación del conflicto de interés o del abuso. Y, a contrario sensu, otros grupos de personas se encuentran expuestos a sucumbir a ese riesgo de tentación.

Desde el test de proporcionalidad, indica que el problema de la prohibición del artículo 126 no va por el lado de los fines perseguidos por el legislador. Su defecto estribaría en el hecho de haberse empleado un medio reñido con el derecho a la igualdad.

A dicho respecto, comenta que en la medida en que el trato diferente a las ópticas no se justifique adecuadamente, existe base para pensar que el legislador podría estar incurriendo en una discriminación arbitraria, en los términos del artículo 19, numeral 2° constitucional, vulnerándose así, la Carta Fundamental.

Indica que el impedir, en términos generales, que personas y establecimientos autorizados para vender elementos de uso médico, fármacos, insumos y dispositivos médicos, así como realizar actividades de diagnóstico y tratamiento de enfermedades estén en un mismo y único inmueble con los profesionales que prescriben esos elementos, insumos, fármacos y dispositivos médicos y que realizan actividades de diagnóstico y tratamiento de enfermedades, no es per se, una regla contraria a la razón.

El problema es que la prohibición bajo examen dispone que sólo los establecimientos de óptica estén afectados por la prohibición y no otros establecimientos. Dada la aplicación del precepto cuestionado, personas y situaciones prácticamente iguales quedan regidas por estatutos muy distintos, sin que pueda discernirse un motivo o causa para ello.

Unido a lo anterior, la disposición impugnada afecta el derecho de la actora a desarrollar una actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas que la regulen. De aplicarse la norma, comenta que corre serio riesgo de verse obligada a cerrar el establecimiento de óptica de su propiedad, cuestión que implica un recorte inaceptable al desarrollo de una actividad económica.

#### **Admisión a trámite, admisibilidad y observaciones de fondo al requerimiento**

El requerimiento se acogió a trámite a través de resolución de la Primera Sala de este Tribunal Constitucional, de fecha 17 de agosto de 2018, a fojas 35, oportunidad procesal en que fue decretada la suspensión del procedimiento en la



gestión pendiente en que incide. Posteriormente, fue declarado admisible el día 5 de septiembre de 2018, resolución rolante a fojas 47.

Conferidos los traslados sobre el fondo a los órganos constitucionales interesados, así como a las partes de la gestión pendiente, fue evacuada la presentación que a continuación se enuncia.

### **Observaciones del Consejo de Defensa del Estado**

El Consejo de Defensa del Estado formula observaciones de fondo al requerimiento deducido, instando por su rechazo.

Haciéndose cargo de las argumentaciones constitucionales de ambos libelos deducidos, comenta que no se está en presencia de una diferencia arbitraria, puesto que la intervención del legislador se encuentra razonablemente justificada, cumpliendo a cabalidad con los criterios de proporcionalidad: primero, es idónea por cuanto aparece como un medio adecuado y eficiente para cumplir con los propósitos de impedir la integración vertical en el negocio de la salud visual, evitando de manera eficaz la consolidación de situaciones de conflicto de interés de los profesionales del área de la oftalmología que eventualmente pudieran tener interés en el negocio de los establecimientos ópticos.

Luego, en cuanto al juicio de necesidad, la restricción deviene en indispensable para satisfacer los fines previstos, puesto que es en extremo leve, importando una mínima restricción de locación para el desempeño de una actividad, no vulnerando una posición jurídica constitucionalmente garantizada. Y, finalmente, evaluando la proporcionalidad en sentido estricto, la prohibición se justifica en razones de peso que también se asientan en la Constitución, como son el derecho que asiste a toda persona a la protección a la salud y, en definitiva, el derecho de todo individuo a su integridad física.

Indica que con la norma se impide una integración vertical del negocio al evitar la prescripción innecesaria de artículos ópticos que podrían redundar en agudizar problemas de salud oftalmológica de la población y, por otra parte, se evitan eventuales conflictos de interés, conforme se estableció en la historia legislativa de la Ley N° 20.724. Similar razón imposibilita que en farmacias de instalen consultas médicas.

Añade que es el legislador quien tiene la facultad de ponderar, dependiendo del lugar y la naturaleza de la actividad, para establecer mayores o menores restricciones con el fin de evitar o conjugar riesgo a ciertos bienes sociales. Cita ejemplos de restricciones establecidas para quienes proveen servicios funerarios o bebidas alcohólicas, respecto a las zonas en que pueden instalarse.

Y, finalmente, no es vulnerada la libertad de iniciar una actividad económica. Corresponde al legislador dictar las normas que permitan encausar el libre ejercicio de toda clase de emprendimientos, en términos de promover el bien común,



actividad regulatoria que supone la posibilidad de imponer restricciones de diversa naturaleza para, por ejemplo, evitar riesgos a la comunidad.

Por estas consideraciones solicita el rechazo de la acción de estos autos, deducida a fojas 1.

### Vista de la causa y acuerdo

Con fecha 16 de abril de 2018 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y concurriendo a alegar por la parte requirente, el abogado don Álvaro Vicent Villa y, por el Consejo de Defensa del Estado, el abogado don Guillermo Campos Aravena. En Sesión de Pleno de igual fecha se adoptó acuerdo de rigor.

