

Santiago, veinte de abril de dos mil diez.

**VISTOS:**

Con fecha 24 de noviembre de 2008, la señora María Angélica Valenzuela Márquez, por sí, ha interpuesto requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 -que hoy corresponde al artículo 199 del D.F.L. N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N° 2.763, de 1979, y de las leyes N°s. 18.933 y 18.469-, en el recurso de protección pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol de ingreso N° 9451-2008, que su parte interpuso en contra de la Isapre Banmédica S.A.

**LOS HECHOS.**

Mediante el recurso de protección aludido la requirente impugna los actos ilegales y arbitrarios que habría cometido la Isapre Banmédica S.A. en contra del ejercicio legítimo de sus derechos asegurados en la Constitución Política, a través del aumento *"injustificado y unilateral"* que se pretende aplicar al precio del plan de salud contratado, que sube de 3,55 UF a 6,177 UF, y de la eliminación de la Clínica Dávila como prestador preferente hospitalario del mismo plan convenido. En seguida, acota que sólo por concepto de reajuste del precio base de su plan denominado *"Andes Preferencial ANP04"* la aludida Isapre pretende aplicar un 8,5% de aumento y que al sumarse a ello la variación en el tramo etéreo que correspondería aplicar al plan de salud contratado por el hecho de cumplir 65 años de edad en el mes de diciembre del año 2008, se pasará del factor 3 al 5, según la tabla de factores que contiene el aludido contrato. Toda esta situación, concluye la señora Valenzuela, significa que el precio que actualmente paga

por el contrato de salud suscrito con la Isapre Banmédica casi se duplicará.

La accionante hace valer, asimismo, que está afiliada a la Isapre Banmédica S.A. desde que se inició el sistema que rige al contrato de salud suscrito y que ha pasado a tener la condición de cotizante cautiva. También pone de relieve que la tabla de factores de edad incorporada a su contrato sería más onerosa que la prevista para otros planes de salud que la misma entidad le ha ofrecido como alternativa.

Es dable añadir a lo anterior que consta en autos que la relación contractual que une a la requirente con la Isapre mencionada data del año 1999 y que ella se ha mantenido en el tiempo, sin perjuicio de las adecuaciones que ha sufrido.

**EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO POR EL  
REQUERIMIENTO.**

En cuanto al fondo, la requirente manifiesta expresamente que la cuestión de constitucionalidad que se pide conocer y resolver a esta Magistratura se refiere a la aplicación, a su plan de salud vigente, de la tabla de factor etéreo que autoriza la norma legal que impugna, la que infringiría las garantías reconocidas en los numerales 2º, 9º y 24º del artículo 19 de la Constitución Política.

Respecto de la primera norma constitucional invocada, esto es, la que asegura la igualdad ante la ley, la requirente afirma que ésta se vería contrariada de aplicarse el precepto legal impugnado en la resolución de la gestión judicial pendiente en la que es parte recurrente, ya que el factor por el cual se multiplica el precio base de su plan de salud para calcular la correspondiente adecuación de su valor, es mayor por el solo hecho de ser mujer y por llegar a una determinada

edad. Lo anterior implicaría que la misma norma permitiría el establecimiento de una discriminación arbitraria con respecto a la obtención de los beneficios que el sistema les otorga a las personas que tienen contratado un mismo plan de salud, en razón del sexo y de la edad de ellas.

En relación al derecho fundamental asegurado en el N° 9° del artículo 19 de la Constitución, la actora argumenta que la garantía del libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud que constitucionalmente corresponde proteger al Estado, no podría hacerse efectiva si por aplicación de la tabla de factores se produce un aumento en el precio de los planes de salud que afecta a las personas de mayor edad y tal situación las obliga a abandonar el sistema privado que ellas escogieron y por el cual, además, han pagado durante su vida activa. Por todo lo expresado, a juicio de la requirente, la aplicación de la norma legal impugnada, en su caso particular, atentaría contra su libertad para poder elegir el sistema privado de salud, como se lo asegura la disposición constitucional invocada y, además, afectaría su eventual derecho a mantener sin alteración, por efecto de la aplicación de la mencionada tabla de factores, el plan de salud que ha contratado con la Isapre Banmédica S.A.

Como tercer y último capítulo de inaplicabilidad, la requirente denuncia la eventual infracción de su derecho de propiedad. En este punto enfatiza el hecho de que si se permite a la Isapre elevar de modo desproporcionado el precio del plan de salud vigente, por aplicación del factor etéreo de la respectiva tabla, se le privaría ilegítimamente de dos derechos incorporados a su patrimonio: el primero, el de hacer uso del sistema privado de salud, y, el segundo, el de utilizar, cuando

lo estime pertinente, todos los beneficios contratados. Señala que en su caso, además, se le hará pagar más por el plan de salud contratado, incluso sin considerar que la misma Isapre ha dispuesto la eliminación de uno de los prestadores hospitalarios preferenciales que aquél contempla.

#### **TRAMITACIÓN DE LA ACCIÓN DEDUCIDA.**

Mediante resolución de 3 de diciembre de 2008, la Primera Sala del Tribunal declaró admisible el requerimiento y dispuso, además, la suspensión del procedimiento judicial en el que incide. Ingresados los autos al Pleno del Tribunal, se ordenó poner el requerimiento en conocimiento de los órganos constitucionales interesados y de la Isapre Banmédica S.A., a los efectos de que pudieran formular las observaciones y acompañar los antecedentes que estimaren pertinentes.

#### **RECHAZO DEL ALZAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS.**

Mediante escrito de 24 de diciembre de 2008 -fojas 42 a 44-, la Isapre Banmédica S.A., representada por el señor Omar Matus de la Parrá Sardá, solicitó a esta Magistratura dejar sin efecto la resolución que decretó la suspensión del procedimiento en que incide la acción constitucional deducida en estos autos *"para el solo efecto que la I. Corte de Apelaciones de Santiago se pronuncie sobre..."* la petición formulada por su parte en dicha causa, por escrito fechado el 23 de diciembre de 2008 -fojas 44-, de allanarse al recurso de protección del que conoce el mismo tribunal. La petición se fundó en que *"el referido allanamiento conlleva normalmente como consecuencia el término de la causa en que el mismo incide, en cuanto con él se pone término al conflicto existente entre las partes"* y, en atención a tal

consideración, la Isapre afirmó que *“idéntico efecto debiera también generarse en el procedimiento del que conoce este Excmo. Tribunal, ya que, en definitiva, no existiría un juicio o procedimiento en el que haya de aplicarse la norma legal cuya constitucionalidad se ha controvertido por la requirente de autos”*.

En razón de lo dispuesto en el inciso undécimo del artículo 93 de la Constitución Política, la presentación pasó a la Primera Sala del Tribunal -fojas 45-, la que, según consta a fojas 48, confirió traslado, por siete días corridos, a la requirente para que expusiera cuanto a su derecho conviniese.

La actora, mediante escrito de 15 de enero de 2009 -fojas 52 a 66-, evacuó el traslado otorgado solicitando el rechazo de la solicitud formulada por la Isapre Banmédica, sosteniendo que *“es nuestro deseo obtener sentencia favorable a su petición, de manera que la recurrida, Isapre Banmédica S.A., no pueda intentar aplicarle nuevamente el artículo 38 ter de la ley 18.933”*.

En ejercicio de sus atribuciones constitucionales, por resolución de 29 de enero de 2009 -fojas 67-, la Primera Sala del Tribunal negó lugar a la petición formulada por la mencionada Isapre. Deducido por esa parte recurso de reposición en contra de la citada resolución, éste fue rechazado el 11 de febrero de 2009, en atención a lo dispuesto en el artículo 94, inciso primero, de la Carta Fundamental, como consta a fojas 78.

**OBSERVACIONES AL REQUERIMIENTO FORMULADAS POR LA ISAPRE  
BANMÉDICA S.A.**

Por resolución de fecha 5 de marzo del año 2009 -fojas 111-, el Tribunal dispuso tener presente las observaciones que la Isapre Banmédica S.A. formuló respecto del requerimiento interpuesto en los autos, en

las que se plantean las siguientes 5 razones que debieran fundar su rechazo en definitiva:

En primer lugar, se afirma que se encontraría resuelto el asunto en que podría incidir la disposición legal impugnada, como consecuencia de que esa parte “se *allanó expresamente a las peticiones*” formuladas por la señora Valenzuela Márquez en el recurso de protección que invoca como gestión judicial pendiente a los efectos de la interposición de esta acción constitucional de inaplicabilidad. En este mismo aspecto la Institución de Salud Previsional agrega que si la Corte de Apelaciones de Santiago aún no se ha pronunciado sobre tal allanamiento de su parte, ello se debe, exclusivamente, a que existe una orden emanada de este Tribunal Constitucional de mantener suspendido tal procedimiento cautelar mientras no se resuelva la presente inaplicabilidad por inconstitucionalidad. A juicio de la entidad, la situación descrita no podría entenderse como una demostración de que el asunto pendiente ante la justicia se deberá resolver aplicando el precepto legal impugnado en estos autos, sino que la única actitud razonable sería la de estimar que dicho asunto ya no requiere ser resuelto en una sentencia definitiva que se pronuncie sobre el fondo de la cuestión debatida, porque ésta ya no existe.

Adicionalmente, durante la vista de la causa la defensa de la Isapre Banmédica S.A. alegó que, según antecedentes que constan en autos, esa parte pidió, sin éxito, que este Tribunal Constitucional dispusiera el alzamiento de la suspensión del procedimiento en que incide esta acción a los efectos de permitir que la Corte de Apelaciones respectiva se pronuncie sobre su escrito de 23 de diciembre de 2008, en el que, como ya se indicó, su parte se allanó incondicionalmente a lo pedido por la

recurrente de protección. Añadió que la requirente habría estimado insuficiente el referido allanamiento por cuanto éste no resolvería el problema hacia el futuro. Frente a ello la Isapre sostuvo que dicho planteamiento sería jurídicamente incorrecto, porque, en primer lugar, supone transformar este control de constitucionalidad de la ley en uno de carácter abstracto y, en segundo lugar, porque si se revisa la tabla de factores incorporada al contrato de salud que se mantiene vigente entre las partes desde el año 1999 se advertirá que la adecuación que esa entidad estaría autorizada a aplicar, en el caso concreto de la requirente, corresponde al último cambio motivado en el factor etéreo. Se hizo hincapié en que al cumplir los 65 años de edad, la señora Valenzuela sale del tramo que va desde los 56 a los 64 años, que tiene asignado un factor 3.00, e ingresa al último tramo de dicha tabla, el cual tiene asignado el factor 5.00. En consecuencia de lo expresado, esa parte insistió en que una de las razones que podría fundar el rechazo del requerimiento materia de este proceso constitucional es que no se configuraría la exigencia básica para la procedencia de éste, en orden a que exista una gestión pendiente que deba ser resuelta por un tribunal ordinario o especial.

En la misma oportunidad, la defensa de la Isapre Banmédica S.A. alegó que el requerimiento de autos debe ser rechazado porque la disposición legal impugnada no se aplicaría al asunto invocado como gestión pendiente. Como fundamento de tal pretensión se hace valer, en síntesis, que el contrato de salud de que se trata fue suscrito por la señora Valenzuela el 24 de diciembre de 1999 y que éste no ha tenido modificaciones a la fecha de interposición de la acción de inaplicabilidad materia de estos autos. Se señaló, asimismo, que la norma legal impugnada fue incorporada a la Ley N° 18.933 mediante la

Ley N° 20.015, publicada en el Diario Oficial de 17 de mayo de 2005 y que comenzó a regir en la fecha que indica el inciso primero de su artículo 2°. Luego, si se atiende a lo dispuesto en el inciso final del mencionado artículo 2°, por tratarse de un acuerdo de voluntades en curso a la fecha de entrada en vigencia de dicha ley, la tabla de factores contenida en el contrato celebrado por las partes en este caso concreto se mantiene en vigor y ello, unido al hecho de que la afiliada no ha aceptado a la fecha un plan alternativo ni ha contratado un plan de salud diverso, llevaría a concluir que el artículo 38 ter impugnado no podrá ser invocado para resolver el asunto pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago que ha servido a la actora para interponer este requerimiento de inaplicabilidad. En suma, según alega la Isapre, no se satisface una de las exigencias que la Constitución establece para que pueda prosperar esta clase de acciones constitucionales.

En otro orden de consideraciones, la Isapre Banmédica S.A. plantea que debiera rechazarse la acción de inaplicabilidad interpuesta por la señora Valenzuela, fundado en que las tablas de factores han sido incorporadas en la legislación que regula los contratos de salud por motivos razonables e incluso recogiendo la práctica que ya se seguía en las mismas convenciones con anterioridad a la regulación legal. Sobre el particular, se agrega que la denominada "*Reforma a la Salud*", desarrollada en el país entre los años 2002 y 2005, habría traído consigo una nueva regulación en relación con el precio que las Isapres pueden cobrar a sus afiliados en razón de los contratos de salud previsional que celebren con ellos. En seguida, se explica en detalle en qué consiste este cambio, destacándose el argumento según el cual el precio que cada afiliado debe pagar por



el plan contratado sería *“el resultado de la operación de dos elementos contemplados expresamente en la legislación. Por una parte, el Precio Base del mismo, el que, desde una perspectiva económica, representa los costos que le están asociados de manera general, atendidas las coberturas y beneficios que ofrece. Por otra, el Factor de Ponderación, el que se determina para cada afiliado de conformidad a la Tabla de Factores que tiene incorporada el PLAN, y representa la incidencia que en los costos antes aludidos tiene la condición específica (determinada por la edad, el sexo y la calidad de cotizante o carga) de la persona que lo contrata”*. Por todo ello, se añade por la entidad, el diseño normativo de que se trata supondría reconocer que el precio que se paga por un determinado plan de salud *“ha de sufrir variaciones en el tiempo para permitir que se mantenga el equilibrio económico que hace posible el funcionamiento de las Isapres y, por ende, del sistema en su conjunto”*. Además, según señala la misma Isapre, la referida no resultaría ser una regulación arbitraria ni injusta, sino que guardaría relación con *“la naturaleza, tanto jurídica como económica, de la cobertura”* que esas instituciones de salud previsional entregan y, al mismo tiempo, constituiría un *“mecanismo que permite objetivizar y pre-determinar las variaciones que sufrirán en el tiempo dichos precios, lo que, por cierto, opera a favor de los afiliados”*.

La Isapre Banmédica también intenta justificar la impertinencia de la acción deducida en autos entregando argumentaciones relacionadas con la inexistencia de la vulneración constitucional que se ha denunciado por la requirente. En primer lugar, aduce que la norma cuestionada no vulneraría el derecho de igualdad ante la ley de la señora Valenzuela. En este capítulo la referida

entidad hace hincapié en el hecho de que la norma legal impugnada operaría en sentido inverso a lo que parece entender la actora, pues precisamente buscaría asegurar que se trate de igual modo a quienes se encuentran en la misma situación, que es lo que la Constitución Política garantiza a todas las personas en el numeral 2º de su artículo 19. En igual sentido, agrega que lo que no parece entender la actora es que el sexo y la edad serían causales que afectan de manera objetiva y real el riesgo de salud de una persona y que, por ello, tales factores la ponen en una situación distinta de otros individuos. En consecuencia, lo que hace la norma cuestionada, dice la Isapre, es reconocer un dato que extrae de la realidad y a partir de él y de otros aspectos técnicos, regular un adecuado procedimiento de variación del precio de esta clase de contratos.

En segundo lugar, la Institución de Salud Previsional postula que el requerimiento debe rechazarse porque no vulneraría el derecho a la protección de la salud de la accionante. Sobre este particular, alude a los errados conceptos que, a su juicio, tendría la requirente respecto de diversos temas: la primera apreciación equivocada en la que incurriría la peticionaria dice relación con la forma de entender el acceso a las acciones de protección, promoción y recuperación de la salud. En este aspecto manifiesta que el ejercicio de este derecho por parte de las personas siempre tendrá un costo porque se asocia a recursos escasos. El otro error que cometería la señora Valenzuela, a su entender, sería suponer que lo que ella ha pagado a la fecha sería suficiente para que se le mantengan inalterados en el tiempo todos los beneficios contratados originalmente. No es dable olvidar, dice la misma Institución, que se está frente a un contrato de

seguro y no a una cuenta de capitalización individual equivalente a la que existe en el sistema de AFP (Administradoras de Fondos de Pensiones). Lo que ocurre en este caso, indica, es que la señora Valenzuela ha pagado a la fecha mensualmente por un servicio que efectivamente ha recibido y que consiste en transferir su riesgo de salud a un tercero -la Isapre Banmédica S.A.-. El mencionado error se agravaría, en su opinión, si se tiene presente que los argumentos esgrimidos por la actora tienden a pensar que su contrato es el único que existe en la cartera de la empresa. Se aduce, asimismo, que los contratos de seguro suponen, por definición, la agrupación de riesgos, lo que permite afrontar de manera óptima los eventos que surjan en el tiempo. Un tercer error que cometería la requirente en la materia, según la Isapre, dice relación con el modo en que aquélla entendería la labor que desarrolla esa clase de instituciones y, por ende, con el alcance de sus obligaciones. Afirma en este punto que *“el compromiso de las Isapres con el máximo disfrute posible por parte de los afiliados, tiene un límite natural y obvio (...) que dice relación con la subsistencia”* de la propia entidad y, más concretamente, con la forma en que ésta administre los recursos que posea para cumplir con responsabilidad frente a todos sus afiliados. En este caso concreto, señala, se le ha ofrecido a la requirente un plan alternativo y ello no puede ser considerado como una maniobra de su parte para intentar excluirla a la fuerza del sistema privado de salud.

Además, la Isapre Banmédica ha pedido a este Tribunal Constitucional tener presente que el sistema tiene prevista la posibilidad de que una persona no pueda pagar su permanencia en él y para eso se contempla la cobertura de FONASA (Fondo Nacional de Salud), que en

ciertos casos, incluso, se puede otorgar de manera gratuita, porque en este caso los recursos provienen directamente del Estado.

Finalmente, como argumentación en favor del rechazo de la acción de inaplicabilidad deducida en este caso, la misma Institución de Salud Previsional esgrime que la aplicación de la norma legal impugnada tampoco generaría efectos contrarios al derecho de propiedad de la actora. Hace presente que existirían aspectos planteados en el requerimiento que quedarían fuera de la competencia de esta Magistratura Constitucional, como son las alegaciones formuladas en cuanto al aumento del precio base del plan y a la eliminación de un prestador preferente dentro de la cobertura del plan.

Ahora bien, en cuanto al aspecto sobre el que, según la referida Isapre, sí puede pronunciarse este Tribunal, esto es, respecto de la alteración que sufrirá el precio del contrato de salud de la señora Valenzuela producto del cambio de factor de edad incluido en la tabla que forma parte de la misma convención, y de si esa circunstancia puede generar un efecto contrario a su derecho de propiedad, se afirma que tal cambio de factor de ponderación no ha nacido como consecuencia de una decisión arbitraria ni fue decidido por ella de manera aislada, sino que *"constaba claramente desde el día mismo en que la requirente suscribió su contrato de salud previsional"*. Se trata, pues, de una variación de precio en el tiempo que fue acordada por las partes del contrato y, por consiguiente, no se presentaría la cuestión de inconstitucionalidad alegada en el requerimiento.

#### **VISTA DE LA CAUSA.**

Habiéndose traído los autos en relación, el día 14 de mayo de 2009 se procedió a la vista de la causa, oyéndose la relación y los alegatos de los abogados

señores Carlos Contreras Fuentes, por la requirente, y Germán Concha Zavala, por la Isapre Banmédica S.A.

**CONSIDERANDO:**

**I. CONFLICTO SOMETIDO AL CONOCIMIENTO Y RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.**

**1. SOBRE EL REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD.**

**PRIMERO.** Que el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Constitución Política de la República de Chile, dispone que es atribución exclusiva de esta Magistratura *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, 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”*. La misma norma constitucional establece, en su inciso decimoprimer, que *“la cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto. Corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley. A esta misma sala le corresponderá resolver la suspensión del procedimiento en que se ha originado la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad”*;

**SEGUNDO.** Que, a su vez, el artículo 47 K de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, N° 17.997, dispone

que: *“La sentencia que declare la inaplicabilidad del precepto legal impugnado deberá especificar de qué modo su aplicación en la gestión pendiente de que se trata resulta contraria a la Constitución”*;

**TERCERO.** Que la acción de inaplicabilidad conduce a un control concreto de constitucionalidad por parte de esta Magistratura, pues su pronunciamiento recae sobre el mérito constitucional del precepto legal impugnado al aplicarse en la gestión judicial pendiente aducida. El Tribunal declarará si tal aplicación puede producir efectos contrarios a la Constitución.

Esta característica distingue esencialmente la acción de inaplicabilidad vigente de su homónima contenida en el artículo 80 del texto constitucional que regía con anterioridad a la reforma introducida por la Ley N° 20.050, de 2005, así como de la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal previamente declarado inaplicable, que el número 7° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución entrega a esta Magistratura;

**CUARTO.** Que lo recién expuesto encuentra una descripción en la sentencia pronunciada por este Tribunal en la causa Rol N° 596, cuyo considerando séptimo se reproduce a continuación:

*“Que, en resoluciones anteriores, como las contenidas en los roles N° 478, 546, Capítulo I, 473, 517 y 535, este Tribunal ha precisado en sus consideraciones la naturaleza de la actual acción de inaplicabilidad y sus diferencias con la similar prevista en la Carta Fundamental con anterioridad a la reforma del año 2005, destacando especialmente la constatación de que de la simple comparación del texto de*

*la norma actual con el antiguo artículo 80 de la Carta Fundamental, que entregaba esta facultad a la Corte Suprema, se desprende que mientras antes se trataba de una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora se está en presencia de una situación diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto, como se dijo, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad, marcando así una clara diferencia con la regulación prevista por el texto constitucional anterior”;*

**QUINTO.** Que sobre la naturaleza y características de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, esta Magistratura ha sostenido: *“Mientras antes, cuando el recurso de inaplicabilidad era conocido por la Corte Suprema, se trataba de una confrontación directa entre la norma legal y la disposición constitucional, ahora que conoce el Tribunal Constitucional se está en presencia de una situación diferente, por cuanto lo que podrá ser declarado inconstitucional, por motivos de forma o de fondo, es la aplicación del precepto legal impugnado a un caso concreto, lo que relativiza el examen abstracto de constitucionalidad. Luego, las características y circunstancias del caso concreto de que se trate, han adquirido en la actualidad una relevancia mayor de la que debía atribuírseles antes de la reforma constitucional de 2005 pues, ahora, la decisión jurisdiccional de esta Magistratura ha de recaer en la conformidad o contrariedad con la Constitución que la aplicación del*

*precepto impugnado pueda tener en cada caso concreto, lo que no implica, necesariamente, una contradicción abstracta y universal con la preceptiva constitucional.*

*De esta manera, el que en uno o más casos determinados se declare un precepto legal inaplicable por inconstitucional, no significa que siempre y en cualquier caso procederá igual declaración, característica que cobra mayor importancia cuando se trata de una inconstitucionalidad de fondo y cuya trascendencia decae tratándose de defectos en la formación del precepto impugnado, pues resulta obvio que si en determinado caso la inaplicabilidad se acoge por estimarse que el precepto impugnado adolece de inconstitucionalidad de forma, disminuirá la importancia del caso concreto y la declaración de inaplicabilidad adquirirá una dimensión más general” (sentencia Rol N° 741, Considerando Décimo);*

## **2. LA NORMA IMPUGNADA Y EL CONTEXTO JURÍDICO DE SU EVOLUCIÓN.**

**SEXO.** Que, como se señaló en la parte expositiva de esta sentencia, en estos autos la señora María Angélica Valenzuela Márquez solicita a esta Magistratura Constitucional que declare inaplicable el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 en el proceso de protección Rol de ingreso N° 9451-2008, que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de una actuación de la Isapre Banmédica S.A.;

**SÉPTIMO.** Que el impugnado artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que corresponde al artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley N° 1, de 2005, del Ministerio de Salud, que fijó el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 2.763, de 1979, y de las leyes números 18.933 y 18.469, dispone:



**“Artículo 38 ter.-** Para determinar el precio que el afiliado deberá pagar a la Institución de Salud Previsional por el plan de salud, la Institución deberá aplicar a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo precedente, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla de factores.

La Superintendencia fijará, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de las tablas de factores, estableciendo los tipos de beneficiarios, según sexo y condición de cotizante o carga, y los rangos de edad que se deban utilizar.

Cada rango de edad que fije la Superintendencia en las instrucciones señaladas en el inciso precedente se sujetará a las siguientes reglas:

- 1.- El primer tramo comenzará desde el nacimiento y se extenderá hasta menos de dos años de edad;
- 2.- Los siguientes tramos, desde los dos años de edad y hasta menos de ochenta años de edad, comprenderán un mínimo de tres años y un máximo de cinco años;
- 3.- La Superintendencia fijará, desde los ochenta años de edad, el o los tramos que correspondan;
- 4.- La Superintendencia deberá fijar, cada diez años, la relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, diferenciada por sexo;

5.- En cada tramo, el factor que corresponda a una carga no podrá ser superior al factor que corresponda a un cotizante del mismo sexo.