### Y CONSIDERANDO:

#### I. PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO

**PRIMERO.** La norma impugnada del Código Sanitario se encuentra contenida, específicamente, en la oración final, del inciso segundo del artículo 126 del Código Sanitario. Dicho artículo está compuesto de cuatro incisos en los que se dispone lo siguiente:

*"Sólo en los establecimientos de óptica podrán fabricarse lentes con fuerza dióptica de acuerdo con las prescripciones que se ordenen en la receta correspondiente.*

*Los establecimientos de óptica podrán abrir locales destinados a la recepción y al despacho de recetas emitidas por profesionales en que se prescriban estos lentes, bajo la responsabilidad técnica de la óptica pertinente. En ninguno de estos establecimientos estará permitida la instalación de consultas médicas o de tecnólogos médicos.*

*Autorízase la fabricación, venta y entrega, sin receta, de lentes con fuerza dióptica sólo esférica e igual en ambos ojos, sin rectificación de astigmatismo, destinados a corregir problemas de presbicia.*

*La venta o entrega de dichos lentes deberá acompañarse de una advertencia sobre la conveniencia de una evaluación oftalmológica que permita prevenir riesgos para la salud ocular."*

**SEGUNDO.** Además de la norma transcrita precedentemente y en la cual se encuentra la oración objetada, puede resultar útil tener presente lo establecido en el artículo 113 bis del mismo Código Sanitario, precepto en el que se señala que "[l]os tecnólogos médicos con mención en oftalmología (optómetras) *podrán prescribir, adaptar y verificar lentes ópticos, prescribir y administrar fármacos del área oftalmológica de aplicación tópica que sean precisos, y controlar las ayudas técnicas destinadas a corregir vicios de refracción*".





## II. ANTECEDENTES DEL CASO CONCRETO

**TERCERO.** Con fecha 22 de febrero de 2017, la SEREMI de Salud de la Región de Santiago dictó la Resolución Exenta N° 2086, aplicando a la requirente Opti Store SpA una multa de 40 UTM por la infracción al precepto legal cuya declaración de inaplicabilidad se ha solicitado. En contra de la citada resolución dictada por la SEREMI de Salud se interpuso un recurso de reclamación ante el 8° Juzgado Civil de Santiago, el cual constituye la gestión pendiente de autos.

## III. LO QUE NO ESTÁ EN DISCUSIÓN O NO DEBE NI ES NECESARIO DISCUTIR

**CUARTO.** *AMBAS SON ACTIVIDADES RECONOCIDAS POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO, A LAS CUALES SE LES ATRIBUYEN CIERTAS FUNCIONES Y QUE PARA SU EJERCICIO SE REQUIERE CONTAR CON UNA AUTORIZACIÓN PREVIA.* Estamos en presencia del ejercicio de actividades económicas, del área de la salud, reconocidas en el país. Tanto la instalación de salas de venta de ópticas como el ejercicio de la profesión de optómetra son actividades económicas cuyo desarrollo se encuentra autorizado y regulado en nuestro país.

La Ley N° 20.470, de 17 de diciembre de 2010, establece la regulación para los establecimientos de óptica modificando el artículo 128 del Código Sanitario, que luego pasó a ser el artículo 126 impugnado en autos. Conforme a dicha norma legal, los establecimientos de óptica son los únicos autorizados legalmente para fabricar lentes con fuerza dióptrica y despachar recetas emitidas por profesionales, conforme a sus prescripciones.

Por otra parte, la misma ley introduce un nuevo artículo 113 bis al Código Sanitario, reconociendo al tecnólogo médico con mención en oftalmología la posibilidad de detectar "*los vicios de refracción ocular a través de su medida instrumental, mediante la ejecución, análisis, interpretación y evaluación de pruebas y exámenes destinados a ese fin*", así como "*detectar alteraciones del globo ocular y disfunciones visuales, a fin de derivar oportunamente al médico cirujano especialista que corresponda*". Como ya se indicó con anterioridad, en el ejercicio de su profesión, "*podrá[n] prescribir, adaptar y verificar lentes ópticos, prescribir y administrar los fármacos del área oftalmológica de aplicación tópica que sean precisos, y controlar las ayudas técnicas destinadas a corregir vicios de refracción*".

Asimismo, no está en discusión la autorización previa requerida para el ejercicio de ambas actividades.

## IV. LA CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL

**QUINTO.** Sin perjuicio de que son varias las vulneraciones alegadas en el requerimiento, la interrogante fundamental de relevancia constitucional dice



relación con la compatibilidad de la norma impugnada con la prohibición establecida en el inciso segundo del artículo 19, N° 2º, de la Constitución: “Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”. Dicho de otra manera, el dilema puede expresarse así: **¿existe una justificación que sustente racionalmente una diferencia legal de trato en virtud de la cual la utilización conjunta o no de un mismo recinto físico determina la prohibición o no del desarrollo de dos actividades lícitas y con funciones expresamente reconocidas por el ordenamiento jurídico, como son, por un lado, las de recepción y despacho de recetas en que se prescriben lentes con fuerza dióptrica –realizados por establecimientos de óptica- y, por el otro, las de evaluación de vicios de refracción ocular y prescripción de lentes ópticos correctivos –efectuadas por médicos o tecnólogos médicos con mención en oftalmología- según si utilizan o no el mismo recinto físico?**

**SEXO.** Este Tribunal considera que no existe tal justificación y que, por lo tanto, la aplicación de la disposición legal objetada infringe la prohibición constitucional aludida, tal como se declaró, en su oportunidad, en las STC Roles N°s 3519 y 3628 de 2018, cuya argumentación seguiremos en lo esencial.