En el marco de lo señalado en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional serán libres para determinar los factores de cada tabla que empleen. En todo caso, la tabla de un determinado plan de salud no podrá variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos al mismo, ni podrá alterarse para quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir de forma permanente los factores, total o parcialmente, lo que requerirá autorización previa de la Superintendencia; dicha disminución se hará aplicable a todos los planes de salud que utilicen esa tabla.

Cada plan de salud sólo podrá tener incorporada una tabla de factores. Las Instituciones de Salud Previsional no podrán establecer más de dos tablas de factores para la totalidad de los planes de salud que se encuentren en comercialización.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso precedente, las Instituciones de Salud Previsional podrán establecer nuevas tablas cada cinco años, contados desde las últimas informadas a la Superintendencia, manteniéndose vigentes las anteriores en los planes de salud que las hayan incorporado.

*Las Instituciones de Salud Previsional estarán obligadas a aplicar, desde el mes en que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción de factor que corresponda a un beneficiario en razón de su edad, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada expedida en la misma oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 38.”;*

**OCTAVO.** Que la disposición legal transcrita regula las siguientes materias:

- A) Obliga a los afiliados de las Instituciones de Salud Previsional -Isapres- a pagar por su plan de salud el precio que la respectiva entidad determina aplicando a los precios base que resulten de lo dispuesto en el artículo 38 bis de la misma legislación, el o los factores que correspondan a cada beneficiario, de acuerdo a la respectiva tabla.
- B) Ordena al órgano administrativo, Superintendencia de Salud, que, mediante instrucciones de aplicación general, fije la estructura de la tabla de factores que deberán incorporar las Isapres en los contratos de salud que ofrezcan a sus afiliados. Al mismo tiempo, la norma 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, estando obligada, para ello, a ceñirse a las reglas enumeradas en el inciso tercero del mismo artículo 38 ter;
- C) También ordena a la Superintendencia de Salud para establecer, cada diez años, la diferencia máxima

entre el factor mayor y el menor según el sexo del cotizante;

- D) Entrega a las Instituciones de Salud Previsional - Isapres- la facultad de elaborar la tabla de factores y fijar el precio del plan de salud, puntualizando que para ello deben aplicar al precio base el factor que corresponda al beneficiario, con sujeción a la tabla incorporada al respectivo contrato de salud;
- E) Faculta a las mismas Instituciones de Salud Previsional para fijar libremente los factores, dentro de las restricciones contenidas en el precepto examinado, no pudiendo variarlos mientras los beneficiarios se encuentren adscritos al mismo plan, ni alterarlos con relación a quienes se incorporen a él, a menos que la modificación consista en disminuir los múltiplos o factores con carácter permanente, sea total o parcialmente, cambio que requiere autorización previa de la Superintendencia de Salud; y
- F) Dispone que cada plan de salud tendrá incorporada tan sólo una tabla de factores;

**NOVENO.** Que lo expresado con precedencia permite concluir que el precepto impugnado en este proceso constitucional de inaplicabilidad constituye una norma que entrega una potestad normativa a un órgano de la Administración -como lo es la Superintendencia de Salud-, cuyo ejercicio repercutirá en la relación jurídica que, a través de un contrato de salud previsional, vincula a una Isapre con sus afiliados o cotizantes;

**DÉCIMO.** Que la comprensión de la norma impugnada en estos autos demanda indicar que ella fue incorporada a la Ley N° 18.933 por el artículo 1°, N° 15, de la Ley N° 20.015, y que, por disposición expresa del inciso primero

del artículo 2° de la misma legislación, entró en vigencia en el mes de julio del año 2005, fecha coincidente con la del Reglamento a que alude el mismo artículo (Decreto Supremo N° 170, del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial de 28 de enero de 2005);

**DECIMOPRIMERO.** Que el entendimiento de la norma impugnada se facilita con el seguimiento de la evolución histórica de las disposiciones legales que se han ocupado de regular la revisión del precio de los contratos de salud previsional que ofrecen las Isapres y que se mencionan a continuación: el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 1981, del Ministerio de Salud, publicado en el Diario Oficial de fecha 19 de mayo de 1981; la Ley N° 18.933, publicada en el Diario Oficial de fecha 9 de marzo de 1990; la Ley N° 18.959, que modifica la anterior, aunque publicada con anterioridad a aquélla en el Diario Oficial de fecha 24 de febrero de 1990; la Ley N° 18.964, que introduce modificaciones a la Ley N° 18.933 anteriormente citada, publicada en el Diario Oficial de fecha 10 de marzo de 1990; la Ley N° 19.381, publicada en el Diario Oficial de fecha 3 de mayo de 1995, y la Ley N° 20.015, publicada en el Diario Oficial de fecha 17 de mayo de 2005;

**DECIMOSEGUNDO.** Que el Decreto con Fuerza de Ley N° 3, de 1981, del Ministerio de Salud (publicado en el Diario Oficial de 19 de mayo de 1981), que *“Fija normas para el otorgamiento de prestaciones y beneficios de salud por instituciones de salud previsional”*, estableció, en su artículo 14, que los trabajadores debían suscribir *“un contrato”* con la Isapre que elijan, en el que *“las partes podrán convenir libremente el otorgamiento, forma, modalidad y condiciones de las*

*prestaciones y beneficios para la recuperación de la salud”.*

Como se advierte, en esta primera norma sobre la materia prima la autonomía de la voluntad, sin establecerse condición alguna para los contratos que contienen los respectivos planes de salud. Nótese, además, que la promulgación de esta legislación es posterior a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1980;

**DECIMOTERCERO.** Que el referido Decreto con Fuerza de Ley fue derogado por la Ley N° 18.933, en su texto publicado en el Diario Oficial de 9 de marzo del año 1990. En esta ley se contiene un artículo 38, que en su inciso tercero regula, entre otros aspectos, la revisión de los contratos de salud transcurrido un año de vigencia del contrato, en los términos siguientes: *“las Isapres podrán revisar los contratos de salud que correspondan, pudiendo sólo adecuar sus precios, prestaciones convenidas y naturaleza y el monto de sus beneficios, a condiciones generales que no importen discriminación entre los afiliados de un mismo plan, excepto en lo que se refiere a las condiciones particulares pactadas con cada uno de ellos al momento de su incorporación al plan, las que no podrán tener en consideración la edad del afiliado”.*

Conforme a esta norma, se limitó la libertad de la Isapre para establecer condiciones de ajuste del precio de los contratos que ofreciera a los afiliados, a la regla general de **no discriminación** entre los afiliados de un mismo plan, agregando la especificidad de prohibir **que las excepciones a tal regla general se funden en la edad del afiliado;**

**DECIMOCUARTO.** Que la primera modificación que sufrió el citado artículo 38 fue aprobada por la Ley N° 18.959,

publicada en el Diario Oficial de 24 de febrero de 1990, esto es, con anterioridad a la fecha de publicación de la normativa que dispuso modificar.

Conforme a la alteración aprobada en esta oportunidad, se sustituyó la expresión *“las que no podrán tener en consideración la edad del afiliado”* por la frase *“las revisiones no podrán tener en consideración el estado de salud del afiliado”* como condición para la adecuación anual de los precios de los contratos de salud. De esta manera, esta nueva legislación **reemplazó la edad por el estado de salud del afiliado** como condición o factor excluido de la revisión del precio de los contratos de salud previsional, formulación que se repetirá en la nueva modificación de la legislación que comentamos, aprobada por la Ley N° 18.964, publicada en el Diario Oficial unos días más tarde (10 de marzo del año 1990). Debe agregarse que el factor edad, si bien fue suprimido como limitación a la discriminación, no fue establecido expresamente como factor a tener en cuenta para fijar el reajuste del precio del plan de salud, lo cual, como veremos, se entendió a posteriori;

**DECIMOQUINTO.** Que, en el año 1995, la Ley N° 19.381 introdujo una nueva modificación al referido artículo 38 de la Ley N° 18.933, agregando, en el inciso tercero, que las revisiones de los contratos de salud no sólo no pueden tener en consideración el estado de salud del afiliado, sino que tampoco el de los **beneficiarios**.

La misma legislación estableció, sin embargo, en el inciso quinto del artículo 38 la siguiente disposición: *“No obstante la libertad de las Isapres para adecuar el precio y su obligación de no discriminar en los términos señalados en el inciso tercero, el nuevo valor que se cobre al momento de la renovación deberá mantener la relación de precios por sexo y edad que hubiere sido*

*establecida en el contrato original, usando como base de cálculo la edad del beneficiario a esa época, con la lista de precios vigentes en la Institución para el plan en que actualmente se encuentre”.*

Esta es la primera vez que los criterios de **sexo y edad** aparecen mencionados 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 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;

**DECIMOSEXTO.** Que la nueva modificación introducida a la Ley N° 18.933, verificada en el año 2005, por efecto de la Ley N° 20.015 (publicada en el Diario Oficial de 17 de mayo de 2005), incorporó el artículo 38 ter, que corresponde al precepto que se impugna en este proceso constitucional, 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”;**



**DECIMOSÉPTIMO.** Que la evolución del precepto impugnado presentada, da cuenta de una transformación completa de su contenido en relación a la discriminación de trato que se admite por el legislador en materia de aplicación de la, tantas veces mencionada, tabla de factores y que afecta, en consecuencia, la determinación del precio de los planes de salud. De la prohibición expresa de la discriminación y de la consideración de la edad y del sexo como factores determinantes del precio, se pasó a la permisividad de ambos criterios y, en consecuencia, al respaldo a la discriminación basada en ellos. Toda esta transformación, además, ha tenido lugar bajo la vigencia del texto constitucional de 1980, que no ha sufrido ninguna evolución en cuanto a las disposiciones invocadas en el requerimiento y desarrolladas en esta sentencia, a excepción de la inclusión expresa de la igualdad ante la ley de hombres y mujeres;

**DECIMOCTAVO.** Que la **tabla de factores** aludida en el precepto legal impugnado en este caso, se halla definida en la letra n) del artículo 2º de la Ley N° 18.933 -actual artículo 170, letra n), 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.”;*

**DECIMONOVENO.** Que la Superintendencia de Salud, materializando la facultad que le entrega el precepto legal impugnado, a través de la Circular N° 6, de 2 de junio de 2005, intitulada “*IMPARTE INSTRUCCIONES SOBRE LA ESTRUCTURA DE LAS TABLAS DE FACTORES DE LOS PLANES DE SALUD COMPLEMENTARIOS*”, dispuso la estructura de la referida tabla de factores y, además, fijó la diferencia máxima entre el factor mayor y menor, en los términos que se transcriben enseguida:

*“La relación máxima entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla será de hasta 9 veces, en el caso de las mujeres, y de hasta 14 veces, en el caso de los hombres, para el período comprendido entre el 1 de julio de 2005 y el 1 de julio de 2015”;*

### **3. LOS HECHOS EN EL CASO.**

**VIGÉSIMO.** Que, en la especie, la Isapre Banmédica S.A. le comunicó por escrito a la señora María Angélica Valenzuela Márquez (Carta de Adecuación fechada el 22 de septiembre de 2008, que rola a fojas 13), que

correspondía realizar un ajuste del valor actual del plan de salud contratado, denominado "ANDES PREFERENCIAL ANP04 (ANP04-C)". Tal ajuste significa, por una parte, incrementar en un 8,5% el precio base del plan de salud (de UF 1,083 a UF 1,175), fundado en "el alza promedio experimentada por todos los planes de la Isapre" y, por otra parte, aplicar al precio base incrementado el factor 5.00, en lugar del factor 3.00 utilizado a esa fecha, que es el que corresponde al nuevo tramo de edad -65 y más años- de la "Tabla de Factores de Precio" incorporada al referido contrato (fojas 15), al cual ingresa la requirente al cumplir, precisamente, 65 años de edad;

**VIGESIMOPRIMERO.** Que, aplicada la aludida adecuación contractual, se produciría un aumento del costo total del plan a pagar por la cotizante y requirente en estos autos.