#### **V. SE INFRINGE EL ARTÍCULO 19, N° 2º, INCISO SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN**

**SÉPTIMO. IDENTIFICACIÓN DE DIVERSAS DIFERENCIACIONES QUE DERIVAN DEL PRECEPTO IMPUGNADO.**

El precepto legal impugnado establece una incompatibilidad absoluta para el ejercicio de dos actividades en un mismo lugar físico. Por lo mismo, la norma tiene como destinatario no sólo a los establecimientos de óptica, sino también a los profesionales médicos y tecnólogos médicos vinculados –se entiende- al área de la oftalmología.

La distinción principal que hace la disposición legal es entre el ejercicio de profesiones médicas o de tecnología médica al interior de establecimientos ópticos y afuera de éstos. Una segunda diferenciación de trato que se deriva de la norma legal objetada es aquella que aparece al contrastarla con lo regulado respecto de otras especialidades y establecimientos del área de la salud.

**OCTAVO. ACERCA DEL GRADO DE ESTRICTEZ CON QUE HAN DE EVALUARSE LAS RAZONES QUE JUSTIFICARÍAN LA DIFERENCIA DE TRATO.**

Todo precepto legal al hacer distinciones efectúa clasificaciones, las cuales deben configurarse de forma tal que no pugnen con criterios de racionalidad, los cuales pueden ser menos o más exigentes.

Si bien las normas legales tienen una vocación de generalidad, lo que tiene algún reconocimiento en el artículo 63, N° 2º de la Constitución, no está vedada la posibilidad de que leyes concretas favorezcan o graven a grupos específicos. Sin que signifique una regla absoluta, se debe tener presente, no obstante, que





mientras más acotada es la categoría que será objeto del trato diferente, más y mejores deben ser las razones que han de ser ofrecidas para justificar el sesgo. Del mismo modo, la justificación requerida para consagrar diferencias basadas en normas que establezcan prohibiciones en términos absolutos debe ser más poderosa o exigente que regulaciones menos intrusivas. Lo recién manifestado puede servir de base para sostener que en este caso corresponde evaluar la fortaleza de la justificación de la diferenciación legal de una manera exigente.

No obstante lo anterior, y tal como se explicará, no es necesario aplicar un estándar de valoración estricto para concluir que se está en presencia de una diferenciación legal carente de razonabilidad y, por lo mismo, arbitraria.

**NOVENO.** La ausencia de justificación racional suficiente de la norma legal analizada comienza a quedar al descubierto si se revisa la historia de la ley de las diferentes modificaciones sobre el particular, la cual es escasa, errática e inespecífica.

Escasa, porque a diferencia de lo sostenido por el Consejo de Defensa del Estado, solo consta en el Segundo Informe de la Comisión de Salud del Senado, en el primer trámite constitucional, que la norma impugnada nace a raíz de una indicación para agregar “al final del inciso segundo [del artículo 126] una oración que prohíbe instalar consultas médicas o de tecnólogos médicos en los establecimientos de ópticas”. (Historia de la Ley N° 20.724, p. 152).

Erráticas e inespecíficas, porque las justificaciones posteriores a la inclusión de esta oración, vertidas tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado, hacen referencia a evitar la “integración vertical” entre ópticas y tecnólogos médicos con mención en oftalmología, pero sin indicar la forma en que se produciría esta denominada “integración”, cuál sería el efecto beneficioso para los pacientes de esta prohibición en comparación con sus costos, o por qué la incidencia del riesgo que se busca evitar es mayor en el caso de las ópticas y no en otras actividades económicas del área de la salud.

**DÉCIMO.** Asumiendo que el origen o explicación de las diferencias de trato se deben no a la presión de grupos de interés intentando satisfacer –en todo o en parte- un interés privado, sino a razones de interés público, es menester identificar –si es que es posible- la racionalidad del vínculo entre la finalidad buscada, el medio o “solución” que la ley establece y la clasificación que la ley hace para determinar la agrupación de sujetos a quienes va dirigida la norma.

**UNDÉCIMO.** La principal razón esgrimida por el Consejo de Defensa del Estado para justificar el precepto legal impugnado, ayer -en las causas sobre las que recayeron las STCs 3519 y 3628- y hoy, es que constituiría un medio adecuado y eficiente para cumplir con los propósitos de impedir la integración vertical en el negocio de la salud visual, evitando de manera eficaz la consolidación de situaciones de conflicto de interés de los profesionales del área de la oftalmología que eventualmente pudieran tener interés en el negocio de los establecimientos ópticos. Más específicamente, se ha sostenido que con la norma se impide una



integración vertical del negocio, al evitar la prescripción innecesaria de artículos ópticos que podrían redundar en una agudización de los problemas de salud oftalmológica de la población.