En efecto, sin considerar los costos fijos por "Beneficios Adicionales" y por el "AUGE", el valor del plan contratado por la señora Valenzuela aumentaría de UF 3,25 a UF 5,877 y, estimando todos los costos parciales asociados al mismo plan de salud, su valor total se elevaría a UF 6,177 mensuales;

**VIGESIMOSEGUNDO.** Que, adicionalmente, dentro de las consideraciones de hecho que resulta imprescindible ponderar para el análisis de la cuestión que se somete al conocimiento de esta Magistratura, resulta necesario señalar la forma en que se encuentra estructurada la tabla de factores incorporada al plan de salud de la requirente;

**VIGESIMOTERCERO.** Que la "Tabla de Factores de Precio", como se la denomina en el caso del contrato de que se trata, según consta de los antecedentes tenidos a la vista, se encuentra elaborada por tramos de edad que se inician con el que considera de 0 a 2 años y que

culminan con aquél que va desde los 65 y más años. Por otra parte, ella distingue tipos de beneficiarios del plan, asociados a los referidos tramos etéreos, que se combinan con las categorías género (hombre/mujer) y condición (cotizante/cónyuge/carga);

**VIGESIMOCUARTO.** Que, como la misma señora Valenzuela ha hecho hincapié en su requerimiento, la eventual alza de precio que puede sufrir su plan de salud por aplicación de la disposición legal cuestionada puede tornarse aun más grave por encontrarse en la condición de **cotizante cautiva**. Es decir, que, en los términos que establece la letra i) del artículo 170 del D.F.L. N° 1, de Salud, de 2005, se está frente a una *“cotizante cuya voluntad se ve seriamente afectada, por razones de edad, sexo o por la ocurrencia de antecedentes de salud, sea de él o de alguno de sus beneficiarios, y que le impida o restrinja, significativa o definitivamente, su posibilidad de contratar con otra Institución de Salud Previsional”*;

#### 4. EL REQUERIMIENTO SOBRE EL QUE RECAE EL PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL.

**VIGESIMOQUINTO.** Que, habiéndose presentado las consideraciones de hecho del caso concreto en que inciden estos autos, procede adentrarse en la cuestión de fondo que la requirente ha pedido resolver, en sede de inaplicabilidad, a este Tribunal Constitucional;

**VIGESIMOSEXTO.** Que la requirente interpone el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra del artículo 38 ter de la Ley 18.933, por cuanto su aplicación en la gestión pendiente que individualiza vulneraría las garantías consagradas en el artículo 19,

números 2º, 9º y 24º de la Constitución Política de la República, que son del tenor siguiente:

*“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:*

*2º. La igualdad ante la ley. En Chile no hay persona ni grupo privilegiados. En Chile no hay esclavos y el que pise su territorio queda libre. Hombres y mujeres son iguales ante la ley.*

*Ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias;*

*9º. El derecho a la protección de la salud. El Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo.*

*Le corresponderá, asimismo, la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud.*

*Es deber preferente del Estado garantizar la ejecución de las acciones de salud, sea que se presten a través de instituciones públicas o privadas, en la forma y condiciones que determine la ley, la que podrá establecer cotizaciones obligatorias. Cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado.”.*

En lo pertinente a la acción de estos autos, el numeral 24º de la disposición constitucional en comento establece:

*“24º. El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.*

*Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental.*

*Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.*

*A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado.*

*La toma de posesión material del bien expropiado tendrá lugar previo pago del total de la indemnización, la que, a falta de acuerdo, será determinada provisionalmente por peritos en la forma que señale la ley. En caso de reclamo acerca de la procedencia de la expropiación, el juez podrá, con el mérito*

*de los antecedentes que se invoquen, decretar la suspensión de la toma de posesión.”;*

**VIGESIMOSÉPTIMO.** Que en relación al artículo 19, número 2°, de la Constitución, el libelo recuerda que *“esta norma constitucional señala que ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias, lo que sucede en el caso de la norma impugnada, pues al aplicar la tabla de factores de precio está discriminando a las personas en razón de su sexo y edad”*, agregando detalles del referido plan de salud que tiene contratado la actora;

**VIGESIMOCTAVO.** Que respecto de la alegación sobre la vulneración del artículo 19, número 9°, de la Constitución, la requirente alega que la referida norma consagra *“el derecho a la protección de la salud, según el cual el Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud, señalando además que cada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse”* y agregando que *“esta garantía no puede hacerse efectiva si por la vía indirecta de subir el precio de los planes de salud de las personas de mayor edad, al aplicarles la tabla de factores, las obligan a abandonar el sistema privado de salud que eligieron y pagaron durante su vida activa, al hacer imposible el pago del precio del plan.”;*

**VIGESIMONOVENO.** Que, en relación a la vulneración del artículo 19, numeral 24°, de la Ley Fundamental, que consagra el derecho de propiedad, la requirente señala que *“la norma impugnada también infringe esta garantía, pues por la vía indirecta de aumentar en forma creciente el valor del plan de salud al aplicar la tabla de factores de precio, se estaría privando al afiliado de*

*hacer uso del sistema privado de salud así como de los beneficios contratados en su plan de salud, los que se encuentran incorporados a su patrimonio”;*

**TRIGÉSIMO.** Que la accionante resumió a fojas 2 de su requerimiento el alcance de su pretensión en los siguientes términos: *“Esta última situación, la aplicación de la tabla de factores por la edad, es la que motiva la interposición de este recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ya que la norma que autoriza su aplicación, el artículo 38 ter de la Ley 18.933, vulnera derechos fundamentales garantizados por la Constitución Política de la República, siendo este Excmo. Tribunal el único con facultades para dejar de aplicar la norma en cuestión”;*

## **II. RESOLUCIÓN DE CUESTIONES PREVIAS PRESENTADAS POR PARTE DE LA ISAPRE BANMÉDICA S.A.**

### **1. EXISTENCIA DE UNA GESTIÓN PENDIENTE ANTE UN TRIBUNAL.**

**TRIGESIMOPRIMERO.** Que, previo a pronunciarse sobre la pertinencia constitucional de la pretensión que se hace valer por la requirente en los términos descritos precedentemente, este Tribunal debe resolver respecto de lo alegado en estrados por la Isapre Banmédica S.A., en el sentido de que el recurso de protección interpuesto por la señora Valenzuela en su contra y del que conoce la Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol de ingreso N° 9451-2008, no constituiría una gestión pendiente en la que pueda incidir la acción constitucional deducida en estos autos y que tal circunstancia la lleva a solicitar el rechazo de la misma, por tratarse de un presupuesto



insoslayable para su interposición y, con mayor razón, para poder prosperar;

**TRIGESIMOSEGUNDO.** Que la aludida entidad de salud previsional funda tal solicitud en su propósito de allanarse de manera incondicional al recurso de protección antes individualizado, lo cual, según acreditó en el expediente -fojas 44-, ya ha manifestado a la Corte de Apelaciones que conoce del asunto, mediante escrito de 23 de diciembre de 2008. Según se expresa en dicha presentación, esa parte *“dejará sin efecto el alza del precio del plan de salud de la recurrente tanto en lo que dice relación con el precio base como respecto del alza por concepto de factores etéreos, manteniéndose de esta forma el mismo precio que doña María Angélica Valenzuela Márquez pagaba hasta antes de la adecuación que da cuenta el recurso de autos”*;

**TRIGESIMOTERCERO.** Que, como indicó en autos la referida Institución de Salud Previsional, la Corte de Apelaciones competente en el caso *sub lite* no se ha pronunciado respecto de dicho allanamiento y ello se ha debido a que el mismo proceso cautelar se encuentra suspendido por haberlo dispuesto así esta Magistratura Constitucional en resolución dictada en estos autos el 3 de diciembre de 2008 (fojas 20 a 22) y ratificada el 29 de enero de 2009 (fojas 67), al rechazarse, previo traslado evacuado por la actora (fojas 52 a 66), una petición en contrario formulada por la misma Isapre;

**TRIGESIMOCUARTO.** Que, conforme a lo dispuesto en el artículo 313, en relación con el artículo 3º, ambos del Código de Procedimiento Civil, el allanamiento que formula una parte respecto de la pretensión hecha valer por su contraria no pone término al proceso y así lo ha declarado esta Magistratura en resolución dictada el 11

de febrero de 2009, en el proceso de inaplicabilidad Rol N° 1304-09;

**TRIGESIMOQUINTO.** Que, en consecuencia, este Tribunal, rechazando la cuestión previa alegada por la Isapre Banmédica S.A., declarará que en la especie existe gestión pendiente en la que incide la acción deducida en este proceso;

## **2. CARÁCTER DECISIVO DEL PRECEPTO LEGAL IMPUGNADO PARA LA RESOLUCIÓN DE LA GESTIÓN PENDIENTE.**

**TRIGESIMOSEXTO.** Que la otra cuestión planteada en autos por la Isapre Banmédica S.A. y que debe ser previamente resuelta por esta Magistratura Constitucional, se refiere a que el impugnado artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 no formaría parte del régimen jurídico aplicable al contrato de salud de la requirente y, como consecuencia de ello, además, tampoco tendría la calidad de precepto legal decisorio de la gestión judicial pendiente en que inciden estos autos, circunstancias que, en definitiva, impedirían a este Tribunal decidir sobre el fondo de la acción constitucional deducida en este caso;

**TRIGESIMOSÉPTIMO.** Que, como también consta de antecedentes tenidos a la vista y sobre los cuales no se ha suscitado controversia, la relación contractual cuyo precio la Isapre Banmédica S.A. ha decidido modificar en el caso particular en análisis, data del 24 de diciembre del año 1999 -los beneficios rigen desde el mes de febrero del año 2000- y, desde esa fecha, no ha sufrido modificaciones. En palabras utilizadas por la propia requirente al interponer el recurso de protección en el que incide este proceso constitucional: *“Estoy afiliada a la Isapre Banmédica ininterrumpidamente desde agosto de*

1981, por 27 años, tengo el contrato N° 889, mi plan de salud actual **ANDES PREFERENCIAL ANP04 (ANP04-C)**, lo contraté en el año 2000 en unidades de fomento, no obstante lo cual ha sido sucesivamente reajustado en su valor, aumentándolo esta vez prácticamente al doble. La recurrida ha reajustado el precio del plan base de UF 1.083 a UF 1.175, esto es, una variación porcentual del 8,5%, así como también ha aplicado un nuevo tramo de la tabla de factores, aumentándolo de 3 a 5”;

**TRIGESIMOCTAVO.** Que, por su parte, la Isapre Banmédica funda la alegación descrita en que el artículo 38 ter impugnado entró en vigencia con posterioridad a la celebración del contrato con la señora Valenzuela, ya que aquél fue incorporado a la Ley N° 18.933 por la Ley N° 20.015 (publicada en el Diario Oficial de 17 de mayo de 2005).

En relación con lo anterior, la misma entidad hace notar que el inciso cuarto del artículo 2° de la citada Ley N° 20.015, preceptúa lo siguiente:

*“Tratándose de contratos en curso a la entrada en vigencia de esta 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.”;*

**TRIGESIMONOVENO.** Que para examinar y ponderar esta alegación, es dable tener en consideración que la Ley N° 20.015 entró en vigor, como lo indica el inciso primero de su artículo 2°, “en la misma fecha...” en que comenzó a regir “el primer decreto que contenga las Garantías Explícitas en Salud del Régimen General de Garantías de Salud”. Esto es, como ya se señaló en el considerando décimo de esta sentencia, entró en vigencia en el mes de

julio del año 2005, fecha coincidente con la del Reglamento a que alude el mismo artículo (Decreto N° 170, de Salud, publicado en el Diario Oficial de 28 de enero de 2005);

**CUADRAGÉSIMO.** Que sin perjuicio de su incidencia en el caso de autos, el alegato de la referida Isapre se ocupa de la aplicación de la ley en el tiempo, esto es, de una cuestión cuyo esclarecimiento no se halla dentro de la órbita de atribuciones de esta Magistratura, sino que en la de los jueces del fondo. Así lo ha señalado este mismo Tribunal Constitucional en sentencia Rol N° 976, de 26 de junio de 2008 (Considerando 16°), que se pronunció sobre un requerimiento de inaplicabilidad deducido en contra de idéntico precepto legal al impugnado en la especie;

**CUADRAGESIMOPRIMERO.** Que, asimismo, la pertinencia que en su mérito pueda tener la alegación de legalidad referida a la aplicación de la ley en el tiempo, no puede eximir el deber de esta Magistratura para pronunciarse respecto de si tal precepto legal, de ser aplicado al caso de que se trata, producirá el efecto inconstitucional que se denuncia en el respectivo libelo;

### **III. DECISIÓN DEL REQUERIMIENTO DE AUTOS.**

#### **1. EL SITIAL CONSTITUCIONAL DE LA DIGNIDAD DE LA PERSONA Y SU IRRADIACIÓN EN LOS DERECHOS AFECTADOS.**

**CUADRAGESIMOSEGUNDO.** Que la dilucidación del caso de autos tiene como ineludible referencia los fundamentos esenciales del ordenamiento constitucional, cuya cúspide reside en la dignidad de la persona. En tal perspectiva, la jurisprudencia de esta Magistratura se ha referido al significado y efecto de tal dignidad que emana del

artículo 1º, inciso primero, de la Constitución Política de la República, que la consagra. En efecto, en su sentencia Rol N° 1287, el Tribunal destacó que la referida norma que dispone: *“Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”* debe entenderse *“como el principio matriz del sistema institucional vigente, del cual se infiere, con claridad inequívoca, que todo ser humano, sin distinción ni exclusión, está dotado de esa cualidad, fuente de los derechos fundamentales que se aseguran en su artículo 19”* (Considerando 16º);