**DUODÉCIMO.** Atendiendo, en primer lugar, a la vinculación entre la finalidad recién mencionada y el medio o solución dispuesto en la oración final, del inciso segundo, del artículo 126 del Código Sanitario cabe hacerse la siguiente pregunta: ¿qué relevancia o incidencia puede tener para solucionar un eventual problema de sobre-indicación de lentes ópticos (con efectos negativos en la salud pública) la existencia de una separación física, la cual incluso podría cumplirse funcionando en un recinto distinto, pero aledaño? Este Tribunal ha afirmado en las dos causas anteriores y lo vuelve confirmar ahora, que el medio es irrelevante para la consecución de la finalidad invocada.

En efecto, "si esa fuera la razón, el medio elegido por el legislador sería inidóneo para tal propósito. Si todo lo que se exige al legislador, bajo un estándar poco exigente de evaluación es que su decisión sea razonable, vale decir, que se encuentre dentro del abanico de posibilidades que pueden sustentarse por medio de la argumentación racional, no se ve cómo puede cumplirse, en este caso, dicho estándar. No existe conexión racional mínimamente cercana entre medio y fin".

La falta de congruencia resulta notoria. A modo ilustrativo considérese la siguiente situación. Por un lado, se supone problemática (digno de prohibición) la cercanía física (hay cercanías físicas no prohibidas) entre un centro médico, un establecimiento óptico y el público que concurre a comprar lentes ópticos. Por el otro, sin embargo, la ley acepta como no problemático que un optómetra o un médico ejerza bajo subordinación y dependencia de una empresa de óptica e, incluso, que éste se desempeñe en una ubicación muy próxima a dicho tipo de establecimiento, pero separada físicamente.

Si se aplicara un escrutinio estricto respecto de la justificación de la diferenciación legal analizada, la arbitrariedad sería igual o más patente. Quizás el adjetivo apropiado para calificarla sería de "absurda". Nos parece que es suficientemente sugerente plantear el test a modo de pregunta: ¿es la prohibición del artículo 126 del Código Sanitario la única manera de evitar el pretendido problema de abuso derivado de una identificación entre ejercicios profesionales y actividades de venta?

**DECIMOTERCERO.** En consideración, ahora, a la diferenciación de trato que aparece al contrastar la prohibición legal objetada con lo regulado respecto de otras especialidades y establecimientos del área de la salud, cabe concluir que la clasificación de los sujetos destinatarios de la norma de aquellos excluidos también resulta arbitraria.

En el área de la salud no existe otra disposición análoga a la objeto de cuestionamiento. No existe, por ejemplo, norma expresa que prohíba a los cirujanos dentistas prescribir tratamientos dentales cuyos insumos se adquieran u obtengan en el mismo recinto en que se realiza la atención. Igualmente, no existe norma que





prohíba a los médicos cirujanos la prescripción de exámenes, prótesis, órtesis o intervenciones quirúrgicas que se venguen en el mismo recinto en el cual mantienen su consulta.

En efecto, la manera de hacer frente al propósito declarado como finalidad es muy diferente, en su modalidad e intensidad, a la prevista por el mismo Código Sanitario para los otros establecimientos y profesiones del área de la salud. A modo ilustrativo, el artículo 120 del Código Sanitario contempla una norma general para evitar conflictos de interés aplicables a los profesionales del área de la salud y que descansa en un mecanismo de autorregulación gremial con base en la preservación de la ética profesional.

**DECIMOCUARTO.** En consecuencia, por las razones expuestas precedentemente, este Tribunal estima que la aplicación de la norma impugnada en el caso concreto vulnera la igualdad ante la ley en los términos contenidos en el inciso segundo, del numeral 2º, del artículo 19, de la Constitución Política de la República.

**Y TENIENDO PRESENTE** lo preceptuado en el artículo 93, incisos primero, N° 6º, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

**SE RESUELVE:**

- I. QUE SE **ACOGA** EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD DEDUCIDO A FOJAS 1, DECLARÁNDOSE INAPLICABLE EN LA GESTIÓN JUDICIAL PENDIENTE, LA FRASE **"EN NINGUNO DE ESTOS ESTABLECIMIENTOS ESTARÁ PERMITIDA LA INSTALACIÓN DE CONSULTAS MÉDICAS O DE TECNÓLOGOS MÉDICOS"**, CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 126, INCISO SEGUNDO, PARTE FINAL, DEL CÓDIGO SANITARIO, EN LOS AUTOS CARATULADOS **"OPTISTORE SPA CON SECRETARÍA REGIONAL MINISTERIAL DE SALUD REGIÓN METROPOLITANA"**, SOBRE RECLAMACIÓN SANITARIA, SEGUIDOS ANTE EL OCTAVO JUZGADO DE LETRAS EN LO CIVIL DE SANTIAGO BAJO EL ROL C-6285-2017. OFÍCIESE.
- II. QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE A TAL EFECTO.



## DISIDENCIA

Acordada con el voto en contra del Ministro señor Nelson Pozo Silva, quien estuvo por rechazar el requerimiento, por las razones que a continuación expone:

### I. IGUALDAD ANTE LA LEY

#### A. CONCEPTOS

1°. Que 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. No se trata, por consiguiente, de una igualdad absoluta sino que ha de aplicarse la ley en cada caso conforme a las diferencias constitutivas del mismo. La igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentren en la misma condición (STC 784, c. 19°). (En el mismo sentido, STC 2664, c. 22°, STC 2841, c. 6° y STC 2895 c.8);

2°. Que, en idéntico sentido la doctrina nacional ha sostenido que: "en términos estrictos, lo que allí se asegura es la igualdad en la ley pues la finalidad de la norma, manifiesta en ella, consiste en someter a todas las personas al mismo ordenamiento jurídico o bloque de normatividad desde la Constitución hasta los actos administrativos judiciales. Esto implica que las personas sean sometidas a normas similares cuando sus situaciones jurídicas sean similares y que las normas sean generales y no particulares" (Manual de Estudio de Derecho Constitucional, Miriam Lorena Henríquez Viñas y José Ignacio Núñez Leiva, Ed. Metropolitana, p.141);

3°. Que de esta línea de razonamiento las garantías son funcionales a los derechos que tutelan y no pueden quedar indexadas a la rigidez normativa que si se justifica en mayor grado para las normas que los reconocen y configuran.

De tal modo, el derecho de igualdad ante la ley se focaliza en la protección o distribución de otros bienes, en especial de derechos fundamentales. Lo que hace la norma es proveer de criterios para evaluar si un determinado trato debe considerarse como igual o desigual;

#### B. DISCRIMINACIÓN ARBITRARIA (ART. 19 N°2)

4°. Que, desde otra perspectiva, la igualdad ante la ley prohíbe toda discriminación arbitraria; sin embargo, la interdicción de la discriminación arbitraria no importa la exigencia de un trato legal específico frente a toda diferencia, pues ello imposibilitaría la existencia de reglas generales: "[l]o que la Constitución



prohíbe no es hacer diferencias, sino hacer diferencias arbitrarias. No se prohíbe dar trato igual a situaciones diferentes, sino hacerlo arbitrariamente; esto es, sin un fin lícito que lo justifique; lo prohibido es hacerlo sin razonable justificación” (STC Rol N° 807, c. 22°). (En el mismo sentido, STC Rol N° 2042, c. 18°, STC Rol N° 2628, c. 18° y STC Rol N°2841 c.10);

5°. Que, para la doctrina, “[l]a igualdad supone, por lo tanto, la distinción razonable entre quienes no se encuentran en la misma condición; por lo que ella no impide que la legislación contemple en forma distinta situaciones diferentes, siempre que la discriminación no sea arbitraria ni responda a un propósito de hostilidad contra determinada persona o grupo de personas, o importe indebido favor o privilegio personal o de grupo”.(STC Rol N° 53, c. 72°). (En el mismo sentido, STC Rol N° 280, c. 24°, STC Rol N° 1812, c. 27°, STC Rol N° 1951, c. 16°, STC Rol N° 2022, c. 25° y STC Rol N°2841 c.11);

6°. Que, en un acercamiento al tema, este órgano constitucional ha entendido por discriminación arbitraria toda diferenciación o distinción realizada por el legislador o cualquier autoridad pública que aparezca como contraria a la ética elemental o a un proceso normal de análisis intelectual; en otros términos, que no tenga justificación racional o razonable. Por discriminación arbitraria se ha entendido siempre una diferencia irracional o contraria al bien común” (STC Rol N° 811, c. 20°). (En el mismo sentido, STC Rol N° 1204, c. 19°)(STC ROL N°2841 c.12);

7°. Que, a fin de verificar la arbitrariedad en un precepto, es necesario hacer la siguiente operación: “Un primer test para determinar si un enunciado normativo es o no arbitrario, consiste en analizar su fundamentación o razonabilidad y la circunstancia de que se aplique a todas las personas que se encuentran en la misma situación prevista por el legislador. Ahora bien, no basta con que la justificación de las diferencias sea razonable, sino que además debe ser objetiva. Si bien el legislador puede establecer criterios que permitan situaciones fácticas que requieran de un tratamiento diverso, ello siempre debe sustentarse en presupuestos razonables y objetivos que lo justifiquen, sin que quede completamente entregado el establecimiento al libre arbitrio del legislador. Así, para poder determinar si se infringe la igualdad ante la ley, es necesario atender además a la finalidad perseguida por el legislador para intervenir el derecho fundamental de que se trata, la que debe ser adecuada, necesaria y tolerable para el destinatario de la misma, como lo ha puntualizado la doctrina autorizada” (STC Rol N° 1133, c. 17). (En el mismo sentido, STC Rol N° 1217, c. 3°, STC Rol N° 1951, cc. 17° a 19°, STC Rol N° 1988, cc. 65° a 67°)(STC ROL N°2841 c.13);

8°. Que, además, resulta innegable que para fijar un baremo de razonabilidad a fin de evaluar la diferenciación, es pertinente concebir que “[l]a razonabilidad es el cartabón o estándar que permite apreciar si se ha infringido o no el derecho a la igualdad ante la ley asegurado por el artículo 19, N° 2, de la Constitución Política. De esta manera, la garantía de la igualdad ante la ley no se opone a que la legislación contemple tratamientos distintos para situaciones



diferentes, siempre que tales distinciones o diferencias no importen favores indebidos para personas o grupos". (STC Rol N° 1138, c. 24°). (En el mismo sentido, STC Rol N° 1140, c. 19°, STC Rol N° 1365, c. 29°).