**CUADRAGESIMOTERCERO.** Que la referida sentencia agregó que de *“la dignidad, valor que singulariza a toda persona humana, se deriva un cúmulo de atributos, con los que nace y que conserva durante toda su vida. Entre tales atributos se hallan los derechos públicos subjetivos o facultades que el ordenamiento jurídico le asegura con carácter de inalienables, imprescriptibles e inviolables en todo momento, lugar y circunstancia. De esos atributos se nombran aquí, por su vínculo directo con la causa a ser decidida, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la **protección de la salud y a la seguridad social**, cuyo ejercicio legítimo la Constitución exige respetar siempre, incluyendo la esencia inafectable de lo garantizado en ellos”* (Considerando 17º);

**CUADRAGESIMOCUARTO.** Que a lo anterior cabe añadir que la dignidad de la persona corresponde a lo que la doctrina denomina *“fundamentación de los derechos”*. Como lo señala Pereira Menaut: *“la dignidad es el merecimiento, el crédito de respeto que nos es debido y que fundamenta el reconocimiento de un derecho”*, agregando: *“La dignidad de la persona, la igualdad básica (no la concreta) y la libertad humana, consideradas como tales -dejando ahora las libertades concretas que de ellas se deriven-, son atributos del ser humano por el*

*mero hecho de vivir y de estar dotado de conciencia moral y de intelecto racional y, desde esa perspectiva, son anteriores al derecho e indisponibles para legisladores y jueces”* (Antonio- Carlos Pereira Menaut: Teoría Constitucional, ConoSur, Santiago de Chile, 1998, p. 424);

**CUADRAGESIMOQUINTO.** Que la relación entre principios y normas, así como la cualidad jurídica o positiva que aquéllos tienen en el Derecho Público, ha sido objeto de un debate doctrinario profundo y sostenido en las últimas décadas. Desde luego, entre los denominados principios generales del derecho se distinguen aquellos calificados como principios positivos del derecho, o sea, que se encuentran en *“normas explícitamente formuladas en los textos de derecho positivo o al menos contruidos a partir de elementos contenidos en estas disposiciones”*, entre los que se puede ubicar a la dignidad de la persona. Por otra parte, en la conocida distinción de Dworkin entre *“normas y principios”* es dable ubicar a la dignidad de la persona entre las *“normas”*, pues, aun teniendo un contenido típico de principio, la dignidad de la persona es una norma jurídica, por lo menos en el ordenamiento jurídico chileno (véase Frank Moderne: Principios Generales del Derecho Público, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 28-29);

**CUADRAGESIMOSEXTO.** Que, en consecuencia, la dignidad de la persona se irradia en las disposiciones de la Constitución en una doble dimensión: como principio y como norma positiva. En esta doble calidad debe ser considerada ante el examen concreto de constitucionalidad que envuelve la acción de inaplicabilidad. Si la aplicación del precepto impugnado -en este caso el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933-, en la gestión pendiente señalada en autos, resulta contraria a la

Constitución, ese efecto se entenderá como extendido a las tres disposiciones invocadas en la medida en que se vea involucrado el citado artículo 1º, inciso primero, de la Carta;

**CUADRAGESIMOSÉPTIMO.** Que sin perjuicio de lo anteriormente descrito y de que en el requerimiento se solicita al Tribunal pronunciarse sobre cada uno de los derechos fundamentales invocados, cabe advertir que los mismos no pueden ser considerados 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 con otras disposiciones y valores constitucionales. Por consiguiente, será ese el criterio que guiará el análisis que le corresponde realizar a esta Magistratura a los efectos de dictar la sentencia definitiva en estos autos;

## **2. EL IMPERIO CONSTITUCIONAL DE LA INAPLICABILIDAD.**

**CUADRAGESIMOCTAVO.** Que por mandato del número 6º del inciso primero del artículo 93 de la Constitución, esta Magistratura debe resolver si el aumento del precio del plan de salud contratado por la requirente con la Isapre Banmédica S.A., resultante de la aplicación de la tabla de factores incorporada en la misma convención y eventualmente regulada según los criterios establecidos en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, que constituye una de las circunstancias que dio origen al recurso de protección que se individualiza en el libelo de autos, genera un efecto contrario a la Constitución;

**CUADRAGESIMONOVENO.** Que la declaración de inaplicabilidad de un precepto legal que la Carta Fundamental entrega al Tribunal Constitucional encuentra su sustento último en el principio de la supremacía constitucional establecido en el artículo 6° de la Constitución, que señala:

*“Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantiza el orden institucional de la República.*

*Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a **los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo.***

*La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.”;*

**QUINCUAGÉSIMO.** Que, consecuentemente, la decisión de esta Magistratura en orden a resolver que la aplicación de un precepto legal en una gestión pendiente resulta contraria a la Constitución, da cuenta de una relación de subordinación del precepto legal frente a la Constitución a la cual debe conformarse no sólo en su contenido - materia de la inconstitucionalidad- sino en las consecuencias de su aplicación. No procede, por lo tanto, alegato alguno que sugiera que la Constitución debe adecuarse al precepto legal y que en su naturaleza legislativa descansa la seguridad jurídica. El constituyente prevalece por sobre el legislador. Tal es la consecuencia del artículo 6° constitucional ya citado, en relación con el número 6° del inciso primero del artículo 93 de la Constitución Política de la República;



### 3. LA GARANTÍA DE IGUALDAD ANTE LA LEY.

**QUINCUAGESIMOPRIMERO.** Que la primera garantía que se invoca en el libelo como eventualmente violentada por la aplicación del artículo 38 ter impugnado, es la asegurada para todas las personas en el número 2º del artículo 19 de la Ley Fundamental: la igualdad ante la ley;

**QUINCUAGESIMOSEGUNDO.** Que la igualdad ante la ley es un principio antiguo de la tradición constitucional, pues da cuenta de una de las condiciones esenciales de la persona, en cuya dignidad debe descansar la existencia de todo ordenamiento jurídico. Por otra parte, desde las primeras obras filosófico-jurídicas clásicas la noción de igualdad estuvo vinculada a la justicia, sumándose las complejidades de ambas dimensiones. Por ello es que la formulación con que la igualdad se consagra en los textos constitucionales es tan simple como compleja es la interpretación de su significado y de sus consecuencias jurídicas, tanto teóricas como prácticas;

**QUINCUAGESIMOTERCERO.** Que la mencionada doble dimensión de la igualdad se ha manifestado en las contradicciones que las más reputadas democracias han exhibido durante décadas entre la claridad del texto constitucional y la realidad de la legalidad y de la jurisprudencia, sólo explicables por las restricciones jurídicas que sufrían grupos de la sociedad a partir de las valoraciones de cada cultura, o simplemente de las necesidades económicas. Como bien lo recuerda un juez actual del Tribunal Constitucional Federal alemán, es hoy difícil de entender *“cómo podría conciliarse la maravillosa concepción que los griegos tenían sobre el ser humano con su ausencia de problemas para el trato inhumano de bárbaros y esclavos, o la compatibilidad de*

*la extraordinaria Constitución norteamericana con la sociedad esclavista en el Sur o el mantenimiento de la prohibición del voto femenino en todas las denominadas democracias hasta avanzado el siglo veinte.”* (Udo di Fabio: *Die Kultur der Freiheit* (La cultura de la libertad), C.H.Beck, München, 2005, p. 102);

**QUINCUAGESIMOCUARTO.** Que la redacción de la igualdad ante la ley en la Constitución chilena transcrita, siguió, en gran parte, la tradición de los textos constitucionales chilenos, incluyendo algunas referencias textuales del número 1º del artículo 10 de la Carta de 1925. Sin embargo, el texto constitucional hoy vigente contiene dos acápites destinados a precisar el entendimiento de la igualdad ante la ley y que revisten una importancia decisiva para la resolución del asunto de autos por parte de esta Magistratura: a) La consagración de la igualdad ante la ley de hombres y mujeres, y b) La prohibición a la ley y a la autoridad de establecer diferencias arbitrarias;

**QUINCUAGESIMOQUINTO.** Que la jurisprudencia chilena ha trazado una línea interpretativa uniforme sobre la igualdad, aun cuando no original por lo extendido de los razonamientos habituales sobre la materia en la jurisprudencia y la legislación comparadas, como se señalará en los considerandos siguientes de esta sentencia.

La fórmula mencionada encuentra su expresión en dos sentencias, dictadas casi simultáneamente por el Tribunal Constitucional y por la Corte Suprema en abril y julio de 1985, respectivamente. En efecto, en la sentencia Rol N° 28, considerando cuarto, el Tribunal Constitucional señaló: *“La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas deben ser iguales para todas las personas que se encuentren en las mismas circunstancias*

*y, consecuentemente, diversas para aquellas que se encuentren en situaciones diferentes”.*

A su vez, la Corte Suprema en fallo publicado en la Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo LXXXII, 2ª parte, sección 5ª, p. 183, declaró: *“El principio de isonomía exige que sean tratadas de igual modo las situaciones iguales y de manera distinta las desiguales”* (véase esta referencia y la anterior en el Tratado de Derecho Constitucional de Alejandro Silva Bascuñán, Tomo XI, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 108);

**QUINCUAGESIMOSEXTO.** Que, más recientemente, el Tribunal Constitucional ha reproducido esta línea argumental en el fallo recaído en la causa Rol N° 787, de 18 de diciembre de 2007, en su considerando decimoctavo, refiriéndose a un estudio de Miguel Ángel Fernández González, quien, tomando algunos fallos atinentes a la igualdad, señala: *“Volviendo a confirmar, finalmente, que no hay infracción del principio de igualdad cuando todos los sujetos que se encuentran en la misma situación son tratados de manera idéntica por el ordenamiento jurídico, esto es, haciendo simétricos los principios de igualdad y generalidad, aunque esta última supone respeto por la primera cuando el tratamiento general no goza de razonabilidad”;*

**QUINCUAGESIMOSÉPTIMO.** Que, asimismo, el fallo Rol N° 787 de esta Magistratura, recién citado, hace mención a la sentencia Rol N° 53, de 5 de abril de 1998, recaída, en control preventivo de constitucionalidad, sobre el proyecto de Ley Orgánica Constitucional sobre Votaciones Populares y Escrutinios. En su considerando septuagesimosegundo, referido al N° 2° del artículo 19, se lee: *“De esta manera 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”,* agregándosele una conocida cita del tratadista Segundo Linares Quintana sobre la razonabilidad: *“La razonabilidad es el cartabón o standard de acuerdo con el cual debe apreciarse la medida de la igualdad o de la desigualdad”* (véase la cita en Alejandro Silva Bascuñán, ob.cit., p. 125);

**QUINCAGESIMOCTAVO.** Que una revisión prolija del asunto conduce a constatar que la argumentación jurisprudencial mencionada también encuentra sustento en la jurisprudencia y en la bibliografía comparadas. En el Tratado de Interpretación Constitucional del autor Segundo V. Linares Quintana (Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998) se comenta un influyente fallo de la Corte Suprema de Argentina, de fecha 27 de diciembre de 1990, del cual se cita lo siguiente sobre el asunto que nos ocupa: *“Este planteo hace necesario recordar que, como en todo tiempo fue interpretada por el Tribunal, la garantía de la igualdad ante la ley radica en consagrar un trato legal igualitario a quienes se hallan en una razonable igualdad de circunstancias”,* agregando después de citar 18 fallos con tal planteamiento: *“por lo que tal garantía no impide que el legislador contemple en forma distinta situaciones que considere diferentes”,* y concluyendo después de citar otros 17 fallos y precediendo a 14 ejemplos de sendas sentencias: *“en tanto dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o disfavor, privilegio o inferioridad personal o de clase, o de legítima persecución”* (p.546). En este mismo tratado que nos sirve de fuente, el autor cita a su antecesor Juan F. Linares, al administrativista Rafael Bielsa y al constitucionalista Bidart Campos, respecto a la función que cumple la razonabilidad como

medida para calificar o no de arbitraria una diferencia legal que lesione la igualdad, señalando el último de los citados: *“Lo razonable es lo opuesto a lo arbitrario”* y que *“el acto irrazonable o arbitrario es defectuoso y es inconstitucional”*. Respecto de la igualdad la cita de Juan F. Linares evoca la cuestión que nos ocupa: *“Afirma Linares que es cuestión sumamente difícil de entender la de saber con qué criterio cierto deben reconocerse las igualdades y las diferencias en los hombres y situaciones, a fin de dar bienes iguales a los iguales y desiguales bienes a los desiguales. Como de hecho no existen dos hombres o dos situaciones iguales, siempre la afirmación de una igualdad implica una elección de cuál es la calidad esencial que determina la igualdad y cuáles las calidades no esenciales que no la determinan y pueden descartarse”*, agregando al final del párrafo: *“Por último, la pauta de la igualdad no se agota hoy día en el contenido de la justicia; ya que hay otros contenidos como el de la valoración de la persona humana como fin en sí mismo”* (pp. 562-566);

**QUINCAGESIMONOVENO.** Que, más allá de la referida sintonía que la jurisprudencia nacional ha sostenido con las doctrinas y jurisprudencia comparadas sobre la igualdad ante la ley que hemos mencionado, ha de aceptarse que tal razonamiento, siendo lógico, carece de los matices que exige el examen de constitucionalidad concreto de la especie. En efecto, es casi una obviedad constatar que la igualdad ante la ley no es equivalente a la igualdad natural de persona y que las diferencias evidentes deben ser incorporadas diferenciadamente en el trato legal. De poco sirve constatar esa apreciación general para los fines de dilucidación jurídica. Lo necesario, entonces, es avanzar en precisar cuáles son aquellas condiciones de igualdad o de desigualdad en las

que se encuentran las personas o presentan las situaciones, para permitir uno y otro trato por la ley. Es lo que la doctrina moderna distingue *“en establecer los criterios (legítimos) conforme a los cuales se tratará una situación en términos de equiparación (que no necesita en principio justificación), o bien en los de discriminación (que ha de ser justificada)”*. Dicho de otro modo, si, como resume Comanducci (1992,108), el juicio de igualdad es el instrumento a través del cual *“se describe, se instaura o se prescribe una relación comparativa entre dos o más sujetos u objetos que poseen al menos una característica relevante común”*, su cometido consiste, precisamente, en establecer cuándo, cómo y por qué hay que equiparar o diferenciar en el trato a personas, conductas o situaciones” (Javier de Lucas: La igualdad ante la ley, en: Ernesto Garzón Valdés y Francisco Laporta (eds.): El Derecho y la Justicia, Trotta, Madrid, 1996, p. 495);

**SEXAGÉSIMO.** Que, por la reputación que ha tenido en el derecho comparado, es menester tener en consideración, para dilucidar el caso de autos, el cuerpo doctrinal y el método que la doctrina y la jurisprudencia alemanas de las últimas décadas han desarrollado para afrontar los problemas descritos. Según tal enfoque, es necesario distinguir conceptualmente entre *“igualdades esenciales”* y *“desigualdades esenciales”*. Así, 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”*. 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 (Rolf Schmidt: Grundrechte (sowie Grundzüge der Verfassungsbeschwerde) [Derechos Fundamentales. Lineamientos de Recursos Constitucionales, Verlag Dr. Rolf Schmidt, Grasberg, 2005, pp. 177-178];

**SEXAGESIMOPRIMERO.** Que el procedimiento de la secuencia de la proporcionalidad descrita, de amplia divulgación en la doctrina y especialmente en la jurisprudencia comparada en las últimas dos décadas, ha sido recientemente presentado en nuestra doctrina por Humberto Nogueira "*como prohibición constitucional de medidas excesivas*", ordenando la presentación de sus tres subprincipios: adecuación, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, previa cita de una sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 1980, que señala que se vulnera el derecho a la igualdad "*cuando un grupo de destinatarios de una norma es tratado de manera distinta, en comparación con otros destinatarios de la misma, a pesar de que entre los dos grupos no existan diferencias de tal tipo y de tal peso que puedan justificar un trato diferente.*" (Humberto Nogueira:

Derecho y Garantías Fundamentales, CECOCH/ Librotecnia, Santiago, 2008, Tomo 2, pp. 236-237);

**SEXAGESIMOSEGUNDO.** Que, desde otra perspectiva doctrinaria con recepción en nuestro medio, se proponen otros criterios para discernir los límites de la diferenciación arbitraria o de la discriminación constitucionalmente reprochable, que alterarían el principio y la norma de la igualdad ante la ley. Se trata de afrontar cada problema desde una visión integrada de la Constitución que podría respaldar una prohibición absoluta de diferencias: *“Hay bienes que están constitucionalmente distribuidos de modo igualitario, sin admitir, por ello, diferenciación alguna; toda diferenciación resultaría arbitraria.”* (Gastón Gómez Bernal: El principio de igualdad constitucional, en: Enrique Navarro (Ed.): 20 años de la Constitución chilena, Conosur, Santiago de Chile, 2001, p. 178);

**SEXAGESIMOTERCERO.** Que, desde la perspectiva conceptual, la igualdad es sometida por la doctrina a una doble dimensión. Por una parte, la igualdad como principio, según el cual los individuos, sin distinción alguna, tienen la misma aptitud jurídica, que es la que se encuentra en el inicio de la formulación constitucional del número 2º del artículo 19 de nuestra Carta Fundamental. Por otra parte, sin embargo, encontramos la igualdad como *“ideal de igualdad efectiva (por ejemplo: económica, de educación, etc.) que las normas e instituciones deben lograr en forma progresiva, atenuando las desigualdades de hecho”* (Gérard Cornu: Vocabulario Jurídico, Asociación Henri Capitant, Temis, Bogotá, 1995);

**SEXAGESIMOCUARTO.** Que el concepto de igualdad atingente al caso de la especie es el de igualdad efectiva, que se encuentra establecido en el inicio del



segundo inciso del número 9° del artículo 19 de la Constitución: *“El Estado protege el libre e **igualitario** acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo”*. Como la expresión *“acciones”* se repite en todo el resto del precepto, debe entenderse que el acceso igualitario abarca a todas ellas, sean las que se presten a través de instituciones públicas o privadas;

**SEXAGESIMOQUINTO.** Que, en consecuencia, la igualdad ante la ley, consagrada en el número 2° del artículo 19 de la Constitución e invocada en el requerimiento de autos, se extiende también hacia el número 9° del mismo artículo constitucional, sin perjuicio de la vulneración del núcleo de su contenido, el derecho a la protección de la salud;

**SEXAGESIMOSEXTO.** Que el impugnado artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 incluye, en su inciso segundo, tres tipos de diferenciaciones o criterios para que las tablas de factores determinen los tipos de beneficiarios: **sexo, condición de cotizante o carga, y los rangos de edad;**

**SEXAGESIMOSÉPTIMO.** 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;

**SEXAGESIMOCTAVO.** Que el requerimiento de autos centra su reproche en el factor edad, siendo el criterio que sirve de referencia para fijar los rangos según un conjunto de reglas a las que la Superintendencia debe sujetarse y que las Isapres están obligadas a considerar para fijar las variaciones de los precios. Así lo señala el último inciso del referido artículo 38 ter: *“Las Instituciones de Salud Previsional estarán obligadas a aplicar, desde el mes en que se cumpla la anualidad y de conformidad con la respectiva tabla, el aumento o la reducción del factor que corresponda a un beneficiario **en razón de su edad**, y a informar al cotizante respectivo mediante carta certificada expedida en la misma oportunidad a que se refiere el inciso tercero del artículo 38”*. En consecuencia, así se expone en el libelo a fojas 2: *“Esta última situación, la aplicación de la tabla de factores **por edad**, es la que motiva la interposición de este recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, ya que la norma que autoriza su aplicación, el artículo 38 ter de la Ley 18.933, vulnera derechos fundamentales garantizados por la Constitución Política de la República”*;

**SEXAGESIMONOVENO.** Que la diferenciación por el criterio de edad no es, en sí misma, jurídicamente reprochable. Desde luego, es usual en el Derecho Público, tratándose, por ejemplo, de requisitos para ejercer derechos políticos activos y pasivos, o en el derecho privado para ser titular en el ejercicio de determinados derechos. En materia de derecho laboral y de seguridad social, por su parte, el factor edad es inherente a la fijación de requisitos para recibir determinadas prestaciones y ejercer el derecho a la jubilación. Las

diferenciaciones señaladas, sin embargo, se ajustan al principio de que la relación jurídica no debe perjudicar al más débil, menos aún si tal condición escapa a la voluntad del afectado, como lo es el hecho de cumplir una determinada edad, lo que resulta observable en el asunto de autos;

**SEPTUAGÉSIMO.** Que siguiendo el razonamiento respecto de las diferenciaciones jurídicas relativas al sexo y la edad, el hacer distinciones que combinen estos dos factores en los ejemplos mencionados equivaldría a admitir que no sería reprochable establecer una edad para ejercer el derecho a sufragio para los hombres y otra edad para las mujeres; lo mismo para gozar de la mayoría de edad para ser sujeto de actos jurídicos. Por otra parte, sí resulta admisible que la edad para jubilar sea menor para la mujer que para el hombre, pues así se beneficia al sector más débil;

**SEPTUAGESIMOPRIMERO.** Que incomprensible resulta, en consecuencia, que condiciones como la edad y el sexo puedan ser asimiladas al seguro de riesgo como objeto de un contrato de salud previsional, como se presentó en estrados por la parte de la Isapre Banmédica S.A. Las diferencias entre ambas situaciones son ostensibles. La mayoría de los automóviles no sufren accidentes y la mayoría de las viviendas no se incendian. Pero la mayoría de las personas, quizás la totalidad, se enferman, especialmente con el aumento de su edad, y las mujeres en determinadas edades, por razones orgánicas. Además, la mayoría de las personas de edad avanzada y enfermas disponen de menores recursos. En consecuencia, el argumento, obvio en su presentación, de que, tratándose de un contrato de seguro, el afiliado aumenta su nivel de riesgo en la medida en que aumenta su edad, como los automóviles el riesgo de accidentes, según se presentó en

estrados por la Isapre involucrada en este proceso, no tiene asidero por la completa falta de analogía entre los riegos previstos en cada caso y por las eventuales consecuencias en relación a la interpretación de los contratos, que no es atribución de esta Magistratura, sino de los jueces de fondo;

**SEPTUAGESIMOSEGUNDO.** Que la diferenciación por sexo y edad que permite el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, impugnado en estos autos, establece un trato desigual para igualdades esenciales, como son: *i*) la igualdad en dignidad y derechos con que las personas nacen (inciso primero del artículo 1° de la 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);

**SEPTUAGESIMOTERCERO.** Que la diferenciación por sexo y edad que permite el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 es arbitraria, expresión que el Diccionario de la Lengua Española define como *“acto o proceder contrario a la justicia”*. Independientemente de los conceptos que se tengan de justicia, ninguno resulta conciliable con el aumento de precio en la medida en que aumenta la vulnerabilidad de las personas por el paso del tiempo y la condición orgánica de mujer, como en el caso de autos. La expresión *arbitraria* que usa nuestra Constitución 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);

#### 4. LA GARANTÍA DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.

**SEPTUAGESIMOCUARTO.** Que la segunda garantía que se invoca en el libelo como eventualmente violentada por la aplicación del artículo 38 ter impugnado, es la asegurada para todas las personas en el número 9° del artículo 19 de la Constitución Política de la República: el derecho a la protección de la salud, cuya transcripción se encuentra en el considerando vigesimosexto de esta sentencia;

**SEPTUAGESIMOQUINTO.** Que las exigencias de orden público contenidas en el artículo 19, N° 9°, del Código Político aseguran a la accionante de autos el derecho a la libre elección del sistema de salud, público o privado, al que ella resuelva acogerse, obligación que implica que, durante la vigencia del contrato pertinente, en su calidad de afiliada, no sufra cambios unilateralmente decididos en las estipulaciones pactadas, al punto que le impidan perseverar en él, darle término, optar por otra Isapre o trasladarse de sistema;

**SEPTUAGESIMOSEXTO.** Que en el caso concreto de la señora Valenzuela, la evolución del factor de edad consultada en la tabla incorporada a su contrato de salud al cumplir 65 años de edad, le ha irrogado un aumento del costo de su plan de salud y, en consecuencia, deviene insostenible argumentar que, en la especie, haya sido respetada la proporcionalidad de las prestaciones que exige un contrato válidamente celebrado, que por mandato de la Constitución y con sujeción a lo ya expresado debe

siempre tender a maximizar el goce del derecho a la protección de la salud y no a dejarlo sin vigencia efectiva, v. gr., al impedir que la cotizante mantenga el régimen privado de atención al cual había resuelto acogerse;

**SEPTUAGESIMOSÉPTIMO.** Que siendo base constitucional y de orden público del contrato de salud previsional la prevista en el artículo 19, N° 9°, de la Carta Política, cuyo inciso final reconoce el derecho de la requirente, como el de cualquier persona, a elegir el sistema de salud al que desea acogerse y acorde con la idea de conjunto coherente de valores, principios y preceptos ya expuesta, deviene irrefragable que todas las cláusulas del referido contrato deben orientarse a materializar el goce real y legítimo de dicho derecho, más todavía si la afiliada o alguno de los otros beneficiarios del plan, si corresponde, envejecen y, a raíz de ello, sube considerablemente el factor respectivo, lo cual repercute en el mayor costo de su plan de salud. Con ello, lejos de permitir el acceso a las prestaciones correlativas, las dificulta y, en el caso extremo, cuando la afiliada no puede seguir pagando el nuevo costo del plan, cual sucedería en el caso concreto analizado, conforme lo ha denunciado la requirente, quedaría obligada a abandonar el sistema privado de salud que había escogido para incorporarse al equivalente público.