De este modo, resulta sustancial efectuar un examen de racionalidad de la distinción, a lo que debe agregarse la sujeción a la proporcionalidad, teniendo en cuenta las situaciones fácticas reguladas por la ley, su finalidad y los derechos del afectado que debe estar en condiciones de tolerar tal afectación. (STC Rol N° 1448, c. 37°). (En el mismo sentido, STC Rol N° 1584, c. 19°).

"Las diferencias o discriminaciones entre las personas no tienen, per se, inconvenientes o contradicciones en el texto de la Constitución si es que ellas tienen un sólido fundamento en el bien común, objetivo principal de la existencia del Estado. Es más, en algunos casos tales diferencias, algunas previstas por el propio constituyente, pueden resultar una saludable solución a conflictos, emergencias o requerimientos del bienestar general".(STC Rol N° 280, c. 20°)(STC ROL N°2841 c.14);

9°. Que, atendido el caso concreto objeto de la presente acción, no resulta pertinente ni es susceptible de poder considerarse la acción impetrada, sustentada en una afectación del artículo 19, N° 2°, de la Carta Fundamental, puesto que la norma cuestionada no hace diferenciaciones que pudieren afectar la igualdad ante la ley, como tampoco puede atribuírsele el carácter de discriminatoria ni, mucho menos, de arbitraria, correspondiendo sólo, desde la perspectiva del constituyente, fijar el criterio de racionalidad y bien común, en la forma como se ha razonado precedentemente (STC 2841 c.15).

Se infiere de lo antes expuesto que el cuestionamiento a la igualdad ante la ley, no aparece respaldado, jurídicamente tomando en consideración que razones de política sanitaria relativas a motivos de salud oftalmológica de la población, se ven afectadas en la hipótesis de eliminarse la restricción pretendida por la requirente, argumento más que suficiente para desechar el acápite invocado por la solicitante de fojas 1;

## II. DIFERENCIA DE TRATO

10°. Que, en el ámbito de la garantía constitucional referida también resulta pertinente reiterar en este caso lo expresado por este Tribunal en la sentencia Rol N° 1710, de 6 de agosto de 2010: "Que en fallo Rol N°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" (STC ROL N°1988-11 c.68);

**11°.** Que resulta que las restricciones de locación, como aquellas sobre la que versa el caso sublite, no son por sí misma y, en todo caso, constitutivas de la infracción al derecho de la igualdad invocado. Es el legislador quien tiene la **"facultad de ponderar"**, atendida las circunstancias del lugar y la naturaleza de la actividad, si establece mayores o menores restricciones con el propósito de evitar o conjurar riesgos a ciertos bienes jurídicos sociales. Es tanto que la Ley N°20.724, en su artículo 129, en su inciso final, determina que las farmacias y los establecimientos farmacéuticos son los únicos lugares habilitados y con facultad para expender productos farmacéuticos. De esta manera, a similitud de la prohibición establecida en la ley sobre Expendio y Comercialización de Bebidas Alcohólicas ( Ley N°19.925), se estatuyó la prohibición de localizar dichos establecimientos a menos de cien metros de establecimientos de educación, de salud o penitenciarios, de recintos militares o policiales, de terminales y garitas de la movilización colectiva, lo cual reafirma la facultad que tiene el legislador para regular una actividad que resulta incompatible con aquella realizada por el locatario originalmente.

No se advierte que existe una diferencia de trato en el caso concreto de autos, teniendo en consideración que el legislador tiene amplias facultades para restringir el destino de un establecimiento de óptica, compartiendo dicho local con consultas médicas o de tecnólogos médicos. El constituyente en el artículo 63, N°3, estableció en la Carta Fundamental la facultad del legislador de establecer la normativa específica que regule una actividad profesional o comercial;

### **III. DESARROLLO DE ACTIVIDAD ECONÓMICA (ART. 19 N°21). LIMITACIONES**



12°. Que la garantía reclamada dice atinencia con el libre desarrollo de actividades económicas, está referida al ejercicio de una libertad o derecho de contenido negativo, es decir, cuya sustancia consiste en que los terceros (el Estado o cualquier otro sujeto) no interfieran, priven o embaracen la facultad del titular para desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o la seguridad nacional, por lo que este tipo de derecho no supone una obligación correlativa positiva de parte del Estado en orden a satisfacer la pretensión del titular del derecho. Dicho en otros términos, no se vulnera esta garantía en los casos en que su ejercicio supone la obtención previa de una concesión por parte de la autoridad, si esta no la otorga por motivos legales. Por otra parte, el referido derecho no es absoluto sino que reconoce limitaciones basadas en el respeto a la moral, el orden público y la seguridad nacional, así como a las normas legales que regulen su ejercicio ( STC 513, cc. 19 y 20);

13°. Que el libre desarrollo de una actividad económica tiene como límites que dicha actividad no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen. El derecho garantizado por el Constituyente no tiene, por tanto, un carácter absoluto; no puede pasar por sobre otros derechos asegurados por la CPR, como el derecho a la seguridad social, ni ejercerse incumpliendo disposiciones legales reguladoras del ejercicio de este último derecho (STC 2537, c.24);

14°. Que, en el caso concreto, el efecto regulatorio que tiene el inciso segundo, del artículo 126, del Código Sanitario, no aparece suficientemente argumentado la eventual colisión que podría verificarse entre el precepto impugnado y el derecho establecido en el artículo 19, N°21, de la Carta Fundamental.