Obviamente, el hecho descrito significa que la afectada se halla impedida de ejercer tales derechos, a pesar de estarle asegurados por la Constitución en cualquier tiempo y circunstancia;

**SEPTUAGESIMOCTAVO.** Que, como ha quedado demostrado con lo reflexionado, no sólo se encuentra en juego en este asunto el respeto del derecho a la protección de la salud de la requirente, sino, también, y muy

especialmente, su derecho a la seguridad social, dada la naturaleza de institución de previsión social, y no de contrato de seguro privado, que reviste el contrato de salud previsional. En virtud de esa naturaleza se torna constitucionalmente inaceptable el incremento de las cotizaciones en el tiempo por el solo hecho del envejecimiento natural del cotizante y/o de los beneficiarios del respectivo plan, toda vez que forma parte del sentido intrínseco de la seguridad social proteger a la persona de los estados de necesidad derivados de contingencias vitales de universal ocurrencia, como es el riesgo de enfermar y el envejecimiento natural. La circunstancia expuesta hace que la existencia misma de los reajustes periódicos del precio del plan de salud previsional sólo por el aumento de edad, que consagra el precepto legal impugnado en autos, independientemente de la iniquidad de su cuantía, por estar expresada en múltiplos del precio base, resulte inconciliable con el derecho a la seguridad social, constitucionalmente garantizado en el numeral 18° del artículo 19 de nuestra Ley Fundamental, precepto que obliga al Estado a asegurar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes y a supervigilar el adecuado ejercicio de ese derecho;

**SEPTUAGESIMONOVENO.** Que este Tribunal juzga que la aludida uniformidad resulta vulnerada si el costo de las cotizaciones para la asegurada por el disfrute de unas mismas prestaciones, se ve acrecentado por el mero hecho de progresar en edad, lo que al mismo tiempo produce, como natural efecto, el menoscabo del ejercicio adecuado de su derecho a la seguridad social;

**OCTOGÉSIMO.** 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 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;

**OCTOGESIMOPRIMERO.** 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 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);

**OCTOGESIMOSEGUNDO.** Que, en consecuencia, la aplicación del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, en la gestión pendiente, resulta contraria a la Constitución en lo concerniente a vulnerar el libre e igualitario acceso de la requirente a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y el derecho que le asiste a elegir el sistema de salud al que desee acogerse, sea éste estatal o privado, ambas garantías previstas en el



número 9° del artículo 19 de la Constitución Política de la República;

#### **5. EL DERECHO DE PROPIEDAD.**

**OCTOGESIMOTERCERO.** Que la tercera garantía que se invoca en el libelo como eventualmente vulnerada por la aplicación del artículo 38 ter impugnado en el recurso de protección que se individualiza, es la asegurada en el número 24 del artículo 19 de la Constitución: *“el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales”*;

**OCTOGESIMOCUARTO.** Que la argumentación sustentada en autos por la requirente, fundada en que se encuentran incorporados a su patrimonio tanto el hacer uso del sistema privado de salud al que se encuentra afiliada, como de los beneficios contratados en su plan de salud, de los cuales sería privada como resultado del aumento de su precio por la aplicación del precepto impugnado, no encuentra sustento dentro del examen de inaplicabilidad efectuado por esta Magistratura;

**OCTOGESIMOQUINTO.** Que, en efecto, las prestaciones que la requirente espera recibir, en su calidad de afiliada y cotizante, de parte de la Isapre Banmédica S.A., como consecuencia del contrato en el que consta su plan de salud, no pertenecen a los bienes corporales e incorporales sobre los que recae el dominio, también denominado propiedad en los artículos 582 y siguientes del Código Civil y en el inciso primero del citado número 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República. La pertenencia al patrimonio de la señora Valenzuela de la mencionada expectativa supone la inalterabilidad del plan de salud, lo que el contrato que le da sustento no garantiza, independientemente de la

aplicación de la tabla de factores que en el caso *sub lite* y en el que incide esta acción constitucional, se le reprocha a la mencionada Isapre;

**OCTOGESIMOSEXTO.** Que, consecuentemente, deberá rechazarse la acción de inaplicabilidad del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 en la gestión pendiente invocada, en lo concerniente a estimar vulnerado el número 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental;

**OCTOGESIMOSÉPTIMO.** Que de lo reflexionado en esta sentencia se concluye que la aplicación del precepto legal impugnado en estos autos en la causa sobre recurso de protección Rol de Ingreso N° 9451-2008, seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago, resulta contraria a los derechos asegurados a la requirente en los numerales 2° y 9° del artículo 19 de la Carta Fundamental, en relación con lo dispuesto en los demás preceptos constitucionales citados en este fallo, por lo que el requerimiento debe ser acogido, y así se declarará.

**Y VISTO**, además, lo dispuesto en los artículos 1°, 6°, 19, N°s. 2°, 9°, 18° y 24°, y 93, inciso primero, N° 6°, e inciso decimoprimer, de la Constitución Política de la República, así como en las disposiciones pertinentes de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional de este Tribunal Constitucional,

**SE DECLARA:**

1) Que se rechazan las alegaciones hechas valer en este proceso por la Isapre Banmédica S.A., en orden a que no existiría la gestión judicial citada en el libelo y a que correspondería a esta Magistratura Constitucional resolver, en sede de inaplicabilidad, un conflicto de aplicación de la ley en el tiempo;

2) Que se acoge el requerimiento en tanto la aplicación del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 en la causa sobre recurso de protección Rol de Ingreso N°

9451-2008, seguida ante la Corte de Apelaciones de Santiago, resulta contraria a los derechos asegurados a la actora en los numerales 2º y 9º del artículo 19 de la Constitución Política, en relación con lo dispuesto en los demás preceptos constitucionales citados en este fallo;

3) Que la aplicación del precepto legal impugnado en la gestión pendiente individualizada en el libelo no resulta contraria a la garantía del derecho de propiedad reconocida en el numeral 24º del artículo 19 de la Constitución Política, por lo que se rechaza en esa parte el requerimiento deducido en autos;

4) Que se deja sin efecto la suspensión del procedimiento decretada en autos. Oficiéase al efecto a la Corte de Apelaciones de Santiago.

**Acordada con el voto en contra de los Ministros señores Juan Colombo Campbell y Raúl Bertelsen Repetto,** quienes estuvieron por rechazar el requerimiento en atención a las siguientes consideraciones:

**PRIMERO.** Que el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 establece las bases legales dentro de las cuales cada Isapre puede determinar o modificar unilateralmente el precio de un plan de salud, autorizándose a las mismas para adicionar a los precios base, que se determinan en conformidad a lo regulado en otros preceptos de esa ley, con valores que deben calcularse en función de una tabla de factores y que deberán estructurarse en conformidad a instrucciones de la Superintendencia. En conformidad al precepto en cuestión, esos factores han de ser el sexo y la edad del beneficiario, sea éste cotizante o carga, debiendo la edad considerarse según rangos que la propia ley determina de un modo general y que corresponde detallar a la Superintendencia en las instrucciones de

general aplicación que dicte al efecto. Además de otras reglas especiales, el artículo 38 ter agrega que la tabla de un determinado plan no podrá variar para los beneficiarios mientras se encuentren adscritos al mismo, limita a una la tabla de factores que puede incluir cada plan y a dos las que puede ofrecer simultáneamente cada Isapre y prohíbe establecer nuevas tablas en períodos inferiores a cinco años;

**SEGUNDO.** Que la aplicación en juicio de las reglas precisas que regulan las alzas en los planes de salud, contenidas en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, no vulnera la garantía de igualdad ante la ley a que se refiere el N° 2 del artículo 19 de la Constitución Política, como sostiene la requirente.

En efecto, aunque el artículo 38 ter contempla la edad y el sexo entre los factores que pueden autorizar la variación en el precio de un contrato de salud, no puede por ello estimarse que toda diferencia que se haga a partir de dichos factores sea arbitraria y, por consiguiente, inconstitucional, ya que son sólo las diferencias que tienen el carácter de arbitrarias las que excluye la Carta Fundamental.

Lo prohibido, cabe recordarlo, no es cualquiera diferencia, sino la arbitrariedad de las mismas, esto es, las establecidas sin un fundamento razonable, sea que ellas surjan de la minusvaloración de un grupo o sector de la sociedad o del capricho de quien efectúa la diferencia. Pero esto no ocurre en la disposición legal en análisis, pues la variación en el precio de un contrato de seguro de salud en razón de la edad del beneficiario o del sexo femenino del mismo, tiene su fundamento en datos objetivos que acreditan que los gastos en salud varían con la edad de las personas y cambian entre hombres y mujeres de la misma edad.

Mal puede, entonces, estimarse que el legislador ha actuado de modo irrazonable cuando permite a instituciones privadas proveedoras de seguros de salud alzar, dentro de ciertos márgenes, los precios que cobran por un contrato destinado a cubrir los costos de salud, cuando cambian factores que, como está probado, son determinantes para aumentar el riesgo que se asegura;

**TERCERO.** Que, en cambio, resulta discutible una cuestión que la sentencia no aborda y que debiera ser resuelta por el Tribunal Constitucional, la que consiste en otorgar a un órgano administrativo -la Superintendencia de Salud-, continuador, como se sabe, de la Superintendencia de Instituciones de Salud Previsional, la facultad de fijar, mediante instrucciones de general aplicación, la estructura de la tabla de factores cuya aplicación determinará la variación en el precio de los planes de salud, sin que precise la ley la relación entre el factor más bajo y el más alto de cada tabla, lo que, de esta forma, quedó entregado, por ley, a la discrecionalidad administrativa y en cuyo ejercicio no cabe descartar que la autoridad incurra en alguna inconstitucionalidad;

**CUARTO.** Que la requirente ha alegado también que la aplicación, a su caso, del artículo 38 ter impugnado, infringe la norma contenida en el N° 9 del artículo 19 de la Constitución Política, en cuanto ella prescribe que “[e]l Estado protege el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud”, el que concluye garantizando que “[c]ada persona tendrá el derecho a elegir el sistema de salud al que desee acogerse”, ya que las alzas en los precios de los planes de salud que afectan a las personas de mayor edad las obligarían a abandonar el sistema privado que

eligieron y por el cual han pagado durante su vida activa;

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

**SEXTO.** Que tampoco se ve de qué modo la autorización legal, enmarcada dentro de ciertas reglas precisas, que permite modificar el precio de un contrato de seguro de salud, pueda afectar el derecho de toda persona a elegir el sistema de salud al que desee acogerse. No puede sostenerse que la Carta Fundamental que nos rige consagre el acceso igualitario a un seguro de salud, independiente de la capacidad de pago de la persona. Tal independencia entre un bien y su acceso universal e igualitario se ha logrado respecto a ciertas prestaciones de salud, a

través del Plan Auge, sistema de gratuidad que la Constitución permite, pero que no hace obligatorio y menos para los contratos con Isapres, que no son prestaciones de salud, sino sistemas para cubrir los riesgos económicos de ese bien;

**SÉPTIMO.** Que debe, entonces, desecharse la pretensión de estar afectado el derecho a la protección de la salud, pues ningún precepto constitucional relativo a ella garantiza acceder a un seguro destinado a cubrir los costos de salud, independiente de la capacidad de pago de quien pretende el bien y menos a mantener indefinidamente el que se pacta por un período determinado;

**OCTAVO.** Que, en consecuencia, ha de concluirse que la aplicación del precepto legal contenido en el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 en la gestión judicial que sigue la requirente con la Isapre Cruz Blanca S.A., no resulta contraria a la Carta Fundamental, por lo que debe rechazarse el requerimiento de inaplicabilidad deducido.