En tal sentido, esta Magistratura ha expresado: "Que para que se entienda satisfecha la exigencia constitucional de encontrarse razonablemente fundada la acción, el requerimiento que se intente ante esta Magistratura no sólo debe señalar con precisión y suficiente detalle los hechos de la causa sublite y también indicar cuales son los preceptos constitucionales que podrían verse violentados de ser aplicadas la o las determinadas normas legales impugnadas en el proceso judicial pendiente ante un tribunal ordinario o especial en que sea parte el actor, **sino que, además, debe señalarse de manera clara, delimitada y específica la forma en que se podría producir la contradicción constitucional en el asunto concreto que se discute en el mismo proceso judicial**" (STC 2121 );

#### IV. RAZONABILIDAD

15°. Que resulta razonable considerar que no existe discriminación en los términos referidos por la actora, teniendo para ello presente que no estamos en presencia de normas que limitan la posibilidad de tratos diferenciados no razonables o proporcionados entre las personas y que, además de dicha prohibición



suelen detallar algunos rasgos o características con base en los cuales está especialmente prohibido realizar tales diferenciaciones;

**16°.** Que el efecto que el legislador estableció en la norma cuestionada, es establecer en virtud de la determinación de una prohibición específica contenida en la parte final del ya citado inciso segundo, del artículo 126 del Código Sanitario, resguardar que se produzca una integración vertical de una actividad comercial, como asimismo evitar posibles conflictos de intereses, teniendo en vista la salud oftalmológica de la población, que podría redundar en una prescripción indiscriminada y masiva en el uso de anteojos y artículos ópticos sustentada sólo en razones de carácter económico y comercial;

#### **V. FINES DE LA NORMA**

**17°.** Que como ya se señaló con antelación, la norma cuestionada evita la integración vertical de un área de negocios y el legislador con su dictación ha evitado que los intereses comerciales de los profesionales del mundo oftalmológico se vinculen con los de las empresas o establecimientos ópticos, para producir una posible distorsión sobre el mercado natural en relación a la salud oftalmológica de la población;

**18°.** Que la historia fidedigna de la Ley N° 20.724 se encarga de recordar el núcleo del problema. En el Informe de enero de 2014 de la Comisión Mixta, se señaló que en segundo trámite constitucional, la Cámara de Diputados suprimió la oración final del inciso segundo; en dicha oportunidad, el Senador señor Chahuán recordó que la situación que procura resolver la oración en discusión ha sido ampliamente debatida durante la tramitación de la iniciativa de ley, y la posición que primó finalmente es contraria a la posibilidad de generar negocios en los establecimientos de óptica mediante el emplazamiento de consultas médicas o de tecnólogos médicos. En razón de ello, propuso rechazar la supresión de la oración final del inciso segundo del artículo 126 efectuado por la Cámara de Diputados en el segundo trámite constitucional y conservar la redacción del Senado.

En dicha discusión también intervino quien fuera el promotor de la iniciativa, quien recordó la modificación legal realizada hace algunos años que, por un lado, eliminó la autorización sanitaria para el trabajo de los optómetras y, por otro, permitió a los tecnólogos médicos que contasen con formación en oftalmología recetar ciertos medicamentos tópicos e involucrarse en la indicación de lentes destinados a corregir vicios de refracción. Al efecto, agregó que otro tema es que en el mismo establecimiento en que se expenden lentes se emplace la consulta de quien los receta, originándose un incentivo perverso para que muchas de las prescripciones estén más vinculadas a los intereses de la óptica que a los de los pacientes. Por la misma razón, no es posible que en farmacias se instalen consultas médicas.



Por su parte, el ejecutivo, expresó que en la discusión producida en la Comisión investigadora sobre las listas de espera AUGE, algunos parlamentarios se refirieron al monopolio de los oftalmólogos, que impedían el acceso a prescripciones y lentes, lo que llevaba a que la lista de espera en oftalmología fuera la de mayor tamaño. Agregó que la experiencia internacional señala en forma clara que la instalación de consultas médicas o de tecnólogos en una óptica se convierte en un instrumento para incentivar la demanda en ese establecimiento, prescribiéndose lentes que muchas veces no son un real beneficio sanitario para los pacientes. Es decir, autorizar dicha cohabitación, resultaría en fomentar un potencial conflicto de intereses.

19°. Que en esta misma dirección, la Corte Suprema ha dicho sobre la prohibición: "...el artículo 126 del Código Sanitario, permite que los establecimientos de óptica que abran locales destinados a la recepción y al despacho de recetas emitidas por profesionales relativas a lentes, bajo la responsabilidad técnica de la óptica pertinente y, en lo que resulta relevante establece que ninguno de estos establecimientos estará permitida la instalación de consultas médicas o de tecnólogos médicos. Esta normativa tiene claramente un fin preventivo relacionado con los conflictos de intereses que se pueden producir en un ámbito tan delicado como es la salud, puesto que resulta evidente que el interés que tiene el establecimiento óptico por vender sus productos, no puede estar relacionado con la prescripción de aquellos por parte de los profesionales que se encuentren relacionados con aquél" (cita textual del expediente a fojas 62).