**Acordada con el voto en contra del Ministro señor Enrique Navarro Beltrán,** quien estuvo por desechar el requerimiento de inaplicabilidad, teniendo presente exclusivamente las siguientes consideraciones:

**I. PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN DE INAPLICABILIDAD.**

**PRIMERO:** Que el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Constitución Política de la República dispone que es atribución del Tribunal Constitucional *“resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, 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”*;

**SEGUNDO:** Que la misma norma constitucional expresa en su inciso décimo primero que, en este caso, *“la*

*cuestión podrá ser planteada por cualquiera de las partes o por el juez que conoce del asunto” y agrega que “corresponderá a cualquiera de las salas del Tribunal declarar, sin ulterior recurso, la admisibilidad de la cuestión siempre que verifique la existencia de una gestión pendiente ante el tribunal ordinario o especial, que la aplicación del precepto legal impugnado pueda resultar decisivo en la resolución de un asunto, que la impugnación esté fundada razonablemente y se cumplan los demás requisitos que establezca la ley”;*

**TERCERO:** Que, de este modo, para que prospere la acción de inaplicabilidad es necesario que concurren los siguientes requisitos: a) que se acredite la existencia de una gestión pendiente ante un tribunal ordinario o especial; b) que la solicitud sea formulada por una de las partes o por el juez que conoce del asunto; c) que la aplicación del precepto legal en cuestión pueda resultar decisiva en la resolución de un asunto y sea contraria a la Constitución Política de la República; d) que la impugnación esté fundada razonablemente; y e) que se cumplan los demás requisitos legales;

## **II. NO EXISTE CONFLICTO EN EL QUE PUEDA RESULTAR APLICABLE EL PRECEPTO LEGAL QUE SE IMPUGNA.**

**CUARTO:** Que corresponde analizar en este capítulo si existe una gestión pendiente en la que pueda resultar aplicable la disposición legal que se cuestiona o, más bien, en el caso de autos, si nos encontramos efectivamente frente a un conflicto -la acción de protección- en el que pueda recibir aplicación la norma en cuestión;

**QUINTO:** Que si bien aún se encuentra en tramitación ante la Corte de Apelaciones de Santiago un recurso de protección, autos rol N° 9451-08, no obstante, según consta en documento acompañado en estos autos a fojas 44,



la recurrida en el caso *sub-lite* se allanó a lo solicitado en el recurso de protección, encontrándose pendiente la decisión del tribunal, atendida la suspensión decretada por esta Magistratura. De esta manera, si bien formalmente se cumple la exigencia constitucional de que exista una gestión pendiente, en los hechos no se está en presencia propiamente de una controversia jurídica en la que haya de tener efecto la decisión de este Tribunal, desde el momento que el allanamiento importa una aceptación de la pretensión del actor y, por consiguiente, hace decaer el conflicto jurídico respecto del cual podría aplicarse el precepto legal cuya inaplicabilidad por inconstitucionalidad se ha solicitado;

**SEXTO:** Que, en efecto, el allanamiento consiste en una forma autocompositiva unilateral por la que el recurrido reconoce y se somete a la satisfacción de la pretensión hecha valer por el actor en su contra y que importa que el Tribunal dicte una sentencia a efectos de acoger la pretensión que se hizo valer y respecto de la cual se efectuó el allanamiento. Por lo mismo, esta forma autocompositiva tiene la calidad de poner fin al conflicto jurídico y así, por demás, lo ha señalado la doctrina autorizada al precisar que: *“la terminación anormal o extinción del proceso, puede proceder no del actor, sino del demandado, lo que ocurre en el caso de renuncia o abandono de la oposición a la pretensión, es decir, del reconocimiento de la pretensión procesal que el derecho español llama allanamiento”* (Jaime Guasp, *“Derecho Procesal Civil”*, Instituto de Estudios Políticos, Gráficas González, Madrid, 1961);

**SÉPTIMO:** Que, en efecto, como ha señalado la doctrina, son presupuestos del proceso: a) la existencia de un conflicto de intereses de relevancia jurídica; b)

la concurrencia interrelacionada de un conjunto de hechos y actos procesales, que integran el proceso y que pueden emanar del tribunal, del sujeto activo, del sujeto pasivo y, eventualmente, de terceros autorizados; c) el proceso es una relación jurídica procesal compleja que, limitando en su competencia específica, sirve para que las partes hagan valer sus derechos procesales en tiempo y forma y para que el tribunal pueda, agotada la fase de conocimiento, resolver mediante la sentencia definitiva el conflicto sometido a su decisión, y d) todo proceso en su desarrollo, debe ajustarse a una norma de procedimiento preestablecida, garantizándose un debido proceso (Juan Colombo Campbell, Los actos procesales, Tomo I, pp. 121-122). Resulta, por lo mismo, esencial a un proceso la existencia de un conflicto de intereses de relevancia jurídica;

**OCTAVO:** Que de todo lo dicho se desprende, entonces, que, en el caso de autos, no se está en presencia de una verdadera controversia de carácter jurídico constitucional que deba ser resuelta por este Tribunal en sede de acción de inaplicabilidad, en los términos señalados en el artículo 93, inciso primero, N° 6°, de la Carta Fundamental, desde el momento que si no existe un conflicto de intereses a decidir en la gestión pendiente, mal puede entonces este sentenciador pronunciarse sobre la inaplicabilidad de un precepto legal que no será necesario aplicar;

### **III. NO SE TRATA EN LA ESPECIE DE UNA NORMA DECISIVA.**

**NOVENO:** Que, adicionalmente, siguiendo la tesis que ha sido sostenida por este disidente en diversos votos (sentencias roles N° 976, 1218 y 1287), si bien en este expediente de inaplicabilidad se invoca un precepto legal determinado, como es el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, es del caso tener presente que, como se

fundamentará, no se trata de una disposición que diga relación o deba ser considerada en la resolución del asunto que se sigue ante la Corte de Apelaciones de Santiago;

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

**DECIMOPRIMERO:** Que, como ha señalado este mismo Tribunal, independiente de la naturaleza del precepto legal cuya inaplicabilidad se solicita, el N° 6° del inciso primero del artículo 93 N° 6 de la Constitución Política exige que aquél 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°s 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 inciso décimo primero del artículo 93 de la Ley Fundamental, 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;

**DECIMOSEGUNDO:** Que, 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;

**DECIMOTERCERO:** Que el precepto legal que se solicita inaplicar en este proceso es el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 -incorporado 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, entre otras materias, dice relación con las tablas de factores que deben tomarse en consideración por las Instituciones de Salud Previsional para la revisión del precio de los planes de salud y que se encuentran estructuradas en base al sexo y la edad de los beneficiarios;

**DECIMOCUARTO:** Que, 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”*;

**DECIMOQUINTO:** Que consta de los antecedentes acompañados a estos autos que el contrato de salud fue suscrito por la señora Valenzuela con fecha 24 de diciembre de 1999, sin haberse modificado, según se ha señalado en la parte expositiva de esta sentencia, habiéndose, así, incorporado a este último los derechos y deberes impuestos por el ordenamiento jurídico vigente a esa data, entre los cuales, obviamente, no se encontraba el artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 que, como se ha señalado, entró a regir el año 2005, esto es, casi seis

años después de haberse suscrito el aludido contrato de salud;

**DECIMOSEXTO:** Que, como se ha señalado precedentemente, por aplicación del artículo 2º de la Ley N° 20.015, el artículo 38 ter en cuestión no resulta aplicable a los contratos de salud suscritos con anterioridad a su entrada en vigencia -como ocurre con el citado en autos-, a menos que el cotizante afiliado opte expresamente por su aplicación, en los términos establecidos en la normativa legal citada, lo que no ha acaecido. Tampoco puede estimarse que la adecuación del plan de salud de la requirente de autos, que la Isapre Banmédica S.A justifica en el cambio del factor etéreo correspondiente -que precisamente motiva la acción de protección en que incide el requerimiento de inaplicabilidad materia de autos- importe aceptar un plan alternativo, ni menos un plan de salud distinto, en los términos que señala el aludido artículo 2º de la Ley N° 20.015;

**DECIMOSÉPTIMO:** Que si bien consta en autos que por resolución de 3 de diciembre de 2008 la Primera Sala proveyó que ***“para el solo efecto de pronunciarse sobre su admisibilidad, este Tribunal estima que el precepto legal impugnado podría resultar decisivo en la gestión judicial singularizada”***, ello no es óbice para que, una vez debidamente conocidos y ponderados los antecedentes fácticos y escuchadas las alegaciones de las partes, esta Magistratura rechace en definitiva la acción de inaplicabilidad, por estimar que no concurre alguno de sus presupuestos constitucionales. Así por lo demás se sentenció recientemente en los autos Rol N° 1033-2008, al concluirse que un determinado precepto legal impugnado no podía tener aplicación decisiva en la resolución del asunto;

**DECIMOCTAVO:** Que de todo lo señalado se desprende que el precepto legal en cuestión no puede formar parte de la relación contractual producida entre la institución de salud previsional y la afiliada, lo que es reconocido incluso por la misma recurrida de protección en su escrito de informe y ratificado en sus alegaciones efectuadas en estrados. Así, por lo demás, lo han razonado esta Magistratura (Rol N° 1544-09) y la Sala Constitucional de la Corte Suprema (Rol N° 7779-2008);

**IV. SE PRETENDE -EN EL HECHO- UNA ACCIÓN DE AMPARO Y NO DE INAPLICABILIDAD DE UNA LEY .**

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

**VIGÉSIMO:** Que en efecto, como ha señalado esta Magistratura Constitucional, *“debe estarse siempre en presencia de un conflicto de constitucionalidad, esto es, frente a una contradicción directa, clara y precisa, entre determinado precepto legal que se pretende aplicar en el caso concreto, con la propia Constitución, pues el juez constitucional no puede interpretar o corregir la ley ordinaria si no es con relación a su constitucionalidad”*. Lo anterior, en atención a que *“la tarea de interpretar la ley le corresponde a los tribunales de justicia, sean ordinarios o especiales, y, en nuestro sistema judicial, el órgano llamado a unificar su interpretación es la Corte Suprema”* (Rol N° 810-08, Considerando 9°);

**VIGESIMOPRIMERO:** Que, por otra parte, este Tribunal no puede emitir un pronunciamiento valorativo sobre hechos litigiosos de la gestión pendiente, cuyo

establecimiento pareciera ser clave para la resolución del asunto, específicamente si la sentencia está cumplida o no. Cabe señalar que la ponderación de los mismos corresponde a los jueces del fondo, por ser, también, un tema de legalidad ordinario y estar dentro de su competencia relativa a la gestión, no correspondiendo que esta Magistratura los pondere (roles N°s 1130-08, 1210-08, 1266-08 y 1324-09);

**VIGESIMOSEGUNDO:** Que de la lectura del escrito de inaplicabilidad y de las consideraciones efectuadas en la sentencia se desprende que lo que se pretende es dejar sin efecto el aumento de precio que ha experimentado el plan de salud contratado por la requirente con una determinada Isapre y que emana de la aplicación de una tabla de factores convenida contractualmente y no de un determinado precepto legal, razón por la cual este disidente estima que la acción no puede prosperar;

**VIGESIMOTERCERO:** Que, así las cosas, la discusión planteada en autos dice relación, más bien, con un conflicto acerca de la aplicación adecuada o no de la ley del contrato de salud que vincula a la actora con una Isapre determinada, lo que no corresponde sea dilucidado a través de esta vía, sino de la protección que es, precisamente, la gestión en la que incide la acción de inaplicabilidad materia de este proceso constitucional. En razón de lo anterior, en opinión de este disidente, la presente acción de inaplicabilidad debe ser rechazada;

#### **V. REFLEXIONES FINALES.**

**VIGESIMOCUARTO:** Que todo lo razonado no significa en modo alguno validar o legitimar el actuar de la entidad de salud previsional individualizada en estos autos, lo que debe ser determinado soberanamente por el tribunal que conoce de la acción de protección, teniendo presente este disidente la reiterada doctrina sostenida por la



Corte Suprema en cuanto a que la facultad de revisar el precio de un plan de salud *“debe entenderse condicionada a un cambio efectivo y variable del valor de las prestaciones médicas, en razón de una alteración sustancial de sus costos, para que se mantenga una verdadera equivalencia entre las obligaciones contractuales de ambas partes”* (Rol N° 3902-2007). Se trata, en definitiva, de que la facultad de las isapres para -en su caso- adecuar los planes de salud, se ejerza de manera razonable y equitativa, preservando así el debido equilibrio en las contraprestaciones de los contratantes;

**VIGESIMOQUINTO:** Que, así las cosas, en opinión de este disidente, la disposición legal que se impugna no puede resultar aplicable al caso de autos, desde que la afiliada, señora Valenzuela, no ha optado expresamente por aceptar un plan alternativo ofrecido por la Isapre al tiempo de notificarle alguna adecuación, como tampoco ha contratado un plan de salud distinto al convenido el año 1999. A ello debe agregarse la inexistencia de un conflicto de intereses de relevancia jurídica en el que pudiera aplicarse el referido precepto legal, sin perjuicio de que la acción deducida parece más bien dirigida a dejar sin efecto convenciones contractuales, lo que escapa de la esfera propia de la inaplicabilidad.

Redactó la sentencia el Ministro señor Mario Fernández Baeza. Las disidencias fueron redactadas por los Ministros señores Raúl Bertelsen Repetto y Enrique Navarro Beltrán, respectivamente.

Notifíquese, regístrese y archívese.

**Rol 1273-08-INA.**

Se certifica que el Ministro señor Juan Colombo Campbell concurrió a la vista de la causa y al fallo, pero no firma por haber cesado en el cargo.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por los Ministros señores Marcelo Venegas Palacios (Presidente), Juan Colombo Campbell, José Luis Cea Egaña, Raúl Bertelsen Repetto, Hernán Vodanovic Schnake, Mario Fernández Baeza, Enrique Navarro Beltrán, Francisco Fernández Fredes y Carlos Carmona Santander.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora Marta de la Fuente Olguín.