20°. Que, por su lado, la Contraloría General de la República al respecto señaló: "...como se puede observar de la normativa notada, al establecer la prohibición del artículo 126 del Código Sanitario, el legislador ha querido evitar que los intereses comerciales de profesionales relacionados con el área oftalmológica se vinculen con los de las ópticas, situación que podría acontecer si se aceptara que tanto aquellas como las consultas oftalmológicas se instalarán en el mismo establecimiento. En efecto, se persigue que las actividades de que se trata se desarrollen con independencia una de otra, lo que se cumpliría si los lugares en los cuáles se realizan están interconectados entre si..." (Dictamen N° 35686, de 13 de mayo de 2016);

## VI. CONCLUSIÓN

21°. Que la prohibición impugnada que consagra el precepto explicitado en el artículo 126, inciso segundo, del Código Sanitario, no resulta carente de fundamentos razonables, toda vez que se sustenta en la historia fidedigna de su establecimiento y en la forma como lo ha entendido la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia y la Contraloría General de la República, puesto que tienen un fin legítimo que la justifica y que su racionalidad y proporcionalidad aparecen como propias de la función del legislador, al establecer la entidad de la



restricción, lo cual no hace más que buscar una solución a un problema que afecta a la comunidad en relación a la salud oftalmológica (es un tema de política pública);

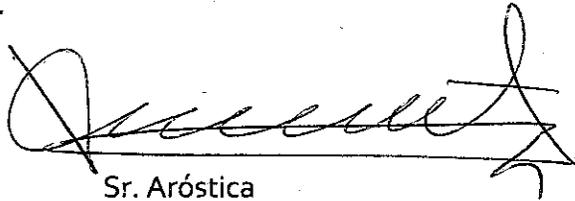
22°. Que, a mayor abundamiento, no se observan fundamentos, en criterio de este disidente, como el artículo 126, inciso segundo del Código Sanitario, puede afectar constitucionalmente una situación arbitraria o de trato discriminatorio, si lo que se pretende es evitar la integración vertical de una actividad económica, donde el principal perjudicado será en definitiva el usuario del sistema de salud óptica;

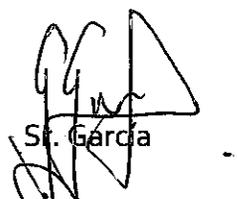
23°. Que, por las razones antes señaladas y los argumentos aducidos no cabe más que rechazar el requerimiento de fojas 1, por no existir vulneración de las garantías constitucionales invocadas de igualdad ante la ley (artículo 19, N° 2, de la Carta Fundamental) y el derecho a desarrollar cualquier actividad económica (artículo 19, N° 21, de la Constitución Política).

Redactó la sentencia el Ministro señor Juan José Romero Guzmán y la disidencia, el Ministro señor Nelson Pozo Silva.

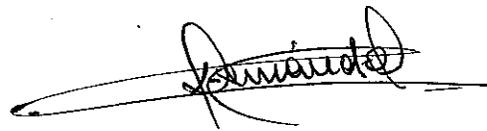
Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

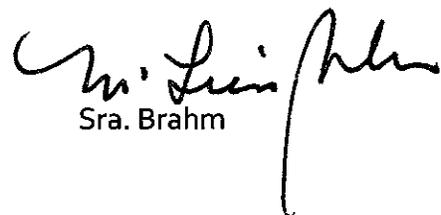
Rol N° 5106-18-INA.

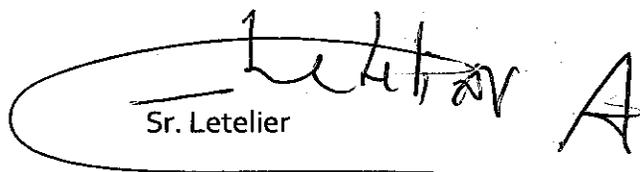
  
Sr. Aróstica

  
Sr. García

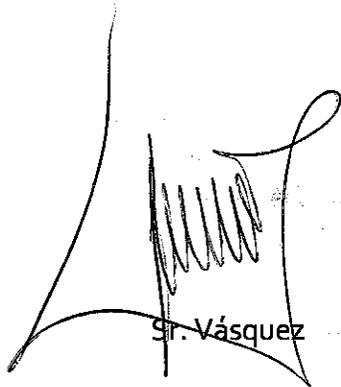
  
Sr. Romero

  
Sr. Hernández

  
Sra. Brahm

  
Sr. Letelier



  
Sr. Vásquez

  
Sr. Pozo

  
Sr. Fernández

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor Iván Aróstica Maldonado, y por sus Ministros señores Gonzalo García Pino, Domingo Hernández Emparanza y Juan José Romero Guzmán, señora María Luisa Brahm Barril, señores Cristián Letelier Aguilar, Nelson Pozo Silva, José Ignacio Vásquez Márquez y Miguel Ángel Fernández González.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.

